

ABREVIATURAS

Art. :	artículo
Arts.:	artículos
BOCAIB:	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma Islas Baleares
BOCAN:	Boletín Oficial de Canarias
BOE:	Boletín Oficial del Estado
BOJA:	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
Carta:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
C.:	Constitución
CCEE:	Comunidades Europeas
CD:	Disco compacto
CE:	Constitución Española/ o Comunidad Europea
CEC:	Centro de Estudios Constitucionales
CEEA:	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE:	Comunidad Económica Europea
CIF:	Código de Identificación Fiscal
Cit:	citado
Comp.:	editor
Const.:	Constitución
Cont. Adm.:	Contencioso-Administrativo
DNI:	Documento Nacional de Identidad
Dic.:	Dictamen
Dir.:	Director
Disp. Trans.:	Disposición transitoria
DO:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas/ Diario Oficial de la Unión Europea
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
DTC:	Declaración del Tribunal Constitucional
Ed.:	Editorial

ed.:	edición
EEUU:	Estados Unidos de América
FJ:	Fundamento Jurídico
IEA:	Instituto de Estudios Administrativos
INAP:	Instituto Nacional de Administración Pública
Núm.:	número
JCA:	Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LBRL:	Ley de Bases de Régimen Local
LEF:	Ley de Expropiación Forzosa
Ley 30/92:	LRJPAC o Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LJ:	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LGP:	Ley General Presupuestaria
LCSP:	Ley de Contratos del Sector Público
LG:	Ley del Gobierno
LJCA:	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOAPA:	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LPA:	Ley de Procedimiento Administrativo
LOCE:	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LOFAGE:	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJPAC:	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MAP:	Ministerio de Administraciones Públicas
NIF:	Número de Identificación Fiscal
Ob. cit.:	Obra citada
ONG:	Organización no gubernamental
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.:	Obra citada
OTAN:	Organización del Tratado del Atlántico Norte
Pág.:	página
Págs.:	páginas
RA:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RAP:	Revista de Administración Pública
RDL:	Real Decreto Legislativo
RDP:	Revista de Derecho Político
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo

ABREVIATURAS

RDDP:	Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED
RPT:	Relación de puestos de trabajo
Rec.:	Recopilación de Sentencia del TJCE
Sec.:	Sección
Sigs.:	Siguientes
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTJUE:	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA:	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA:	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
UNAM:	Universidad Autónoma de México
UNED:	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USA:	Estados Unidos de América
<i>Vid.:</i>	Ver
VV. AA.:	Varios Autores

PRÓLOGO

Los destinatarios principales de este libro son los estudiantes que se inician en el estudio del Derecho Administrativo. De manera que en él he pretendido responder a una sencilla pregunta: ¿Cuáles son las ideas básicas que debe conocer quien se aproxima a esta disciplina? Esto es, que visión inicial debe proporcionarse a los que se acercan al Derecho Administrativo que les muestre los fundamentos básicos del mismo: una suerte de reflexión sobre dicha disciplina jurídica. Pues, este libro no pretende ser un manual, síntesis o prontuario del Derecho Administrativo que, por lo demás, cuenta en nuestra bibliografía con ejemplos excelentes.

El Derecho Administrativo español, como ordenamiento jurídico, es un conjunto de normas contenidas en el Derecho de la Unión Europea, en los tratados internacionales, en la Constitución española, en las leyes estatales y autonómicas, en los reglamentos y en otras normas derivadas de las anteriores. Del mismo modo, las resoluciones de los jueces y tribunales que interpretan y aplican dicho ordenamiento jurídico proceden de organizaciones internacionales, de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y de tribunales internos. Esto es, el ordenamiento jurídico administrativo esta dotado de una considerable complejidad que excluye las viejas concepciones jurídicas ancladas en el centralismo jurídico, o el nacionalismo jurídico, que han imperado hasta nuestros días.

El ordenamiento jurídico administrativo supone más de la mitad del volumen del entero ordenamiento jurídico español: varias decenas de miles de normas y de resoluciones de los jueces y tribunales. De manera que la diversidad y el volumen de las fuentes del Derecho Administrativo exige, como en ninguna otra disciplina, sistematizarlas adecuadamente pues, de lo contrario, sería vano cualquier intento de comprensión. Pues bien, para llevar a cabo dicha sistematización he utilizado dos parámetros, uno dinámico y otro estático.

Por una parte, me he preguntado si existe un hilo conductor que pueda explicarla (el aspecto dinámico de la disciplina). A mi juicio, dicho hilo conductor se integraría por dos ideas. En primer lugar, el Derecho Administrativo habría sido hasta nuestros días el Derecho del Poder, y en las últimas décadas se estaría produciendo una transformación que podría convertirlo en el Derecho de los ciudadanos. De manera que el Derecho Administrativo sería una disciplina que lejos de permanecer estática ha ido evolucionando a lo largo de los siglos, al compás de las ideologías imperantes. Pero, la idea de transformación ínsita en el Derecho Administrativo debe

conciliarse con la de permanencia, en la medida en que, siendo cierto que numerosas técnicas se renuevan o liquidan a lo largo del tiempo, se comprueba que permanecen técnicas fundamentales (acto, contrato, procedimiento) modeladas por los nuevos principios (en particular el de legalidad): El Derecho Administrativo es un derecho de aluvión.

El segundo de los parámetros responde a la pregunta de si el Derecho Administrativo tiene un esqueleto contundente (el aspecto estático de la disciplina). Si se observan los numerosos manuales de Derecho Administrativo, tanto españoles como extranjeros, se encontrarán discrepancias, de fondo y forma, considerables, pero también algunas coincidencias en lo que hace referencia a la sistematización de esta disciplina. Así, más allá de las diferencias formales subyace una concepción que raramente se explicita y que puede representarse recurriendo a la imagen de una pirámide. En la cúspide de la misma se encontrarían los valores constitucionales (y de modo secundario los valores que el legislador ordinario haya creado), que aunque con valor normativo propio tendrían por función principal la de impregnar la totalidad del ordenamiento jurídico administrativo. En un escalón más abajo situaríamos a los principios constitucionales (y de modo secundario a los principios que el legislador ordinario haya creado), que vertebrarían el entero Derecho Administrativo; algo así como su columna vertebral. En un tercer escalón situaríamos a las misiones que la Constitución y las leyes encomiendan a los poderes públicos, que deben realizarse de acuerdo con los principios y valores constitucionales y legales. En un cuarto escalón estarían los sujetos del Derecho Administrativo; las Administraciones Públicas en sentido amplio (los poderes públicos), y los ciudadanos y demás operadores jurídicos. A las primeras, para llevar a cabo las misiones encomendadas (de acuerdo con los principios y valores), el ordenamiento jurídico les otorga potestades, técnicas e instrumentos jurídicos. Y a los ciudadanos, y demás operadores jurídicos, el ordenamiento jurídico les otorga derechos, les impone obligaciones y les otorga garantías jurídicas. A estas últimas las situaríamos en el último escalón, en la medida en que sin garantías no hay Estado de Derecho. De esta representación del Derecho Administrativo se deduciría la posición central de los ciudadanos, como referentes y destinatarios del mismo.

Debe advertirse, finalmente, que el tratamiento que se da en este libro a los temas que en el mismo se abordan no es homogéneo. Así, intencionadamente, se producen tratamientos diferenciados en cuanto a la intensidad y extensión de los mismos. De manera que el lector observará toda una gama de tratamientos que van desde el que se correspondería a un artículo de revista especializada hasta otros que se aproximan a los de un manual. El objetivo final que se persigue es suscitar en el lector el interés y la reflexión en una materia que, por lo demás, está necesitada de una revisión profunda.

INTRODUCCIÓN

LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA EL ESTUDIO Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LAS TAREAS BÁSICAS DEL JURISTA

La finalidad de este libro es la de iniciar a sus lectores en el estudio del Derecho Administrativo. Pues bien, como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, el estudio del Derecho Administrativo exige tener en cuenta la legislación, la jurisprudencia, los informes y los dictámenes de los órganos consultivos, así como la doctrina de los autores. De modo que en estas páginas haremos referencia a los materiales e instrumentos que consideramos de la mayor relevancia para su estudio, sin perjuicio de que a lo largo de los diferentes capítulos hagamos las indicaciones precisas que permitan al lector ampliar o verificar datos o conceptos que se vierten en los mismos.

La tarea básica del jurista, ya sea empleado público, juez, abogado (lo que alcanza a los operadores privados que se relacionan con las Administraciones Públicas), o ejerza otras de las numerosas profesiones jurídicas es la de localizar la norma o normas aplicables a los supuestos fácticos que se dan en la realidad¹. Esto es, en la realidad se producen hechos en sentido amplio y se trata de localizar la norma o normas jurídicas aplicables al hecho concernido. En contra de lo que pudiera pensarse dicha tarea de localización no es siempre sencilla, y en no pocas ocasiones suele ser muy compleja.

Y dicha complejidad deriva de diferentes factores. Por una parte por las extraordinarias dimensiones de nuestra legislación, entre la que hay que considerar la producida por las autoridades nacionales, regionales y locales, así como la producida por la Unión Europea. De manera que para buscar con éxito una norma en nuestro ordenamiento jurídico es necesario conocer en qué instrumentos se encuentra la legislación

¹ Especial interés tienen las observaciones de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Práctica Forense Administrativa*, Civitas, 3ª edc., Madrid, 1993, en particular págs. 47 y sigs.

aplicable y saber identificar con claridad qué es lo que se busca, para lo que en casi todos los casos hacen falta conocimientos jurídicos previos y sólidos.

Una vez localizada la norma aplicable a un determinado hecho, para entenderla cabalmente, es necesario tener en cuenta la doctrina de los Tribunales. Esto es: la doctrina de los Tribunales españoles que culmina en el Tribunal Supremo; la doctrina del Tribunal Constitucional; la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas del Consejo de Europa. En ocasiones resultará relevante, también, la doctrina del Tribunal Penal Internacional, entre otros Tribunales internacionales integrados en la ONU. Y esto porque, en la tarea de todo operador del derecho, lo relevante jurídicamente hablando es la interpretación que los Tribunales, en los diferentes órdenes jurisdiccionales, hacen de las normas.

En lo relativo al Derecho Administrativo, en determinados sectores del ordenamiento, son igualmente relevantes las resoluciones o informes de organismos administrativos con competencias de interpretación, control o supervisión.

La búsqueda de la norma, así como de la jurisprudencia que versa sobre la misma, y de los informes y dictámenes de los órganos consultivos competentes no es una tarea mecánica, sino una tarea intelectual. Sólo cuando se ha llevado a cabo con éxito la tarea de localización de la norma aplicable al caso, debe acometerse la búsqueda de los demás materiales que ayudarán a completarla para, finalmente, comprenderla y, en su caso, aplicarla. Aunque, en no pocas ocasiones el proceso es el inverso. Esto es, son la jurisprudencia, los informes o la doctrina de los autores los que nos conducen hasta la norma aplicable. La aplicación de la norma concernida, viene, por tanto, precedida de una serie de tareas que pueden ser elementales o complejas en grado sumo, dependiendo de los hechos concernidos.

Si la tarea de identificar la norma o normas aplicables puede ser compleja, particularmente cuando estén concernidos varios subordenamientos jurídicos, o normas de Derecho internacional, no lo es menos la interpretación de las mismas que, sólo en ocasiones está implícita en la propia identificación de las normas aplicables.

En algunos supuestos, la Administración facilita formularios o modelos impresos sencillos para, por ejemplo, que los ciudadanos puedan obtener o renovar el Documento Nacional de Identidad. En otros casos, no se dispondrá de formularios ni impresos administrativos, y las solicitudes procedentes serán extensas y estarán acompañadas de un considerable número de documentos para acreditar, probar, etc.

Las Administraciones públicas se relacionan con los ciudadanos a través de procedimientos administrativos. De manera que podría decirse que el Derecho Administrativo es un conjunto de procedimientos administrativos. En determinadas ocasiones, el procedimiento administrativo concernido se resolverá en un breve espacio de tiempo, mientras que en otras se agotarán los plazos al ser preciso requerir al solicitante para que subsane deficiencias que se deducen de su solicitud, o practicar pruebas, o dar audiencia

al interesado antes de la propuesta de resolución. No existe un único procedimiento administrativo, y no sólo porque no exista un único escenario normativo para la regulación de los mismos, sino porque dependiendo de cada caso, en el mismo marco normativo, su tramitación puede ser diferente. Por lo que se refiere a los recursos, además de los ordinarios (alzada y reposición) o del extraordinario de revisión, la ley permite implementar procedimientos de revisión alternativos a los recursos ordinarios, con lo que el sistema en su conjunto muestra una considerable complejidad.

Veamos a continuación algunos de los instrumentos útiles para localizar los materiales a los que nos hemos referido anteriormente, esto es: los materiales legislativos, jurisprudenciales y doctrinales necesarios para el estudio y la aplicación del Derecho Administrativo.

II. LA LOCALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

A) LAS COLECCIONES OFICIALES DE LEGISLACIÓN

Las fuentes en que podemos localizar la legislación vigente son varias. En primer lugar, hay que mencionar las colecciones oficiales de legislación. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el Estado español añade a su naturaleza de Estado Autónomico, la de Estado miembro de la Unión Europea. Así, junto al Estado y las Comunidades Autónomas, la Unión Europea tiene, también, potestad normativa originaria, sólo subordinada a los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de la Unión Europea. De manera que, según los casos, a unos determinados hechos les puede ser de aplicación la legislación del Estado, la legislación de las Comunidades Autónomas o la legislación de la Unión Europea y, en no pocas ocasiones, varias o todas las anteriores.

Los instrumentos en soporte papel o en Internet en que se publican con carácter oficial las normas más relevantes que rigen en España son:

– Diario Oficial de la Unión Europea (*DO* o *DOUE*, denominado hasta la entrada en vigor del Tratado de Niza «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», *DOCE*). Se publica sólo, en la actualidad, en la página web de la Unión (europa.eu).

– *Boletín Oficial del Estado (BOE)*. Se ha publicado en papel y en la página web del *BOE* hasta el 31 de enero de 2008, y a partir del 1 de enero de 2009 sólo se publica en la página web del *BOE* (www.boe.es).

– Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas. Se publican en papel y en sus respectivas páginas web. Es previsible que en breve plazo sigan el ejemplo del *BOE*.

Aunque con carácter subordinado las diputaciones provinciales (boletines oficiales de la provincia), ayuntamientos, consejos y cabildos tienen sus respectivos instrumentos de publicidad.

Los diarios y boletines oficiales sirven al principio básico, fundamental, de publicidad de las normas (principio de publicidad de las normas) que rige nuestro derecho y que luce en el artículo 9.3 de la Constitución española: Principio fundamental para que a un sistema jurídico-político se le pueda calificar de «Estado de Derecho». Las normas jurídicas sólo entran en vigor, y por tanto pueden ejercerse los derechos o exigirse las obligaciones que las mismas consagran, a partir de su publicación en los instrumentos de publicidad oficiales previstos al efecto. Así, por ejemplo, se ha previsto por la Constitución que las leyes del Estado se publiquen en el *BOE* que no puede ser sustituido, por ejemplo, por la publicación de las mismas en todos los diarios de España, aunque su difusión fuera más eficaz. Es decir, las instituciones u órganos que pueden dictar normas no tienen libertad para publicarlas en donde les parezca oportuno, conveniente o más eficaz. Deben hacerlo, para que las normas entren en vigor, en los instrumentos oficiales predeterminados por la Constitución o por la ley.

Las leyes del Parlamento español o Cortes Generales (artículo 9.3 de la Constitución y artículo 2.1 del Código Civil), así como las normas reglamentarias del Gobierno (artículo 24.4 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, del Gobierno), para entrar en vigor deben publicarse en el *BOE*. En el mismo deben publicarse, asimismo, íntegramente, los tratados o convenios internacionales para que sean aplicables directamente en España (artículo 96.1 de la Constitución y artículo 1.5 del Código Civil). En los diarios o boletines oficiales de las Comunidades Autónomas deben publicarse las leyes de sus Asambleas legislativas y los reglamentos de los gobiernos autonómicos, para que entren en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en sus correspondientes legislaciones². Y, las normas de la Unión Europea para que entren en vigor deben publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 297.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Los anteriores instrumentos de publicidad de las normas (o instrumentos de publicidad principales) en los soportes previstos (generalmente en papel, a excepción del *BOE* o del *DOUE*) dan fe de las normas más importantes que rigen nuestros comportamientos y relaciones. Pero, además, los citados instrumentos se editan en soportes informáticos (CD, por ejemplo) y son accesibles en línea, prácticamente sin excepción, a través de Internet.

No obstante, no todas las normas que rigen nuestras conductas se publican en los instrumentos citados anteriormente. Las Diputaciones³ y los Ayuntamientos tienen sus propios instrumentos de publicidad y, las federaciones deportivas, las asociaciones benéficas o las comunidades de propietarios, y otros organismos o personas competentes para dictar normas, las publicitan o difunden, entre los afectados por las mismas, por otros medios. Se trata, en todo caso, del ejercicio de potestades normativas

² Las leyes de las Comunidades Autónomas se publican también en el *BOE*, pero a efectos de su vigencia rige la fecha de publicación de las leyes autonómicas en los respectivos boletines o diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas.

³ Ver la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias.

de rango subordinado, y derivadas de las competencias normativas de las que son titulares las Instituciones Centrales del Estado, las Comunidades Autónomas o la Unión Europea. Pero, no obstante lo dicho, en numerosas ocasiones dichas normas derivadas deberán tenerse en cuenta para resolver correctamente los conflictos que eventualmente se puedan plantear, por lo que será necesario acceder a las mismas, a través de sus respectivos instrumentos de publicidad o en las sedes de las organizaciones concernidas (como por ejemplo, los tabloneros de anuncios en las sedes de los ayuntamientos).

Señalábamos que los citados instrumentos de publicidad principales, además de en papel (salvo el *BOE* o el *DOUE* que ya no se publica en papel), son accesibles a través de soportes informáticos, o a través de Internet. Particularmente, interesa destacar los instrumentos informáticos de que disponen tanto las instituciones nacionales como la Unión Europea, que permiten un acceso rápido y seguro a la legislación.

Debe señalarse en este punto que la Unión Europea dispone de un *Repertorio de la Legislación de la Unión Europea*, en soporte papel que se publica con periodicidad de seis meses (una edición por cada semestre natural), que también es accesible a través de Internet, que contiene un catálogo completo de las normas vigentes en la Unión con anotación de sus reformas, modificaciones y derogaciones. Se trata de un instrumento de gran utilidad, de carácter oficioso, que no tiene parangón en el Derecho interno español.

B) LAS COLECCIONES PRIVADAS DE LEGISLACIÓN

Aunque no debe descartarse la consulta directa de las normas en sus soportes primigenios, o en soportes informáticos, o en Internet, creados por los organismos oficiales que tienen encomendada la publicación de las normas en sus respectivos ámbitos, resulta útil la consulta de los textos legales en colecciones privadas de legislación, que suelen ayudar al lector a la comprensión de las normas, particularmente cuando anotan concordancias de sus artículos con otros, señalan la jurisprudencia aplicable, o hacen comentarios o referencias de utilidad. La experiencia en España en esta materia es muy fructífera. Un antecedente remoto de este tipo de trabajo es el *Diccionario de la Administración Española* de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, cuya primera edición es de 1858, de calidad, extensión y profundidad que no han sido todavía superadas. Obra deslumbrante, y no menos importante, es la de León MEDINA y Manuel MARAÑÓN y, en particular, sus *Leyes Administrativas de España*, publicada en la Editorial Reus que, entre otros, fue puesta al día, en alguna de sus ediciones, como la de 1945, por José GASCÓN Y MARÍN y Eugenio PÉREZ BOTIJA, que tuvo su máximo esplendor entre mediados de los años cuarenta y los años sesenta del pasado siglo XX. Posteriormente, numerosas editoriales privadas han publicado obras de interés en la materia que nos ocupa. Son centenares de ejemplos de compilaciones, con anotaciones o sin ellas, y con denominaciones que hacen referencia más o menos

directa al Derecho administrativo (legislación administrativa, leyes administrativas, Código administrativo y otras). La mayoría, con mayor o menor extensión, pretende compilar las leyes más generales del Derecho Administrativo, pues el intento de compilar la totalidad de las leyes administrativas es en la actualidad una tarea llamada al fracaso por el volumen ingente que supondría. Además, son frecuentes las recopilaciones amplias, en ocasiones con pretensiones de exhaustividad, de sectores relevantes del Derecho Administrativo. Ambos tipos de recopilaciones son extraordinariamente útiles, ya que suelen estar a cargo de especialistas que facilitan la compleja labor de seleccionar, recopilar y comentar las leyes.

