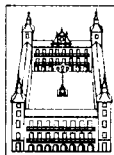


VICENTE ALVAREZ GARCIA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

EL CONCEPTO DE NECESIDAD EN DERECHO PUBLICO

Prólogo de
Santiago MUÑOZ MACHADO
Catedrático de Derecho Administrativo

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



Prólogo	19
Abreviaturas	25
Nota preliminar	29
Introducción: Consideraciones preliminares en torno a la noción de necesidad	31

CAPITULO I: LA CONFIGURACION TRADICIONAL DEL CONCEPTO DE NECESIDAD

I. Concepto: la caracterización de la noción de necesidad sobre la base de la gravedad de la situación y de la puesta en peligro de un bien esencial para la vida del Estado.	47
II. Elementos constitutivos de la necesidad	50
1. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE NECESIDAD: LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES	51
A) <i>El elemento fáctico: el carácter «incontestablemente anormal y exorbitante» de la situación</i>	52
B) <i>El problema de los medios: la imposibilidad para la Administración de actuar conforme a los cauces jurídicos ordinarios o normales</i>	53
C) <i>La cuestión del fin perseguido: el carácter esencial del interés que debe ser preservado</i>	54
2. LA CONFIGURACIÓN DOCTRINAL	56
3. EL ELEMENTO DE LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO ORDINARIO EN PARTICULAR: SU INFLUENCIA SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA DOCTRINA TRADICIONAL	58
A) <i>El concepto de estado de necesidad en sentido estricto: su falta de previsión positiva como elemento característico</i>	60
B) <i>El estado de necesidad en sentido amplio: el reconocimiento de la figura del estado de necesidad a pesar de su específica previsión positiva</i>	62

III. La construcción del concepto de urgencia en la doctrina tradicional: el criterio de la «menor gravedad» de la coyuntura como elemento definidor de la urgencia	63
1. CONCEPTO	63
2. LOS TÉRMINOS DE LA RELACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE URGENCIA Y DE NECESIDAD.	68
3. EL ALCANCE JURÍDICO DIVERSO DE LOS CONCEPTOS DE URGENCIA Y DE NECESIDAD EN LA DOCTRINA TRADICIONAL: LOS EFECTOS LIMITADOS DE LA NOCIÓN DE URGENCIA	70
4. LA CRÍTICA DE LA CONFIGURACIÓN TRADICIONAL DEL CONCEPTO DE URGENCIA: LA CONFUSIÓN DEL FACTOR «TIEMPO» CON EL FACTOR CUALITATIVO DE LA «GRAVEDAD» DE LA SITUACIÓN.	72
IV. Modelos históricos de configuración del Derecho de necesidad	75
1. INTRODUCCIÓN. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA DE LA NECESIDAD: EL CARÁCTER FÁCTICO O JURÍDICO DE LA NECESIDAD	75
A) <i>Teorías fácticas de la necesidad</i>	76
B) <i>Teorías jurídicas de la necesidad</i>	79
a) Los fundamentos inmediatos de la necesidad.	80
b) Los fundamentos últimos o mediatos de la necesidad	86
2. EL <i>STAATSNOTRECHT</i> EN ALEMANIA: DOCTRINA CLÁSICA	91
A) <i>Las bases teóricas del Notrecht</i>	91
B) <i>La formación histórica de la doctrina del Notrecht</i>	94
3. LA CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE NECESIDAD	100
A) <i>La teoría francesa de las circunstancias excepcionales: la construcción jurisprudencial de la teoría de la necesidad</i>	101
a) La labor del Consejo de Estado ante las medidas de necesidad de los Poderes Públicos en situaciones de naturaleza extraordinaria	101
b) La «necesidad» como expresión jurídica del concepto fáctico de «circunstancias excepcionales»	102
c) La configuración histórica de la teoría	105
c.1. Los precedentes	105

