

## LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE GARCÍA DE ENTERRÍA: CONTEXTO, APOGEO Y DESENCANTO

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. 1. Enterría y las corrientes. 1.1 Inadaptación al Método. 1.2 La Ruta Personal. 1.3 La Institución y los Principios, ejes del pensamiento Enterriano. 2. Historia verdadera de la legalidad moderna. 2.1 Modelo Revolucionario y Legislación de la Disidencia. 2.2 El Estado como reunión de funciones y como vocación jurídica. 2.3 Los riesgos de la Administración disidente y los aumentos contemporáneos. 2.4 El amarre constitucional. 3. La institución expropiatoria. La etapa del entusiasmo. 3.1 Primeras avanzadas y participación en la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa. 3.2 El trasfondo combativo de la ley y los contrapesos de una juventud clásica. 3.3 El "cuadro técnico" de la institución expropiatoria. 4. La institución expropiatoria. Inicio del desencanto. 4.1 Infunciones de la Ley. 4.2 El tiempo y las profundizaciones temáticas. 4.3 Esbozo de la desilusión.*

### INTRODUCCIÓN

La evidente falta de contacto del medio jurídico mexicano con las corrientes europeas y la doctrina comparada reciente, motivan a buscar la reanudación de un enlace que en la década de los años 50 mostró sus ingentes posibilidades de fertilidad.

Remitirse al derecho público español, puerta abierta a las manifestaciones doctrinales de Francia, Italia y Alemania, obliga a enfrentar la obra de uno de sus más sólidos pilares contemporáneos: Eduardo García de Enterría. Hombre de integridad cabal como lo demuestran sus manifestaciones de apoyo al homenaje de Nicolás Pérez Serrano, Jurista de la República, en pleno auge del franquismo, es también un tratadista de corte clásico cuya confianza en la técnica y en las posibilidades humanistas del Derecho contagian un entusiasmo civilizador, digno de ser difundido.

La tarea de reseñar críticamente los temas enterrianos no es sencilla; la profusión de su obra obliga incluso a replantear la intención en términos modestos y a constreñir selectivamente los esfuerzos.

Se han tratado de analizar sus enfoques sobre la institución expropiatoria, pero en continua remisión a los parámetros teóricos más generales de su obra. Este último contexto se fija en los dos primeros capítulos del trabajo, para luego permitir que la reflexión se adentre en los aspectos concretos de la institución en los dos últimos, a modo de comprobación y de contraste.

Ojalá que el autor de este artículo cumpla sus propósitos y pueda ser vehículo de la obra de un jurista genuinamente técnico, tanto, como en nuestra situación ya no es frecuente.

## 1. ENTERRÍA Y LAS CORRIENTES

### 1.1 *Inadaptación al Método*

Suspica, García de Enterría arremete contra las "aspiraciones imperiales" del método que se dispone a la creación de su objeto. "Es la idea sustantiva del Derecho lo que determina su método y no lo contrario".<sup>1</sup> Su escepticismo procede de las dificultades que reconoce para entroncar los aspectos generales de la reflexión, con frecuencia procedentes de alguna corriente filosófica ajena al campo de especialidad sobre el que se trabaja, con los datos técnicos de que se conforma la especialidad en un determinado ámbito de reflexión. Cabe recordar como corolario de estas dudas la ingeniosa sentencia de Umberto Cerroni, quien manifiesta que el derecho transcurre entre dos extremos: es objeto sin ciencia o, en ocasiones, ciencia sin objeto.<sup>2</sup>

Aceptado que "el modo de buscar las premisas influye en la índole de las deducciones y, al revés, la índole de las conclusiones indica la forma de buscar las premisas",<sup>3</sup> García de Enterría se decide a renunciar, parcialmente claro, a las formulaciones generales. Acepta el riesgo de trabajar inmerso en la especialidad técnica del Derecho, aunque no son extrañas sus remisiones a la situación teórica de los paradigmas jurídicos. Resumiendo, afirma, "nuestra reflexión será orientada por ello predominantemente al margen de las posiciones de principio y partiendo de experiencias comunes en la técnica aplicativa y científica que

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, Esp., 1984, p. 15 (en general toda la Introducción).

<sup>2</sup> Cerroni, Umberto, *Metodología y ciencia social*, Ed. Martínez Roca, Esp., 1971, pp. 95-112.

<sup>3</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (Pról. E. García de Enterría), Trad. Díez-Picazo, Ed. Taurus, Esp., 1964, p. 58.

no es familiar, aunque con la intención (...) de alcanzar desde esa base modesta algún esclarecimiento general". A pesar de que efectivamente su obra no es nunca "teoría general del derecho", la fuerza de sus engarces y la firmeza clásica de los principios que la alientan, la convierten en un ejemplo de construcción en el ámbito del derecho público. La obra de García de Enterría se presenta siempre ordenada y siguiendo el trayecto técnico que en líneas generales expuso Savigny cuando trató lo relativo a las relaciones y a las instituciones jurídicas en su famoso *Sistema de Derecho Romano Actual*.<sup>4</sup>

La desconfianza que García de Enterría alberga respecto de una actitud "metódica" demasiado ostentosa se vincula íntimamente con la rebeldía que la axiomática jurídica le inspira. A la mejor usanza de los periodos clásicos, nuestro autor prefiere los balbuceos casuísticos profundamente resueltos que las grandes generalizaciones, tan caras al racionalismo desde la época de Descartes. La insubordinación Enterriana contra la axiomática lo conduce a un coqueteo con las recientes manifestaciones de la "Tópica". De hecho prolonga la edición en español del libro de Theodor Viehweg *Tópica y Jurisprudencia*, y en plena complicidad con el autor afirma "que la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático reductivo expresado en las matemáticas".<sup>5</sup> Esta convicción mantendrá la obra de García de Enterría a buen recaudo de los modelos formalistas y, en cambio, la aproxima al tipo de trabajo casuístico de los juristas romanos de la época clásica, de los autores del "mos italicus", e incluso al de los más recientes dictaminadores procedentes del *usus modernus pandectarum*.

Asumir las conveniencias de una construcción "Tópica" confiere a la obra de García de Enterría la ventaja de convertirse en una aportación dinámica a la formulación "de un orden —no concebido como tal— que continuamente se está decidiendo".<sup>6</sup> Ello facilita el trabajar con hipótesis flexibles, cuyo propósito central responde a interpelaciones directas de la realidad; en este caso, de la realidad europea y española en particular. El trabajo "tópico" es el rumbo seguro para contemporizar una obra con las emergencias de su tiempo; asimismo, este tipo de procedimiento garantiza en buena medida el cumplimiento de la fun-

<sup>4</sup> Savigny, M. F. C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, 6 vols. (Pról. Manuel Durán), Trad. Mesía y Poley, Ed. Centro Ed. Góngora, s/a., t. I, pp. 65 a 67.

<sup>5</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...*, p. 76.

<sup>6</sup> Viehweg, Theodor. *op. cit.*, p. 52.

ción social del conocimiento jurídico. Los nexos y compromisos con las situaciones del propio tiempo se encuentran omnipresentes en la obra Enterriana. La expresa renuncia a los regodeos metodológicos tiene como contrapartida una posición personal íntegra y progresista del autor, que orienta sus resoluciones confiriéndoles una *auctoritas* que va mucho más allá de la simple convalidación formal de sus afirmaciones.

### 1.2 La Ruta Personal

*Contra el positivismo.* El signo teórico con el que inicia el siglo es preponderantemente positivista. El combate de las nuevas convicciones sociológicas se encamina frontalmente contra la metafísica; especialmente contra la retórica de sello jacobino que enarbola sin sustentos cabales la deificación de una axiología vacía. Ni la libertad, ni la igualdad, ni otros valores sociales similares tienen sentido cuando se conceptualizan y se convierten en proclamas abstractas de un individualismo imposible. Contra el discurso desgastado del liberalismo se promueven los valores sociales de obvia procedencia empírica; se recupera el significado grupal; la solidaridad y la cohesión van a tener en el positivismo filosófico y en el darwinismo social definitivamente una época de auge.

Jurídicamente el positivismo toma rumbos inesperadamente formalistas. Salvo los casos aislados que engloban al sociologismo del periodo de entresiglos, el positivismo jurídico se perfila hacia el más absoluto legalismo. Aquí, seguramente reconocemos una falta de rebeldía de las posiciones jurídicas que dócilmente se enlazan, a través precisamente del legalismo, con las construcciones axiomáticas de la época de la ilustración. Exceptuando a los verdaderos positivistas en sentido filosófico —Duguit, por ejemplo—, el legalismo se empantana en una función miope que no atiende al sentido final de la justicia y mucho menos al de la democracia.

Técnicamente la actitud legalista significa reducción del derecho a una sola de sus fuentes y, más todavía, simplificación inadmisiblemente de la realidad a un conjunto más o menos amplio de fórmulas, que por perfecto que sea resulta insuficiente para contener la "riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada de tiene".<sup>7</sup>

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...*, p. 18.

Para contrarrestar el legalismo de la época la propuesta de García de Enterría se esgrime como revaloración de la función del juez. El carácter creativo y fundamentalmente integrador de las decisiones judiciales constituye en sí una proclama contra una mal entendida "soberanía" del legislador. La labor interpretativa finca su sentido en la existencia de principios jurídicos que no necesariamente se encuentran insertos en la Ley positiva.<sup>8</sup>

La crítica de García de Enterría al positivismo es fundamentalmente una referencia a su anacronismo y al carácter reduccionista de su enfoque; sin embargo, el autor otorga crédito a los aciertos que desde esta posición filosófica han llegado a plantearse, particularmente resalta la contundencia positivista que se ejerce contra la metafísica vacía del jacobinismo, que como lugar común ha campeado en largos periodos de la historia jurídica. Sumando su voz a la de Forsthoff, García de Enterría expresa que "la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho".<sup>9</sup> En la afirmación radica un convencimiento claro: la crítica del positivismo no puede desviarse a una reformulación idealista de los enfoques metodológicos; diluir la objetividad del derecho, que el positivismo sustentó con tanto vigor, significa definitivamente un retroceso epistemológico no deseable desde ningún punto de vista.