Al consultar las colecciones privadas es conveniente prestar atención a la fecha de publicación, habida cuenta de las frecuentes reformas que sufre la legislación administrativa.

III. LA LOCALIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En segundo lugar, en el orden de relevancia para el Derecho Administrativo, hay que tener en cuenta la doctrina de los Tribunales, a saber:

- *Tribunal Supremo* (TS);
- *Tribunal Constitucional* (TC);
- *Tribunal de Justicia de las Unión Europea* (TJUE) (que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se denominó Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE);
- *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH)

En sentido estricto, y de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, *jurisprudencia es la doctrina reiterada* (es decir doctrina expresada al menos en dos sentencias) *que establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*. La jurisprudencia, de acuerdo con el precepto citado, complementará el ordenamiento jurídico. Debe tenerse en cuenta que en sentido amplio y vulgar se califica como jurisprudencia, también, a la doctrina de los Jueces y Tribunales diferentes al Tribunal Supremo, expresada en resoluciones judiciales. Para la práctica del Derecho resulta conveniente tener en cuenta la doctrina de los Jueces y Tribunales inferiores al Tribunal Supremo, entre otras razones porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo no alcanza la interpretación del entero ordenamiento jurídico, ya que sólo un reducido número de resoluciones judiciales son susceptibles de recurso ante el Alto Tribunal.

El texto íntegro de las sentencias del *Tribunal Supremo* se publica por el Ministerio de Justicia con tal retraso que, aunque sólo esta publicación oficial da fe de las mismas, resulta conveniente consultar la jurisprudencia a través de editoriales privadas. A lo largo de décadas el instrumento imprescindible de consulta lo suministraba la

Editorial Aranzadi, a través de su repertorio de jurisprudencia en soporte papel, que anexaba a las sentencias una serie de índices de gran utilidad. En la actualidad, además de dicha editorial, otras privadas publican la jurisprudencia del Tribunal Supremo en soporte papel, en CD, y en línea a través de Internet.

El *Tribunal Constitucional* es el intérprete supremo de la Constitución, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, teniendo sus sentencias valor de cosa juzgada, de acuerdo con el artículo 164.1 de la Constitución. No debe olvidarse que la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30, todos ellos de la Constitución, son susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional y que, por tanto, la vulneración de dichos derechos en el procedimiento administrativo pueden ser objeto de recurso de amparo constitucional y que la vulneración de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional es una de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publican en suplementos del *Boletín Oficial del Estado* (antes en papel y en Internet y a partir del 1 de enero de 2009 sólo a través de Internet: www.boe.es), que es el instrumento que da fe de las mismas. El propio Tribunal Constitucional junto con el *Boletín Oficial del Estado* publica una colección denominada *Jurisprudencia constitucional* que contiene índices útiles para la localización de las sentencias y autos del citado Tribunal. Además, es posible acceder a las sentencias del Tribunal Constitucional a través de las muchas ediciones privadas que existen en el mercado, que son accesibles en soporte papel, en soportes informáticos y en línea a través de Internet.

El *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE) (también conocido como *Tribunal de Luxemburgo* por radicar su sede en dicha ciudad) de acuerdo con el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, es el garante del respeto del Derecho de la Unión), de modo que la doctrina de dicho Tribunal puede ser determinante, en la medida en que las Administraciones Públicas españolas constituyen la administración ordinaria de la Unión Europea⁴, es decir, son administraciones que ejecutan el Derecho de la Unión Europea y, en esa medida, están vinculadas a la doctrina de dicho Tribunal⁵.

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se publican en el *Repertorio de Jurisprudencia* (antes del Tratado de Lisboa, en la *Recopilación de la*

⁴ Ver por todos, sobre este tema J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid, 2007; y «Administración y función pública europeas», en *Principios de Derecho de la Unión Europea* (E. LINDE, M. BACIGALUPO, C. FERNÁNDEZ, J. Á. FUENTETAJA), Colex, Madrid, 2006.

⁵ Ver por todos, sobre la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, FUENTETAJA PASTOR, J. A., *El proceso judicial comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1996; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Aranzadi, 2004; MARTÍN DELGADO, I. *El procedimiento por inexecución en la Justicia Europea*, Cepa, Madrid, 2004.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia) y es accesible, también, a través de Internet en la página web de la Unión Europea (europa.eu). Otros varios documentos son útiles para el acceso a la jurisprudencia de dicho Tribunal, entre ellos queremos destacar *NOTES (Références des notes de doctrine aux arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes* que se edita por el Tribunal desde 1997).

Finalmente, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) (También conocido como *Tribunal de Estrasburgo* por radicar su sede en dicha ciudad), supone la cúspide en lo que se refiere a la interpretación de los Derechos fundamentales, que vincula a los Jueces y Tribunales españoles por virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española⁶. Las sentencias del TEDH se pueden localizar fácilmente en el Boletín que dedica a las mismas las Cortes Generales.

IV. LOS INFORMES Y DICTÁMENES

Para el jurista es igualmente importante tener en cuenta los informes y dictámenes de los numerosos órganos consultivos de las respectivas Administraciones Públicas. Resultan especialmente relevantes en el ámbito de la Administración General del Estado los dictámenes del Consejo de Estado que, de acuerdo con el artículo 107 de la Constitución, es el órgano supremo consultivo del Gobierno. Dicho organismo se rige por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (*BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1980), modificada posteriormente.

Los dictámenes del Consejo de Estado se publican anualmente bajo el título *Recopilación de doctrina legal*, por la editorial del *Boletín Oficial del Estado*. Particular interés tiene la recopilación de doctrina del Consejo producida desde 1979 a 1991 publicada con el título *Resumen de Doctrina Legal 1979-1991*, por la editorial del *BOE*, en 1993.

Algunas Comunidades Autónomas han creado organismos consultivos similares al Consejo de Estado. Ver, entre otros, los casos de Andalucía (Ley 8/1993, de 19 de octubre que crea el Consejo Consultivo de Andalucía, *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre y *BOJA* núm. 118, de 30 de octubre), Baleares (Ley 5/1993, de 15 de junio, que regula el Consejo Consultivo del Gobierno de las Islas Baleares, *BOE* núm. 197, de 18 de agosto y *BOCAIB* núm. 83, de 8 de julio) y Canarias (Ley 5/2002, de 3 de junio del Consejo Consultivo de Canarias, *BOE* núm. 152, de 26 de junio y *BOCAN* núm. 77 de 7 de junio).

Para casos concretos deben tenerse en cuenta los informes o las resoluciones de otros órganos administrativos sin relevancia constitucional, dotados o no de persona-

⁶ Vid. sobre el tema, E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1983.

lidad jurídica, como son la Junta Consultiva de Contratación, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.

V. TRATADOS, PRINCIPIOS, CURSOS, MANUALES Y DEMÁS MATERIALES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La que es conocida como parte general del Derecho Administrativo ha contado y sigue contando con abundantes aportaciones de los autores. En el capítulo I de este libro prestamos atención a los autores más relevantes del siglo XIX y de principios del siglo XX, que no reiteraremos aquí en que indicaremos algunos tratados, principios, cursos, manuales y demás obras generales sobre el Derecho Administrativo. Si embargo, debe advertirse que los temas que tratan dichas obras no son siempre coincidentes y el tratamiento que se da a los temas tratados es de extensión, profundidad y calidad muy diferentes. Entre las más recientes pueden destacarse:

- BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico*, Civitas, 12ª edc., Madrid, 2016.
- BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, 2 tomos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2010.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, 21ª edc., Madrid, 2010.
- ESCUIN PALOP, C., *Curso de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 3ª edc. Valencia, 2005.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 12.ª Edc. Madrid, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Vol. 1, 15ª edc. Madrid 2011. Vol. II, 11ª edc. Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, Vol. 1, 9ª edc. Pamplona, 1999. Vol. II, 6ª edc. Pamplona 1999. Vol. III, Pamplona 1997.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (dir.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Aranzadi, 8 vols. Navarra, 2008.
- MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, 28ª edc. Madrid, 2009.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007.
- MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, UCM, Tomos I y II, edc. Madrid, 2002.

- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Tomo I, 2.^a edc. Madrid, 2006, Tomo II, Madrid, 2006, Tomo III, Madrid, 2009, Tomo IV, Madrid, 2011.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Open, Vol. 1. edc., 2008. Vol. II, 22^a edc., 2015. Vol. III, 23^a edc., Madrid, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 7^a ed., Valencia, 2014.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. y otros, *Manual de Derecho Administrativo*. 2 tomos, Colex, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, 11^a edc. Madrid, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, 2 Tomos, Iustel, 3^a edc., Madrid, 2015.
- Por lo que se refiere a la parte especial del Derecho Administrativo las obras son muy escasas, a saber: BERMEJO VERA, J. Y OTROS, *Parte Especial del Derecho Administrativo*, 7.^a edc. Civitas, Madrid, 2009.
- LINDE PANIAGUA, E., Y OTROS, *Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, 2^a edc. Colex, Madrid, 2012.
- VV. AA., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, 8 tomos, Iustel, Madrid, 2009.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

Las revistas científicas más destacadas dedicadas preferentemente al Derecho Administrativo son las siguientes:

Actualidad Administrativa, editada por La Ley.

Revista Andaluza de Administración Pública (RAAP), editada por el Instituto Andaluz de Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Documentación Administrativa (DA), editada por el Instituto Nacional de Administración Pública.

Justicia Administrativa (JA), editada por Lex Nova.

Revista Aragonesa de Administración Pública (RArAP), editada por el Gobierno de Aragón

Revista de Administración Pública (RAP), editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia.

Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), editada por Civitas.

Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica (REALA), editada por el Instituto Nacional de Administración Pública.

Revista Galega de Administración Pública (RGAP), editada por la Escola Galega de Administración Pública.

*Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*s (RVEA), editada por la Generalitat Valenciana.

Revista Vasca de Administración Pública (RVAP), editada por el Instituto Vasco de Administración Pública.

COLECCIONES PRIVADAS DE LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

Son abundantes las recopilaciones legislativas, legislaciones básicas y códigos de legislación. Pueden localizarse en editoriales privadas (entre ellas: Colex, Tirant lo Blanc, Civitas, Aranzadi, Ariel, Tecnos, Comares), y públicas (Universidad de Sevilla, *BOE*, etc.).

VI. RECOMENDACIONES PARA EL ESTUDIO

De lo expuesto anteriormente se deduce que el Derecho Administrativo lo integran la legislación, la jurisprudencia y la documentación. Los estudiantes podrían realizar el estudio de dichos materiales directamente, pero lo más apropiado, cuando se inicia el aprendizaje de una disciplina, es dejarse conducir por la doctrina de los autores, a través de libros generales sobre el Derecho Administrativo (en sus diferentes versiones: principios, fundamentos, cursos, manuales, etc.), que sistematicen adecuadamente la materia en su conjunto. Y digo dejarse conducir, lo que no excluye ni la reflexión ni el espíritu crítico que debe acompañar siempre el estudio de toda disciplina jurídica.

En una primera aproximación al Derecho Administrativo es suficiente con conocer los rasgos principales de lo que se denomina parte general. Esto es, los rasgos principales de los valores y principios que rigen el Derecho Administrativo, de las misiones, de las potestades, de las técnicas y de los instrumentos de que se dota a los poderes públicos, y en particular a las Administraciones públicas, en el ejercicio de la actividad administrativa, así como algunas nociones sobre las garantías de que disponen los ciudadanos (los operadores jurídicos en general) frente a las Administraciones públicas. No está tampoco de más conocer los rudimentos de la organización administrativa.

Naturalmente, con la parte general no acaba el estudio del Derecho Administrativo. El grueso de la legislación administrativa tiene por objeto la intervención de la Administración en la sociedad, que se estudia bajo la genérica denominación de parte especial del Derecho Administrativo, que suele estructurarse

por sectores de actividad intervenidos (sistema financiero, consumo, audiovisual, sanidad, urbanismo, vivienda, agricultura, etc.). Para entender en sus justos términos la intervención de la Administración en la sociedad es preciso dominar los valores y principios que rigen el Derecho Administrativo, así como las misiones, las potestades, las técnicas y los instrumentos que tienen las Administraciones públicas, y las garantías de que se dota a los ciudadanos frente a la actividad de las Administraciones públicas.

Las nuevas modas pedagógicas que se están introduciendo entre nosotros, que supuestamente derivarían de la implantación en España del «Proceso de Bolonia», sobre el que he tenido oportunidad de pronunciarme en otros lugares (*El Proceso de Bolonia: Un sueño convertido en pesadilla*, Civitas, 2010; e *Ideas para la reconstrucción de la universidad española tras el proceso de Bolonia*, Colex, 2010), tienden a infantilizar a los estudiantes universitarios, esto es, a seguir tratándolos como si no hubieran accedido a la enseñanza superior y permanecieran en la enseñanza primaria o secundaria; lo que considero un error de orientación cuyos perniciosos efectos sufrirá la sociedad española a medio y largo plazo. Explicaré por qué. Resulta que, entre otras cosas, se pretende que los profesores (tutores u otras modalidades de profesorado) faciliten a los alumnos resúmenes y esquemas de los libros que constituyan el material docente básico de cada asignatura. Y de este modo se induce, consciente o inconscientemente, a los alumnos universitarios a que prescindan de la lectura de los materiales básicos recomendados; pues la experiencia indica que la generalidad de los estudiantes tiene por principio fundamental para el estudio el del mínimo esfuerzo, de manera que si tienen a su disposición resúmenes y esquemas elaborados por los propios profesores estudiarán exclusivamente dichos resúmenes, lo que les impedirá (lo que les está impidiendo ya) ejercitar sus inteligencias haciendo sus propios resúmenes y esquemas que no deben ser otra cosa que el resultado del estudio y la comprensión de los materiales básicos en cuestión. Cuando dichos licenciados o graduados (pues en nuestra universidad es posible obtener cualquier título universitario con los precarios conocimientos obtenidos únicamente del estudio de apuntes-resúmenes) quieran desempeñar las funciones de un jurista deberán enfrentarse con la interpretación de textos legales y jurisprudenciales, y no sabrán hacerlo; y no estarán a su alcance apuntes y resúmenes de leyes y sentencias que les releven de llevar a cabo una actividad intelectual que eludieron cuando estudiaron en la universidad.

La nefasta costumbre de estudiar, exclusivamente, resúmenes de libros, apuntes y otros tantos subproductos intelectuales, realizados por los propios alumnos estuvo muy extendida en nuestra universidad, y sigue estándolo, y es una de las causas de la deficiente formación de un número muy considerable de universitarios españoles. Cualquiera que se acerque a una biblioteca universitaria podrá comprobar que los libros brillan por su ausencia en los puestos de lectura que, sin embargo, aparecen llenos de apuntes. Debe recordarse que en tiempos pretéritos, por lo general, no existía otro modo de estudiar que hacerlo con apuntes tomados por los alumnos en las clases presenciales, pero ello era debido a la escasez de manuales universitarios.

Lo lamentable es que la práctica de estudiar sobre apuntes persista en la actualidad, en que no existe el déficit antes señalado.

Para un jurista resulta muy importante leer textos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales directamente. Es imprescindible la lectura de textos doctrinales, pues proporcionan una visión ordenada y sistemática del sector del ordenamiento que abordan y, en mayor o menor medida, contienen las claves del razonamiento jurídico con el que los alumnos deben familiarizarse. Los textos doctrinales sirven para comprender las diferentes formas de interpretar los textos legislativos, y para entenderlos de acuerdo con la jurisprudencia vertida sobre los mismos. Si los estudiantes no leen directamente a los autores difícilmente comprenderán el modo de razonar jurídico; que es básico para la formación del jurista. Y la lectura de los textos doctrinales debe completarse con la lectura de las normas y de la jurisprudencia que en aquellos se cita, lo que permitirá a los estudiantes verificar o discrepar del criterio de los autores, formándose un criterio propio con elementos de juicio suficientes. En definitiva, si los estudiantes universitarios estudian del modo indicado tendrán garantizada una formación excelente que les permitirá superar las pruebas que se establezcan para comprobar sus conocimientos, pero, sobre todo, estarán formándose como juristas.

De manera que propongo a los estudiantes universitarios que se revelen contra las modas pedagógicas imperantes, impropias de la universidad, que lejos de todo beneficio sólo traerán como resultado una deficiente formación jurídica difícil de enmendar posteriormente. Y, en su lugar, les animo a que se esfuercen por formarse concienzudamente, esto es; que lean y estudien la doctrina de los autores (libros generales, monografías, artículos de revistas especializadas), las normas que integran el ordenamiento jurídico y la doctrina que emana de los tribunales. Y que todo ello lo hagan con un acusado espíritu crítico y reflexivo.

CAPÍTULO I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DEL DERECHO DEL PODER AL DERECHO DE LOS CIUDADANOS

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LA FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO. III. LAS GRANDES LÍNEAS DEL PENSAMIENTO ADMINISTRATIVISTA: 1. Introducción. 2. Poder público y servicio público. 3. Ordenamiento jurídico y análisis articulado de la realidad administrativa y constitucional. 4. Administración intervencionista *versus* Administración prestataria. 5. De la ciencia de la policía a la ciencia neutral de la generación de la Revista de Administración Pública. IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO INSTRUMENTAL *VERSUS* LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. Introducción. 2. El Derecho Administrativo como derecho instrumental. Los principios como parámetros vertebradores. 3. La imposible reserva constitucional del Derecho Administrativo. 4. El Derecho Administrativo de los ciudadanos. V. LOS CONFINES DE LO PÚBLICO. VI. EXCURSO. EL BUEN GOBIERNO DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO: 1. Introducción. ¿Qué entiende el legislador español por buen gobierno? 2. El ámbito subjetivo de aplicación del Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. 3. Los principios del buen gobierno. Ámbito objetivo del buen gobierno. 4. Las infracciones y sanciones previstas en la Ley. 5. Las sanciones. 6. Procedimiento sancionador. 7. Las competencias del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en materia de buen gobierno. 8. Buen gobierno y transformaciones en el Derecho público.

I. INTRODUCCIÓN

En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las distintas fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana.

K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona 1965, pág. 27.

El Derecho Administrativo ha sido hasta nuestros días el Derecho del Poder: Derecho de organizaciones, potestades, técnicas e instrumentos privilegiados para realizar los intereses generales, en el que las partes (Administraciones y ciudadanos), a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, sólo excepcionalmente están en un plano de igualdad.

De la prudencia, dignidad y eficacia de los gobernantes dependerá que esos colosos, que son las Administraciones públicas, dotados de potestades, técnicas e instrumentos extraordinarios, estén o no dirigidos a objetivos que respondan a las exigencias de la mayoría de los ciudadanos. De no ser así, tal y como la historia

demuestra, los controles políticos y jurídicos no siempre son capaces de contener a quienes dirigen esas potentes organizaciones, cuando las ordenan a objetivos diferentes o claramente incompatibles con los intereses generales.

La evolución histórica del Derecho Administrativo ha estado en función de la historia de la evolución de los detentadores del poder político, pero, ya sean éstos reyes absolutos, la nobleza o representantes políticos surgidos de las urnas, gobernar exigirá siempre un núcleo común de privilegios hasta el punto de que gobernar sea igual a actuar desde el privilegio. Y, en cualquier caso, el poder necesitará una organización administrativa para cumplir sus objetivos, desde la más elemental a la más evolucionada y sofisticada, y exigirá un Derecho especializado y privilegiado en relación con el que sirve para regir las relaciones entre particulares.

Bien es cierto que a lo largo de los dos últimos siglos se han incrementado los controles políticos y jurisdiccionales sobre la Administración, pero ésta no ha sido privada de sus privilegios, sin los que difícilmente cumpliría sus misiones. Incluso, a lo largo del tiempo, ha buscado y encontrado nuevos privilegios, y en caso alguno ha abandonado sin resistencia sus conquistas principales.

Por primera vez, a lo largo de nuestra historia, a partir de la Constitución de 1978, sería posible construir en España un Derecho Administrativo producto de la reflexión sobre la propia realidad (normas y experiencias); realidad jurídico-política, presidida por una Constitución que ha mostrado una considerable estabilidad, y que es un marco idóneo para que la reflexión sea fecunda. Ha quedado lejos en nuestra historia un pasado, un tanto desolador, en el que nuestra contribución al pensamiento político y jurídico ha sido escasa, sin duda, a causa, entre otras, de que nuestra realidad atormentada no merecía el análisis, de que la recepción de las ideas europeas se superponía a un sistema político antidemocrático, lo que suponía un discurso teórico al margen de la realidad que no se transformaba en consonancia con aquel: al fin y a la postre un intento fallido que quedaba en mera simulación.

