

PROLOGO

El 17 de junio de 1999 tuve la gran satisfacción de presidir en la Universidad de A Coruña el Tribunal que iba a juzgar la tesis, que para obtener el grado de Doctor, había presentado Almudena Fernández Carballal. Satisfacción, porque ello me permitió encontrarme una vez más con mi viejo y gran amigo José Luis Meilán en el marco incomparable de aquella Universidad, que tanto debe a su dedicación, sacrificio y responsabilidad. La Universidad de A Coruña no sería lo que es sin la entrega total de quien tantos años ha sido su «Magnífico» Rector. Y satisfacción también por la tesis doctoral que me había tocado juzgar. Porque el trabajo que presentaba Almudena Fernández Carballal era, bajo su humilde título —El régimen competencial del urbanismo en España— un logrado sistema del Derecho urbanístico, inspirado por un principio que estaba latente en toda la obra, el de la menor intervención administrativa en las actuaciones restrictivas del derecho de propiedad, que siempre he venido postulando desde que hace más de 50 años escribí mis primeros trabajos sobre urbanismo. A partir de cientos jurisprudenciales, la nueva Doctora, no sólo construía una base científica para acometer la tarea legislativa pendiente en nuestro Estado autonómico, sino que se enfrentaba a la consagración jurisprudencial del principio que ha de considerarse base y rector en toda regulación, ordenación y ejecución urbanística que se lleve a cabo, a pesar de la imprecisión de la Constitución y de los atentados que ha sufrido en más de una ley del Estado y de las Autonomías.

El papel relevante que juegan los principios generales del Derecho —tan vinculados a los derechos fundamentales de la persona— son claro exponente de la influencia de su maestro. No en balde a él debemos que se introdujera en el artículo 1.1 de la Ley fundamental para la reforma política de 1977, instrumento legal que permitió el paso al Estado social y democrático de la Constitución de 1978, un párrafo segundo, que decía: «los derechos fundamentales de la personas son inviolables y

vinculan a todos los órganos del Estado». A la introducción de esta importante norma por lo general olvidada ¹ me refería en mi trabajo *La dignidad de la persona* ² en estos términos:

«Ante el texto del proyecto que consagraba el más absoluto voluntarismo jurídico, se preguntaba MEILÁN: «¿Cuál es la posición de los derechos fundamentales en relación con la Ley? ¿Es que una votación mayoritaria en el Parlamento —en las Cortes— puede introducir tales limitaciones y condicionamientos en el ejercicio de un derecho fundamental que en la práctica venga a ser su conculcamiento?». Más adelante, añadía: «... por encima del voluntarismo coyuntural de una mayoría parlamentaria está el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Esto es parte esencial de una democracia, porque supone tanto como el respeto para las minorías una garantía frente a la arbitrariedad formalmente democrática del Poder» ³. Y como consecuencia de una enmienda por él mismo formulada, con alguna rectificación, llegó a incluirse el principio. Lo que supone, como dice HERNÁNDEZ GIL, «un correctivo al voluntarismo jurídico y a la omnímoda hegemonía de la ley». «El poder, en sus orígenes y en su ejercicio es inseparable de la idea de límite, en su base esencial, descansa en los derechos fundamentales que designan como centro de la protección de la persona. Ésta, por consiguiente, no es mera consecuencia o reflejo de la ordenación jurídica. Tiene una existencia previa: si bien el ordenamiento habría de dotarla de significación, es preciso que pondere ese sentido de prioridad incorporado por la persona como titular de unos derechos emanados de ella misma» ⁴.

Pero dejemos la historia y el protagonismo que en ella tuvo el José Luis Meilán —legislador, y volvamos al trabajo en el que, a través de una fiel y digna discípula, se manifiesta el José Luis Meilán— jurista y maestro de juristas.

¹ Son excepción: GONZÁLEZ NAVARRO, *La nueva ley fundamental para la reforma política*, 1977, pp. 107 y ss., y HERNÁNDEZ GIL, *El cambio político español y la Constitución*, Madrid, 1982, p. 148.

² Civitas, 1986, pp. 75 y ss.

³ Anexo al núm. 1538 del «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», pp. 58 y ss.

⁴ HERNÁNDEZ GIL, *El cambio político español*, cit., p. 148.

La tesis de la Dra. Fernández Carballal se estructuraba en dos partes perfectamente diferenciadas, aunque no por ello desligadas en la interpretación de cada una de las cuestiones que en la misma se planteaban: una, «El régimen jurídico de la propiedad urbanística», que fue publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública, con el título *El régimen jurídico del urbanismo en España*. Una perspectiva competencial, y otra, «El urbanismo y los intereses generales». Esta última parte es la que, parcialmente, constituye el objeto de esta obra que ahora publica Ed. Civitas.

El ritmo acelerado de los cambios que ha sufrido el urbanismo en los últimos tiempos, ha llevado a la autora a alejarse tangencialmente del derecho positivo y a bucear por la jurisprudencia, con objeto de encontrar soluciones a los muchos problemas que se plantean. El resultado ha sido este libro, escrito con la frescura y vitalidad propias de la juventud, que constituye un instrumento de trabajo imprescindible para todos los que nos movemos en el complicado mundo del urbanismo.

Como en todos los ámbitos, en el urbanístico los poderes públicos están habilitados para actuar en atención al logro de un determinado fin que, expresa o implícitamente, dibuja el ordenamiento jurídico. Como las potestades administrativas sobre el régimen del suelo se caracterizan por su alto grado de discrecionalidad, el recurso a los principios de carácter finalista adquiere un papel relevante, como límite sustancial a su ejercicio y como criterio funcionalizador del comportamiento de la Administración y para el administrado. Y es que, como repetía Javier DELGADO BARRIO y dejó sentado a través de sus lúcidas ponencias en muchas sentencias dictadas precisamente en materia de urbanismo (así por ejemplo, en la sentencia de 19 de mayo de 1987), «los principios generales del Derecho, al informar todo el Ordenamiento jurídico —son la atmósfera en que vivimos jurídicamente— y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de ésta se ajuste a las exigencias de dichos principios —la Administración no está sometida solo a la ley, sino también al Derecho, artículo 103.1 de la Constitución».