La "riña" de García de Enterría con el positivismo no se dirige, en síntesis, al cuestionamiento de la sustancialidad del Derecho; sus objeciones resaltan más bien su carácter reduccionista. Para nuestro autor el derecho sigue siendo el material jurídico por excelencia.

*Contra el ius-naturalismo.* Poco es en realidad lo que de referencias expresas a esta corriente puede encontrarse en la obra de García de Enterría; sin embargo, éstas existen y a ellas hemos de remitirnos. Primeramente reconozcamos que Enterría rechaza cualquier sistema "abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos".<sup>10</sup> Esta afirmación que no se dirige en contra del iusnaturalismo de manera especial, nos ayuda, no obstante, a prever un rechazo a cualquier ejercicio teórico que no disponga de referencias a los planteamientos técnicos que necesariamente surgen de la vida jurídica. La Moral deja de ser tal, para convertirse en ciencia jurídica, cuando los asuntos vinculados a la justicia adquieren una dimensión práctica, material y, desde luego, racional.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>10</sup> *Loc. cit.*

Para García de Enterría el descrédito de la idea de un Derecho natural proviene "de su pretendida formulación axiomática, de su presentación ante el jurista positivo como un supuesto y auténtico *primum verum*, del cual, por simples deducciones, más o menos extensas pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particulares ramificaciones del Derecho positivo".<sup>11</sup> La crítica Enterriana se refiere especialmente al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, a cuyas espaldas floreció la codificación moderna y sus correspondientes exégesis. Sus objeciones denuncian la imposibilidad de reivindicar como trabajo jurídico la mera determinación apriorística de ciertos valores ideales, en buena medida, ajenos al mundo concreto de lo normativo. En realidad esta crítica no es nueva, ha sido replanteada una y otra vez desde el tiempo en que Gean Battista Vico dirigió serios cuestionamientos a las obras de Grocio, Puffendorf y Selden desde un capítulo de la *Ciencia Nueva*.

La parte esencial de la crítica de García de Enterría se refiere a la desmitificación del paso mágico que significa la traducción del contenido axiológico natural, al que alude esta escuela, en legalidad positiva. El gran riesgo de no materializar este proceso es el de presentar una asimilación lineal del orden jurídico vigente al derecho natural, lo que redundaría en la idealización del estado de cosas imperante que, de lleno, se transforma, de situación histórica, en paradigma moral. García de Enterría no niega el contenido sustancial de una materia jurídica que existe en forma de principios y que alienta la construcción de toda normatividad, pero sí afirma que cualquier principio sólo produce efectos jurídicos relevantes a partir de su inserción —léase materialización— en el orden jurídico vigente.<sup>12</sup>

La "positivación" del Derecho Natural no se alcanza a partir del reconocimiento universal de la validez de sus principios, sino a través de su grado de inserción en las estructuras técnico-positivas del Derecho.<sup>13</sup> El carácter ahistórico del iusnaturalismo se resuelve cada vez que su axiología hace tierra con las circunstancias a través de los causes normativos concretos. La universalidad de los principios es definitivamente depuesta en la crítica Enterriana. El autor considera que los principios iusnaturalistas —históricamente definidos— comparten el trasfondo jurídico con determinaciones superiores cuya procedencia

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*

puede ubicarse sin temor en la realidad política concreta.<sup>14</sup> Historia y pensamiento ilustrado del siglo XVIII son elementos que se conjugan para sustentar buena parte del orden jurídico, aunque no todo. Existen además principios que informan la realidad normativa, procedentes de la misma estructura técnica del derecho; parámetros lógicos de construcción que no deben su causa a ningún factor extra jurídico.<sup>15</sup>

El iusnaturalismo no es una obsesión para García de Enterría como lo fue para los autores positivistas o como lo sigue siendo para muchos. El autor no lo rechaza *per se*, simplemente lo somete al cernidor pragmático de la técnica y se queda con aquellos elementos que fueron capaces de filtrarse a pesar de los obstáculos. De este modo García de Enterría no polemiza contra el fantasma de la ideología burguesa; simplemente lo aguarda en la comprobación de su función jurídica.

### 1.3 La institución y los principios, ejes del pensamiento Enterriano

*La institución.* Una deuda del pensamiento de García de Enterría que él salda con el máximo honor, la contrajo con la obra de Savigny, autor colocado en el parteaguas del romanticismo historicista y de la jurisprudencia de conceptos. Savigny mantuvo su pensamiento de cara a estas dos vertientes, acrisoladas dificultosamente en el interior de su obra. Este gran jurista alemán deja fluir en el sentido de sus conceptos una crítica que llama al iusnaturalismo a la concretización, justamente a partir de la revaloración de los elementos históricos en el proceso de creación del Derecho, pero también se permite proposiciones de carácter sistemático, que en buena medida provocan la fuga del pensamiento jurídico hacia la jurisprudencia de conceptos primero y, finalmente, hacia las elaboraciones pandectísticas. Las reflexiones de Savigny sobre el "sistema" son las que con más fuerza impulsaron el desarrollo jurídico en Alemania.<sup>16</sup> Pero Savigny no resuelve la disyuntiva, al contrario, mantiene viva la tensión de estos dos ejes dentro de su obra, cuya proposición concreta, gira en torno a dos categorías analíticas centrales: *la relación de derecho* y *las instituciones*. Por *relación* entiende el ámbito "de naturaleza orgánica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, su origen y sus descendos".<sup>17</sup>

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>15</sup> *Loc. cit.*

<sup>16</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Trad. Martínez Molinero, Ed. Ariel, Esp., 1980, pp. 31 a 38.

<sup>17</sup> Savigny, M. F. C., *op. y loc. cit.*

En cambio, la *Institución* es una unidad de sentido jurídico que enmarca y domina cada *relación*.<sup>18</sup> A un elemento material (la relación) corresponde una determinación sistemática (la institución). Sin embargo, no queda claro hasta qué punto la institución precede, como unidad de sentido, a la realidad —y en todo caso estaríamos bajo el influjo de un modelo apriorísticamente construido— o efectivamente, su esencia racional la obtiene por su inserción en los “acontecimientos de la vida real”,<sup>19</sup> como parece sugerir Savigny en la exposición ambigua de su teoría.

He querido reseñar lo anterior, para hacer evidente la deuda de García de Enterría con Savigny, pero también para poder cotejar sus resultados en relación con la formulación inicial del jurista alemán. Para García de Enterría, la *institución* constituye el elemento formador de la reflexión normativa. “Ellas, y no las reglas aisladamente consideradas, constituyen el verdadero primer elemento del pensar jurídico, tanto científico como aplicativo. . .”<sup>20</sup> “Son ellas los puntos de condensación (Sedes) a la vez de la experiencia tópica sobre un círculo determinado de problemas y del orden superior de valores que en el derecho intenta realizarse, son el receptáculo unitario donde el saber jurídico se organiza y encuentra una articulación técnica definitiva”.<sup>21</sup>

En el pensamiento Enterriano la *institución* es un ámbito de condensación que permite elaborar respuestas a los conflictos sociales, a partir de las necesidades de congruencia interna del Derecho. Sin embargo, la proposición en sentido inverso también cabe en el carácter dinámico de este ámbito: la *institución* favorece la confirmación de los instrumentos técnicos del Derecho, a partir de las necesidades sociales manifiestas en los conflictos planteados. En todo caso, la *institución* es un espacio de cruzamiento donde convergen los elementos ideológicos y los materiales; los tradicionales y los inferidos; los particulares y los generales. En este mecanismo de carácter sutil —que no mágico—, se procesa la realidad para juridizarse y, a su vez, lo jurídico se funcionaliza para cumplir su cometido de articulador general de la sociedad.

En la *institución* se distingue una idea organizativa a la que se subordina, en una jerarquía de sentido, un determinado proceso técnico de configuración.<sup>22</sup> La idea organizadora obedece, a su vez, a contenidos

<sup>18</sup> *Ibidem.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones. . .*, p. 64.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*

valorativos de orden social cuyo proceso de materialización corresponde a la experiencia acumulada en relación con el tipo de problema que se pretende resolver; es decir, a su determinación “tópica”. Esta experiencia contiene la aspiración de repetirse como solución matizada a cada planteamiento específico que surge, pero siempre este uso normativo depende del sentido general de la proposición; por ello se afirma que es también un “principio general”.<sup>23</sup>

No se entienda que el “principio general” opera como idea suelta en medio de la realidad; debe tenerse presente que el principio contrasta siempre su sentido con la función de resolver un problema planteado. Dicho de otro modo, el principio adquiere sentido de solución en razón de su viabilidad normativa; es “principio general respecto de situaciones determinadas”, como lo expresa Enterría.<sup>24</sup> Para nuestro autor, en el espacio de la *institución* se rompe el dualismo jurídico; allí se funden los valores materiales de la sociedad y el proceso de elaboración de instancias normativas que sostienen sus posibilidades de realización reproducida y aumentada.

García de Enterría, superando el planteamiento de Savigny, se manifiesta por el carácter dinámico —dígase histórico— de la *institución*. Para él no se trata de una unidad de sentido definida de manera estable; su apertura se determina por la necesaria conexión que debe mantener con un círculo determinado de problemas.<sup>25</sup> Por otra parte, la idea que fluye como organizadora encubre un principio no definitivo, ya que su realización social es prácticamente permanente y su sentido final inalcanzable. Aquí se cuela un dejo del idealismo platónico que, sin embargo, no empaña el rigor lógico de la proposición y, ni siquiera la fuerza de su propuesta ideológica definitivamente progresista. La fuga hacia la jurisprudencia de conceptos que efectúa la ciencia jurídica alemana, a partir de la noción de “sistema” pergeñada por Savigny, es imposible realizarla por los cauces de la obra Enterriana, porque en el reconocimiento del carácter dinámico de las instituciones, está también la clausura de cualquier edificio “sistemático definitivo”; las variaciones intrainstitucionales, nos dice García de Enterría, “se prolongan a todo el conjunto”, admitiendo en su sentido cualquier clase de pluralidad.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

A pesar del gran cierre que Enterría confiere a la teoría de la institución, todavía en su interior palpitan elementos de incertidumbre, que aunque no impiden su función técnica, si abren espacios para el análisis posterior. No parece que las soluciones formalistas hayan cumplido su cometido en el mundo epistemológico contemporáneo; por lo tanto, los rumbos del pensamiento jurídico, o bien han tendido al acercamiento con las corrientes sociológicas actuales, o, en su defecto, han intentado replantearse a partir de su propia génesis técnica e histórica. Este último es sin duda el camino de García de Enterría: el derecho vuelto sobre sí mismo y en seguida propuesto a la sociedad como un cauce efectivo de articulación racional.