La sociedad española se ha ido desarrollando en las últimas décadas al margen de la experiencia traumática de la dictadura franquista. Y sería llegada la hora de que fuéramos capaces de escudriñar nuestra propia realidad, nuestro propio derecho, que incluye el derecho de la Unión Europea, situando así al Derecho Administrativo en el lugar que reclama nuestro tiempo: *El Derecho Administrativo de los ciudadanos que supera la precedente versión del mismo como Derecho del poder*. De este modo, los juristas españoles realizarían la tarea que se espera de ellos y, desde luego, sólo así será posible contribuir al enriquecimiento de la cultura jurídica occidental.

II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LA FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Es costumbre entre cierta escuela de sociólogos menospreciar la importancia de la inteligencia y atribuir todos los grandes sucesos a grandes causas impersonales. Juzgo esto una

completa ilusión. Creo que si cien de los hombres del siglo XVII hubiesen muerto en la infancia, no existiría el mundo moderno. Y de esos ciento, Galileo es el principal.

Bertrand RUSSELL, *La perspectiva científica*,
5ª edc. española, Barcelona, 1975, pág. 29

Reduciendo las distintas posiciones doctrinales al respecto, podría llegarse a la conclusión de que existen dos tesis sobre los orígenes del Derecho Administrativo, tal y como lo comprendemos en la actualidad. Unos autores consideran que la Administración y el Derecho Administrativo hunden sus raíces en lo más profundo de la Historia¹, mientras que para otros la disciplina que cultivamos tiene sus orígenes en la Revolución Francesa². Y lo cierto es que ambas posiciones doctrinales, lejos de ser contradictorias, explican parcialmente los orígenes de esta rama del Derecho. En efecto, un nuevo enfoque de esta cuestión exige distinguir entre el origen histórico de las técnicas del Derecho Administrativo, que, sin duda, se pierde en el tiempo,

¹ En esta línea, refiriéndonos tan sólo a la doctrina española, puede destacarse a J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1964, pág. 3, que expresa: «En toda época ha existido Administración y «administración». Piénsese, por ejemplo, en lo que significa en Egipto la construcción de las pirámides. El hecho material de la construcción no nos interesa, ni siquiera lo que esta construcción suponía para la ciencia matemática y geométrica. No nos interesa porque suponía un conjunto de esfuerzos unificados para una finalidad. Había que planear, había que ponerse de acuerdo. Había que reclutar gente. Había que pagarla. En toda época, en cuanto existen varias persona juntas, formando un grupo, existe una administración. Es decir, hay que distribuirse las competencias. Es cierto que no se puede hablar desde el punto de vista político de un concepto de Estado en el sentido moderno del vocablo. No es lo mismo un Estado oriental teocrático, por ejemplo en Persia, Egipto, que un estado actual. Pero *servata distantia*, los problemas que se planteaban venían siendo los mismos, sobre todo el problema de la convivencia. Había que buscar fórmulas para que todo el mundo pudiese convivir. Respecto de la historia de la humanidad, la Administración juega un papel importante. Cualquier forma política, cualquier forma de convivencia, cualquier forma social, está siempre relacionada con una forma de Administración». Bien es cierto que esta posición no puede considerarse aislada. En nuestra doctrina histórica, cuando menos, pueden señalarse como antecedentes a M. COLMEIRO en su *Derecho Administrativo Español*, escrito en 1850, págs. 29-30, e incluso, con anterioridad, a A. OLIVAN en su conocida obra *De la Administración Pública con relación a España*, que fue reimpresa en 1954, pág. 27. También cabe destacar entre los autores actuales a J. L. VILLAR PALASÍ, si bien para este autor son más bien las técnicas las que se han conservado a lo largo de la historia, que la propia substantividad del Derecho administrativo naciente de la Revolución Francesa, *vid. su Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*, Madrid, 1968, págs. 98 y siguientes.

² Esta posición debe considerarse como mayoritaria, con independencia de las discrepancias de matiz que se den entre los diferentes autores. En la doctrina española señalaremos como autores destacados a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros trabajos en *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972, que tiene como precedente «La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea» en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Tomo II, Madrid, 1959. También F. GARRIDO FALLA, «El Derecho administrativo y sus ideas cardinales», *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952; S. MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, y, finalmente, aunque de modo tangencial, A. NIETO, en *La retribución de los funcionarios en España (Historia y Actualidad)*, Madrid, 1967, pág. 22.

y el cambio cualitativo que aportan los principios de la Revolución Francesa sobre las técnicas heredadas³.

El Derecho Administrativo es un producto histórico resultado del lugar que la Administración (o el conjunto de las Administraciones públicas) ocupa en el sistema político y en la sociedad. Así, al socaire de las transformaciones políticas, económicas y sociales que tienen lugar a lo largo de los siglos, y en particular a partir de la Ilustración, el papel de la Administración en el área cultural occidental se ha ido modificando, aun cuando el rasgo fundamental que le caracteriza permanece intacto a lo largo del tiempo y hasta el último tercio del siglo xx: *La Administración y el Derecho Administrativo son organizaciones, potestades, técnicas e instrumentos al servicio del Poder*. A partir del último tercio del siglo xx se vislumbrará una nueva etapa, la del *Derecho Administrativo como Derecho de los ciudadanos* que está llamada a consolidarse a lo largo de las primeras décadas del siglo xxi.

La Revolución Francesa sigue siendo el hito histórico de referencia del Derecho Administrativo vigente. En cuanto tal, simboliza la síntesis de un proceso histórico que llega prácticamente hasta nuestros días y cuya comprensión no puede hacerse sin remontar la vista hasta algunos pensadores medievales⁴.

No se produce, en efecto, una súbita emergencia de modelos, instituciones y sistemas políticos, y, por consiguiente, la aparición del conjunto de factores que sentará las bases del Estado moderno tiene lugar y se afirma gradualmente hasta poner en crisis el sistema teocrático medieval. Trazaremos a vuelapluma exponentes básicos del pensamiento político que explicarían la situación en que nos encontramos en la actualidad.

MARSILIO DA PADOVA (1280-1343) es el teórico de la crisis del universalismo teocrático del medioevo. En su *Defensor Pacis* (1324), postula la reconducción de la Iglesia a su función espiritual, concibe el Estado como complejo orgánico y funda la

³ A propósito de ese ejercicio tan usual de los juristas, de buscar las raíces de las instituciones y de las técnicas en el pasado reciente, M. S. GIANNINI ha hecho una aportación muy valiosa en su libro *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, cuyas conclusiones, con las que coincido, pudieran resumirse en el siguiente párrafo: «Se puede responder, por tanto a la pregunta sobre la validez de proyectar la noción de administración pública a culturas del pasado con una distinción: la aplicación o proyección es válida si está referida a la Administración en su sentido sociológico. Tendremos, pues, nada menos que la habitual confrontación de conceptos de la ciencia sociológica con la realidad humana en sí, tanto presente como pasada. No es válida siempre, por el contrario, si se refiere a la Administración pública en sentido jurídico. Esta, en efecto, aparecerá tardíamente en la experiencia jurídica» (*op. cit.*, págs. 10-11).

⁴ A tal efecto seguimos a L. MARCHEGANI, *Il pensiero politico moderno. Struttura socio-economica e ideologie*, Florencia, 1974. La doctrina ha prestado una especial atención al proceso ideológico desde la Edad Media a la Revolución Francesa. Pueden mencionarse entre tantos trabajos: H. BRUNKHORST, *Introducción a la historia de las ideas políticas*, Madrid, 2004; G. H. SABINE, *A History of Political Theory*, 1937, traducido al castellano como «Historia de la teoría política», Méjico, 1945; J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1969; J. J. CHEVALIER, *Los grandes textos políticos. Desde Maquiavelo a nuestros días*, Madrid, 1955; R. N. STROMBERG, *Historia intelectual europea desde 1789*, Madrid, 1991. En alguna medida es también de utilidad J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico*, Madrid, 1977; y B. BAYONA AZNAR, *El origen del Estado laico desde la Edad Media*, Madrid, 2009.

propia soberanía en el pueblo. Así, dirá significativamente: «*Los reyes electos gobiernan, sin embargo, a los súbditos con mayor libertad y por medio de leyes que son más políticas, en cuanto que son hechas, como hemos dicho, para el bien común*» (I, IX), o más adelante cuando establece que: «*La autoridad de hacer leyes no puede corresponder ciertamente a un solo hombre, porque, por ignorancia, malicia o ambas cosas, este hombre solo podría hacer una ley inicua que mirase más a su ventaja privada que a la de la comunidad y por tanto la ley devendría tiránica*» (I, XII). MARSILIO DA PADOVA surge en un momento de transición entre el Estado del medioevo y el Estado moderno. Pareja interpretación moderna de la estructura de la Iglesia y su separación y relaciones con el Estado, como condición indispensable para que en el ámbito del Estado sea posible la libertad, es la de GUILLERMO DE OCKHAM (1280-1349), en su *Diálogo del maestro y del discípulo* (1338), si bien en él está presente todavía la idea de que el imperio universal es el instrumento capaz de garantizar la paz.

NICCOLÒ MAQUIAVELLI (1469-1527) es el teorizador del Estado nacional, y en su obra *El Príncipe* (1513, publicada en 1532) se contiene la concepción avanzada del Estado laico moderno, motivado su pensamiento político, su patriotismo nacional, por el deseo de la unidad italiana que la proteja de las frecuentes invasiones y desórdenes internos. MAQUIAVELLI es, desde otra perspectiva, la expresión de los valores emergentes del Renacimiento, de la nueva moralidad burguesa desarrollada más tarde. En su obra estarán enunciados el absolutismo y el mercantilismo, fundamentos básicos del Estado moderno que radicará en el *Príncipe*, al que atribuye la facultad de controlar la producción económica en defensa del bien público.

JEAN BODIN (1529-1596) aportará a la construcción del Estado moderno una de sus ideas capitales: la soberanía, que entiende como el poder absoluto y perpetuo propio del Estado. No parece dudoso que esta idea es clave para comprender el Estado moderno, en que colaboran monarcas y burguesía contra el poder feudal. Para la expansión de la burguesía será precisa la concentración del poder militar y de la justicia, hasta entonces en manos de la nobleza, y el beneficiario de esta concentración será la monarquía. En *Los seis libros de la República* (1576) explicará ese poder absoluto de la república del siguiente modo: «*Es preciso que quienes son soberanos no estén en modo alguno sujetos a las órdenes de otros y que puedan dar leyes a los súbditos y abrogar o anular las leyes inútiles para hacer otras*» (I, 8), de este modo el soberano ni está sometido a pactos, ni depende de la ley. El pensamiento de BODIN, que se propaga con enorme facilidad supone, como expresión del nuevo pensamiento absolutista, el fin del pensamiento medieval. La concepción de BODIN constituye un modelo sin fisura alguna, la soberanía será indivisible, la monarquía será natural, llegando a afirmar que: «*Así la consideran todos los pueblos de la tierra de toda la antigüedad, que, cuando eran guiados por una luz natural, no tenían otra forma de república que la monarquía...*» (IV, 4). Cosa bien diferente es que la genial formulación de BODIN penetre hasta lo más profundo del sistema político, lo que recientemente ha sido puesto en tela de juicio. No parece dudoso, sin embargo, afirmar que el Estado absoluto tendrá como expresión económica el mercantilismo, base del desarrollo capitalista en los siglos XV y XVI.

Con independencia de que el iusnaturalismo fundado por HUGO GROCIÓ (1583-1645) (*Prolegómenos al derecho de la guerra y de la paz*) sea, conforme a ciertas interpretaciones, el origen de la crisis del absolutismo y del mercantilismo al que está ligado, será, sin embargo, la corriente liberal, que tiene su origen en el desarrollo del comercio inglés, la causa de la decadencia del absolutismo. THOMAS HOBBS (1588-1679) en el *Leviathan* (1651) formulará la necesidad de salir del Estado natural, que es un estado primitivo, y construir el Estado con una base contractual, mediante la transferencia por todos de los propios derechos naturales a favor del Estado. Según HOBBS, es éste el único acuerdo que hace posible un poder capaz de controlar los hombres y dirigir sus acciones hacia el bien común. Esa transferencia de poder en un solo hombre o una asamblea de hombres, es como si cada uno dijera al otro: «Yo autorizo y cedo el derecho que tengo a gobernarme por mí mismo a este hombre, o esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también cedas tu derecho a él y autorices todas sus acciones del mismo modo» (II, XVII).

JOHN LOCKE (1632-1704) construye sus tesis en contraposición a los defensores de la monarquía absoluta, y en especial contra el *Patriarca, o el poder natural de los Reyes* (1680) de ROBERT FILMER. Así, en su obra *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (escrita en 1681-1683 y publicada en 1690), establecerá la exigencia de pasar del estado natural a la sociedad civil, que tiene como fin la conservación de la propiedad y que liga estrechamente a libertad. Es este autor quien formulará el concepto de Estado sobre una base contractual, con instituciones propias basadas en la división de poderes. En Inglaterra, como consecuencia de la revolución de 1688, se fundará con sólidas bases una política liberal en claro contraste con el modelo mercantilista del Estado absoluto. Al sistema político basado en la soberanía absoluta por encima de la ley, sucederá un estado constitucional de base contractual garantizado por la división de poderes. En este mismo período, por el contrario, en Francia se consolida el modelo de Estado absoluto que tendrá su máxima expresión en LUIS XIV y la política mercantilista de JEAN BAPTISTE COLBERT, apoyada en los gremios de artesanos⁵.

El control por el soberano francés de la actividad económica será absoluto a través de la industria propiedad de la Corona, de las manufacturas reales propiedad de particulares y aquellas que gozan de un monopolio absoluto. La política mercantilista que contribuye al poderío francés, paradójicamente, será la causa de su lento desarrollo capitalista en el siglo XVIII, al contrario de lo que sucederá en Inglaterra. Por otra parte, la predominancia de los postulados mercantilistas provocará un enfrentamiento de intereses cada vez más acusado entre la burguesía naciente, sin cauces adecuados para su desarrollo, y los beneficiarios del *ancien régime*⁶. El surgimiento de una agricultura de estructura capitalista dará origen a la *fisiocracia* que, desde otra perspectiva, se opone también al mercantilismo y exige la abolición de los vínculos feudales. FRANÇOIS

⁵ Para la comprensión de las instituciones anteriores a la Revolución Francesa puede verse MANDRON, *La France au XVII et XVIII siècles*, París, 1967.

⁶ Sobre la crisis que anotamos puede verse E. LABROUSSE, *La crise de l'économie française à la fin de l'Ancien régime et au début de la Revolution*, París, 1966.

QUESNAY (1694-1774) será en 1755 el portavoz de estas exigencias, sólo que el intento de fundar una ciencia económica sobre el modelo de las ciencias de la naturaleza, le llevará a considerar estériles la industria y el comercio, formulación que se encuentra en su artículo *Granos*, escrito y publicado en 1757 en la *Encyclopédie*.

El espíritu de las leyes (1748), de CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU (1689-1755), supone el triunfo de la ideología liberal en Francia. El tema constante en MONTESQUIEU es el de combatir cualesquiera forma de absolutismo para garantizar la libertad política, basada en un estado constitucional que consagra la división de poderes: Es la aspiración hacia el equilibrio entre los poderes para garantizar la libertad. En formulación más afinada que la de LOCKE, dirá: «*Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares*» (Libro XI, 6)⁷.

JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), y sus obras capitales el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (1755) y el *Contrato social* (1762), es el precedente ilustrado de la Revolución Francesa. En ROUSSEAU se reflejan las aspiraciones de la burguesía y, en algún modo, sus contradicciones. Este autor llevará a cabo un análisis crítico de la sociedad civil, fruto de la alienación y el conformismo, de la desigualdad entre los hombres, nacida del abuso de poder y de la prepotencia de los ricos. Así, propugnará la libertad igualitaria basada en el mérito y la potenciación social del individuo en que fundará la Democracia. La libertad no será comprendida tan sólo desde el punto de vista civil, basando en la desigualdad la nueva antropología del contrato social, tendente a la realización del ser moral o voluntad popular de la que emana la soberanía popular, fundamento del contrato social y de la democracia directa.

Esta sería, en síntesis, la línea de pensamiento político que explicaría el fenómeno revolucionario tal y como acontece en Francia.

La interpretación de la Revolución Francesa como ruptura o, si se prefiere, como iniciación de una nueva época, ni es, ni ha sido unánime entre los autores. En efecto, ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1805-1859) en su libro *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856) presentará la obra de la Revolución Francesa como una continuación del Antiguo Régimen, en su deseo de conciliar las ideas conservadoras con las liberales. Según esta perspectiva, la Revolución no habría supuesto cambio cualitativo alguno⁸.

Bien es cierto que las ideas revolucionarias, en lo que a la Administración se refiere, no pondrán en duda los privilegios de ésta. La burguesía tan sólo tratará de utilizarlos al servicio de sus ideas e intereses, como antes lo habían hecho los monarcas y la nobleza. De algún modo la Revolución Francesa no deja de traer sino un

⁷ Sobre MONTESQUIEU, fundador de la Ciencia Política, reconocido como tal desde COMPTE hasta DURKHEIM, entiendo particularmente sugestivo el trabajo de L. ALTHUSSER: *Montesquieu: La política y la historia* (escrito en 1959), Barcelona, 1974.

⁸ En la doctrina española surgirán interpretaciones tendentes a demostrar que la Revolución Francesa supone una conmoción radical de los valores e instituciones anteriores; ver en esta línea E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972.

mero cambio en la titularidad del poder que supondrá la marginación de las técnicas y organizaciones incompatibles con sus intereses y la emergencia de otras técnicas, organizaciones y principios.

Así, la Revolución Francesa alumbrará nuevos principios, que si hubiera que reducirlos a la síntesis más expresiva, serían: el *principio de legalidad* conectado con el dogma de la voluntad general y la idea de la ley; y el *principio de división de poderes*, interpretado como exención del ejecutivo de la justicia.

Lo substancial es que la Administración se someterá al derecho (Principio de sumisión de la Administración a la Ley), porque el principio de legalidad está originariamente en la órbita de los intereses de la burguesía (aun cuando se incorpora después a la comprensión misma del Estado de derecho), pero esto tendrá lugar sin que la Administración pierda un ápice de su poder y privilegios.

La formulación del principio de legalidad no será sino la articulación del dogma de la voluntad general que se expresará en las leyes, alternativa de gobierno que se enfrenta directamente a los principios que fundamentaban el Estado absoluto.

Dialécticamente, la realización del principio de legalidad va a requerir la exigencia de la división de poderes. La formulación de este principio de gobierno, (que hay que situar originariamente en LOCKE y, posteriormente, en MONTESQUIEU), se concreta en Francia en el fortalecimiento del Ejecutivo y la reducción del poder de los Parlamentos judiciales franceses. La interpretación de los revolucionarios de la división de poderes (que será según algunos autores una interpretación disidente) irá más allá de dicho fortalecimiento, dejando a la Administración exenta de control judicial (*exención jurisdiccional del Ejecutivo*), lo que, paradójicamente, hará emerger al Derecho Administrativo que se corresponde a la Revolución Francesa, *le régime administratif*: Este será la nueva versión que conviene a la realización de los intereses de la clase que accede al poder. Pues, como se ha explicado, la configuración del régimen administrativo hay que encontrarla en el recelo de los revolucionarios a los Parlamentos judiciales y sus antiguas facultades de *enregistrement* y *rémontrance*⁹ que limitaban la eficacia de los actos del poder ejecutivo.

La recepción de las ideas «revolucionarias» en España tendrá lugar de modo peculiar. La aparición entre nosotros de una organización administrativa moderna acontece con la Ilustración, al ser el proceso de afirmación del monarca frente a la nobleza mucho más largo y azaroso que el que tiene lugar en Francia o en Inglaterra. Así, podemos referirnos cabalmente a la iniciación de un proceso de centralización del poder, y de un modelo de Estado inspirado en el absolutismo francés, con ocasión del advenimiento de los Borbones a la Corona española¹⁰, que sentarán las bases de una

⁹ J. J. CHEVALIER, *L'élaboration historique du principe de separation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, París, 1970; así como su *Histoire des institutions politiques de la France de 1789 à nous jours*, París, 1952.

¹⁰ El estudio de esta cuestión desde una perspectiva predominantemente jurídica ha sido llevada a cabo, entre otros, por F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los validos en la monarquía española del siglo XII*, 2ª edc.,

Administración moderna. En 1714 se reestructurarán las Secretarías de Despacho y se pondrá en quiebra el sistema polisindial (o gobierno a través de varios Consejos) concentrando competencias en el Consejo de Castilla, en concurrencia con las propias Secretarías de Despacho. Se instaurarán las *intendencias* como modo de gobierno de las regiones españolas, con la excepción de los Señoríos Vascos y Navarra, a imagen de la estructura organizativa francesa, aunque esto tendrá lugar también en concurrencia con las antiguas organizaciones y autoridades, entre ellas, la de los corregidores. Pero, en todo caso, no debe olvidarse, para relativizar los cambios acaecidos desde 1714, que en 1805, dieciséis años después de la toma de la Bastilla, y coincidiendo prácticamente con la aparición del *Code Civil* napoleónico, se promulgaba la *Novísima recopilación* que rezuma medievalismo por los cuatro costados.