c.2.	Las primeras manifestaciones: el socialismo municipal de principios de siglo.	106
c.3.	La Primera Guerra Mundial y el nacimiento de la jurisprudencia de los poderes de guerra.	107
c.4.	La ampliación del ámbito de aplicación de la teoría: la formación de la teoría de las circunstancias excepcionales.	111
d)	La postura opuesta de la Corte de Casación: los reparos de la jurisdicción ordinaria hacia la admisión de la teoría de la necesidad.	113
B)	<i>La jurisprudencia anglosajona ante supuestos de necesidad: el rechazo jurisprudencial del Derecho de necesidad</i>	114
a)	La doctrina del Tribunal Supremo norteamericano.	114
b)	La jurisprudencia británica.	121
4.	LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL ANGLOSAJONA DEL ESTADO DE NECESIDAD: LA TÉCNICA DEL <i>BILL OF INDEMNITY</i> O DE LA SANACIÓN <i>EX POST FACTO</i> POR EL PARLAMENTO DE LA ACTUACIÓN ILEGAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIONES DE CRISIS.	124
A)	<i>El modelo británico originario</i>	125
B)	<i>La desfiguración del modelo originario: la aplicación de la técnica en la Europa continental</i>	127
C)	<i>La técnica de la exoneración parlamentaria en el Derecho histórico español</i>	129
5.	LOS INTENTOS DEL CONSTITUYENTE Y DEL LEGISLADOR DE PREVER POSITIVAMENTE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD: EL «DERECHO DE EXCEPCIÓN».	132
A)	<i>La tipificación de los supuestos de necesidad: el «estado excepcional»</i>	134
a)	Concepto y significación.	134
b)	Caracteres.	134
c)	Modelos.	135
d)	La eficacia limitada de la «legislación de excepción»: La necesidad constante de readaptación conforme a las exigencias de la práctica. La experiencia de la legislación de excepción en Francia.	139

B) <i>El sistema de cláusulas generales. La dictadura constitucional, en especial</i>	143
a) Concepto y significación.	143
b) Caracteres.	144
c) Modelos	145
d) Los peligros de la dictadura constitucional: el riesgo de abuso.	149

CAPITULO II

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA NECESIDAD

I. Planteamiento general	155
II. La necesidad como móvil jurídico de actuación de los Poderes Públicos	161
III. La construcción dogmática de la necesidad	165
1. LA RELATIVIDAD DEL CONCEPTO: EL PAPEL DETERMINANTE DE LOS COMPONENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS EN SU FORMACIÓN. EL RESULTADO: LA NECESIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO	165
2. EL CARÁCTER TELEOLÓGICO DE LA NOCIÓN DE NECESIDAD.	170
A) <i>El principio: la necesidad como función del fin concreto perseguido por los Poderes Públicos en su actuación</i> ...	170
B) <i>El problema de la determinación de los fines. La cuestión de los intereses generales</i>	174
a) La continuidad de la vida del Estado.	180
b) El principio tradicional de la continuidad de los servicios públicos y su revisión: el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad.	184
b.1. La continuidad de los servicios públicos como objetivo de los Poderes Públicos: los orígenes y la evolución del principio.	184
b.2. Alcance y significación del principio del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad	190
b.2.1. El concepto de servicios esenciales ...	191
b.2.2. Las precisiones de la jurisprudencia constitucional sobre los conceptos de servicios esenciales y de servicios públicos	193

b.2.3.	La continuidad mínima de los servicios esenciales: los servicios mínimos como supuesto específico de medidas de necesidad	196
c)	El mantenimiento del orden público	199
c.1.	Concepto y caracteres del orden público en el Derecho comparado	200
c.1.1.	El modelo francés: la distinción entre orden público general y especial	200
c.1.2.	El modelo alemán: las peculiaridades de la distinción entre seguridad pública (<i>öffentliche Sicherheit</i>) y orden público (<i>öffentliche Ordnung</i>)	203
c.2.	La noción de orden público en el Derecho público español.	208
c.2.1.	Las dimensiones tradicionales del orden público en el Derecho público español	209
c.2.1.1.	El orden público como cláusula general de habilitación de todo tipo de actuaciones de los Poderes Públicos.	210
c.2.1.2.	El orden público como cláusula limitadora del ejercicio de los derechos y libertades.	213
c.2.2.	La evolución histórica del concepto: el carácter contingente de su contenido.	216
c.2.2.1.	La configuración tradicional del orden público	219
1. ^a)	El orden público durante el siglo XIX: el orden público como orden de la calle	219
2. ^a)	La progresiva trivialización del concepto. Su punto culminante: el artículo 2 de la LOP de 1959.	222
c.2.2.2.	La significación actual del	