*Los principios.* Este tema remite a la identificación de los "soportes estructurales primarios del sistema entero del ordenamiento..."<sup>27</sup> Los "principios generales del Derecho" no contienen, para García de Enterría, simples criterios morales o buenas intenciones; su contenido reúne "fórmulas técnicas del mundo jurídico". Ya tratamos cómo el autor inserta estas fórmulas en el ámbito normativo a través del papel articulado y de sentido que otorgan a las *instituciones* jurídicas. Valga recordar que los principios generales exceden la dimensión casuística concreta, pero al mismo tiempo proceden de ella. Su identificación se realiza a través del trabajo tópico y de una acumulación paciente de experiencias que motivan reflexiones que las vinculan. En estos principios se encuentra realmente la fuerza impulsora del mundo normativo; el foco efectivo de su desarrollo.

Sin que Enterría proponga una jerarquización de los principios —que son también articulación equilibrada de intereses sociales— destaca la importancia de aquellos que se vinculan con el que acepta como el valor comunitario fundante de todas las demás: la libertad humana.<sup>28</sup> Con peculiar claridad se revela aquí la asimilación —aunque sea crítica— del pensamiento de la ilustración en la obra de García de Enterría. Sin embargo, a pesar de la identificación de la libertad como centro axiológico del ordenamiento jurídico, las consecuencias que extrae nuestro autor distan mucho de las que obtuvo Kant de un reconocimiento similar. Para García de Enterría la libertad no tiene esa traducción lineal a un voluntarismo fácil que se otorga como el destino inexorable del pensamiento moderno. En la obra Enterriana libertad significa composición de intereses individuales en el medio social; pero quiere decir

<sup>27</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (2 vol.), Ed. Civitas, Esp., 1986, del t. I, p. 74.

<sup>28</sup> *Loc. cit.*

también mediación justa de las instancias públicas en las relaciones sociales como veremos al exponer el tema expropiatorio.

En razón de la importancia que García de Enterría impone al tema de los principios generales se hace necesario plantear el asunto de la definición de los "valores materiales", ya que éstos devienen el contenido fundamental de dichos principios. La proposición del calificativo *material* sobre el sustantivo *valor* es la respuesta a la interpelación implícita que se desprende del concepto genérico de valor, legado irremisiblemente a la idea de un *valor ideal*. El pensamiento jacobino fue la fuente inagotable de la enarbolación de los *valores abstractos*; propuestas morales o filosóficas que sólo tienen que ver con el derecho cuando se las recibe a través de un proceso de inserción técnica en las instituciones jurídicas. Lo que confiere sustancialidad a un valor es la asimilación comunitaria de su sentido; es decir, la experiencia que se obtiene a partir de su practicabilidad como beneficio social concreto.

El punto obligado de llegada de los valores materiales es la idea amplia de un estado de *justicia material* que implica la realización plena de las aspiraciones sociales. El Estado de Derecho es una verdadera situación de tránsito que permanentemente propende al logro de la justicia material. El deber ser del Estado de Derecho no es en realidad un estado ideal referido por un modelo; se trata del deber concreto de actualización creciente de la justicia material.<sup>29</sup> Sólo así podrá afirmarse como *Estado material de Derecho*.

## 2. HISTORIA VERDADERA DE LA LEGALIDAD MODERNA

### 2.1 Modelo revolucionario y legalización de la disidencia

*El Modelo.* La visión técnica que la obra de García de Enterría propone se sustenta de manera permanente en un sólido planteamiento histórico de los temas. Destaca particularmente su esfuerzo por fijar, con sentido crítico, los parámetros de existencia —ideal y material— del Estado Moderno. El rumbo clásico de su perspectiva conduce a García de Enterría directamente a la revisión del proceso revolucionario francés y, de modo particular, al análisis de "aquellos elementos que van a constituir el fondo ideológico de la nueva concepción política y jurídica que la Revolución inaugura".<sup>30</sup>

<sup>29</sup> García de Enterría, E., *Reflexiones...*, p. 99.

<sup>30</sup> García de Enterría, E., *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Ed. Taurus, Esp., 1986, p. 13.

Para desarrollar su hipótesis propositiva, García de Enterría se vale de un recurso bien afinado desde el punto de vista historeográfico: reduce el Estado Absoluto y el Estado Moderno a tipos históricos de carácter ideal. En el primer caso engloba una realidad de ejercicio político central, fundamentalmente autoritaria, personal e inmune; en el caso del Estado Moderno, alinea los siguientes rasgos para componer su perfil: "el principio de legalidad, la idea de libertad o de constitución del orden social por concurrencia y, finalmente, la concepción concreta de la estructura y función del Estado".<sup>31</sup>

El tipo ideal que corresponde al Estado Moderno se encuentra precedido por el carácter jurídico de su composición, en todo caso el derecho —y particularmente la ley— aparece como el elemento racionalizador del ejercicio político. La sumisión del poder al sentido de la normatividad jurídica es también el encausamiento de la arbitrariedad política a un orden de cosas que espontáneamente conduce la sociedad al equilibrio. "En el fondo —nos dice García de Enterría—, esta formulación del imperio o de la soberanía de la Ley como ideal político no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo sobre el que trabaja el pensamiento de Occidente desde el Renacimiento y que alcanza en la Física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva".<sup>32</sup>

La manera vinculada en que García de Enterría propone considerar la ley, haciendo eco de la proposición general de Montesquieu —relaciones constantes que derivan de la naturaleza de las cosas— permite al autor presentar un enfoque multivalente de las cuestiones jurídicas, ajeno por completo a la esgrima reduccionista que se juega en las ideas Kantianas. Naturaleza y sociedad —medio material e historia— pueden contemplarse, desde la óptica Enterriana, como objetos conciliables e interactuantes. A partir de aquí el pensamiento de García de Enterría zanja el terreno y se separa de cualquier enfoque "puro" del Derecho. La visión Enterriana se proyecta como suma de datos y experiencias a partir del objeto jurídico, entendido éste como normatividad históricamente presente y puede decirse que hasta actuante.

Es muy importante percibir que la legalidad, destacada como valor ideológico por la Revolución, es asimilada en el pensamiento de García de Enterría como un valor material del Estado de Derecho. Más allá del modelo revolucionario, el autor afirma la consistencia de este prin-

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 15.

cipio y la necesidad de que se concrete como cauce efectivo de la conducta política contemporánea. Al matizar el principio de legalidad con las proposiciones Enterrianas tendríamos que afirmar el sometimiento del ejercicio político de la Administración al sentido no de la ley, sino del Derecho. Por lo pronto, bástenos con reconocer que la práctica política moderna, para ser legítima, debe encontrar su habilitación y su sentido en una normatividad previamente definida. "Las funciones políticas —manifiesta García de Enterría como corolario— son reductibles a este esquema elemental: Leyes generales y actos particulares en aplicación de las mismas".<sup>33</sup>

La garantía de la libertad individual debe ser el fin de un Estado que negándose, se realiza. El sentido de la acción política es insubsistente *per se*, su justificación la encuentra en la felicidad individual de sus miembros y en la aceptación voluntaria de su constreñimiento. Aunque definida por la suma de voluntades de los ciudadanos, la razón jurídica del Estado de Derecho es en realidad una razón individual. El Derecho, síntesis de los fines del Estado, demarca la coexistencia segura de las libertades de los súbditos.<sup>34</sup> "Estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras... aseguran sin más el óptimo del orden colectivo, la Constitución ideal" o, agregaremos nosotros, el Mercado, entendido como sistema de referencias del proceso de libre cambio.<sup>35</sup>

Sobre la libertad en su sentido moderno puede muy bien completarse el pensamiento de García de Enterría con las proposiciones analíticas que realiza Umberto Cerroni siguiendo la obra de Benjamín Constant.<sup>36</sup> El hombre moderno es en esencia un hombre privado, un individuo libre expresamente habilitado para el intercambio de bienes y desgravado por ello de las tareas públicas. La única forma de acortar distancias entre la esfera privada individual y el poder público, es a través de los mecanismos formales del sufragio; pero la elección politiza, desprivatiza al individuo transitoriamente, trocando su esencia de libre agente de su voluntad por la de mandatario social.

El Sistema de libertades sólo se considera redondo cuando existen procedimientos definidos para su garantía, especialmente cauces judiciales. "El Estado de Locke —por ejemplo— se reduce simplemente a

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>36</sup> Cerroni, Umberto, *La libertad de los modernos*, Ed. Martínez Rocca, Esp., 1972, pp. 91 y 55.

esto: Ley y Tribunales por una parte, y la coacción organizada, de otra..."<sup>37</sup> Sintéticamente la proposición puede expresarse así: Ley, Tribunales y Orden Público.