En este contexto histórico se produce el nacimiento de la justicia administrativa que pasará por variadas vicisitudes (desde que emergiera en Francia en la ley de la Asamblea Constituyente 16-24 de agosto de 1790), pero que permanecerá hasta nuestros días. Precisamente nuestra azarosa historia constitucional nos alejará de la de nuestros vecinos, aproximándonos tan sólo la existencia de una Administración de privilegios, tal y como se formula en el ámbito de influencia francés. Por lo demás, las semejanzas del caso español con su modelo de referencia serán menores, pues a salvo de penetraciones episódicas estará exento de originalidad, carácter que le acompañará prácticamente hasta nuestros días.

Entre nosotros el estudio del nacimiento y evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa es uno de los temas que ha merecido una mayor atención de los autores desde que la Constitución de Cádiz formulara el principio de unidad jurisdiccional¹¹, que ha sido objeto de controversia posteriormente¹².

Madrid, 1982; J. A. ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y de Despacho (1474-1724)*, 2ª edc., Madrid, 1976 y *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado*, Madrid, 1979; J. BENEYTO, *Historia de la Administración Española e Hispanoamericana*, Madrid, 1958; y, sin duda, es de enorme importancia, aunque la perspectiva no sea jurídica, para comprender el Estado moderno J. VICENS VIVES, «Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII», en *Rapports del XI Congrés International des Sciénes Historiques, Historie Moderne*, IV, Stockholm, 1960, reproducido en *Obra dispersa*. Menos conocido o reiterado por la doctrina es la poderosa influencia en el Modelo de Administración contemporánea (de influencia francesa preponderantemente) de la organización y técnicas del Ejército o la Administración Militar (*vid.* R. MARTÍN MATEO, *Perfiles de la Administración Contemporánea* (Lección inaugural del Instituto Vasco de Estudios de Administración pública), Oñate, 1981, 16 págs., en pág. 5).

¹¹ Hay que destacar al respecto: A. NIETO, «Los orígenes de lo contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 50, 1966; F. GARRIDO FALLA, «La evolución del recurso contencioso-administrativo en España», *RAP*, núm. 55, 1968; J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», *RAP*, núm. 55, 1968; y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973.

¹² Me refiero al artículo de A. NIETO publicado en el núm. 57 (1968) de la *RAP*, contestación al que publicara J. R. PARADA en el núm. 55 (1968) de la misma Revista, reseñado en la nota anterior, y la posterior réplica de PARADA en el núm. 59 (1969) de la misma Revista. Por otra parte hay que destacar en lo que al estudio de la Ley de la Jurisdicción de 1888 se refiere a los libros de L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975; y J. R.

La voluntad de los constituyentes de Cádiz se expresará claramente en el Discurso Preliminar, que dice: «*La Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducidos para la ruina de la libertad civil y aprobio de nuestra antigua y sabia Constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos. Tal vez el estudio entero de la jurisprudencia, y el artificioso método del foro, no ofrezca a los jueces y oficiales de justicia tantas dificultades como el solo punto de las competencias... La sola nomenclatura y discernimiento de los fueros privilegiados exigen un estudio particular y meditado. La justicia, Señor, ha de ser efectiva y, para ello su curso ha de estar expedito. Por lo mismo, la Comisión reduce a uno sólo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales. Esta gran reforma bastará por sí sola á restablecer el respeto debido a las leyes y los Tribunales, asegurará sobre manera la recta administración de justicia, y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo estado, que tanto se opone a la unidad del sistema en la Administración, a la energía del Gobierno, al buen orden y tranquilidad de la Monarquía*».

Pero, las Cortes de Cádiz serán un hecho aislado al inicio de un siglo español políticamente atormentado. Las ideas contrarrevolucionarias alentadas por el Congreso de Viena se propagarán en España con especial vigor y energía, que sólo comenzará a decaer a partir de la muerte de Fernando VII. Es entonces cuando las ideas liberales que imperaban en Europa penetrarán en nuestro país dando relevantes frutos en todos los órdenes que, con persistente frecuencia, serán ensombrecidos por el resurgimiento de la ideología conservadora profundamente arraigada en la mayoría de la población y en las clases dirigentes españolas.

Los acontecimientos posteriores demostrarán la incapacidad de plasmar el *principio de unidad jurisdiccional*, postulado en la Constitución de Cádiz, más allá de los juicios civiles y criminales, dejando exento íntegramente el ámbito de la actuación administrativa. La jurisdicción administrativa nacerá como una respuesta ante la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para resolver los litigios en que era parte la Administración. Desde las leyes de 2 de abril y 6 de septiembre de 1845, pasando por la de SANTAMARÍA DE PAREDES de 1888, y hasta la de 1998 vigente en la actualidad, sin interrupción, la jurisdicción administrativa caracterizará a nuestro Derecho Administrativo, ya sea en la modalidad de jurisdicción retenida o delegada. Ahora bien, desde 1956, y fundamentalmente con posterioridad a 1978, el único dato distintivo de la Jurisdicción contencioso-administrativa será el de su especialización y aproximación constante a los postulados de la jurisdicción ordinaria, sin por ello perder sus rasgos diferenciales más notables.

La construcción del concepto, funciones y relaciones de la Administración en el contexto de los poderes tendrá que hacerse partiendo de las explícitas referencias que

FERNÁNDEZ TORRES, *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid, 2007. Véase también VV.AA., *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, 1990.

se hacen a los poderes del Estado, induciendo de ellas, negativamente, el concepto de la Administración. Así, el Derecho Administrativo será el resultado de la teoría de los juristas hasta la Constitución de 1978.

El principio de subordinación de la Administración a la Ley, capital para comprender el Derecho Administrativo, lo contendrá como antecedente el artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado del régimen político franquista, pero su plena virtualidad la encontrará en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 en que se establece: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», principio que se verificará inmediatamente en el artículo 106 del texto constitucional, que consagra el principio de plenitud de la garantía jurisdiccional, al someter a control de los Tribunales la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican¹³.

Por consiguiente, sólo a partir de la Constitución de 1978 se puede hablar con propiedad de Estado de Derecho. Sólo a partir de esa fecha, en que se produce la correcta plasmación de los principios de división de poderes y de legalidad (entre otros capitales), puede culminar entre nosotros la construcción de un régimen administrativo en coherencia con el sistema político en que se inserta. De ahí la transcendencia de la Constitución de 1978 para el desarrollo del *Derecho Administrativo de los ciudadanos*.

III. LAS GRANDES LÍNEAS DEL PENSAMIENTO ADMINISTRATIVISTA

Tras el fracaso del monismo, se ha aceptado resignadamente el pluralismo... Hoy día parece imponerse un paso más: a la resignación debe sustituir una verdadera adhesión al pluralismo, porque cada materia del Derecho administrativo responde a necesidades propias y no es posible esperar que todas tengan los mismos fundamentos y los mismos criterios.

PROSPER WEIL, *El Derecho Administrativo*, Madrid, 1966, pág. 36

1. INTRODUCCIÓN

El pensamiento administrativista europeo no será ajeno a las corrientes ideológicas imperantes a partir de la Revolución francesa. Liberalismo y conservadurismo se disputarán la influencia durante todo el siglo XIX, que sólo compartirán con la ideología socialista a partir del primer tercio del siglo XX. En el Derecho Administrativo occidental estarán presentes las ideologías dominantes, que darán lugar a nuevas

¹³ Por cuanto a las Constituciones extranjeras, para encontrar una referencia expresa hay que acudir al artículo 267 de la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976 en que se dice: «los órganos y agentes administrativos estarán subordinados a la Constitución y a la Ley». Otras referencias implícitas pueden encontrarse, en Constituciones como la italiana, artículo 97, y la de la República Federal Alemana, artículos 19,4 y 34.

modalidades organizativas y nuevas técnicas jurídicas que alcanzarán mayor o menor prestigio pero que, en general, llegarán hasta nuestros días. Al inicio del siglo XXI, seguimos siendo tributarios del gran pacto ideológico que se fraguó en la Segunda Postguerra Mundial entre las ideologías liberal y socialista, que da origen al Estado social y democrático de Derecho.

En las páginas que siguen pondremos de relieve algunas de las líneas del pensamiento administrativista en tres de los países que han hecho las aportaciones más sobresalientes al mismo, para finalmente prestar atención a la recepción del pensamiento europeo entre los autores españoles.

2. PODER PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO

Al margen de otros valiosos antecedentes a lo largo de los siglos XVIII y XIX, prestaremos aquí atención a los autores que entendemos decisivos en el panorama doctrinal de Francia, como son MAURICE HAURIUO y LEON DUGUIT¹⁴.

HAURIUO es, sin duda, una de las figuras del pensamiento jurídico-administrativo que mayor influencia ha tenido en los estudiosos españoles¹⁵. HAURIUO, a través

¹⁴ Entre los autores que preceden a los que mencionamos en el texto, hay que considerar a DE TOCQUEVILLE y, en particular, su libro: *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), y otros tantos como DE GÉRANDE, al que se debe el *Cours de Droit Public et Administratif*, escrito en 1820, o los *Institutes du Droit Administratif français*, integrado por 5 volúmenes y publicado en 1830, el propio MACAREL, discípulo del anterior, con el que escribe las *Institutions de Droit Administratif français*, en ediciones que, desde 1829, se prolongan hasta los años cuarenta, o sus *Eléments de jurisprudence administrative*, en 1818. También puede reseñarse a DE CORMENIN y sus *Questions de Droit Administratif* en dos volúmenes, edición de 1818. A partir de finales de los años treinta destaca FOUCARD y su *Eléments de Droit Public et Administratif*, en dos volúmenes, editado en 1837, así como los *Etudes administratives*, de VIVIEN, editado en 2 volúmenes en 1859. Por lo que se refiere a diccionarios, repertorios, colecciones de leyes y recopilaciones de sentencias cabe mencionar el *Dictionnaire de Droit Public et Administratif* de MAGNITOT y DELAMARRE en dos volúmenes y los *Dictionnaires de l'Administration*, publicados por el editor DUPONG, dirigido por BLANCHE, Consejero de Estado y el otro editado por BLOCK en 1857. Entre los repertorios destacan los de FAVARD DE LANGLADE y DALLOZ, o la *Collection des Lois* de DUVERGIER, anotando las leyes que se refieren a la Administración, o, finalmente, el *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, de ROCHE et LE BON. Deben también mencionarse a autores como TROLLEY y su *Cours de Droit Administratif*, en 5 volúmenes, editado en 1847, el *Traité Général de Droit Administratif appliqué*, de DUFOUR, cuya segunda edición consta de 8 volúmenes, editado en 1857 y, más tardíamente, a autores como AUCOC, BATBIE, y DUGROCC. Finalmente F. LAFFERRIÈRE y su *Cours de Droit Public et Administratif*, cuya quinta edición data de 1860 y consta de dos tomos, significará para muchos autores el nacimiento del Derecho Administrativo francés.

¹⁵ En España contamos con una magnífica edición castellana de sus *Principios de Derecho Público y Constitucional* (con un Prólogo a la edición española, traducida, anotada y con estudio preliminar de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, editado por Reus en 1927). Se debe a J. A. SANTAMARÍA PASTOR y S. MUÑOZ MACHADO la traducción y preparación de la que se titula *Obra escogida*, de MAURICE HAURIUO, editada por el *Instituto de Estudios Administrativos* en 1976. El primero de los autores, SANTAMARÍA, que presenta la obra, hace en unas breves páginas una síntesis de la vida y obra del autor, aportando la bibliografía fundamental del mismo. Entre la bibliografía dedicada al autor destaca: *Mélanges Maurice Hauriou*, París, 1929; *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence (Journées Hauriou)*, Toulouse, 1968; y de L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au Droit Administratif français*, París, 1966.

de su *Précis de Droit Administratif*, cuya primera edición data de 1892, fue el primer sistematizador de «la materia administrativa, en torno a ideas dogmáticas generales, superando la visión caótica y meramente acumulativa que hasta entonces había dominado en la doctrina francesa»¹⁶, lo que tiene lugar fundamentalmente a través de los prefacios de las tres primeras ediciones de su *Précis*.

Es una tarea prácticamente inútil el intento de sintetizar el pensamiento de un autor en el que la magnitud de su obra y la sugestión de sus ideas vienen acompañadas de confusión e incluso de contradicciones¹⁷. De entre las obras más sobresalientes del citado autor prestaremos atención a su trabajo *La théorie de l'institution et de la fondation*, publicada en 1925. Para este autor, los elementos de toda institución corporativa son: 1º, la idea de la obra a realizar en un grupo social; 2º, el poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización; 3º, las manifestaciones de comunión que se producen en el grupo social respecto de la idea y de su realización, elementos éstos que irá desarrollando y estudiando en lo que denomina su «anatomía» y «fisiología» hasta alcanzar tres conclusiones. La primera, que la continuidad de las «cosas sociales» tiene su fundamento en las instituciones corporativas de las que forma parte el Estado, continuidad que equipara a institución y fundación, que a su vez hace iguales a las ideas de directriz, poder y comunión consensual. La segunda conclusión que obtiene es la comprobación de la realidad de las personas morales, al observar el carácter natural de los fenómenos de incorporación y personificación de las instituciones. La personalidad jurídica es para HAURIU, en las instituciones, una estilización de la personalidad moral que reposa sobre el mismo fondo de realidad. Finalmente, para HAURIU, la regla de derecho tiene un papel secundario en el conjunto del sistema jurídico. Lo importante en el sistema son los actores jurídicos, los individuos y las corporaciones. Estos son acción y continuidad; las reglas de derecho no son sino ideas límite, no son acción, aunque representan continuidad. Aquí aparecerá un punto básico de discrepancia con DUGUIT, en cuanto que éste edificó su sistema jurídico sobre el derecho objetivo, sobre un derecho en suma, mientras que HAURIU estima que todo sistema jurídico debe construirse sobre los cimientos de la institución, que es el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico. Así, conceptuará el Derecho Administrativo «como una reglamentación de los poderes de la Administración en cuanto derecho de la *puissance publique* o el ejercicio de esos poderes a través de actos de la Administración o de operaciones administrativas, siempre en conflicto con los derechos de los particulares que son poderes privados». Desde esta perspectiva, lógicamente, el servicio público no será para el autor sino uno de los procedimientos más eficaces que emplean las Administraciones para cumplir sus misiones¹⁸.

DUGUIT está asociado históricamente con la formulación del *service public*, probablemente, la más brillante del siglo XX, que para este autor «se trata de toda actividad

¹⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR y MUÑOZ MACHADO, Ob. cit., pág. 17.

¹⁷ *Ibidem* en «Presentación».

¹⁸ *Vid.* M. HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, 12ª edición, pág. 64.

cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque ello es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza del Estado»¹⁹. Bien es cierto que el éxito inicial de esta teoría es parejo a su pérdida de influencia posterior. Dejaremos aquí estas observaciones, pues más adelante volveremos a prestar atención a lo que entendemos por las grandes aportaciones de la doctrina francesa a la construcción del Derecho Administrativo²⁰.

No parece arriesgado afirmar que el vigente Derecho Administrativo del continente europeo tiene su origen, mayoritariamente, en el modelo francés que, por lo demás, supone una de sus elaboraciones más logradas. A diferencia de lo que ocurre entre nosotros hasta nuestros días, la construcción del Derecho Administrativo en el vecino país no se debe sólo a la valiosa aportación de los autores; siendo el ejemplo por excelencia del papel principal de la jurisprudencia en su configuración. La doctrina jurisprudencial española ha pretendido en las últimas décadas una aproximación al modelo francés, aunque con un éxito relativo, en el que no deja de tener cierta responsabilidad la propia jurisprudencia, que no está siempre a la altura de las circunstancias. Ejemplos que sirven para comprobar la importancia de la jurisprudencia francesa en el proceso de definición del Derecho Administrativo son, entre otras, las sentencias *Blanco* (8 de febrero de 1873) y *Feutry* (29 de febrero de 1908)²¹. Este panorama es sólo comparable al de la jurisprudencia en los países de influencia del *Common Law*, y en particular la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante hay que decir que la sistematización del Derecho Administrativo francés se deberá a los esfuerzos de autores como HAURIUO, DUGUIT y otros, que harán esa construcción en base, fundamentalmente, a las decisiones jurisprudenciales.

Queremos destacar aquí los grandes criterios que han servido para la definición del Derecho Administrativo por la doctrina francesa. A mi juicio, y sin prestar atención a la clasificación que pudiera establecerse para ordenar los mismos, podría decirse que

¹⁹ Vid. León DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913.

²⁰ La doctrina posterior a HAURIUO y DUGUIT, aún siguiendo sus pasos, tiene una destacada importancia. Me refiero a autores como JÈZE, BERTHÉLEMY, BONNARD, ROLLAND, WALINE, LAUBADÈRE, RIVERO, WEIL, DEBBASCH, BÉNOIT, MATHIOT, AUBY, PIQUEMAL, DRAGO, VEDEL, DE CORAIL, CARRE DE MALBERG, y otros tantos, que han ejercido y ejercen una clara influencia en el vecino país. Véase al efecto R. DRAGO, «Gli studi di Diritto Amministrativo in Francia», en *Gli studi di Diritto Amministrativo in Belgica*, Francia, Republica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera, Milán, 1965. Entre los más contemporáneos habría que destacar a F. MODERNE y P. BONN, por la especial atención que vienen prestando a los temas españoles. Baste con destacar del primero de ellos su trabajo *Les autonomies regionales dans la Constitution espagnole*, publicado en París en 1981, que ha sido traducido posteriormente al castellano. Vid. también LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 a nous jours*, Paris, 1968. De la evolución doctrinal en Francia da una idea el núm. 239, julio-septiembre 1994, de la revista Documentación Administrativa titulada «El Derecho Administrativo en Francia: Tendencias actuales».

²¹ Una recopilación de las sentencias más significativas para la construcción del Derecho Administrativo en Francia se debe a M-LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 7 edc., Paris, 1978.

éstos son las ideas del *Poder público* y *Servicio público* y, por otra, la distinción entre *actos de autoridad* y *actos de gestión*. Señalamos en otro lugar que, con independencia de la fortuna de estas tesis, de estas *ideas fuerza*, para explicar el Derecho Administrativo, su predominancia en una época concreta, acreditan su virtualidad aunque esta sea pasajera. Son, de alguna forma, ideas necesarias para comprender el carácter extremadamente contingente de nuestra disciplina, que depende en gran manera de la posición de la Administración en el sistema político, y en la sociedad.

Por esta razón prestaremos atención a los mencionados criterios, con el propósito de describir aspectos del Derecho Administrativo que, si bien han dejado de ser considerados como capaces de explicarlo globalmente, no dejan de poner de relevancia, en mayor o menor medida, caracteres que siguen siendo relevantes.

La distinción entre *actos de autoridad* y *actos de gestión*, que tiene su origen en Francia, responde al intento de clasificar la actividad de la Administración de la naciente sociedad industrial. En efecto, no cabe duda de que, aparentemente, la Administración está presente en la realidad, en unas ocasiones, mediante actos revestidos de poder, actuando de modo privilegiado en relación con los destinatarios de los actos, y que, en otras ocasiones, aparentemente, la Administración se relaciona con los operadores jurídicos en un marco jurídico igualitario. Esta tendencia, que viene a ser una nueva formulación de la doctrina alemana del Fisco, que establece la distinción entre los actos sometidos al derecho, de los que por ser una emanación directa de la potestad soberana quedaban exentos de cualesquiera fiscalización, tuvo una notable influencia en el pasado siglo en Francia, tanto en la doctrina como en el entero sistema del Derecho Administrativo²².

Sin embargo, esta distinción será a todas luces incapaz de explicar la totalidad de la actividad de la Administración, en la medida en que en el ordenamiento jurídico no se producirá el desdoblamiento a que la teoría aspiraba. Será una única Administración la que actuará y en toda actuación será posible aislar un núcleo irreductible de Derecho Público, de modo que, salvo casos excepcionales, no será posible aislar actos de gestión en que no exista la huella del *imperium*, que para los constructores de esta teoría concurre tan sólo en los actos de autoridad a los que se aplicaría el Derecho Administrativo. No obstante, la insuficiencia de este criterio para establecer los límites de la aplicación del Derecho Administrativo, evidencia rasgos capitales para comprender el significado de la Administración en el Estado liberal.