	orden público: orden público y Constitución de 1978	224
	1. ^a) Las reticencias de los ór- ganos legiferantes frente a la utilización del concepto	224
	2. ^a) La crisis del concepto tra- dicional del orden público tras la promulgación de la Constitución y su signifi- cación en la actualidad.	227
	C) <i>Intereses generales e intereses particulares</i>	237
	D) <i>Conclusión</i>	242
3.	EL ELEMENTO FÁCTICO: LA MODULACIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD POR LA CONCURRENCIA DE FACTORES TEM- PORALES Y CUALITATIVOS	244
	A) <i>El presupuesto: la situación de peligro</i>	247
	a) Concepto y caracteres del peligro.	249
	b) La técnica de determinación del peligro	253
	B) <i>El efecto del factor tiempo sobre la necesidad: la ur- gencia</i>	255
	a) Concepto: La urgencia como categoría específica de la necesidad. La necesidad de actuar con rapi- dez	256
	b) Los elementos caracterizadores de la noción de urgencia.	258
	b.1. El fundamento común de la necesidad y de la urgencia.	259
	b.2. El elemento diferenciador: el factor tiempo como componente esencial del concepto de urgencia.	260
	c) La determinación del momento de actuación de los Poderes de urgencia	264
	c.1. La urgencia preventiva: la actuación previa a la materialización del peligro por parte de los Poderes de urgencia.	266
	c.1.1. La urgencia y la amenaza de un peli-	

	gro inminente. El concepto de inminencia.....	266
c.1.2.	El control de la inminencia de la situación de peligro.....	271
	1.º) El influjo de la inminencia del peligro sobre la capacidad de reflexión y de decisión de los Poderes Públicos.....	272
	2.º) Los efectos de las circunstancias fácticas conocidas con posterioridad sobre la inminencia de una situación de peligro previamente verificada.....	273
	3.º) La relación entre la previsibilidad de la situación y la inminencia...	276
c.2.	La urgencia reparatoria o reparadora. El recurso a los poderes de urgencia tras la materialización efectiva de la situación de peligro: los efectos reparatorios de la actuación urgente sobre los daños ya producidos.....	280
d)	Los efectos de la urgencia: su naturaleza y alcance jurídico según la concepción renovadora.....	281
C)	<i>El efecto del factor cualitativo de la situación de peligro sobre el concepto de necesidad: la «extraordinaria necesidad».....</i>	285
D)	<i>La concurrencia simultánea del factor temporal y del factor cualitativo de la gravedad de la situación en la configuración del concepto de la necesidad: la «extraordinaria y urgente necesidad».....</i>	288
4.	LA CUESTIÓN DE LA INSUFICIENCIA DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PREVISTOS POR EL ORDENAMIENTO POSITIVO PARA LA REALIZACIÓN POR LOS PODERES PÚBLICOS DE LOS FINES ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD.....	291
A)	<i>El Principio: la necesidad de que los Poderes Públicos dispongan de los medios jurídicos que sean necesarios para la realización eficaz de su misión.....</i>	293
B)	<i>Los problemas planteados en la aplicación práctica del Principio: el carácter necesariamente limitado del ordenamiento jurídico positivo. Necesidad y principio de legalidad.....</i>	295