García de Enterría señala agudamente el proceso, casi imperceptible, por el que un Estado que se finca en la hipótesis de la división de poderes, parsimoniosamente realiza concesiones y termina por recibir, aunque en forma oculta, rasgos autoritarios del Estado Absoluto. La Administración francesa, tal como se consolida en la época napoleónica, significa un atentado práctico contra el dogma de la voluntad general. A este proceso de continuidad autoritaria corresponde otro de naturaleza estrictamente jurídica. Por momentos el derecho deja de ser *norma agendi*, es decir entronizador de prerrogativas subjetivas, para convertirse en un mandato que organiza técnicamente la restricción de las esferas de acción individual; pasa de ser derecho subjetivo a la compleja naturaleza de un orden competencial de características transpersonales.<sup>38</sup>

*La disidencia legalizada.* La recepción de elementos verticales por la vía del fortalecimiento del Ejecutivo, manifiesta ejemplarmente en la obra de Toqueville, sirve a García de Enterría para perfilar los rasgos distintivos del modelo político francés, respecto del paradigma anglosajón. Para nuestro autor el proceso revolucionario incuba una paradoja y una traición del modelo político de los autores liberales. La Administración fortalecida es un motivo de disidencia a la ortodoxia que los revolucionarios representaron en el terreno ideológico. Se trata de una fuerza política superior en potencia incluso a la del Antiguo Régimen; sin embargo, esta Administración desmesurada tuvo que someterse a los dogmas revolucionarios, no para dejar de existir, como la congruencia lo hubiera aconsejado, sino para ordenarse y para racionalizar su existencia. El derecho administrativo es, en este orden, el elemento de contrapeso a la disidencia o, más todavía, el vehículo de tránsito por el que se atenúa la tensión entre modelo político y realidad de ejercicio.<sup>39</sup>

No se trata, entonces, de una disidencia a contrapelo de las instituciones jurídicas, al contrario, estamos en presencia de una heterodoxia legalizada que incluso mantiene aspiraciones de control sistemático. Así, aunque la ley no sostenga su valor ideológico absoluto, dado que el Ejecutivo puede arbitrarla en el proceso de aplicación, de todos modos

<sup>37</sup> García de Enterría, E., *Revolución...*, op. cit., p. 23.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 33.

resulta un valor práctico y un parámetro de control a partir del cual la Administración emergente puede ser contenida y ponderada.

La "disidencia" operativamente se expresa en la imposibilidad de una revisión inmediata de los actos administrativos por parte del Poder Judicial. Antes de la valoración de los jueces, surge el contencioso administrativo como un espacio especial de autorevisión a partir del cual los excesos contra los administrados pueden rectificarse. La entificación de la Administración y la autonomía que logran sus actos distorsionan la teoría clásica de la división de poderes; prohíben incluso la continuidad de una Constitución —u orden administrativo— que se sobrepone a la Constitución de la República Francesa.<sup>40</sup> Esta conclusión Enterriana recuerda la división que encuentra Weber entre el orden normativo de la sociedad, como instancia formalmente instaurada y un orden convencional que se recompone de manera no legal, pero con gran efectividad en el tráfico de las relaciones sociales. El orden normativo y el orden convencional no obedecen a la primacía uniforme de uno de ellos; coyunturalmente su relación cambia, e incluso por periodos importantes puede constatarse la prevalencia convencional sobre el orden normativo.<sup>41</sup> Quizá este sea precisamente el caso francés.

La tesis de García de Enterría sobre la disidencia, contrasta por ejemplo con el pensamiento de Loewenstein, que atribuye las desviaciones del autoritarismo francés al gobierno de De Gaulle.<sup>42</sup> En cambio, André Hauriou reconoce que el parlamentarismo francés ha estado siempre en una condición inestable por la permanente disputa de la hegemonía que el Ejecutivo realiza contra el Parlamento.<sup>43</sup>

## 2.2 *El Estado como reunión de funciones y como vocación jurídica*

*Como reunión de funciones.* Resulta irónico que para afianzar la autonomía de su propio ámbito normativo —el derecho público— el Estado haya tenido que acudir a las vertientes iusprivatistas, de donde se extrajo las tesis de su entificación jurídica. La personalidad jurídica del Estado se erige así —aquí García de Enterría cita a Gerber— en el presupuesto de toda construcción jurídica del derecho público.

<sup>40</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, Ed. F.C.E., México, 1981, p. 27.

<sup>41</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Esp., 1979, p. 117.

<sup>42</sup> Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ed. Ariel, Esp., 1980, p. 578.

<sup>43</sup> García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, op. cit., p. 24.

La personalidad del Estado es en realidad un gran ámbito de naturaleza ideal en cuyo interior se disuelve la sustantividad de los poderes constituidos.<sup>44</sup> Los Poderes al ser definidos como funciones pierden completamente su carácter concreto. Vale la pena recordar aquí la afirmación clásica de Lowenstein:

La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de "poderes", pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto, de una manera meramente figurativa.<sup>45</sup>

Con el párrafo transcrito puede apoyarse la referencia enterriana a la concepción unitaria de la personalidad del Estado. Sin embargo, esta visión ideal de la unidad sufre mella cuando se la contrasta con la forma histórica en la que se organiza el poder. Aquí es precisamente donde García de Enterría recobra sus proposiciones sobre la experiencia francesa y llama a comparecer a la Administración fortalecida. Hace notar que la Administración —forma en que sustantivamente se plasma la acción ejecutiva— no es solamente la proyección ideal de una función, sino que se trata de una concentración real, estable y permanente de derechos y obligaciones que se ejercitan a partir de agentes concretos, García de Enterría lo expresa así: "bajo la etiqueta formal del poder ejecutivo va a actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de poderes".<sup>46</sup>

La asimetría práctica de la teoría Enterriana puede resumirse así: poder Ejecutivo es a Administración sustantiva como poder Legislativo y Judicial son a funciones abstractas y formales, cuya naturaleza les impide un proceso de personificación análogo al que sustantiva a la Administración.<sup>47</sup>

La Administración deviene el lado concreto del Estado, su vertiente jurídicamente controlable a través del despliegue de las normas admi-

<sup>44</sup> *Loc. cit.*

<sup>45</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 55.

<sup>46</sup> García de Enterría, E., *Revolución...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>47</sup> *Loc. cit.*

nistrativas. Este es precisamente el dato moderno que rescata a la Administración disidente de la revolución francesa de una continuidad lineal con respecto a la tradición absolutista. Aquí se concreta el gran valor de la aportación Enterriana, porque el autor no se constrañe a señalar la sobrevivencia histórica del poder vertical, sino que abunda en el restañamiento de las posibilidades jurídicas de control. De este modo, bien puede afirmarse, que si subsisten elementos potencialmente autoritarios en el Estado Moderno, lo específico de este tipo histórico de las relaciones políticas es, precisamente, la posibilidad de control jurídico sobre sus actos que tienen los gobernados a través de diversas vías. García de Enterría no pretende diluir la crudeza que subyace en la afirmación de que el Estado finalmente institucionaliza relaciones de dominación, más bien trata de persuadirnos sobre las posibilidades de racionalizar el dominio a través del sentido político de la técnica jurídica. El mensaje final del autor es cabalmente un desafío que puede expresarse así: no importa qué tan poderoso resulte el Estado, o incluso alguno de sus elementos, lo verdaderamente relevante es qué tan eficientes son los medios de control racional de que se dispone para disciplinar ese poder. Una técnica jurídica poderosa, ejercida como un verdadero valor comunitario, es realmente un factor de control que permite albergar confianza en la vida social contemporánea.

*Como vocación jurídica.* El Estado es en realidad el marco abstracto que sirve de escenario a un determinado proceso de composición nacional; su desarrollo obedece al surgimiento de las condiciones modernas de producción. El escenario estatal es fundamentalmente territorial pero su condición de existencia jurídica obedece de modo principal a la idea de un ordenamiento jurídico uniforme. Si bien en los albores de la modernidad se operó el cercenamiento del Derecho acotando su existencia exclusivamente en el espacio de la Ley, ahora se reconoce de nueva cuenta que el contenido material del derecho desborda con mucho las manifestaciones positivas de la legislación. En este orden de ideas García de Enterría afirma, apoyado en Santi Romano, que el ordenamiento jurídico procede a la norma. "Hay caracteres del Derecho que deben predicarse del ordenamiento y no analíticamente de las normas... Allí donde hay un ente social organizado hay también Derecho, hay un ordenamiento jurídico en sentido propio".<sup>48</sup>

En el ordenamiento, como andamiage estructural del Derecho, subsisten diversas fuentes; formas de ser de lo jurídico que en algún mo-

<sup>48</sup> García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, *op. cit.* (t. I), p. 60.

mento han querido sintetizarse en las expresiones legales pero que siempre terminan por reivindicar su autonomía en un ordenamiento jurídico completo.<sup>49</sup>

La función del derecho es de articulación social, lo normativo incide como un elemento de racionalización en la cohesión del conjunto.<sup>50</sup> En esta perspectiva racionalizadora sirve también a la homogeneidad que el Estado como instancia ideal amerita. Derecho y Estado son ambos niveles de uniformación de lo individual. El Derecho como elemento articulado expresa específicamente la existencia de una técnica uniforme de control que procede de un ordenamiento nacionalmente acotado. El Estado, por su parte, debe garantizar el meollo profundo del derecho, no sólo su exterioridad. Esta es quizás la afirmación más contundente que puede inferirse de las doctrinas Enterrianas, su lado profundo. El Estado de Derecho debe ser un Estado de realización material del mismo, de otra forma se atendería solamente a una cohesión vacía que carece de sentido axiológico para el progreso integral de la sociedad. Esto es lo que hemos llamado la vocación jurídica del Estado. Su desarrollo depende en buena medida de la revaloración que cada sociedad logre de las fuentes productoras de normatividad ajenas a la Ley. Las fuentes alternativas son espacios de control democrático que se abren respecto del poder; instancias de verificación social de las medidas administrativas que, de esta forma, se obligan a orientarse con el sentido que los ciudadanos proponen. La sola Ley es hoy insuficiente para garantizar los procesos democráticos; la misma legalidad debe ser controlada por la interpretación judicial, modulada en su aplicación en atención a los principios materiales que la alientan.