Una de las ideas claves ha sido, como hemos puesto de manifiesto, la de la *puissance publique*, uno de los primeros intentos de explicación esencial del Derecho Administrativo. La actuación de la Administración se corresponde coherente y sistemáticamente a esta idea; la Administración está investida de poder público cuando dicta órdenes, establece prohibiciones, cuando ejecuta actos administrativos, cuando desarrolla leyes o las complementa mediante reglamentos. Dicha idea nuclear, que

²² Vid. al respecto F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1982, págs. 168-169.

es posible aislar en las manifestaciones de la actividad administrativa, hace posible referirse a una disciplina jurídica autónoma.

HAURIUO²³ caracteriza el Derecho Administrativo a través de tres razonamientos. En primer término, el Derecho Administrativo es: «*El derecho de los personajes poderosos que son las administraciones públicas, tal y como la centralización las ha hecho*». Existe así una desigualdad de las partes, de la Administración y de los administrados, en sus relaciones, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, porque está fundado «*sobre el estatuto especial y sobre la prerrogativa de las partes más poderosas*», las Administraciones tienen sobre los administrados *pouvoirs de puissance publique*, poderes sujetos a controles, ordenados a la realización del bien público.

El segundo de los caracteres definitorios del Derecho Administrativo, que Hauriou deriva de la *pouissance publique* y que la confirma, es lo que denomina «*ejercicio de los derechos*» o «*de la Administración y de los recursos contenciosos*». Esto es: el privilegio de la acción directa, de la acción ejecutoria, y la instrumentación de la jurisdicción contencioso-administrativa como una garantía que sólo entra en juego con posterioridad a la ejecución administrativa a instancia de la parte perjudicada. La decisión ejecutoria la define como «*una declaración de voluntad para el ejercicio de derechos mediante el procedimiento de acción directa*», capaz de crear por sí misma una nueva situación jurídica a la que tan sólo cabe oposición mediante el cauce de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, el citado autor calificará al Derecho Administrativo como Derecho excepcional, frente al Derecho común que es un derecho igualitario. Será en este punto donde emitirá un juicio de enorme valor, en cuanto que escrito en Nonac el 22 de septiembre de 1910, hace ya más de cien años. Dice así: «*El Derecho Administrativo no va lanzarse un buen día en bloques sobre las líneas de Derecho civil; en particular, no va a renunciar a su jurisdicción administrativa ni a sus medios de la acción directa, al menos mientras la centralización política conserve el poder de las administraciones públicas. Por otra parte, ello sería bastante penoso, porque el Derecho Administrativo que ha transformado la prerrogativa en equidad, puede proponer al Derecho civil importantes modelos de perfeccionamiento. Lo que se producirá, y ya se ha producido, es una aproximación gradual; la jurisdicción administrativa, aunque conservando su autonomía, se aproximará a las jurisdicciones de derecho común, la acción directa de las Administraciones públicas, aún subsistiendo enteramente, se atenuará y eliminará sus efectos más enojosos gracias al esfuerzo de la jurisdicción administrativa; el contencioso de plena jurisdicción, que representa el punto de vista de la operación jurídica, perderá puntos ante el contencioso de anulación de las decisiones ejecutorias; al mismo tiempo, se producirá un deslizamiento de materias: ciertos capítulos del Derecho Administrativo podrán pasar al Derecho común, como ya lo*

²³ Vid. M. Hauriou, *Précis*, 7ª edc., Prefacio, 1911 (págs. 99 a 100 en la traducción española más arriba citada).

ha hecho el de las contribuciones indirectas, pero serán reemplazados por temas nuevos abiertos por el desarrollo incesante de los servicios»²⁴.

La teoría del *servicio público* está vinculada, como dijimos, a L. DUGUIT y sus discípulos JÈZE, ROLLAND y BONARD y posteriormente a autores como LAUBADÈRE. Las bases de esta nueva conceptualización se encuentran en el trabajo publicado por DUGUIT en 1913, titulado *Les transformations du Droit publique*. Los servicios públicos, entendidos como la nueva actividad de la Administración para la satisfacción del interés general, sintonizan adecuadamente con el liberalismo imperante a principios de siglo, que admite y requiere que la Administración afronte con sus medios y organización las nuevas e imperiosas necesidades colectivas, cuando entiende que la satisfacción de la necesidad de que se trate no puede ser atendida por la iniciativa privada a la que excluye del mismo. La construcción y desarrollo de la teoría, que siempre tendrá unos perfiles difusos, por la Escuela de Burdeos llegará al extremo de concebir el Derecho Administrativo como el Derecho de los servicios públicos, justificando sus técnicas precisamente como consecuencia de caracteres del mismo, lo que de alguna forma vendrá a favorecer entre otros el *arrêt Blanco*.

De alguna forma, el rotundo éxito inicial de esta teoría será la causa de su decadencia posterior, junto a factores de naturaleza política, y en particular por obra de las nacionalizaciones iniciadas por el Gobierno de LEÓN BLUM en 1936, continuadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El entrecruzamiento de técnicas públicas y privadas va a ser evidente e incompatible con la separación postulada por los teóricos de los servicios públicos.

La crisis que se inicia en el segundo tercio del siglo XX tendrá expresiva culminación doctrinal en el trabajo de CORAIL publicado en 1954: *La crise de la notion juridique de service publique en Droit Administratif français*. No obstante, serán partidarios de la misma hasta nuestros días, entre otros autores destacados, A. LAUBADÈRE, a lo largo de las muchas ediciones de su *Manuel de Droit Administratif*, si bien hará una reformulación de la teoría con diferencias notables en relación a la debida a G. JÈZE.

A partir de los años 50 del siglo XX se aprecia en Francia, con independencia de descubrir en los autores una mayor o menor preferencia por los criterios del servicio público o del poder público, un abandono del intento de explicar a través de un único criterio el Derecho Administrativo, predominando frente al monismo explicativo del pasado una actitud pluralista. Sirva de ejemplo el talante de J. RIVERO en su trabajo *Existe-t-il un critère du Droit Administratif?*, publicado en la «Revue de droit public et de la politique», en 1953.

²⁴ Debe anotarse la formulación posterior de *puissance publique* de G. VEDEL, *Droit Administratif*, 6ª edc., París, 1976, págs. 56 y sigs. que llegará a definir el Derecho administrativo como *droit commun de la puissance publique*, en un intento notable de asociación entre las nociones tradicionales que deben ser conservadas y los nuevos elementos que surgen de la Constitución de 1958.

3. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y ANÁLISIS ARTICULADO DE LA REALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL

Con la obra de GIAN DOMENICO ROMAGNOSI se inicia la andadura del Derecho Administrativo en Italia. Acaso se ha puesto en tela de juicio la importancia de este autor recientemente, en la medida, sin duda, en que ha existido una cierta tendencia a supervalorar su trascendencia²⁵. Este jurista liberal, maestro de autores como FERRARI y CATTANEO, ha dejado una obra capital para comprender los orígenes del Derecho Administrativo, en sus *Principi fondamentali di Diritto Amministrativo onde tesserme le istituzioni*, escrito en 1814. ROMAGNOSI no estudia el Derecho como una materia científica aislada de los estudios históricos o de la política; para este autor se tratará todavía de una disciplina abierta. La escuela de ROMAGNOSI generará, asimismo, innumerables autores que impondrán un estilo casuístico del Derecho Administrativo –los exegetas– contra el que se alzará V. E. ORLANDO.

En ese período, entre ROMAGNOSI y ORLANDO, como ha señalado S. CASSESE, hay dos notas que identifican a una larga serie de autores: la preponderancia en el uso e influencia de la doctrina francesa en relación a la alemana, así como el interés por la historia, la política e incluso la literatura. Una mención en este panorama merece U. BORSI, que ha estudiado bajo la rúbrica de *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana* (en *Studi senesi*, 1914) la que denomina CASSESE «Scuola Siciliana».

Sin embargo, un cambio radical sólo llegará hacia finales del siglo XIX en que SILVIO SPAVENTA dará un vuelco a la situación: la tendencia democrática será sustituida por el estatismo, y la influencia francesa cederá el paso a la alemana. Sin duda, serán estos años finales del siglo XIX de prevalencia de la componente romántico-reaccionaria. El Estado será el centro del sistema, de él se derivarán los derechos individuales, se criticarán las tendencias igualitarias, y la idea misma de la soberanía popular. Desde la perspectiva de los administrativistas la ruptura con la vieja escuela democrática tendrá lugar a través de la introducción del «método jurídico» debido a SAVIGNY. SPAVENTA será, con todo, quien en Italia hará emerger el fenómeno administrativo a nivel político, lo que no resulta extraño teniendo en cuenta la vocación política del autor que nos ocupa, que llegó a ser, en 1860, Ministro de Policía en Nápoles.

La renovación de los estudios de Derecho público vienen, en general, de Sicilia y en ella de la figura cumbre de VITTORIO EMANUELE ORLANDO, que nos ha deja-

²⁵ Vid. S. CASSESE, *Cultura e política del diritto amministrativo*, Bologna 1971, págs. 9-10. Este libro de CASSESE supone una visión panorámica del derecho administrativo en Italia desde sus orígenes hasta los años 70, si bien debe anticiparse que es una «historia crítica» y tendencial que orilla perspectivas y autores muy relevantes de la casi siempre brillante y sorprendente doctrina italiana. Con todo, seguiremos a este autor primordialmente en las páginas que siguen. Ver también otras perspectivas en P. CALANDRA, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Bologna, 1978; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia (profili di amministrativiste preorlandiani)*, Bologna, 1981; y A. SANDULLI, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009. De la evolución de la doctrina italiana da una idea los números 248-249 de mayo-diciembre 1997 y 250-251 de enero-agosto de 1998 de la revista *Documentación Administrativa* con el título «El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales».

do, entre sus obras, una capital, sus *Principii di Diritto Amministrativo*, editado por primera vez en 1891²⁶. Dos son los motivos dominantes en ORLANDO, uno político y otro metodológico. El primero consiste en el rechazo del intrusismo de factores filosóficos, políticos, históricos y sociológicos en el estudio y orientación del Derecho Administrativo; un anticipo de la tesis kelseniana. Así, en *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, escrito en 1889 y publicado en Módena en 1925, dice²⁷: «i cultori del Diritto Pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giuriconsulti». El segundo criterio de carácter metodológico le hace concebir al Derecho público «como un sistema de principios jurídicos sistemáticamente coordinados». ORLANDO será el introductor en Italia del *método jurídico constructivo*, que tiene sus orígenes en el constructivismo esbozado por JHERING, que fragua más tarde en la dogmática alemana del Derecho público. La influencia de la dogmática alemana le hará coincidir, también, en que los verdaderos problemas fundamentales son *la idea de la personalidad jurídica del Estado y la idea de los derechos públicos subjetivos*.

El otro autor destacado de la generación de ORLANDO será S. ROMANO²⁸, que formulará su teoría de la institución en su trabajo *L'ordinamento giuridico*, editado en Pisa en 1918. Para este autor el Derecho es sobre todo organización, institución, y toda institución es un ordenamiento jurídico. Esta teoría, entre otras virtualidades, dio solución a la polémica de si había que conferir carácter jurídico a las relaciones entre el Estado y sus órganos y entre estos mismos, que tiene una respuesta positiva en el citado autor. La tesis de ROMANO, aún con notables diferencias, podría asociarse a la de la institución de HAURIOU. De nuevo nos encontraremos ante un intento de construcción del Derecho que se hace equivalente a organización. Quizás nuestra doctrina y Derecho son de los que han acogido con mayor intensidad la tesis ordinal del derecho, que ha tenido un éxito desigual en Italia y fuera de aquel país.

La riqueza de la doctrina italiana hace bien difícil una presentación de mera muestra de la misma. El propio CASSESE en su monografía citada, *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*, ni siquiera se propone una recensión de la doctrina de su país, concentrándose en hacer un balance de la misma y prestando atención singular tan sólo a algunos autores destacados, entre los que cabría mencionar a G. ZANOBINI, R. ALESSI, M. S. GIANNINI, G. MIELE y F. BENVENUTI. Se advierte, no obstante, la falta de estudios históricos a salvo de algunas excepciones como la del propio GIANNINI, y su *Profili storici della scienza del Diritto Amministrativo (studi sassaresi, 1940)*.

Especial interés nos merecen aportaciones como la de M. S. GIANNINI en *Diritto Amministrativo*, traducido al castellano en 1980 con el título *Premisas sociológicas e*

²⁶ La segunda edición de *Principii*, fechada en 1892, ha sido traducida al castellano en 1978 y editada por el Instituto Nacional de Administración Pública.

²⁷ Vid. S. CASSESE, *op. cit.*, pág. 4.

²⁸ No obstante debe tenerse en cuenta, como refleja CASSESE, que el propio ORLANDO se resiste a situar en su misma generación a ROMANO, que es para él de una segunda generación. Vid. *op. cit.* pág. 109.

*históricas del Derecho Administrativo*²⁹, que, por otra parte, a través de sus *Lezioni* y posteriormente de su *Corso*, es el administrativista italiano de mayor influencia en Italia y en España en las últimas décadas.

Se trata, la citada más arriba, de una breve monografía muy sugestiva, como suele ser habitual en el profesor que fue de la Universidad de Roma. Queremos destacar aquí el conjunto de conclusiones que expondrá el citado autor, denominándolas «tendencias contemporáneas». Comenzaremos precisamente por lo que denomina filosofía, que subyace en su exposición, que sería «*que la realidad administrativo-constitucional del mundo contemporáneo no admite generalizaciones, sino que reclama unos análisis articulados*». De alguna forma, muestra aquí el maestro italiano un escepticismo que conecta con su calificación de eclécticos a la mayoría de los grandes juristas del pasado.

En cierto modo comparto esta posición, como posición de partida, exenta de pesimismo. La búsqueda de las explicaciones esenciales, como tuvo lugar en otro tiempo, está prácticamente abandonada en la actualidad por la doctrina. Las Administraciones y, de resultas, el Derecho Administrativo están lejos de ofrecer una imagen cristalina, y poseen casi todos los caracteres que les han servido para definirlos en el pasado. Pero, precisamente, esa acumulación e intervención en la sociedad y de ésta en la Administración, a través de técnicas participativas formalizadas u oficiosas, hace que GIANNINI califique a las Administraciones públicas como: «*Una de las cosas más imperfectas que existen por su esencial contradicción. Son, al tiempo, extraordinariamente poderosas e inertes; oprimen y se dejan engañar puerilmente; poseen riquezas inmensas y viven escatimando; se han concebido para que funcionen bajo un orden y viven en desorden. Este es el drama del Estado contemporáneo.*», y ese drama alcanza más que a otras a nuestra disciplina.

Veamos cuáles son esas tendencias fundamentales. Según la primera de ellas: «*Las Administraciones del Estado tienden a adquirir una importancia propia, en comparación con el Gobierno*». Al parecer de GIANNINI, esta tendencia, que es posible encontrarla en el pasado, se corresponde a la pérdida por el poder (ya sea de la Corona, Gobierno...), de representatividad y responsabilidad. Probablemente, este síntoma se corresponde muy particularmente al caso italiano en el que, las continuas crisis de gobierno, con posterioridad a la última guerra, con la correspondiente pérdida de credibilidad del mismo, ha supuesto el fortalecimiento de la Administración. Pero, aún con la singularidad que esta tendencia tiene en el caso italiano, estimo que puede considerarse una tendencia universal, incluso aplicable a nuestra joven democracia, en que el deterioro del sistema político sigue los pasos del producido en Italia.

Entre nosotros puede constatarse, igualmente, la tendencia a neutralizar a la Administración en relación al poder político (el ejemplo más elocuente es el de la Administración de los EEUU en relación con el poder ejecutivo³⁰) fortaleciendo a

²⁹ Vid. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, traducido al castellano con el título *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1980.

³⁰ Puede verse al respecto D. A. BARCELÓ ROJAS, *Introducción al Derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, México, 2005.

la Administración, porque así lo exigen los ciudadanos, que desean cada vez más una Administración más servicial y eficaz. Como dice GIANNINI: *«si bien el gobierno y la Administración estatal tienen todavía en común en todas partes los órganos situados en el vértice de la pirámide, el gobierno no es ahora el «dominus» absoluto de la Administración del Estado, ya que se encuentra limitado por normas jurídicas y por fuerzas que se expresan a través del mismo entramado sociológico de la administración».*

La segunda tendencia es formulada del modo siguiente: *«Los grupos que se organizan en el Estado comunidad tienden a institucionalizarse en entes que no sólo ejercen actividades administrativas sino que sustraen actividad del Estado».* A mi juicio, aquí estamos ante una tendencia generalizada en toda la sociedad occidental: la aparición del fenómeno participativo y el incremento del corporativismo. Los ciudadanos no sólo reclaman una mayor participación en la toma de decisiones de las instituciones y organizaciones políticas o administrativas, sino que de modo creciente se organizan y reclaman para las actividades que realizan toda clase de ventajas y privilegios, y como dice GIANNINI casi siempre obtienen del *«Estado legislador el reconocimiento y ventajas, o, por el contrario, garantías de no intervención del Estado».*

La tercera tendencia la formula así: *«En correspondencia con las tendencias ya expuestas, la actividad administrativa apunta a las formas procedimentales —a la jurisdiccionalización, según la expresión inglesa y norteamericana—, es decir, a someterse a las leyes que instituyen procedimientos reglados por los principios de la objetividad de la instancia decisoria, de la garantía de las partes, del procedimiento contradictorio y de otros similares».* Sin duda, coincidimos con este criterio, que como señalamos en otro lugar fuera esbozado por HAURIOU en la 7ª edición de su *Précis*. Esta jurisdiccionalización de la actividad se produjo, entre nosotros, desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, por lo que nuestra situación no es comparable a la italiana.

Pero, de otra parte, estimo que, al menos en España, existe también la tendencia a, digámoslo así, jurisdiccionalizar el contencioso-administrativo, acercándolo al modelo del proceso civil. Tendencia que encierra, de algún modo, la pérdida de substantividad del Derecho administrativo o, cuando menos, del modelo imperante hasta nuestros días. No obstante, las resistencias de la Administración han sido grandes; basta comprobar que en España ha estado pendiente la reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, exigida por la Constitución, más de 20 años, sin que pueda encontrarse otra explicación más fundada que la percepción por la Administración de dicha reforma, en línea apuntada por GIANNINI, como pérdida del poder.

La cuarta tendencia la expresa del siguiente modo: *«El Derecho administrativo, como normativa pública de carácter autoritario, tiende a reducirse y las zonas que abandona son ocupadas de nuevo por el Derecho privado».* Es esta una tendencia que el propio GIANNINI formulará contradictoriamente, en la medida en que señala que está muy extendida, precisamente, la opinión contraria. En este punto distinguirá el cúmulo de legislación que versa sobre las Administraciones públicas y el Derecho Administrativo, en base al criterio de que sólo constituyen el Derecho Administrativo las normas que prevén regulaciones autoritarias de actividad.

A mi juicio, esta tendencia es reconocible entre nosotros ya que, de un lado, un modelo de Administración autoritaria está dejando paso a la Administración concertada y a la utilización del Derecho privado en las relaciones con los ciudadanos. La colaboración es una técnica generalizada, pero esta nueva forma de presentarse la Administración para el cumplimiento de sus fines no debe conducir al equívoco, en cuanto que es una línea de tendencia que pudiera ser meramente coyuntural. En cualquier caso, coincidimos con el criterio de que: *«El derecho que regula la actividad de las Administraciones públicas tiende por tanto a componerse de una parte fuertemente autoritaria, que es el derecho administrativo en sentido estricto, y de otra en la que es válida, aunque con ciertas adaptaciones, la normativa privada. En este último caso, se tiende pues a la reconstrucción de un derecho común»*.

La quinta tendencia para GIANNINI es: *«La conexión entre derecho administrativo y derecho constitucional tiende a hacerse más fuerte, bien porque la evasión hacia la zona administrativa de los preceptos constitucionales ha resultado demasiado visible para no ser advertida, o bien porque la acción del Estado, como ente que detenta el poder político más amplio, tiende a colocarse en el papel de árbitro, en el sentido absolutamente no técnico, entre los exponenciales, de los grupos, de acuerdo con procedimientos cuyo ejemplo más importante es la planificación»*. Entre nosotros sería asumible esta situación en doble medida. Por una parte, la conexión entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional es evidente por razones históricas singulares, quizás incomparables a las de otros países europeos. Pero, al margen de la conexión técnico-jurídica a que nos referimos, es evidente el papel de árbitro de la Administración mediante variadas técnicas entre las que, a mi juicio, es necesario destacar, en primer lugar, los Presupuestos Generales del Estado y, desde luego, la planificación apuntada por GIANNINI que en variadas formas, en un Estado autonómico como el nuestro, puede convertirse en el instrumento inter-ventor por excelencia de la Administración de la Sociedad.