IV. Los efectos jurídicos de la necesidad	306
1. LA CUESTIÓN PREVIA: EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA OBLIGATORIA O FACULTATIVA DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SUPUESTOS DE NECESIDAD	308
2. EL EFECTO NEGATIVO: LA FUNCIÓN DEROGATORIA DEL CONCEPTO DE NECESIDAD SOBRE EL DERECHO NORMAL U ORDINARIO. LA NECESIDAD COMO FACULTAD (OBLIGACIÓN) DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA EL NO RESPETO DEL DERECHO ORDINARIO	320
A) <i>La naturaleza del efecto derogatorio: el carácter temporal o suspensivo de la derogación</i>	321
B) <i>El alcance de la excepción derogatoria</i>	324
C) <i>La resultante: la variabilidad o la relatividad del alcance de la derogación</i>	326
3. EL EFECTO POSITIVO: LA NECESIDAD COMO TÉCNICA PERMANENTE DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO A LA REALIDAD SOCIAL	327
4. LA CONCRETA PROYECCIÓN DE LOS EFECTOS DEROGATORIO Y ADAPTADOR DE LA NECESIDAD SOBRE LAS REGLAS DE COMPETENCIA, PROCEDIMIENTO, FORMA Y CONTENIDO, QUE DISCIPLINAN LA ACTUACIÓN ORDINARIA DE LOS PODERES PÚBLICOS	331
A) <i>Alteración de las reglas de competencia</i>	335
a) El reajuste competencial dentro de una misma Administración Territorial (modelo: la Administración del Estado)	337
a.1. Modificación del sistema de reparto competencial entre los diferentes «Poderes del Estado»: la alteración del principio de la división de poderes	338
a.1.1. El supuesto paradigmático: el fenómeno de la concentración de poderes en favor del Ejecutivo	338
1.º) Técnicas prototípicas de asunción por el Poder Ejecutivo de funciones de naturaleza legislativa	340
2.º) Intromisiones del Poder Ejecutivo en funciones propias del Poder Judicial	355

a.1.2. El fenómeno de la concentración de poderes en favor de órganos legiferantes	368
a.2. Sustitución de competencias dentro de un mismo Poder (modelo: el Poder Ejecutivo) . .	370
1.º Alteraciones verticales de las reglas de competencia.	371
2.º Alteraciones horizontales de las reglas de competencia	375
b) El reajuste competencial entre diferentes Administraciones Territoriales	380
b.1. Centralización de competencias	381
b.2. Descentralización de competencias	402
c) La necesidad o la urgencia como causas de justificación de las intervenciones de particulares en funciones propias de los Poderes Públicos	405
B) <i>Alteración de las reglas de procedimiento</i>	410
a) Simplificación del procedimiento	411
b) Sustitución del procedimiento	419
c) Supresión del procedimiento	422
C) <i>Alteración de las reglas de forma</i>	426
D) <i>Alteración de las reglas de fondo o de contenido</i>	432
V. Los contrapesos frente a la necesidad	441
1. SU JUSTIFICACIÓN: LOS RIESGOS DE ABUSO POR LOS PODERES PÚBLICOS EN LA INVOCACIÓN DE LA NECESIDAD	441
2. LOS LÍMITES JURÍDICOS DEL CONCEPTO DE NECESIDAD	448
A) <i>Los límites relativos a la efectiva existencia de una necesidad de actuar: la concurrencia simultánea del elemento fáctico y del elemento teleológico como condición indispensable para la licitud del recurso al concepto de necesidad</i>	452
B) <i>Los límites relativos al contenido o al alcance concreto de la medida de necesidad: el principio de proporcionalidad en sentido amplio</i>	458
a) El principio de adecuación, idoneidad o congruen-	

	cia de las medidas de necesidad. En especial la problemática de la adecuación temporal.	465
	b) El principio de la intervención mínima	483
	c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto	492
	C) <i>¿Existen límites absolutos frente a la necesidad?</i>	506
3.	NOTAS SOBRE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA NECESIDAD.	518
	A) <i>Controles políticos</i>	521
	B) <i>Controles administrativos</i>	537
	C) <i>Controles jurisdiccionales</i>	540
	a) El control de la necesidad por el Tribunal Constitucional	554
	b) El control de la necesidad por los Jueces y Tribunales.	558
	D) <i>Conclusión</i>	569
	Conclusiones	571
	Bibliografía	581