En la obra de García de Enterría hay una obstinada convicción del papel constructivo de la función judicial, al grado que puede reconocerse a la judicatura como la pieza maestra en el engarce óptimo de un Estado genuinamente jurídico. Esta insistencia lleva implícito el reconocimiento de lo que podríamos llamar la crisis de la proclamación absoluta de la Ley. Escuchemos al propio autor: "Hoy es un hecho de elemental evidencia que la norma, frente a la complejidad de las situaciones con que ha de enfrentarse, no es prácticamente nunca cierta y clara, contra lo que dejaba suponer la ingenua creencia en una legalización racionalizada, y definitiva del Derecho, que es una herencia de la filosofía mecanicista del siglo XVIII, trasladada sin más a la

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 62.

construcción del "Estado Legislador" puesta en marcha por la Revolución francesa.<sup>51</sup>

### 2.3 *Los riesgos de la Administración disidente y los aumentos contemporáneos*

La Administración potenciada que emergió del proceso revolucionario francés y de las conveniencias napoleónicas no ha retrocedido ni un ápice. Los procesos que enmarcan el intervencionismo actual se han conjugado para favorecer mayormente la centralización efectiva del poder. En esta fuerza desmesurada de la Administración se centra la energía del Estado contemporáneo, pero también, de alguna manera, la perversión de su modelo y hasta sus propios límites. La vida democrática no ha podido evitar una crisis palpable de las Asambleas Legislativas; en lugar de que la revisión de la Ley proceda de las instancias judiciales, muchas veces se realiza desde la propia Administración a través de la función reglamentaria. Los reglamentos "comienzan siendo meros desarrollos particularizados de ciertas leyes administrativas, para, bajo la cobertura de la ejecución no ya de leyes singulares, sino de todo el orden jurídico en su conjunto, terminan invadiendo paulatinamente campos mayores, y concluir, ya en nuestro tiempo, desplazando en significación, importancia y, por supuesto, en número, los pronunciamientos solemnes de las asambleas legislativas".<sup>52</sup> De esta forma la "soberanía" de la Ley sufre mermas innegables, aunque no se pueda aducir a favor del Reglamento la misma trayectoria legitimadora que acompaña a la ley. En muchos casos, las manifestaciones legales quedan en funciones referenciales de corte escenográfico; el verdadero protagonismo normativo lo desarrollan los Reglamentos o los planes a través de las emisiones burocráticas.

No solamente la crisis de la ley, en cuanto implica restricción a procesos democráticamente definidos, afecta la existencia del Estado de Derecho. La propia Administración, en su crecimiento desmesurado, alberga gérmenes de hipertrofia funcional. La Administración desbordada significa la burocratización de las relaciones sociales y el desplazamiento de los controles judiciales de grandes sectores de conflicto dentro de una sociedad.

<sup>51</sup> García de Enterría, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Esp., 1981, pp. 4-5.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 6.

García de Enterría afirma, "la burocracia está teóricamente ordenada hacia una posición instrumental y de servicio... y es ya universalmente admitido, como la más grave de sus inevitables 'disfunciones', la tendencia a la apropiación, a convertirse en fin y no en un instrumento de la organización".<sup>53</sup>

La consecuencia necesaria de la burocratización expansiva es la proliferación —o mejor dicho el resurgimiento— de zonas de inmunidad en el ejercicio del poder. Las inmunidades restauran la historia del Absolutismo; desnaturalizan el esfuerzo racionalizador de las instituciones modernas. En un Estado de Derecho el poder de la técnica jurídica debe orientarse decididamente a combatirlos.<sup>54</sup>

La novedad enterriana sobre el tema de las inmunidades es justamente el tono positivo que norma su confianza en la técnica del Derecho y especialmente del Derecho Administrativo. Nuestro autor no se abate ante los presagios de la incontabilidad del poder; al contrario, arremete contra las zonas oscuras persiguiendo la actualización fáctica del Estado de Derecho por la vía de la técnica jurídica y, particularmente, por la vertiente de los controles judiciales, emitidos en revisión de los actos Administrativos desbordados.<sup>55</sup> Si algún reducto de romanticismo existe en la sobriedad del pensamiento de García de Enterría, éste debe buscarse precisamente en el optimismo que mantiene en los poderes finalísticos de la técnica jurídica, este es su gran impulso y el *leit motiv* general de su obra.

#### 2.4 El amarre constitucional

El Estado de Derecho contemporáneo existe jurídicamente como Estado Constitucional; es decir, obedece a un rango normativo fundamental de definición jurídica, acotado dentro de una tradición común a los países europeos de occidente. "La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatizarla en abstracciones descarriadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional..."<sup>56</sup>

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>54</sup> García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del Poder*, Ed. Civitas, Esp., 1983, p. 13.

<sup>55</sup> *Loc. cit.*

<sup>56</sup> García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, *op. cit.* (t. I), p. 93.

La idea constitucional como paradigma político se liga irremisiblemente al principio democrático de la "autodeterminación política comunitaria".<sup>57</sup> La Constitución entonces, alude a una forma históricamente concreta de organización política; a una fórmula participativa que existe en pleno contraste con las situaciones de carácter dictatorial.

En el constitucionalismo occidental subyace la tradición individualista, que pese a las adecuaciones sociales que los textos han experimentado en el presente siglo, todavía tira hacia una concepción peyorativa del Estado, donde se le mira con recelo y nunca se le deja atribuir una naturaleza de transgresor latente de los derechos civiles.<sup>58</sup>

La Constitución, a pesar del carácter esencial de su naturaleza normativa —o quizás precisamente debido a ella— es en sí, institución en la que enraizan los valores materiales de la sociedad que sustenta; dichos valores, en tanto constitucionalizados, se imponen de una manera vinculante a cualquier ejercicio de los poderes constituidos.<sup>59</sup> Quede claro que la Constitución no funda un orden valorativo de la nada, al contrario, uno de los presupuestos de su función histórica es precisamente el de positivizar valores comunitarios ya existentes.<sup>60</sup> Sin que se niegue el carácter programático de la Constitución de una manera rotunda, si puede inferirse que su alcance se refiere más bien a las situaciones existentes que a posibles comportamientos futuros, condicionados por sus efectos normativos. En esto Enterría no se despega de la experiencia constitucional anglosajona, cuyo orden normativo jamás se borda en situaciones insustanciales desde el punto de vista histórico.

En el análisis del carácter normativo de la Constitución deposita García de Enterría la fuerza final que otorga congruencia al Estado de Derecho como realidad jurídica. El valor normativo supremo de la Constitución no sólo lo deriva García de Enterría de algún juicio simple de superioridad formal; la jerarquía de la Constitución data principalmente de la proximidad de este texto con los mecanismos democráticos de su creación. El valor material que otorga la voluntad general a través del Constituyente, dota la Carta de una fuerza sustantiva y la conduce, a nivel de su tratamiento judicial, prácticamente a la aplicación directa, incluso en contra de normas que contravengan sus decisiones fundamentales. La única forma en que puede garantizarse que

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>58</sup> *Loc. cit.*

<sup>59</sup> García de Enterría, E., *Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 100.

el cierre constitucional del Estado de Derecho funcione es, justamente, el establecimiento de un sistema efectivo de justicia constitucional que cotidianamente valore, a partir de las controversias que reciba, los principios materiales que la Constitución consagra.<sup>61</sup>

El carácter exacerbadamente obligatorio de la Constitución como norma es en realidad una especie de supraderecho que sirve de eje y de columna vertebral a todo el andamiaje jurídico disperso en las distintas vertientes de la vida social que se pretenden articular. La Constitución es una suerte de razón vinculante superior, donde se definen las reglas genéticas y de adecuación de lo jurídico en su carácter de orden.

Un tópico ausente en la exterioridad de la discusión Enterriana, pero que se antoja necesario por las alusiones tangenciales del autor, es el de la sobrevivencia formal de los textos constitucionales en las situaciones de prevalencia dictatorial. Analizar la suerte de las desvirtuaciones valorativas de la Constitución debe resultar un ejercicio fértil, porque aunque oscuro, éste es un eslabón imprescindible para explicar la virtud histórica del Estado de Derecho, aunque sea por la vía del contraste.

### 3. LA INSTITUCIÓN EXPROPIATORIA. LA ETAPA DEL ENTUSIASMO

Analizar el tratamiento que García de Enterría ha procurado a la institución expropiatoria, nos brinda la ocasión de contrastar algunos de los aspectos generales de su propuesta teórica y de observarlos en su despliegue dinámico. La expropiación reúne características suficientes de complejidad y convergencia para operar prácticamente todo el andamiaje teórico del autor. Es, además, un tema al que García de Enterría le ha brindado quizás sus mejores y más frescos esfuerzos monográficos. El autor ha tenido oportunidad lo mismo de plantear sus ideas en un ensayo de juventud<sup>62</sup> que de revisar y pulir sus resultados en una obra de plena madurez, como es el *Curso de Derecho Administrativo*, del que hasta ahora tenemos los dos primeros volúmenes. Estos argumentos motivan el desarrollo de las reflexiones que se exponen a continuación.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>62</sup> García de Enterría, E., *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Esp., 1956.

### 3.1 Primeras avanzadas y participación en la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa

La *Ley de Expropiación Forzosa*, vigente en España desde 1954, es el intento más acabado de introducir normativamente las transformaciones que la variación sobre la concepción del derecho de propiedad experimentó en el siglo XX. Se trata, en síntesis, de una de las primeras leyes que acogen la derrota de las formulaciones idealistas que con tanto encono desarrollaron los autores de la Exégesis, a partir de las declaraciones de derechos abstractos —acaso también vacíos— que fueron normales en los planteamientos del iusnaturalismo racionalista. La *Ley de Expropiación Forzosa* reformula completamente el sistema de su predecesores, la ley de 1879, y recoge, con un criterio realista y preponderantemente técnico, las principales aportaciones de la doctrina española y alemana para refundirlas con los principios deducidos de casi un siglo de experiencias expropiatorias en España.

Siendo la Ley de 1954 un gran acontecimiento de la vida jurídica española, García de Enterría tuvo la ocasión de estar presente en su formación, especialmente como participante de la Comisión del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, al que le fue encomendada la tarea de formular un Anteproyecto de Ley.<sup>63</sup>

La participación Enterriana en la composición del Anteproyecto referido incidió en dos aspectos fundamentales de la ley: la determinación de su objeto y la incorporación de la tesis de la responsabilidad patrimonial de la Administración a la regulación de la institución expropiatoria. (Artículo 1º y 121 de la Ley).

A continuación se transcribe el artículo 1º de la Ley de Expropiación Forzosa para una mejor ubicación de los comentarios que habrán de verterse:

Artículo primero. Es objeto de la presente ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o *interés social* a que se refiere el artículo treinta y dos del Fuero de los Españoles, en el que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permulta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

<sup>63</sup> *Op. cit.* (ver el Prólogo en la reedición de Civitas 1984).