Por último, enuncia una tendencia que, a mi juicio, conecta con la que numeramos como tercera anteriormente, esto es: *«Las zonas procesal y jurisdiccional del derecho administrativo tienden a confluir en el derecho procesal civil»*.

4. ADMINISTRACIÓN INTERVENCIONISTA VERSUS ADMINISTRACIÓN PRESTATARIA

Es la doctrina alemana la que ha contribuido de modo más sobresalientemente a la ciencia de la policía, precedente en el tiempo de la ciencia del Derecho Administrativo. Baste recordar autores como SECKENDORFF, VON JUSTI, PUTTER o MOHL, como exponentes del más alto nivel alcanzado por los cultivadores de la ciencia de la policía³¹.

³¹ Un resumen completo de los antecedentes del Derecho alemán en el volumen colectivo *Gli studi di Diritto Amministrativo in Belgica, Francia, Republica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera*, Milán, 1965. Por lo que se refiere a los autores citados cabe destacar sus obras: SECKENDORFF, *Deutscher Fürstenstaat*,

Con LORENZ VON STEIN puede afirmarse que comienza a vislumbrarse lo que va a ser la disciplina que conocemos ahora como Derecho Administrativo, aunque este autor, que utiliza como método de análisis el histórico político, debe considerarse en los orígenes de la doctrina alemana. Su obra más destacada es *System der Staatswissenschaft* (1852-1862). Por otra parte, son autores sobresalientes del siglo XIX, a los que puede calificarse de iniciadores del método jurídico, F. F. MAYER y C. F. GERBER; particularmente este último ha hecho una notable aportación a la teoría de los derechos públicos subjetivos.

El autor que contribuyó más notablemente a la construcción del Derecho Administrativo en Alemania es OTTO MAYER con su *Deutsches Verwaltungsrecht*, publicado en München y Leipzig en 1895-1896. Para MAYER el Derecho Administrativo es el derecho relativo a la Administración, que definirá como: «La actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, exceptuada la justicia». La obra de MAYER ejercerá una influencia muy notable en su época y con posterioridad prácticamente hasta nuestros días³².

La Segunda Guerra mundial supondrá importantes transformaciones en Alemania en todos los órdenes. La Constitución de 1949 (Ley Fundamental de Bonn) atraerá la atención de los juristas, que van a estudiarla exhaustivamente. Ejemplo de comentario a la Constitución es, sin duda, el *Grundgesetz Kommentar* debido a MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ que comienza a publicarse en 1958, si bien podrían traerse otros igualmente valiosos. Particularmente se prestará una especial atención a los derechos fundamentales que tienen un tratamiento significativo en el texto constitucional.

En la postguerra una serie de autores brillarán sobre los demás; me refiero a las aportaciones de H. J. WOLFF en su *Verwaltungsrecht* (dos tomos) en colaboración con O. BACHOF, que es uno de los cursos más completos de Derecho Administrativo a nivel europeo. A este último autor se deben contribuciones muy importantes como *Verwaltungsrecht und Verfahrensrecht in Rechtsprechung des BVG*. También es preciso mencionar a autores como MENGER, HUBER, PREUSS o NEUMANN de la larga relación de autores de calidad que han llenado los últimos cincuenta años³³. Basta asomarse a

Frankfurt, 1656; PUTTER, *Elementa juris publici germanini*, Göttingen, 1754; VON JUSTI del que destaca *Staatswirtschaft*, Leipzig, 1758 y *Grundsätze der Polizeiwissenschaft*, Göttingen 1759; y, finalmente, de MOHL, cabe citar su *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen, 1832. La contribución de los juristas alemanes ha sido decisiva en lo relativo al concepto de personalidad jurídico-pública, baste citar, junto a GERBER a ALBRECHT, MAURENBRECHER, GIERKE y JELLINEK, que se confunden con los orígenes y desarrollo mismo del concepto.

³² Entre sus discípulos cabe citar a KORMANN, *Systeme der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910; FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 3ª edc., Berlín, 1931; y MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Berlín, 1927, reeditado en 1969.

³³ Una muestra puede encontrarse en los números 234, abril-junio 1993 y 235, julio-diciembre 1993 de la revista *Documentación Administrativa* que llevan por título «El Derecho Administrativo en Alemania: Tendencias actuales».

las páginas de las revistas alemanas o los cursos y monografías de autores alemanes para comprobar que las jóvenes generaciones de juristas son de extraordinaria calidad. Bien es cierto que no es ésta una época en que sobresalgan planteamientos originales, lo que coincide de algún modo con la tónica general de estas últimas décadas, habiéndose dirigido los administrativistas a la depuración de las técnicas y al estudio exhaustivo del ordenamiento jurídico, de dimensiones cada vez más sobresalientes.

Considero imprescindible prestar una especial atención a ERNST FORSTHOFF y, entre sus muchas obras, a título de ejemplo, a *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*³⁴. Se trata de un breve opúsculo que sintetiza, de alguna forma, el pensamiento del autor sobre la disciplina en los aspectos a que prestamos ahora atención. En particular nos interesa la parte segunda del referido trabajo que titula: «Problemas de la Administración prestadora de servicios».

Explicaré FORSTHOFF, que las funciones tradicionales de la Administración frente al individuo han configurado lo que denomina una «Administración intervencionista», lo que se reconoce y concreta en prohibiciones, autorizaciones, etc., pero que junto a ésta se ha organizado una nueva modalidad de Derecho Administrativo a la que llamaremos *Administración prestataria* que debe adoptar toda una serie de disposiciones para posibilitar la existencia individual (*Daseinvorsorge*). Pues bien, según el mencionado autor, la estructura interna de estas clases de Administración son diferentes sin que hasta la fecha se haya «conseguido fusionar en un mismo sistema homogéneo estas dos partes tan diferenciadas», reconociendo más adelante que en la Administración prestataria se mezclan elementos de Derecho público y Derecho privado.

Sin duda, el Derecho Administrativo alemán se construyó primordialmente sobre la base de los aspectos intervencionistas del mismo. De modo que la Administración prestataria no posee apenas técnicas propias al margen de las anteriores o las del Derecho privado. La superación del modelo a que se refiere FORSTHOFF ha tenido lugar pacíficamente, esto es, adaptándose la Administración a los modos operativos que rigen en el sector privado, potenciando su protagonismo económico así como la creación de empresas públicas.

El segundo gran concepto en revisión es para FORSTHOFF el de acto administrativo, que afecta según este autor a dos cuestiones. De una parte a los motivos de impugnación en vía de recurso porque: «Este puede ser interpuesto por todo aquel que haya sido lesionado en sus derechos y así se ha discutido si las señales de circulación, los semáforos rojo-amarillo-verde, son actos administrativos, si son mandatos administrativos dirigidos hacia nosotros». Lo cierto es que FORSTHOFF, a mi juicio, no desarrolla suficientemente la tesis que enuncia, centrándose exclusivamente en la cuestión ya superada de cuál es la naturaleza de los planes de urbanismo.

En tercer lugar prestará atención a las relaciones de supremacía general y especial, distinción debida a O. MAYER. Desde la perspectiva de los actos que son recu-

³⁴ Vid. E. FORSTHOFF, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, conferencia pronunciada y publicada en Madrid, 1966.

ribles ante lo contencioso-administrativo, la doctrina alemana va a construir dentro de las relaciones de supremacía especial, lo que denomina acto interno que no sería recurrible ante los Tribunales, o lo que desde otra perspectiva define como relaciones fundamentales y relaciones funcionales. Los actos derivados de las primeras serían recurribles, mientras que no lo serían los segundos. Los ejemplos que el autor trae se centran en las relaciones en el seno de los establecimientos penitenciarios y de las escuelas. A la tesis de FORSTHOFF tan sólo entiendo que deba plantearse una objeción de consideración y es que no ha contemplado la incidencia concreta que tienen los derechos fundamentales en las relaciones de supremacía especial. Precisamente dicha incidencia y el considerable incremento del peso específico participativo de los sindicatos y grupos organizados de intereses hace que la relación dicotómica supremacía especial-supremacía general sea una relación en crisis.

El cuarto tema que trata el mencionado autor es la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados que, si bien es originaria de aquel país, ha tenido una penetración doctrinal en España de tal notoriedad y envergadura que hace innecesario su desarrollo aquí.

Finalmente, suscita lo que, a mi juicio, es la aportación más sobresaliente del trabajo que comentamos: La influencia de la técnica en la aplicación del Derecho. En efecto, en el razonamiento jurídico se interfiere cada vez con mayor frecuencia el razonamiento científico o técnico hasta convertirse este último en decisivo y vinculante para el primero. Parece obvio que en Alemania este impacto fue y sigue siendo mayor que en España por razones obvias (aunque entre nosotros se intensifique esta tendencia) que hace posible que FORSTHOFF se llegue a preguntar: «¿Cómo podemos nosotros, como juristas, afirmarnos a pesar de todo frente a la técnica?». Pregunta que cobra, si cabe, más sentido a partir de la invasión informática, sin que se haya dado todavía una respuesta ni convincente ni tranquilizadora³⁵.

Este rápido recorrido sobre los que considero aspectos más relevantes del pensamiento administrativista europeo, no son sino descollos que nos descubren un pensamiento resultado del análisis de la realidad y su evolución. Esta característica, que es su aspecto más positivo, ha sido a veces mal entendida, pues la incapacidad de una teoría para explicar permanentemente el Derecho Administrativo, no hace sino descubrir el carácter contingente de éste.

A cada generación corresponde poner de manifiesto lo más relevante de su tiempo y espacio. El intento de construir teorías imperecederas se corresponde a quienes, incapaces de comprender esta disciplina, han querido hacer aparecer al Derecho Administrativo como algo neutro, desprovisto de ese valiente y comprometido enfrentamiento de los juristas con las realidades de su época, y no consiguen finalmente más que un neutralismo inservible, incapaces de conectar con la realidad de su tiempo.

³⁵ Ver mi trabajo «Presupuestos constitucionales de la protección de datos personales», en el libro colectivo *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant Lo Blanch, Tomo I, Valencia 2000, págs. 1053 a 1072 y la bibliografía que en el mismo se cita.

5. DE LA CIENCIA DE LA POLICÍA A LA CIENCIA NEUTRAL DE LA GENERACIÓN DE LA REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

No puede decirse que en España hayamos tenido un pensamiento jurídico-público autónomo y, menos aún, relevante más allá de nuestras fronteras, pese a los intentos cíclicos de reivindicar la autonomía y originalidad de la doctrina y derecho españoles. A lo sumo, se han recibido las corrientes de pensamiento de franceses, de italianos, de alemanes y, en menor medida en las últimas décadas, de anglosajones. La reflexión sobre la propia realidad tampoco se ha producido de modo autónomo, sino en base a un pensamiento importado, sometido a una constante fricción con aquella. A la postre, hemos sido una de las naciones con más pensadores de pensadores, pensadores de libros de pensadores, en fin, glosadores del pensamiento ajeno, en que se aprecia la incapacidad para la reflexión sobre la propia realidad, por razones diferentes, incluso justificadas, pero a la postre coincidentes en el resultado. No pocos planteamientos anacrónicos que se aprecian entre nosotros se han debido a este fenómeno.

Al margen de penetraciones del pensamiento europeo (síntomáticas unas veces, episódicas otras), la azarosa historia política española del siglo XIX y de los 75 primeros años del siglo XX hará incomparable el caso español al de nuestros vecinos occidentales. El Derecho Administrativo occidental de la postguerra mundial, en que tendrá una alta expresión el Estado de Derecho, será una aspiración de los autores españoles que, sin embargo, no podrán hacer otra cosa, en el mejor de los casos, que fantasear sobre su virtualidad a lo largo del régimen político franquista. Durante esta época se hará un importante esfuerzo de camuflaje del sistema político a través de la superposición de un Derecho Administrativo de corte europeo, aun cuando este trasplante tenga lugar sobre un sistema en que faltarán los más elementales principios del Estado de Derecho. Quizás estas circunstancias expliquen que la doctrina española, salvo contadas excepciones, haya estado al margen de las grandes polémicas occidentales, que acaso se recibirán como temas eruditos, como polémicas falseadas, porque la realidad político-administrativa iba por otros derroteros. Las preocupaciones derivarán hacia los temas técnico-formales y, así, el concepto del Derecho Administrativo se estudiará a través de las teorías orgánica, funcional, subjetiva, etc.

En las páginas que siguen trataré de ofrecer una apretada síntesis de nuestros precedentes doctrinales, sin que nos remontemos más allá de finales del siglo XVIII, para intentar comprender los rasgos singulares del Derecho Administrativo español.

No han proliferado entre los administrativistas las incursiones en la historia, sin duda, entre otras razones, por la circunstancia de que se sitúe el origen del Derecho Administrativo en la Revolución Francesa, habiendo sido considerada la investigación histórica anterior a este acontecimiento un ejercicio de escasa virtualidad, aun cuando el análisis posterior al acontecimiento revolucionario tampoco ha recibido la atención que merece. Entiéndase esto de un valor derivado de la mera intuición pues, como han resaltado algunos autores, que por otra parte han contribuido al descubrimiento de los orígenes de la disciplina, está ausente en nuestra bibliografía un estudio o un conjunto

de estudios esclarecedores de los orígenes de las técnicas e instituciones que hoy integran el Derecho Administrativo español, y, en particular, del pensamiento de nuestros clásicos³⁶. Con las limitaciones que esto supone afrontaremos esta breve descripción

³⁶ El libro más significativo es Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico-administrativa española, con trabajos de GASCÓN y MARÍN, MESA SEGURA, ÁLVAREZ GENDÍN, PEREDA UGARTE, PÉREZ BOTIJA, ROYO-VILLANOVA (SEGISMUNDO), GARCÍA OVIEDO, PI SUÑER y JORDANA DE POZAS, editado por el Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1944, en que se estudian entre otros, en particular, a OLIVAN, BURGOS, ORTIZ DE ZÚÑIGA, POSADA HERRERA, LA SERNA, y a COLMEIRO. Esta mención obviará la cita de la fuente cuando nos refiramos a los autores aquí estudiados. Al margen de los manuales y tratados que circulan en la actualidad, que suelen dedicar alguna mención al tema que nos ocupa, tienen interés para comprender la historia del Derecho Administrativo español (orden cronológico de los mismos): OLIVAN, A., *La Administración Pública con relación a España* (1ª ed. 1843), ed. de 1954 con prólogo de E. García de Enterría; GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Instituciones de Derecho Administrativo*, 2 tomos, Madrid, 1843; POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, 3 tomos, Madrid, 1943 (reedición del INAP, 1978); COS Y GAYÓN, F., *Historia de la Administración Pública de España*, Madrid, 1851 (reedición por el IEA en 1976); COLMEIRO Y PENIDO, M., *Derecho Administrativo español*, Madrid, 1876 (con un Apéndice en la edición de 1880); SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, según sus principios generales y la legislación en España, 1ª ed., Madrid, 1885; 7ª ed., Madrid, 1911; DÁNVILA, *El poder civil en España*, 6 vols., Madrid, 1885; ANTEQUERA, J. M., *Historia de la Legislación española*, 3ª ed., Madrid, 1890; ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Madrid, 1910 (26ª ed., 2 tomos, Valladolid, 1964-1965); GASCÓN y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación española*, 2 vols., Madrid, 1917, 3ª ed. 1955-1956; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Resumen de Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración*, 2 vols., 1ª ed., Madrid, 1920, 2ª ed., Barcelona, 1930; MESA SEGURA, A., *Labor Administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946; BENEYTO PÉREZ, J., *La gestación de la magistratura moderna*, Madrid, 1953; GASCÓN HERNÁNDEZ, «Evolución y panorama actual del Derecho Administrativo en España», *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1954; DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española en el siglo XVIII*, Madrid, 1955; BENEYTO PÉREZ, J., *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Madrid, 1958; GARRIDO FALLA, F., «Gli studi di Diritto Amministrativo in Spagna», en *Gli studi di Diritto Amministrativo...*, cit.; NIETO, A., *Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho Administrativo*, Anales de la Universidad de la Laguna, separata, 1966; KAMEN, H., «El establecimiento de los intendentes en la Administración española», en *Hispania*, 1964, págs. 368 a 395; *Estudios de Historia del pensamiento español*, I, Madrid, 1967; BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Los Estudios sobre la Administración en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1968; VICENS VIVES, J., «Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII», en *Coyuntura económica y reformismo burgués*, Barcelona, 1968; ESCUDERO, J. A., *Los Secretarios de Estado y de Despacho, 1474-1724*, 4 vols., Madrid 1969 (reedición, 1976); VILLA, L. E. DE LA, *Los orígenes de la Administración laboral en España*, Madrid, 1969; Actas del I Symposium de Historia de la Administración, Madrid, 1970; GONZÁLEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano*, Madrid, 1970; Actas del II Symposium de Historia de la Administración, Madrid, 1971; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972; MARAVALL, J. A., *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973; VALDEAVELLANO L. G., *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Madrid, 1973; Actas del III Symposium de Historia de la Administración, Madrid, 1974; CLAVERO, B., *Historia del Derecho ante la Historia social*, Madrid, 1974; GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en España (1800-1875)*, Madrid, 1974; LALINDE, J., *Derecho Histórico Español*, Barcelona, 1974; LINZ, J., «Cinco siglos de Historia española. Cuantificación y comparación», en *Las dimensiones del pasado. Estudios de Historia cuantitativa*, Madrid, 1974; PÉREZ PRENDES, M., «Facer justicia. Notas sobre acción gubernativa medieval», *Moneda y Crédito*, núms. 128-129, 1974; ESCUDERO, J. A., *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen*, Sevilla, 1975; GARCÍA MARÍN, J., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Sevilla, 1976; JOVER ZAMORA, J. M., «Situación social y poder político en la España de Isabel II», en

que dividiremos en cuatro apartados: la ciencia de la policía; los constitucionalistas; la generación de la Revista de Administración Pública³⁷; y la etapa constitucional.

Entre los autores que sistemáticamente podrían encuadrarse bajo la rúbrica de *ciencia de la policía* hay que citar a OLMEDA Y LEÓN, al que se debe la obra *Elementos de Derecho público de la paz y de la guerra*, fechada en 1771, así como la obra de LÓPEZ DE OLIVER con el título *Verdadera idea de un Príncipe formada de las Leyes que tienen relación al Derecho público*, publicada en 1786.

Sin duda, de entre los distintos autores, sobresale la obra del profesor de la polémica Universidad de Cervera³⁸, RAMÓN LAZARO DE DOU Y BASSOLS, con el título *Instituciones de Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña*

Historia social de España en el siglo XIX, Madrid, 1972 y en *Política, diplomacia y humanismo popular en la España del siglo XIX*, Madrid, 1976; NIETO, A., *La Burocracia. El pensamiento burocrático*, Madrid, 1976; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid, 1977; ALEJANDRE, J. A., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación*, I, Sevilla, 1978; PÉREZ MARTÍN, A. y SCHOLZ, J. M., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Prólogo de M. Peset), Valencia, 1978; ESCUDERO, J. A., *Los orígenes del Consejo de Ministros. La Junta Suprema del Estado*, 2 vols. Madrid, 1979; MARAVALL, J. A., *Poder, honor y elites en el siglo XIX*, Madrid, 1979; LARIO, D. DE, *Sobre los orígenes del Burocrata moderno*, Bolonia, 1980; MOLAS RIBALTA, P. y otros, *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980; GUERRERO, O., *La Administración pública del Estado capitalista*, Barcelona, 1981; BERMEJO CABRERO, J. L., *Estudios sobre la Administración Central Española (siglos XVII y XVIII)*, Madrid, 1982; NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986; LUNENFELD, M., *Los corregidores de Isabel la Católica*, Barcelona, 1989; *Actas del Consejo de Ministros. Fernando VII*, Madrid, 1989; NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, 1996; GALLELO ANABITARTE, A., *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Madrid-Barcelona, 2002; ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Madrid, 2006.