Este criterio del fin, en el que ha de basarse la eficaz consecución de los intereses generales, tiene en el ámbito de la competencia urbanística múltiples manifestaciones. Analizadas las principales en la obra que se presenta parece oportuno recordar aquí, con carácter general e introductorio, cómo se proyectan en las cuatro esferas en que se realiza el Derecho urbanístico español.

En el ejercicio de la potestad de planeamiento están implicados, además de esenciales derechos subjetivos, como el de propiedad, intereses generales como son los que tiene toda sociedad moderna y progresiva en conseguir una solución a las exigencias cada vez más acuciantes de equipamiento comunitario y de calidad del entorno urbano, preparando anticipada y racionalmente un asentamiento social humanamente adecuado. No es otra la finalidad de los Planes de urbanismo que determinar la ordenación que se considere más idónea a las exigencias del interés público. La mera voluntad de los propietarios del suelo, más inclinados, lógicamente, a la defensa de sus intereses personales, no puede erigirse en obstáculo al desarrollo de la política urbanística, dirigida a la satisfacción del interés general.

En un segundo momento, en cualquier ordenación urbanística que pretenda realizarse, la Administración actuante podrá elegir el sistema de gestión urbanística aplicable en cada caso, según las necesidades, medios económicos y financieros con que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias concurrentes, con una elemental preferencia por los sistemas de carácter privado, reservando la expropiación a los casos extremos y de emergencia, de perentoria necesidad o para la ejecución de sistemas generales. Pero también por sustitución de una compensación de acuerdo con el principio de proporcionalidad en cuanto manifestación de la trascendental esencialidad del fin en toda potestad administrativa.

Cuando la Administración interviene en la edificación y uso del suelo, con carácter preventivo a través de la licencia o con carácter consecutivo, imponiendo órdenes de ejecución, no actúa sino para verificar en el primer caso y conservar en el segundo las exigencias que reclama el interés público.

De forma similar y en lo que toca a la disciplina urbanística, la potestad sancionadora y de restauración del orden jurídico perturbado constituyen distintas manifestaciones del poder jurídico de la Administración para el cumplimiento de sus fines. Por citar un ejemplo, la facultad para imponer limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de elección de residencia (art. 19 CE) por razones que afecten a la generalidad, a los intereses generales, no puede reputarse contrario a la Constitución cuando se acuerda una demolición. El régimen legal de ordenación urbana no puede quedar al arbitrio de los particulares al establecer su residencia en el lugar y en la forma que estimen conveniente a sus intereses particulares. Porque como el resto de los derechos fundamentales, el de fijar libremente la residencia no es un derecho absoluto —que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio— sino que ha de ejercerse dentro del respeto a la Ley y los derechos de los demás, fundamento del orden político y de la paz social.

La idea del fin resulta elemento absolutamente esencial en el ejercicio de las potestades administrativas, como lo ponen de manifiesto normas de muy diferente rango: artículo 106.1 CE, artículo 84.2 LBRL, artículo 53.2 LRJPAC, artículo 83.3 LJCA, artículo 6 RSCL, como ha reiterado la jurisprudencia. Así se analiza en este libro, en el que su autora, sin ánimo de agotar todas las actuaciones afectadas por los principios de carácter finalista, estudia sus principales manifestaciones.

La referencia a otros principios generales, presentes a la vez en el ejercicio de las potestades administrativas sobre el régimen de la propiedad urbanística —la buena fe, la confianza legítima, ...— que podría lamentar el lector, se justifica en el propio título del libro. La actuación de una potestad para fin distinto al previsto por el Ordenamiento jurídico constituye una anomalía perfectamente tipificada en nuestro Derecho administrativo como algo distinto a la actuación contraria a las exigencias de la buena fe, basta citar como mera reflexión.

Cuando uno se adentra en terrenos tan movedizos como ha sido el Derecho urbanístico español en los últimos años, y no tanto por las secuencias legislativas de una película que hoy parece haber llegado a su fin, al menos a nivel de legislación

general —STC 164/2001—, cuanto por las amplias potestades que para su rodaje se otorgan a la Administración, tales fines no son otros que lograr la mejor ordenación urbanística posible en el desarrollo de las actuaciones públicas sobre el régimen del suelo. Este libro ofrece pautas claras para ello, sólidos criterios a seguir y eficaces formas de actuar bajo una clara llamada de atención: servir a la necesaria solución de equilibrio entre los intereses generales y los intereses privados, finalidad pero también fin último del Derecho administrativo.

Como, seguramente, diría el maestro a quién se dedica este libro, es una satisfacción constatar cómo nuevas generaciones impulsan el Derecho administrativo «en la permanente tarea de hacer más real y efectivo su despliegue al servicio de la justicia y de sus destinatarios, más allá de quiénes lo impulsamos un día en esa dirección».

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo

EL URBANISMO FINALISTA

A propósito del principio de menor restricción
en el derecho de propiedad (*)

(*) NOTA DE LA AUTORA: este trabajo ha contado con la cofinanciación del Proyecto de Investigación «Bases jurídicas para la gestión integral del litoral en Galicia» (Resolución de la Xunta de Galicia de 27 de julio de 1999), lo que quiero agradecer a su responsable y compañero el profesor Dr. F. Javier Sanz Larruga.