Los subrayados muestran los progresos evidentes que la Ley de Expropiación Forzosa entraña. En su sentido radica la absoluta superación de una visión peyorativa de esta institución. La expropiación aparece como una función necesaria y no como un atentado a uno de los valores ideológicos fundamentales de la sociedad moderna. La Ley logra con un gran acierto reunir dos extremos que hasta entonces se consideraron irreconciliables, a saber: el potenciamiento de la potestad expropiatoria por encima de los cauces estrechos de la noción clásica de utilidad pública y el incremento —por cierto correlativo— de las posibilidades de defensa de los intereses del expropiado.

La noción de interés social proyecta la institución expropiatoria a una dimensión político-constructiva que antes definitivamente no tenía. Permite matizar los fines sociales y destacar situaciones de beneficio grupales que en forma mediata obedecen al interés nacional, pero que en lo inmediato sólo redundan en ventajas concretas para grupos o clases determinadas. Así, la expropiación asume, en cierto modo, un carácter instrumental subordinado a un principio redistributivo que a su vez se alinea en la secuencia que conduce a la realización de la justicia material.

Técnicamente el artículo 1º de la *Ley de Expropiación Forzosa* representa avances significativos y tangibles. En primer lugar, ubica de manera precisa el núcleo de la acción expropiatoria: "forma de privación singular". Esta fórmula obliga a entender que la expropiación significa siempre sacrificio de intereses patrimoniales del afectado; su contundencia evita la dispersión hacia proposiciones eufemísticas como las de "cesión forzosa", "venta obligatoria" u otras igualmente desafortunadas. En segundo lugar, y aquí radica su mayor mérito, magnifica el objeto expropiatorio que hasta entonces se contenía violenta e injustificadamente en el contorno de la propiedad. El sacrificio patrimonial abarca por necesidad situaciones mucho más flexibles y variadas que las que pueden encuadrarse en el tipo normativo que faculta a los propietarios privados. Es más, la propiedad definida al tenor de la Codificación Civil, es ahora sólo una referencia general a partir de la cual se han desarrollado formas normativas de apropiación de características particulares que rectifican su sentido y pluralizan los modos del que antes fuera un espectro jurídico uniforme. Amén de esta situación de evolución social y de dinámica normativa, desde siempre han existido formas patrimoniales distintas al derecho de propiedad, y no me refiero con ello exclusivamente a los otros derechos reales, sino a derechos de naturaleza personal que mantienen

una connotación pecuniaria directa. La potenciación real de la potestad expropiatoria a través de la definición extensa del objeto que se efectúa en la ley es también, obviamente, una mejoría notoria de garantía a los intereses patrimoniales privados. Antes resultaba completamente incierta cualquier pretensión jurídica, surgida por causa de un acto expropiatorio, para quien no fuera formalmente identificado como el propietario. El derecho de la indemnización se acotaba entonces en márgenes estrechos de los que la Ley de 1954 lo vino a liberar con plena razón.

Atrás quedó definitivamente la anacrónica discusión para determinar el tipo de bienes sobre los que la expropiación debía recaer. "En verdad, manifiesta García de Enterría, sólo el carácter paradigmático de la propiedad territorial propio de la época preindustrial y la sensibilidad que el dogma de la propiedad como derecho absoluto imponía para toda 'intromisión' en su círculo exento, han podido justificar la inclusión de institución de tan limitados efectos en la problemática general del derecho de propiedad"<sup>64</sup> y, por ende, de la expropiación.

El artículo que comentamos permite también "desformalizar" la expropiación al desprender su contenido concreto de la causa formal que lo origina. En esta perspectiva es intrascendente abundar sobre el modo normativo en el que la expropiación se manifiesta (venta, permuta, censo, etcétera), basta con que se actualice la hipótesis del sacrificio de intereses patrimoniales para que el dispositivo procesal opere y el derecho a la indemnización se reconozca.

De los aspectos trascendentes que la *Ley de Expropiación Forzosa* contiene, su definición del objeto es uno de los de mayor presencia contemporánea e integridad técnica, al grado que en el derecho comparado no se avisa otro con las mismas ventajas y resultados. Aunque algunos aspectos de la ley hayan resentido el deterioro que ocasionan el tiempo y las transformaciones sociales, éste no es el caso del artículo primero cuya visión integral conserva intacto —o quizá fortalecido por la experiencia aplicativa— su función normativa.

Es momento de referirse al otro precepto con el que García de Enterría relaciona su participación; para ello ha también de transcribirse en seguida su parte conducente:

Artículo 121. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 62 y 42.

bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo. . .”

Una de las preocupaciones constantes de García de Enterría la constituyó el vacío que en materia de responsabilidad administrativa prevaleció en el ordenamiento jurídico español hasta antes de la expedición de la *Ley de Expropiación Forzosa*, operada en diciembre de 1954. De esta forma en España no se produjeron completos los brocados de Hauriou: “que (el Poder Público) actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”, lo que daba oportunidad de afirmar la eficacia parcial de los controles legales administrativos en España.<sup>65</sup>

En el Prólogo de su obra sobre la Ley de Expropiación Forzosa, García de Enterría nos refiere como se consume la “gran travesura” jurídica que permite deslizarse “subrepticionalmente”, el Régimen de la Responsabilidad de la Administración, a través del capítulo de la Ley denominado “Otros Daños”, al ordenamiento jurídico español. La gran aportación de la LEF es el de haber fundado un régimen de responsabilidad inexistente; a partir de entonces la idea se ha convertido en una demanda comunitaria insoslayable que finalmente recibió reconocimiento supremo en el texto constitucional de 1978.

El tema de la Responsabilidad patrimonial de la Administración nos muestra nitidamente como la vocación comparatista de Enterría y de los juristas que participaron en la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Expropiación, fructifica en el ordenamiento racional a través de un proceso de recepción, que si en un principio fue realmente accidental, después ha pasado a convertirse en el reconocimiento social de un principio constitucional.

### 3.2 El Transfondo combativo de la Ley y los contrapesos de una juventud clásica

Cuando García de Enterría publica su obra sobre los *Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, motivado por la familiaridad que había adquirido con el tema a raíz de su protagonismo en la

<sup>65</sup> *Ibid.*, 27, t. II, p. 321.

redacción del Anteproyecto, su confianza en la institución expropiatoria es desbordante. No ve en ella solamente un mecanismo accidental de ajuste entre el interés público y el privado, como lo experimentaban la mayor parte de los juristas ortodoxos de su tiempo, sino que las convicciones Enterrianas se enraizaron en el pensamiento de quienes reconocieron a la expropiación un verdadero carácter conformador del orden social a través de la gestión pública, o si se permite la expresión, la expropiación tomó aires de auténtica herramienta constitucional del Estado. Para probar esta afirmación he de acudir a las fuentes Enterrianas tal como fueron por él invocadas.

De Teodoro Geiger, asume:

El derecho de propiedad no es dado como un a priori. . . , la ordenación jurídica positiva no *preserva* una relación de propiedad ya existente, sino que la *crea* y le infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo. De ello resulta que es, en el fondo, una insensatez el hablar de intromisiones de la legislación en la propiedad privada (como gustan de hacerlo los liberales). Sin una legislación positiva no existiría ningún derecho de propiedad en que alguien o algo pudieran entrometerse. . . Si no existe un derecho de propiedad natural, lógicamente anterior a la ordenación jurídica positiva, aquel no puede ser preservado ni limitado por el derecho positivo (. . .) cuando el legislador revoca determinadas atribuciones hasta ahora garantizadas no incurre en una “intromisión en el derecho de propiedad”, sino que sustituye simplemente una institución jurídica hasta ahora urgente por otra nueva.<sup>66</sup>

Este extenso párrafo sintetiza en forma cabal el desarrollo de la tesis antiliberal que justificó a la propiedad sólo como un resultado legislativo pero no como un derecho natural preexistente. Aquí, en la obra de Geiger, se testimonia el triunfo de las proposiciones rousseunianas sobre los pertrechos teóricos de Locke.<sup>67</sup> Se palpa la confianza en un Estado que asume la realización de los valores comunitarios, previa renuncia de sus miembros a sus prerrogativas naturales individuales. Los únicos derechos socialmente posibles resultan ser los derechos civiles; es decir, aquellos que derivan del reconocimiento común plasmado en el pacto societario. Sólo el reconocimiento general a través del orden jurídico es la fuente de producción de genuinos derechos.

<sup>66</sup> *Ibid.*, 62, pp. 23-24.

<sup>67</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Esp., Ed. Aguilar, 1980, pp. 22 a 39.

Fuera de este supuesto sólo existen prerrogativas accidentales, cuya inseguridad las conduce de forma inexorable a su disolución.

La propiedad es un producto constitucional y por tanto público; su establecimiento es esencialmente mutable y la expropiación un excelente vehículo de tránsito al servicio del Estado conformador. Nunca debe verse a esta institución con el carácter de un atentado, su verdadera naturaleza es funcional, realmente se trata de un mecanismo de composición donde se procesan diversas vertientes de intereses sociales. ¿De qué otra forma histórica podría existir el derecho de propiedad sino a partir de su encauzamiento por las directrices de la voluntad general, públicamente ejercidas a través de los poderes constituidos? La visión del Estado fundante corresponde a la crisis del modelo ideológico liberal y al desprestigio de la propiedad como un derecho que sirve de continente a una atribución absoluta.

La otra cita toral en el trabajo de García de Enterría corresponde al pensamiento de Forsthoff, veamos:

"La razón del acontecimiento estricto de la institución expropiatoria durante el siglo XIX 'está en la estructura del Estado de Derecho... y su relación con el mundo social de los bienes... Este Estado no tuvo intención de cumplir respecto de la libertad social una función conformadora (...) es un hecho que el Estado de esa época no aspiró a dominar, dándole una estructura propia, el mundo social de los bienes'..."<sup>68</sup>

Analizada la obra de García de Enterría desde la perspectiva mexicana, las transcripciones de la doctrina alemana que fijan el fondo de su reflexión adquieren un sentido todavía más contundente. Entre nosotros es indudable la existencia de un Estado árbitro de las relaciones de propiedad y de las relaciones sociales conformadas a partir de ellas. Tanto sucede así que la Constitución vigente, restaura incluso el sentido patrimonialista que el régimen de propiedad mantuvo en la época colonial, aunque claro, de cara a una organización puntual del "intervencionismo" contemporáneo.