³⁷ Para ello tendré especialmente en cuenta el trabajo de A. NIETO, *Influencias extranjeras en la evolución de ciencias española del Derecho Administrativo*, cit. «En el año 1950 apareció en Madrid el número primero de una Revista cuatrimestral, llamada de Administración Pública que desde aquel momento, y hasta el presente, ha sido el eje de toda la doctrina española de esta especialidad». Así inicia A. NIETO el Prólogo a los Índices de los años 1950-1973, números 1 al 72 de la *Revista de Administración Pública*, que firmará en junio de 1974 y que, sin duda, puede suscribirse íntegramente en lo que se refiere al período que NIETO se refiere, esto es, de 1950 a 1973. La lectura del citado prólogo evidencia hasta qué punto la *Revista de Administración Pública* ha sido forja de administrativistas y forjadora del Derecho Administrativo que hoy conocemos: ser administrativista en España ha significado lo mismo que colaborador de la RAP y ésta contiene hasta 1974, en que comenzará a compartir el un fugaz oligopolio con la *Revista Española de Derecho Administrativo*, lo más notable de nuestro Derecho administrativo. La influencia de esta generación ha sido enorme, no sólo porque muchos de ellos participaron en la elaboración de las grandes leyes administrativas que tienen su aparición en la década de los años 50, sino porque a partir de su generación, en que se produce el crecimiento más espectacular de la Universidad española en cuanto a número de Universidades, alumnos y finalmente profesores, ejercerán un notable magisterio sobre las nuevas generaciones de administrativistas. A partir de la aprobación de la Constitución aparecerán numerosas revistas dedicadas al Derecho administrativo y las revistas antes citadas dejarán de ser el único referente del Derecho Administrativo español.

³⁸ Como es bien sabido dicha universidad fundada por Felipe V es un exponente de las represalias del citado rey contra los catalanes como consecuencia de no haber tenido su apoyo en la guerra de sucesión a la corona de España.

y las principales reglas de gobierno en cualquier estado, publicada en nueve volúmenes entre 1800 y 1804. Sus preocupaciones irán más allá de la ciencia de la policía, interesándose por la obra de ADAM SMITH, que darán como fruto, en 1817, el libro *La riqueza de las naciones, nuevamente explicada con la doctrina de su propio investigador*. Igualmente destacable son las *Cartas sobre la Policía*, publicadas en 1801 por VALENTÍN DE FORONDA³⁹, o *Los elementos generales de Policía* de PUIG Y GELABERT publicada en 1784 o, finalmente, la *Idea general de la policía o Tratado de Policía*, de TOMÁS VALERIO LA RIAMBAU, publicada en 1798-1802⁴⁰. También podría considerarse como cultivador de la ciencia de la policía, aunque presenta otros perfiles, JOSÉ AGUSTÍN IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA y, en particular, su *Discurso sobre el gobierno municipal* (1780).

La Constitución de Cádiz en particular y, en general, el constitucionalismo imperante en Europa supondrá un corte sistemático en relación a los cultivadores de la ciencia de la policía. Con obvias influencias francesas tendrá lugar en España el alumbramiento del Derecho Administrativo. Ese conjunto de autores, al que nos referimos, ha sido clasificado⁴¹ en tres grupos: *ensayistas, sistematizadores y creadores*, una clasificación que aunque adolece de deficiencias considerables puede tenerse en cuenta a efectos puramente didácticos. Así, serían ensayistas, entre otros, F. AGUSTÍN SILVELA, al que se debe la *Colección de proyectos, dictámenes y Leyes Orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, publicado en Madrid, en 1839. Este autor, que reconoce la notable influencia francesa en su obra, prestó una especial atención a los temas relacionados con la organización administrativa.

La estructuración territorial de mayor trascendencia que hemos recibido de la reciente historia, basada en una concepción teórica tributaria del modelo administrativo francés, es, sin duda, la estructura provincial debida a JAVIER DE BURGOS, de gran influencia en otros órdenes en su época, al que se deben obras tan valiosas y originales como la *Exposición sobre los males que aquejaban a España y medios que debía aceptar el Gobierno para remediarlos* de 1826, la famosa *Instrucción a los subdelegados de Fomento* de 1833, y, la más importante de sus obras, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, *Ideas de Administración* de 1841. La idea central que preside sus obras es la reforma de la Administración siguiendo el modelo francés.

Finalmente, debe recordarse entre los ensayistas a ALEJANDRO OLIVAN y su importante obra, *De la Administración Pública con relación a España*, publicada en 1843, reeditada por el Instituto de Estudios Políticos en 1954, autor éste que está en la frontera entre ensayistas y sistematizadores.

Entre los sistematizadores, hay que considerar a MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA y sus *Elementos de Derecho Administrativo*, editados en Granada entre 1842-1843, sin

³⁹ Un bosquejo biográfico de FORONDA puede verse e J. M. BARRENECHEA GONZÁLEZ, «Valentín de Foronda y el pensamiento económico ilustrado», en Tomo VI, *La Ilustración, de Economía y Economistas Españoles* (dir. E. FUENTES QUINTANA y otros), Madrid, 2009, págs. 117 y sigs.

⁴⁰ Reeditado por el IEA en 1977.

⁴¹ *Vid.* NIETO, Ob. cit.

olvidar su *Cuaderno sobre cuestiones políticas y administrativas*, editado en Madrid en 1833. En este autor permanece la influencia francesa, a través de su maestro JAVIER DE BURGOS. También hay que reseñar entre los sistematizadores a PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y sus *Instituciones de Derecho Administrativo español*, en dos tomos publicados en Madrid en 1843. En ambos autores se advierte ya una clara iniciación del tratamiento del Derecho Administrativo con método científico.

A partir de JOSÉ DE POSADA DE HERRERA y sus *Lecciones de Administración*, editadas en tres tomos en Madrid en 1843⁴², se iniciará una etapa de creadores que prácticamente llegan hasta la postguerra civil española, en que aparecerá la generación de administrativistas que llena el panorama doctrinal hasta la Constitución de 1978, que se viene conectando con la Revista de Administración Pública, de la que son fundadores y en la que tiene lugar importantes aportaciones a nuestra disciplina. Las *Lecciones de Administración* de MANUEL COLMEIRO y PENIDO han merecido tal reconocimiento que fueron reeditadas en 1978 por el Instituto de Administración Pública. Son un ejemplo de sistematización y análisis del Derecho positivo que no olvida ni las instituciones ni su virtualidad y eficacia sociales.

COLMEIRO nos ha dejado dos obras muy estimables, como *Derecho Administrativo español*, que se edita por primera vez en Madrid y Santiago en 1850 en dos tomos y cuya 4ª edición data de 1876, con un Apéndice en 1880, así como sus *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, editado en Madrid en 1858, y su sexta edición en 1881. Este autor polifacético⁴³ y brillante es imprescindible para aproximarnos a la legislación y doctrina del siglo XIX.

Entre los autores que escriben sus obras principales a finales del siglo XIX señalaremos a SALVADOR CUESTA Y MARTÍN y sus *Principios de Derecho Administrativo*, editado en dos tomos, en Salamanca en 1894, que presenta una estructura original y moderna; dividido su contenido en Parte general y Parte especial. FERNANDO MELLADO y su *Resumen de Derecho Administrativo*, editado en Madrid 1890, y su *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, cuya tercera edición está editada en Madrid en 1899. FERMÍN ABELLA Y BLAVE y su *Tratado de Derecho Administrativo español*, editado en 3 volúmenes en 1886 y otros autores como BRIZUELA FERNÁNDEZ, F. CAÑAMAGUE, FERRÁN, E. GIL-ROBLES, J. N. GÜENECHEA, R. DE OLORIZ contribuyen con mayor o menor brillantez en la sistematización y estudio del Derecho Administrativo.

Aunque VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES escribe la primera edición de su *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*,

⁴² Reeditada por el INAP en 1978.

⁴³ En particular su faceta de economista-librecambista, ver L. BELTRÁN FLORES, «La ciencia económica y su introducción en España», en *Economía y economistas españoles. Tomo II. Principales aproximaciones a la historia del pensamiento económico* (dir. E. FUENTES QUINTANA), Random House Mondadori, 2009. A este autor se debe la obra *Biblioteca de los economistas españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, publicada, en 1861, a la que se refiere E. FUENTES QUINTANA en términos elogiosos en su *Ensayo introductorio al pensamiento económico*, Tomo I de *Economía y economistas españoles*, antes citado.

en Madrid, en 1885 (la 7ª edición es de 1911), pertenece más al siglo XX que al XIX. La influencia de este autor ha sido decisiva, no sin razón, pues la *Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888*, es conocida como la *Ley Santamaría de Paredes*, aunque su influencia va más allá de la que alcanza a la configuración de nuestro procedimiento contencioso-administrativo.

Como autores del siglo XX, anteriores a la Revista de Administración pública, pueden citarse, por orden de aparición de sus tratados, cursos o manuales, a ANTONIO ROYO-VILLANOVA y sus *Elementos de Derecho Administrativo*, cuya primera edición está fechada en Valladolid en 1910 y que, por obra de SEGISMUNDO ROYO-VILANOVA Y FERNÁNDEZ-CABADA, siguió publicándose hasta los años 50 del siglo XX. Otro autor de influencia tan notable como la del citado anteriormente es JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, cuyo *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española* se publicó por primera vez en dos volúmenes en Madrid en 1917, y cuenta con una 13ª edición en 1955-56. Asimismo, hay que considerar a RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO, autor del *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, editado en Barcelona en 1920 y con una segunda edición en 1930.

Finalmente, procede anotar aquí a una serie de autores que son de una generación anterior a la *Revista de Administración Pública*. Nos referimos a CARLOS GARCÍA OVIEDO y su *Derecho Administrativo*, que será puesto al día durante décadas por E. MARTÍNEZ USEROS (9ª edc. 1968); SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN BLANCO y su *Manual de Derecho Administrativo*, editado en Zaragoza en 1941 y, posteriormente, en Barcelona en 1954 con apéndice de 1958, que sirve de preludeo a su *Tratado General de Derecho Administrativo*, editado en Barcelona desde 1958 (el 4º tomo está fechado en 1977). Y, finalmente, LUIS JORDANA DE POZAS, cuya obra más general quizás sea su *Derecho Administrativo (para Secretarías de Ayuntamiento)*, editado en Madrid 1924.

A la generación de la *Revista de Administración Pública* se le atribuye un corte sistemático en nuestra doctrina⁴⁴. Lo cierto es que los autores de dicha revista, hasta la Constitución de 1978, harán un enorme esfuerzo de modernización de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia desde el régimen político imperante: Desde posiciones de colaboración extrema a otras más matizadas, pero en caso alguno al margen del sistema. Así, en cierto modo esta generación del régimen de Franco puede considerarse desde dos ópticas diferentes: como responsable del maquillaje de un régimen autoritario y, sin duda alguna, de que arraigue entre nosotros la caracterización del Derecho Administrativo como un Derecho al margen de la política, y a veces pretendidamente por encima de ésta; o como la generación que ideó en nuestro país un Derecho Administrativo que se anticipó a las transformaciones democráticas traídas por la Constitución de 1978. En cualquier caso, el Derecho Administrativo como ensoñación neutralista o, si se prefiere, «burocrática», al margen del régimen político en que tiene lugar carece de todo sentido. El Derecho Administrativo es un derecho al servicio de la política, o, si se quiere, del poder, en el que encuentra su servidumbre y su grandeza.

⁴⁴ Vid. NIETO, Ob. cit.

Los intentos por descubrir lo esencial del Derecho Administrativo, por autores de dicha generación siguiendo los pasos de la doctrina foránea, sirven, no obstante lo artificioso de las mismas, para seguir su propia historia, para conocer la evolución de la Administración y su papel en el mundo occidental. Porque, en definitiva, la búsqueda de lo esencial, en una materia extraordinariamente sensible al acontecer social, no hará otra cosa que poner de evidencia la ideología predominante en cada etapa histórica. Además, la circunstancia de que una teoría del pasado deje de tener en el presente el prestigio o la capacidad de definir a la Administración y el Derecho Administrativo no la priva de interés y utilidad, pues, probablemente, seguirá evidenciando facetas de la Administración o del Derecho Administrativo que, en la mayoría de los casos, se habrán acumulado en el gran arsenal de técnicas jurídico-públicas que integran el Derecho Administrativo en cada época.

Las llamadas teorías funcionalistas, orgánicas y subjetivas⁴⁵, que, como decíamos, son una traslación formalista de las polémicas europeas sobre el Derecho

⁴⁵ Considero que puede tener alguna utilidad a quienes se aproximan al Derecho administrativo por primera vez conocer de modo sintético lo que suponen las concepciones funcional, orgánica, estatutaria y algunas otras que considero dignas de mención. La pretensión de la mayoría será la de construir una concepción absoluta y coherente del Derecho administrativo lo que obviamente no logran, aunque no por ello dejan de tener interés, habida cuenta de la notable influencia que han supuesto para generaciones de estudiosos. *Vid.* por todos, sobre este tema, L. PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, 1984. Otras referencias y construcciones del Derecho Administrativo por autores españoles, al margen de los manuales y lecciones en uso, pueden verse en: BASSOLS COMA, M., «Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución», *Documentación Jurídica*, núm. 18, abril-junio, 1978, págs. 433 a 472; BOQUERA OLIVER, J. M^a, *Derecho Administrativo y Socialización*, Madrid, 1965; CLAVERO ARÉVALO, M. F., «Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1952, págs. 544 y sigs. y «La doctrina de los principios generales del Derecho y los del ordenamiento administrativo», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 7, enero-abril, 1952, págs. 51 a 104; CHINCHILLA, C., LOZANO, B., SAZ, S. DEL, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992; ENTRENA CUESTA, R., «El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo español», *RAP*, núm. 32, 1960 y «El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 37, 1962; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, Madrid, 1972; GALLEGO ANABITARTE, A., «Derecho público, Derecho constitucional, Derecho administrativo», en *Derecho Administrativo. Programa y guía para su estudio*, Madrid, 1980; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960 y «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *RAP*, núm. 40, 1965; GARCÍA TREVIANO, J. A., «Las personas jurídico-públicas en el Código Civil y en la legislación de arrendamientos urbanos», *RAP*, núm. 20, 1956; GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales», *RAP*, núm. 7, 1952; «Las transformaciones del concepto jurídico de política administrativa», *RAP*, núm. 11, 1953; «La Administración pública como objeto de las ciencias jurídicas y no jurídicas», *RAP*, núm. 23, 1957; *Dos métodos en el estudio de la Administración pública (Método jurídico y Ciencia de la Administración)*, Sevilla, 1961; «Gli studi di Diritto Amministrativo in Spagna», en *Gli studi di Diritto Amministrativo in Belgica, francia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera*, Milán, 1965; y, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Madrid, 1982 (también en *RAP* núm. 97); GARRIDO FALLA, F. BAENA DEL ALCÁZAR, M., ENTRENA CUESTA, R., *La Administración en la Constitución*, Madrid, 1980; GASCÓN HERNÁNDEZ, J., «Evolución y panorama actual del Derecho Administrativo en España», *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1954; «Cooperación y Administración», *RAP*, núm. 17, 1955; JORDANA DE POZAS, L., «El problema de los fines de la actividad administrativa», *RAP*, núm. 4, 1951; LEGUINA VILLA, J., «La concepción subjetiva del Derecho Administrativo», *Anuario de Ciencia*

Administrativo, se caracterizarán por suscitar a su vez polémicas formalistas sin repercusión alguna sobre la disciplina. De este modo la adscripción de unos y otros autores a unas u otras teorías (que dependerá casi exclusivamente de la *familia* de intereses a la que el autor esté adscrito) no tendrá repercusión alguna en el resto del edificio que integra la disciplina. Por esta razón decimos que se trata de un ejercicio intelectual, el de polemizar sobre el concepto de Derecho Administrativo, formalista, obligado en el sistema de acceso a las diferentes categorías de profesorado universitario, semejante, salvadas las distancias, a la famosa polémica sobre el sexo de las ángeles que tuvo lugar en la Universidad española del siglo XVIII.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO INSTRUMENTAL *VERSUS* LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCIÓN

En 1971 afirmaba S. CASSESE: «*Il diritto amministrativo ha poco più di un secolo (Tocqueville, nel 1846, parlava di una scienza tanto nuova e ancora tanto contestata) ed appare già moribondo*»⁴⁶. Entre nosotros, en aquellos años, también se hablaba de crisis

Jurídica, núm. 2, 1972-1973; LÓPEZ GERRA, L., «La personalidad jurídica del Estado», en *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 6, 1980; LÓPEZ RODÓ, L., *La Administración pública y las transformaciones socioeconómicas*, Madrid, 1963; MARTÍN MATEO, R., «La sustantividad del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 53, 1967; *Perfiles de la Administración contemporánea* (Lección inaugural del Instituto Vasco de Estudios de Administración Pública), Oñate, 1981; «Derecho Administrativo y materia contenciosa», *RAP*, núm. 55, 1968; MARTÍN RETORTILLO, L., «La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinsvorsorge», *RAP*, núm. 38, 1962; «Unidad de jurisdicción para la Administración Pública», *RAP*, núm. 49, 1966; «Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868. Las regulaciones iniciales», *RAP*, núm. 58, 1969; MARTÍN RETORTILLO, S., «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo» *RAP*, núm. 39, 1962; «Administración y Constitución», *RAP*, núm. 53, 1967; *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960; «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», *RAP*, núm. 26, 1958; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.: «El concepto de Administración Pública en la Ley de lo contencioso, tras la Constitución de 1978», *RAP*, núm. 96, 1981; MEILÁN GIL, J. L., *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967; MORELL OCAÑA, L., «El criterium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981; MONTIEL, F., «El ciudadano y el administrado», *RAP*, núm. 48, 1965; MUÑOZ MACHADO, S., «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración», *RAP*, núm. 84, 1977; NIETO GARCÍA, A., «Entes territoriales y no territoriales», *RAP*, núm. 64, 1971; PARADA VÁZQUEZ, J. R., «Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador», *RAP*, núm. 52, 1967; PAREJO ALFONSO, L., *El Concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, 1984; RIVERO YSERN, E., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969; ROYO-VILLANOVA, S., «La Administración y la Política», *RAP*, núm. 10, 1953; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973; «Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las Organizaciones estatales no administrativas», *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 9, 1981; SORIANO GARCÍA, J. E., «El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho», *RAP*, núm. 121, 1990.

⁴⁶ Vid. S. CASSESE, *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*, Bolonia, 1971, pág. 5.

en la que se advertían, desde la optimista posición de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, excesivos matices dramatizantes y no pocas licencias dialécticas⁴⁷. Para este autor, siendo cierto que habían aparecido situaciones nuevas que se resistían a ser analizadas desde los esquemas tradicionales, esto no «justifica sustituir sin más todo el edificio dogmático y, menos aún, derribarlo pura y simplemente antes de haber construido otro nuevo que ofrezca, cuando menos, igual seguridad»⁴⁸. El trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ planteaba algunas de las cuestiones más apasionantes del Derecho Administrativo y lo hacía en un tono polémico que, sin embargo, no prendió en los autores aludidos.

A lo largo de las últimas décadas se han vuelto a reproducir en la doctrina algunas de las crisis crónicas que está acostumbrado a sufrir el Derecho Administrativo y han surgido nuevas polémicas, algunas puramente artificiales⁴⁹. Pero, al margen de lo puramente anecdótico, en pocas ocasiones han surgido y enraizado debates en una disciplina y unos cultivadores de la misma que desde la perspectiva freudiana podría decirse que viven de acuerdo con el principio del placer o de autosatisfacción. Excepciones serían los debates sobre la *personalidad jurídica*⁵⁰ a que me he referido anteriormente, sobre la *discrecionalidad*⁵¹ o sobre la *huida del Derecho Administrativo*⁵². Probablemente la falta de costumbre en polemizar hace que, cuando se producen discrepancias, éstas cobren una violencia verbal inusitada, como la sucedida entre los implicados en alguna de las polémicas más recientes. Pero, en todo caso, bienvenidos sean los debates en una época en que el descriptivismo asfixiante llena miles de páginas sin siquiera alcanzar, en la mayoría de los casos, su propósito práctico.

A mi juicio, de entre las polémicas antes mencionadas, la de la huida de la Administración del Derecho Administrativo no acaba sino de iniciarse, pretendiendo por mí parte aportar a la misma mi modesta opinión, ya que considero que el posicionamiento en relación con la misma puede servir para esclarecer el rumbo del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. Recientemente⁵³ se ha hecho un repaso

⁴⁷ Vid. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo Sindicatos y Autoadministración*, Madrid, 1972, pág. 20.

⁴⁸ Vid. *op. cit.*, pág. 25.

⁴⁹ Particularmente las que derivan del sistema de acceso a las plazas del profesorado universitario, que exige que los candidatos hagan un ejercicio de pretendida originalidad, casi siempre fallido, no obstante su frecuente publicación.

⁵⁰ Vid. notas núms. 44 y sigs.

⁵¹ Vid. M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.

⁵² Vid. S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1996, núm. 140, págs. 25 y sigs.