Vale la pena reflexionar sobre las posibilidades históricas inmediatas de la posición juvenil de la obra Enterriana, independientemente de que, en su autor, ésta se haya diluido parcimoniosamente con el curso de los años para llegar a reformularse en proposiciones con mayores matices. En esta línea de ideas las tendencias "reprivatizadoras" que

prevalecen señalan un techo a los despliegues públicos y sobre todo a sus funciones en materia de propiedad. Parece ser el urbanismo el último reducto generalmente admitido para la conformación pública de las relaciones de propiedad; fuera de este ámbito acontece más bien un repliegue de índole general respecto de la función pública.

Siempre las afirmaciones de García de Enterría sobre la dinámica administrativa referente a la propiedad, desde su misma juventud, estuvieron matizadas por una vocación técnica orientada a la protección de los intereses de los gobernados frente a los excesos administrativos. Para García de Enterría el "Estado conformador" nunca abandonaría la sustancia que yergue al Estado de Derecho. Su concepción de un Estado potente se ubica dentro de los parámetros y de los principios que alientan la tradición constitucional de Occidente. Simplemente para ejemplificar lo anterior, conviene tener presente un pasaje de su obra en el que, al referirse a la potenciación de la facultad expropiatoria derivada del objeto de la Ley, señala que la inclusión de la fórmula de los intereses legítimos como receptáculo de la afectación "está pensada más en función de la garantía negativa del expropiado, y concretamente para consagrar su derecho a indemnización, que para habilitar positivamente la posibilidad de que tales intereses sean sacrificados".<sup>69</sup> La misma intención equilibradora se descubre cuando García de Enterría atribuye al principio de la garantía patrimonial del expropiado el carácter de fundamento unitario de toda la Ley.<sup>70</sup> Igualmente sus acertos reiterados en favor de garantizar a los particulares por la Responsabilidad civil de la Administración se inscriben en esta línea. En García de Enterría se perfila siempre una vocación natural al equilibrio; en la sobriedad de su pensamiento cualquier impulso radical es sometido por esta disciplina rigurosa de su ánimo; ello le confiere también una disposición muy favorable para el trabajo técnico donde indiscutiblemente ha logrado resultados constructivos.

### 3.3 El "Cuadro técnico" de la institución expropiatoria

La naturaleza institucional de la expropiación deviene de la idea central organizadora de sus elementos, en este caso vinculada particularmente con su causa. La razón expropiatoria parte de la idea clásica de la utilidad pública y hoy se extiende hasta la dimensión del interés social.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 163 y ss.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 62, pp. 42-43.

“Todo régimen de expropiación forzosa —refiere Enterría— y por tanto el nuevo sistema legal, puede ordenarse alrededor de dos principios esenciales: por una parte, habilita en un modo formal una potestad expropiatoria de la Administración; por otro lado, al definir esta potestad —según ya se ha notado— uno de los límites finales de la propiedad, garantiza consecutivamente los contenidos positivos que reconoce a la misma en relación con la actividad del Estado”.<sup>71</sup>

Los dos principios estructurales de la expropiación se articulan en una unidad dialéctica común, forman “haz y envés” de la misma institución. De esta forma, podemos afirmar que la expropiación admite como centro institucional a dos principios cuyo equilibrio sustenta la idea organizadora de sus elementos; por lo tanto, el núcleo rector de la expropiación es dinámico y tenso.

Creo que debe advertirse desde ahora que precisamente el gran mérito de la Ley, el de haber superado tanto las posibilidades expropiatorias como los mecanismos de defensa del expropiado, engendra también su mayor riesgo. Dos principios tan simétricos están expuestos a la mutua neutralización. Aunque García de Enterría nunca atribuye algunas ineficacias de la Ley a esta razón, creo que su valoración no debe quedar ausente.

Al comparar la potestad expropiatoria con el derecho subjetivo, a efecto de caracterizar la primera, García de Enterría la identifica como un poder abstracto y genérico; no surge de ninguna relación jurídica concreta, sino que se alza sobre ellas y las conserva o incluso las modifica.<sup>72</sup> La facultad de expropiar responde al tipo de una potestad innovativa que reconvierte situaciones patrimoniales.<sup>73</sup> La habilitación genérica proviene siempre de una atribución normativa constitucional que se proyecta como un acto vertical sobre los administrados. El núcleo de la expropiación se ofrece como una fórmula categórica: “privación imperativa” que equivale precisamente a capacidad de ejercicio vertical.

El ejercicio de la potestad expropiatoria, por más que es potente, se encuentra racionalmente limitado. El coto mayor radica en el hecho de que la potestad en sí recae genéricamente sobre el legislativo y no sobre la Administración. La declaratoria procede por la vía legal. De todos modos la *lex specialis* conserva un nivel tal de generalidad que requiere de concretización final a través de un acto ejecutivo; éste lo atribuye

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>73</sup> *Loc. cit.*

la Ley al Consejo de Ministros.<sup>74</sup> El esquema de la Ley admite numerosas excepciones a la regla genérica de atribución de la declaratoria al legislativo. En materia de obras públicas “se exceptúan de formalidad de la declaración de utilidad pública... (por considerarse implícita) toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución... estuviera designada en leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos dictadas o que se dicten en lo sucesivo”. (Esta cita literalmente tomada de la obra de Enterría.)<sup>75</sup> En la obra monográfica que comentamos no existen mayores previsiones para recomendar el control de las excepciones; pero apoyándonos en otros sectores del pensamiento Enterriano, manifestamos que esta zona de inmunidad relativa sólo puede restringirse a través de la aplicación de la técnica de los principios generales de Derecho, aplicada por la vía judicial en casos de controversia.

Trasladando la reflexión al otro eje expropiatorio, es decir, al de la garantía patrimonial de los administrados, es menester partir de la demarcación que García de Enterría realiza del asunto: “toda regulación de la expropiación forzosa —sentencia— es una regulación que aparece consecuencias sustanciales en el orden de la garantía de los particulares”.<sup>76</sup> La consustancialidad de la garantía procede del reconocimiento jurídico de la propiedad y otras prerrogativas patrimoniales como valores garantizados por la normatividad. La causa de utilidad pública o de interés social no niegan las titularidades o habilitaciones sobre los derechos afectados, más bien los transforman en pretensiones indemnizatorias. La modernidad de la institución expropiatoria data de la superioridad axiológica que ésta ostenta respecto de la confiscación. La afectación privada y el sacrificio individual son legítimos cuando la Ley así lo valora, pero el principio rector obliga a la restauración de la situación por vía compensatoria; se trata entonces de un sacrificio legítimo del interés particular en beneficio general, siempre y cuando el demérito resulte compensado.<sup>77</sup>

Otro segmento de la garantía patrimonial lo conforma la retrocesión por incumplimiento en el destino que determinó *la causa expropriandi*. Este es un derecho de reconocimiento prácticamente universal que se perfila como una expectativa que el afectado conserva y que puede

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 97-98.

hacer valer cuando la reacción sobre un bien o derecho, o incluso la acción desviada, desvirtúan el sentido de la razón expropiatoria.

No basta con el reconocimiento abstracto de la consustancialidad de la indemnización, es necesario que el interés del afectado se proteja además con una garantía procedimental adecuada y precisa. La Ley prevé al efecto un procedimiento conciliatorio de composición con amplia participación del afectado. Para el caso de que el Acuerdo conciliatorio resulte inalcanzable por persistir la inconformidad de alguna de las partes, el asunto lo resuelve un *Jurado de Expropiación*, integrado colegiadamente para el efecto de justipreciar la indemnización.<sup>78</sup>

Resumiendo, el cuadro técnico de la expropiación se integra de la siguiente manera. La institución expropiatoria, unidad de sentido jurídico, obedece a una doble determinación de principios que se combinan para formar su idea organizadora: la potestad expropiatoria y la garantía patrimonial de los administrados. Estos principios, dialécticamente vinculados, se conforman por el reconocimiento jurídico de los intereses patrimoniales legítimos y por la idea de su sacrificio por causa de utilidad pública o interés social. Su determinación final sucede a partir del cruce de su sentido ideal con la experiencia acumulada en la resolución de casos anteriores. El engarce de todos estos elementos conduce al reconocimiento social de los intereses patrimoniales legítimos y a una afectación controlada jurídicamente de los mismos en casos de necesidad expresamente valorados.

#### 4. LA INSTITUCIÓN EXPROPIATORIA. INICIO DEL DESENCANTO

Después de que García de Enterría perfila el marco técnico inicial para el análisis de la *Ley de expropiación forzosa* en 1956, continúa pendiente de su desarrollo aplicativo por más de dos décadas y cuando aparece el segundo volumen del *Curso de Derecho Administrativo* en 1978, en su primera edición, el tratamiento de la institución expropiatoria adviene integralmente enriquecido y en un tono crítico que confiere a sus planteamientos de madurez una profundidad mayor. La postura metodológica se conserva pero la experiencia se incorpora como contraste sin ninguna concesión ni miramiento. De este proceso vamos a continuación a efectuar una reseña sintética.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pp. 250-254.

#### 4.1 *Infunciones de la Ley*

Al evaluar dos décadas de vigencia de la *Ley de expropiación forzosa*, García de Enterría la sigue considerando una pieza técnica muy apreciable pero admite que sus "merecimientos no le han impedido haber sufrido ella misma una profunda erosión durante el no muy largo plazo de su vigencia. Hoy puede decirse, con rigurosa frialdad, que la Ley de 1954 *está en crisis* y que el sistema positivo de regulación de la expropiación forzosa debe ser renovado en puntos sustanciales..."<sup>79</sup> Uno de los datos que con más evidencia exigen la adecuación es precisamente la promulgación de la Constitución de 1978, que a pesar de no variar sustancialmente los principios del Fuero de los Españoles en esta materia, su proyección finalística sí obedece a una orientación distinta.

Uno de los problemas más serios generados a partir de la vigencia de la *Ley de Expropiación Forzosa* lo constituye la generalización del uso de un procedimiento que en el ordenamiento se había diseñado como excepcional. En el artículo 17, parágrafo 2, se autoriza que "cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción detallada (de los bienes), la necesidad de ocupación se *entenderá implícita* en la aprobación del proyecto..." Esto acarrea una rectificación de fondo del sistema de la Ley para ejercer la potestad expropiatoria; lesiona concretamente las posibilidades de defensa del afectado a quien el procedimiento normal le asegura un control de las condiciones de legalidad del acto y de la vinculación directa entre los bienes a ocuparse y la causa de utilidad pública que han de satisfacer. El vicio de proyección general de la excepción lo entraña la propia Ley porque en su artículo 52 hace extensivo el tema de la declaración implícita a todos los supuestos de ocupación urgente.<sup>80</sup>

García de Enterría es muy contundente en la proposición para solucionar este problema y se inclina por "un retorno a las sanas soluciones clásicas (sino al sistema judicial de expropiación) que solemnizan y no trivializan la expropiación..."<sup>81</sup>

En la misma línea de lo que acontece con las declaraciones implícitas de las necesidades de ocupación, también la proliferación del ejercicio expropiatorio por la vía de la denominada "expropiación urgente" se ha vuelto cada vez más habitual. Lo que en un principio se legisló como

<sup>79</sup> García de Enterría, E. y otro, *Curso de...* op. cit., t. II, p. 194.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 237.

habilitaciones especialísimas para responder a casos de necesidad, ahora se practica con una normalidad que compromete todo el sentido de la regulación de la expropiación.<sup>82</sup> El cauce de expropiación urgente definitivamente disminuye las instancias procesales que para el interés del afectado pueden resultar eficazmente defensivas; lo mismo, compromete el carácter del previo pago indemnizatorio que normalmente se considera una verdadera condición para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Sobre el asunto de las "expropiaciones urgentes" García de Enterría demanda soluciones inmediatas de carácter correctivo. "La expropiación forzosa no es, en efecto, ni puede ser razonablemente, una técnica de imponer una financiación forzosa a las obras públicas".<sup>83</sup> Es necesario eliminar la vía del simple decreto para hacer marchar los actos expropiatorios, afianzar la función judicial y sujetar temporalmente la eficacia del acto; estas son las medidas que García de Enterría recomienda para apuntalar el sistema legal expropiatorio y evitar su perversión.<sup>84</sup>

Parte del desencanto enterriano sobre la institución expropiatoria procede precisamente de la tendencia irregular que las expropiaciones han acusado, no solamente en España sino en el mundo entero. La potenciación de los actos de la Administración casi siempre ocurre de una manera furtiva a través de los procedimientos excepcionales o de urgencia previstos en las leyes. Incluso puede afirmarse que en cuanto más se sostiene el carácter "constructivo" de las expropiaciones, mayores son las posibilidades de acción inmune por parte de la Administración en estos actos. Aquí, sin embargo, no pueden dejarse de ponderar las distintas coyunturas políticas nacionales. En algunos casos las emergencias constructivas han favorecido la laxitud de los procedimientos expropiatorios; esto es más frecuente en los países en vías de desarrollo como México, donde el Estado suple muchas debilidades orgánicas de la sociedad civil. En los países desarrollados el amarre técnico de la expropiación tiene como contrapartida otras vías eficaces de la acción pública.

Entre las fallas secundarias que la *Ley de Expropiación Forzosa* ha vuelto manifiestas, puede mencionarse la insuficiencia de los criterios de valoración (artículo 38 y ss.) que no cubren con especificidad los tipos de bienes y derechos susceptibles de expropiarse. Aunada a esta

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 260-262.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 278-279.

deficiencia podrían mencionarse algunos de carácter procesal pero de importancia secundaria. Estos señalamientos no deben demeritar, no obstante, la imagen de la que sin duda es una de las mejores leyes a nivel internacional.

#### 4.2 *El tiempo y las profundizaciones temáticas*

Entre los temas reformulados con mayor riqueza en el *Curso de Derecho Administrativo*, destacan los que en seguida reseñamos brevemente.

En relación con la naturaleza de la potestad expropiatoria y de carácter primordialmente legislativo que ésta tiene en España, García de Enterría esclarece el carácter de condición que la declaratoria del legislador tiene para permitir la participación administrativa en la expropiaciones; pero al mismo tiempo confirmadas situaciones que naturalmente corresponden a la Administración y además de forma irremplazable: el acto de efectividad final —o sea la fase propiamente de realización— y el pago de la indemnización. A modo de corolario, García de Enterría expresa: "En forma positiva podemos, pues, decir: en cuanto la expropiación ha de ultimarse en hechos efectivos, inexcusablemente ha de ser realizada por la Administración".<sup>85</sup>

Otro asunto resuelto con mucha fineza por García de Enterría es el de la explicación que da al sacrificio del derecho por el acto expropiatorio. En todo caso se trata de un sacrificio controlado a partir de un mecanismo compensatorio que permite sustituir el bien por un equivalente dinerario y distribuir socialmente la responsabilidad por el perjuicio que causa la afectación, a través del sistema fiscal.<sup>86</sup> Nadie ha expuesto con tanta claridad la forma en que el grupo social asume la responsabilidad del daño; generalmente el pago de la indemnización se refiere exclusivamente como responsabilidad administrativa.

En otro orden de ideas, son también muy esclarecedoras las reflexiones enterrianas sobre el núcleo de la actividad expropiatoria. La "privación" imperativa es desenvuelta en todas sus facetas y perseguida incluso por las formas en que otras leyes administrativas previenen su realización.<sup>87</sup> Particularmente el autor destaca como la privación no produce necesariamente la adquisición por parte de la Administración u otro beneficiario eventual. Puede suscitarse también la destrucción, o

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 217.

la cesación del ejercicio de un derecho, el uso o aprovechamiento forzoso, la excavación u otros modos análogos de suspensión de facultades subjetivas sobre los bienes o derechos. Con gran paciencia y rigor, Enterría exhibe los casos con sus referencias legales y de paso, nos demuestra un dominio impecable de las concepciones de las prerrogativas patrimoniales.

Respecto a los asuntos procesales destaca el sentido con el que los aborda. Por un lado, esclarece sus vicisitudes técnicas, pero por otro, no cesa en propugnar por la realización de una justicia concreta en la materia expropiatoria. Esgrime la idea de identificar con precisión al procedimiento como un derecho subjetivo sustancial del afectado.<sup>88</sup>

La revisión del pago indemnizatorio es, sin duda, otro de los apogeos de la obra enterriana. En los aspectos generales no se conforma con manejar este derecho exclusivamente como garantía patrimonial; también lo inserta en el planteamiento técnico del procedimiento y lo considera una condición de ejercicio. La indemnización deviene requisito de legitimidad y de identidad de la institución expropiatoria.<sup>89</sup> La técnica de Enterría en el tema indemnizatorio se dirige a vencer cada obstáculo que vuelve incierto el pago, insuficiente o diferido. El énfasis sobre las técnicas de valoración es también notable.

#### 4.3 Esbozo de la desilusión

García de Enterría deja de confiar en el papel constructivo de la institución expropiatoria que, en la obra de juventud, precedía sus reflexiones como una guía permanente. No parece abandonar la confianza en su Estado fuerte, aunque claro, controlado. Sin embargo, a dicho Estado ya no le atribuye como fundamental el recurso de la expropiación. "Hoy se es consciente —dice— de que, sin necesidad de onerosos trasposos de propiedad y sin sus visibles inconvenientes, no resulta difícil asegurar al Estado una dirección efectiva de la economía o de cualquiera de sus sectores".<sup>90</sup> Al criticar no el sentido sino las inconveniencias de las nacionalizaciones, García de Enterría está reconociendo la declinación definitiva de la expropiación en este último cuarto de siglo.

Aunque la institución que ha servido de eje analítico para la vertebración de este trabajo, deponga su sentido creador o constituyen-

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 257.

te, ello no implica que la propiedad en su conjunto haya perdido por completo su carácter referencial en esta sociedad. Cuando García de Enterría confina en sus críticas la expropiación a un control mayor, casi inhabilitante, es porque ha pensado ya en un elemento dinámico de reemplazo y, para ello, examina las nuevas técnicas de "intervención sobre la libertad de la actuación privada". Al analizarlas vuelve precisamente sobre la huella de la propiedad y pide crédito Gierke para utilizar su esquema teórico al respecto. El jurista alemán distingue en su análisis de la propiedad, los actos delimitadores definitivos del contenido del derecho y los actos de comprensión. A estos últimos preferimos entenderlos más que como actos limitativos, como posibilidades de definición del sentido del ejercicio del derecho en cuestión.<sup>91</sup> Extrapolado el esquema de Gierke a otros sectores como el empresarial, el minero o el financiero, ayuda a plantear la lógica de la que podríamos denominar "intervención pública directiva". El modelo tiene como eje técnico el mecanismo de la remisión legal. A partir de un marco normativo general la Administración expresamente habilitada, efectúa el proceso de ajuste y encauzamiento del derecho. Quizás el área donde mejor se ha aclimatado este procedimiento es el Urbanismo. La Ley del Suelo remite al Plan Urbano, a partir de cuya aplicación e interpretación la Administración reformula el derecho de propiedad, redefiniendo el sentido de su ejercicio.<sup>92</sup>

Contra la abrupta irrupción de las operaciones expropiatorias, la omnipresencia suave del sentido del Plan. A partir de este corolario la sociedad parece haberse superado en cuanto a los mecanismos de autoconstrucción que históricamente ha puesto en práctica. Así, lo que fue cenit técnico en los años cincuentas, aparece ahora como acto demasiado tosco, cada vez más relegado a los niveles de la sanción brutal, frente a mecanismos de carácter sutil que se ofrecen como modos eficientes de racionalización del comportamiento social. La obra enterriana no traiciona a su época con vínculos afectivos o con inmovilismos, al contrario, persigue el sentido de las transformaciones contemporáneas con la intención inquebrantable de someterlas a controles jurídicos, sólo así podrá sobreponerse la idea final del Estado de Derecho a los ajustes que la historia lo somete.

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 132 y ss.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 140.