⁵³ Vid. S. MARTÍN RETORTILLO, cit. Aunque desde otra perspectiva, tiene notable interés el artículo de J. L. MEILAN GIL, «La Administración pública a partir de la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto, 1996, págs. 55 y sigs.

exhaustivo del estado de la misma, que me releva de llevar a cabo esa tarea, permitiéndome entrar en ella sin más preámbulos.

En síntesis, para los defensores de dicha tesis⁵⁴, la Administración estaría utilizando el Derecho privado para organizarse y en el ejercicio de su actividad, en vez del Derecho Administrativo, conculcando la Constitución. Así las cosas procederé al modo *popperiano*, de manera que, cuando menos, aunque este no sería mi propósito, sirvan estas líneas como verificación de los postulados con los que discrepo. Por otra parte, quiero anticipar que no pretendo rebatir de un modo minucioso la teoría de la huida, lo que sería en extremo tedioso para quien se acerque a estas páginas, sino afirmar la teoría que considero antítesis de la misma: el Derecho Administrativo como derecho instrumental al servicio de los ciudadanos.

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO INSTRUMENTAL. LOS PRINCIPIOS COMO PARÁMETROS VERTEBRADORES

Afirmar que el Derecho Administrativo es un derecho instrumental podría considerarse como una tautología. En efecto, el Derecho, en todas sus manifestaciones, o es o integra técnicas instrumentales. Pero, aún así, y a los efectos que nos ocupan, sería una afirmación tautológica-necesaria frente a los que expresa o implícitamente pretenden negar dicho carácter instrumental o, lo que es lo mismo, sacralizar un conjunto de técnicas instrumentales que se habrían convertido en intemporales e independientes de la realidad. Lejos de ser así, el Derecho Administrativo, entre otras, tiene la peculiaridad de ser una categoría histórica; conjunto de técnicas jurídicas y organizativas que han ido fraguando, acumulándose, transformándose o desechándose a lo largo del tiempo, como resultado del ejercicio de poderes privilegiados, en el marco del poder ejecutivo, para la realización de intereses generales (también denominados públicos o nacionales aunque no siempre sean conceptos equivalentes). Justamente, este carácter instrumental exige que el Derecho Administrativo esté regido por principios; en nuestro caso por los principios que derivan de la Carta magna. Sin embargo, los principios que rigen el Derecho Administrativo, no son principios autónomos, endógenos, sino exógenos, principios que se imponen, que impulsan, que orientan y que limitan el ejercicio del poder.

El balance que se deduce en cada época, sea cual sea ésta, arroja un saldo de técnicas jurídicas y organizaciones privilegiadas para la Administración y de ga-

⁵⁴ Vid. S. DEL SAZ CORDERO, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional» en VVAA, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, págs. 101 y sigs.; «La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, págs. 57 y sigs.; y «La laboralización de la función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta dirección», *Documentación Administrativa*, núm. 243, septiembre-diciembre, 1995, págs. 133 y sigs.; y J. M. SALA ARQUER, «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, págs. 399 y sigs.

rantías para los ciudadanos (en otras épocas o en otros ordenamientos: administrados, vasallos, etc.), que no siempre guardan el equilibrio deseado entre unas (Administraciones públicas) y otros (los ciudadanos y demás operadores jurídicos). ¿Acaso es posible dar una respuesta unívoca a lo que debe ser ese equilibrio entre privilegios y garantías?, o ¿cuáles son las técnicas u organizaciones necesarias para la consecución de las funciones encomendadas a la Administración en cada época y latitud? Parece evidente que no existe una respuesta ni universal ni intemporal. Nuestra respuesta temporal puede ser a lo sumo que son necesarias las misiones, las organizaciones, las potestades, las técnicas y los instrumentos que exijan la realización de los intereses generales, que deberán construirse de acuerdo con los principios que integran nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas y el sistema de distribución de poderes y competencias previstos en la Constitución española.

No pretendo, ni sería posible, hacer aquí un recorrido detallado por el Derecho Administrativo para concretar la tesis antes formulada, esto es, para significar en cada caso cuáles pudieran ser las organizaciones necesarias o el equilibrio entre privilegios y garantías que debe deducirse de nuestro texto fundamental. Por ello, me limitaré tan sólo a poner algunos ejemplos significativos.

2.1. Igualdad de las partes en el proceso y contingencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

En el marco del proceso, por ejemplo, las partes debieran estar en un mismo plano. Este postulado se obtiene sin dificultad del Preámbulo y del artículo 1 de la Constitución, que propugna el valor superior de la Justicia, que se concreta, en lo que ahora nos importa, entre otros, en los artículos 24, 25, 106 y en el entero Título VI del Texto constitucional. Antes de llegar al trámite procesal, la Administración y los ciudadanos pueden encontrarse en posiciones desequilibradas a favor de la primera; si la consecución de los intereses generales demanda que la Administración actúe desde técnicas jurídicas u organizativas privilegiadas, de modo que el equilibrio entre privilegios y garantías arroje un saldo muy favorable para la Administración (los privilegios podrán alcanzar a la misma creación de la norma). Pero, ante la Jurisdicción, aunque consideráramos tan sólo su alcance revisor, o justamente por esta razón, no se trata de otra cosa que de determinar si la Administración actuó con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como ordena el artículo 106 de la Constitución, y esta determinación no solo no exige privilegios procesales para la Administración sino justamente su inexistencia⁵⁵.

⁵⁵ Sobre el tema *vid.* mi trabajo «La instauración del principio de igualdad entre la Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: La ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, octubre-diciembre, 1979.

Sin embargo, la depuración de nuestra legislación procesal, de acuerdo con los artículos 106 y 24 de la Constitución, apenas se ha llevado a cabo, o tiene lugar con una lentitud injustificada. La larga supervivencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 a la Constitución, que pudiera considerarse por algunos como un mérito, e incluso como una admirable anticipación a la norma fundamental, por el contrario, más bien evidenció el rotundo fracaso de quienes estaban obligados a cumplir los designios constitucionales. En la citada Ley de 1956 se podían detectar algunos claros desequilibrios indeseables entre las partes del proceso, desequilibrios que en nuestro sistema no siempre pueden restablecer los Tribunales⁵⁶. Los derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios pertinentes para la defensa (art. 24.1 y 2 Const.) obligaban a introducir reformas substanciales en el orden contencioso administrativo, como ha tenido lugar por la Ley de la Jurisdicción de 1998, evidenciando que la Ley de la Jurisdicción de 1956 no era compatible con el nuevo orden constitucional.

A mi juicio, por no existir reserva constitucional de Derecho Administrativo, ni siquiera puede sostenerse que se haya constitucionalizado la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y mucho menos como jurisdicción de privilegios. El cuestionamiento de la mencionada Jurisdicción es un tema inédito; justamente nos encontramos con su validación por quienes postulan su reforma con cautelas y precauciones o por los que, incluso, afirman su reserva constitucional. El análisis más certero de esta cuestión lo hizo A. M. SANDULLI⁵⁷, al comparar la justicia administrativa española con la italiana (por la circunstancia de que en Italia se sustrae del principio de unidad jurisdiccional el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas y órganos jurisdiccionales a ellos subordinados), pronunciándose en el sentido de que están permitidas una serie de jurisdicciones especiales —que no extraordinarias o excepcionales—, y dando por supuesto que la Constitución española admite la existencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Completando este razonamiento diría que los principios de unidad jurisdiccional y plenitud de la garantía jurisdiccional, entendidos de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, deben significar que las jurisdicciones especiales sólo son posibles en la medida en que respondan a un criterio funcional de la Jurisdicción, a un criterio especializado en la organización de los Tribunales, pero en caso alguno pueden ser cauces para que la garantía jurisdiccional no sea plena, o para que la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos no sea efectiva. Así, como preconizara M. S. GIANNINI⁵⁸, las zonas procesal y jurisdiccional

⁵⁶ *Vid.* Sobre este tema mi trabajo «La Jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional sobre la prueba y los recursos en el contencioso-administrativo, desde el artículo 24 de la Constitución», en *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 111 y sigs.

⁵⁷ *Vid.* A. M. SANDULLI, «Justicia administrativa y Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, enero-febrero, 1979.

⁵⁸ *Vid.* M. S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, pág. 84.

del Derecho Administrativo tienden a confluir en el Derecho Procesal Civil, lo que debe interpretarse, de trasladarse este criterio a nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de la pérdida de virtualidad y justificación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como reducto de privilegios de la Administración; aquélla sólo podría mantenerse en virtud del principio de especialización. Así, el artículo 153 de la Constitución no hace otra función que la de una norma que distribuye el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, utilizando la terminología de un momento histórico determinado, sin que pueda apreciarse el menor atisbo de constitucionalizar un tipo determinado de control judicial.

Lo relevante, a mi juicio, son los principios de sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y de unidad jurisdiccional de los artículos 106 y 117.5 del Texto fundamental, que excluirían las jurisdicciones especiales o privilegiadas a favor de la Administración, y el artículo 122.1 del propio Texto constitucional que otorgaría a la Ley Orgánica del Poder Judicial una total autonomía para la organización de los juzgados y tribunales sin atender a ningún tipo de orden jurisdiccional previo.

2.2. La utilización por la Administración de personificaciones privadas: la primacía del interés general

No cabe duda de que, si fuera cierto que el ordenamiento jurídico tuviera que verificar un sistema preconcebido (un conjunto de potestades y técnicas estancas de acuerdo con un plan prefijado), la sola mención a que la Administración estuviera utilizando un sector del ordenamiento al margen de lo preconcebido debiera ponernos sobre aviso: O bien estábamos en presencia de un error manifiesto o, en efecto, estábamos en presencia de la vulneración pura y simple del ordenamiento jurídico. Lo que sucede, sin embargo, es que la Constitución no predetermina la exigencia de que la Administración utilice el Derecho Administrativo. El único principio relevante que se deduce de la Constitución es el de sometimiento pleno de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho. Así, la ley podrá vincular la organización o la actuación de la Administración a unas u otras leyes, con independencia de la calificación que de las mismas se deduzca (administrativas, mercantiles, laborales, etc.).

No obstante, y a los solos efectos de defender la posición que postulamos, vamos a asumir la propia dialéctica de los que califican la utilización del Derecho privado por la Administración como un fenómeno de huida del Derecho.

Por de pronto, la utilización por la Administración del Derecho privado se concreta en supuestos bien diferenciados. Probablemente, la mayoría de los patrocinadores de la teoría de la huida del derecho están pensando en la utilización del Derecho privado por la Administración como fraude. Esto es: en un caso concreto procedería aplicar el Derecho Administrativo o, lo que es lo mismo, estaría prohibida la utilización del Derecho privado y, sin embargo, la Administración utilizaría este último. Un gran número de leyes calificadas como legislación administrativa «facilitarían» el fraude al que nos referimos porque permitirían que la Administración, en determinadas circunstan-

cias, utilizara el Derecho privado. Por ejemplo, una reciente Ley que permitiría el fraude es la Ley de Contratos del Sector Público, en la medida en que la ley prevé, dependiendo de la naturaleza del objeto del contrato y de la modalidad de personificación desde la que se contrata, la aplicación de diferentes regímenes jurídicos; desde contratos administrativos típicos a contratos privados. La utilización de éstos últimos sólo sería posible en una serie de supuestos y no en otros. La utilización, fuera del marco previsto en la ley, de los contratos privados por la Administración no sería, sin embargo, un supuesto de huida sino de ilegalidad más o menos manifiesta, que deben depurar en última instancia los Tribunales, aunque no lo hacen de ordinario. Y lo mismo podría decirse de la utilización de los contratos típicos diferentes a los previstos en la ley, llevando a cabo una interpretación laxa de los requisitos de ciertos tipos en fraude de ley.

Veamos un ejemplo menos elemental de utilización indebida del Derecho privado por la Administración y su depuración por los Tribunales, como es el caso que afronta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989⁵⁹. El objeto de la sentencia era la legalidad del acuerdo municipal de constitución de una sociedad privada municipal por el Ayuntamiento de Barcelona. El control de legalidad que se llevó a cabo por el Tribunal Supremo no tuvo por objeto poner en cuestión la potestad de las Administraciones públicas para crear empresas públicas, en virtud de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución y en el artículo 86.1 de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, ni tampoco el procedimiento utilizado para dicha creación. Justamente, el control jurisdiccional tiene por objeto determinar si el interés público ha actuado como fin y como límite en dicha creación. El Tribunal Supremo será concluyente al interpretar que el interés público debe concurrir en las actuaciones de las Administraciones públicas: *tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales* y, tras un largo razonamiento, llegará a la conclusión de que: *«lo que aquí se trata es de constatar si el interés público pedía, aconsejaba o hacía oportuna la creación y la aprobación en aquella forma de esta sociedad: extremos que no sólo estaban enteramente sin justificar, sino que incluso era imposible conocerlos ante la imprecisión y la indeterminación de los negocios o actividades que hubiese de afrontar la nueva sociedad; todo lo cual conduce a anular la indebida aprobación que a su constitución dio el Acuerdo Municipal impugnado»*. En definitiva, el Tribunal Supremo ha considerado que el artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen Local otorga una potestad que sólo puede ser actuada de acuerdo con el principio constitucional que la ordena y limita. La citada sentencia tiene otras virtualidades, que no procede analizar aquí⁶⁰. A *sensu contrario* el razonamiento que luce en la sentencia evidencia que la creación de empresas públicas, prevista en la Constitución, puede estar pedida o aconsejada por

⁵⁹ Vid. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, Sala Tercera, Sección Primera, Ponente: A. Bruguera Manté (Repertorio-Aranzadi núm. 7359/1989).

⁶⁰ Sobre esta sentencia más ampliamente en mi trabajo: «Creación de empresas públicas, control de discrecionalidad y derecho comunitario (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989. Sala 3, Sección 1), *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, segunda época, núm. 5, invierno 1993/primavera 1994, págs. 289 y sigs.

el interés general y en este caso debe entenderse legítima. Por consiguiente, es el interés general el que debe presidir la actuación de las Administraciones públicas a cuyo fin éstas deben utilizar el o los instrumentos adecuados. El Derecho Administrativo queda así reducido a su naturaleza instrumental.

2.3. *Las técnicas jurídico-privadas y la búsqueda de la eficacia*

La eficacia aplicada a la realización de los intereses generales es sin duda una de las causas principales de que la Administración haya tenido que dirigirse a otros arsenales de técnicas jurídicas y organizativas. ¿Puede reprocharse desde una óptica jurídica que se cree por la Administración una sociedad mercantil para satisfacer un interés general que de otro modo no podría ser atendido? No trato de reproducir el ejemplo anterior, sino de indagar ahora en la razón por la que la Administración afronta la satisfacción de intereses generales desde formas organizativas de naturaleza privada.

No es necesario, por otra parte, insistir aquí en que el recurso por la Administración a formas ajenas a la organización administrativa se remonta, al menos, a la Edad Media y llega sin solución de continuidad hasta nuestros días. De modo que, en este sentido, la Constitución española nada habría innovado al permitir la iniciativa pública en la economía sin limitar las formas de personificación. De nuevo es necesario recurrir al concepto de derecho instrumental, porque lo que evidencia el artículo 128.2 de la Constitución es, justamente, que para la Administración el Derecho (y no sólo, aunque principalmente el Administrativo) tiene carácter instrumental. Cuando la realización de los intereses generales exige actuar desde los privilegios, se expresen estos en la manera que se expresen, o desde específicas garantías para los ciudadanos, el legislador creará potestades y técnicas a las que denominamos Derecho Administrativo. Pero, donde la realización de los intereses generales no exija ni privilegios ni garantías, la Administración podrá utilizar el Derecho que sea más apto para alcanzar de modo eficaz dichos intereses generales (civil, mercantil, laboral, etc.). Para una Administración no intervencionista (tipo que nunca se ha dado en estado puro) sería bien fácil utilizar tan sólo el Derecho Administrativo tal y como lo hemos caracterizado (derecho de privilegios y garantías). Si embargo, ese no es el caso de la *Administración del Estado de bienestar* a la que se ha reclamado una presencia omnipotente en la sociedad que desborda toda la capacidad de imaginación que pudiéramos haber tenido hace sólo unas décadas⁶¹.

Si bien es posible describir una extensa «patología» de las desviaciones de la Administración en el ejercicio de su actividad, tampoco pueden obviarse las «patologías» propias del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. En efecto, soy de los que cree que la intensa utilización por la Administración del Derecho privado (me refero a la que tiene su origen en la norma misma que lo autoriza) tiene una de sus causas en la legislación ad-

⁶¹ *Vid.*, como ejemplo, el extraordinario peso de las Administraciones públicas incluso en sectores como el de la cultura, *Mapa de infraestructuras, operadores y recursos culturales (MIOR)*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.

ministrativa, que no ha sabido adaptarse a las nuevas realidades. Un ejemplo de los tantos que podrían ponerse se da en la Ley de Contratos del Sector Público, a que antes ya nos referimos, ley que, no sin razón, pudiera ser calificada como «la de la mala conciencia». La corrupción de la década de los años 80 y principios de los 90 que tardíamente culmina en dicha ley, no ha sido capaz de afrontar con técnicas jurídicas las prácticas corruptas, ni tampoco modifica de modo estimable el conjunto de técnicas heredadas. En la medida en que el legislador convierte la tramitación de los contratos administrativos en más compleja, e innecesariamente burocrática, en que se observa un notable desequilibrio a favor de los intereses de los particulares, se constatará una creciente tendencia a incrementar la lista de negocios y contratos a los que no es aplicable dicha Ley, o la utilización patológica de estos tipos contractuales. Ahora, además, las directivas europeas en materia de contratación pública, únicamente preocupadas por la aplicación de las reglas de la competencia, probablemente, no harán sino desequilibrar todavía más el precario equilibrio entre privilegios y garantías, que, a su vez, propiciará la búsqueda no siempre cabal de fórmulas que permitan a la Administración acudir al Derecho privado. Paradójicamente, la ruptura del equilibrio necesario entre privilegios y garantías, cuando se produce a favor de estas últimas, provoca casi siempre, a la postre, un mayor desequilibrio, también injustificado, a favor de los privilegios. Pero, lo grave de la Ley de Contratos del Sector Público es que, más que añadir técnicas que impidan la corrupción, incorpora trámites y dificultades burocráticas que poco tienen que ver con la realización de los intereses generales. Bien sabido es que los corruptos no suelen utilizar el cauce de las leyes para cometer sus fechorías y que, cuando lo hacen, suelen navegar con soltura por sus múltiples lagunas y transitar por los vericuetos más insospechables que presentan las leyes.

En la creación de sociedades mercantiles por la Administración se dan casi todas las posibilidades: patologías de la Ley y de la Administración; pero también el resultado de la elección del instrumento adecuado para poder alcanzar los objetivos propuestos, sin desviación ni de los fines ni de los principios. A iguales conclusiones llegaríamos si analizáramos, lo que está sucediendo en otros sectores sensibles, desde la perspectiva de la teoría de la huida del derecho, como, por ejemplo, el de la función pública⁶² o el de la denominada Administración institucional.

3. LA IMPOSIBLE RESERVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si la teoría de la huida del Derecho Administrativo se quedara, tan sólo, en la detección y crítica de la utilización fraudulenta del Derecho privado por las Administraciones públicas, yo me incorporaría al grupo de sus seguidores con igual entusiasmo y denuesto que sus promotores. Sin embargo, la mencionada teoría va más allá y en ese tramo no creo que pueda seguirse.

⁶² Vid. sobre este tema *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas* (Dir. E. LINDE), Colex, Madrid, 2008.

En efecto, la tesis de la huida del Derecho Administrativo: Primero interpreta que la Constitución española crea una reserva de Derecho Administrativo; a continuación se sacralizan unas determinadas técnicas jurídicas y organizativas que, sólo ellas, serían *el Derecho Administrativo*, de modo que, en consecuencia, toda utilización por la Administración de técnicas que no sean las prefijadas se considera una huida del Derecho Administrativo que vulneraría la Constitución. Sin embargo, creo que ni resulta evidente que la Constitución reserve u obligue a la Administración a utilizar el Derecho Administrativo, ni que en base a la Constitución pueda sacralizarse un determinado Derecho Administrativo, de modo que la mencionada huida, al margen de las utilidades fraudulentas del Derecho privado por la Administración, no es otra cosa que la legítima utilización por la Administración del Derecho privado en pos del cumplimiento de las misiones que tiene asignadas.

La Constitución se refiere expresamente como tipos de Derechos: al Estatal (art. 149.3 Const.); al de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 Const.); al Foral (art. 149.1.8 y disposición adicional segunda Const.); y al Internacional (arts. 10.2 y 96.1 Const.). Y, como legislaciones a la: civil (art. 149.1.8); laboral (art. 149.1.17 Const.); mercantil (art. 149.1.16 Const.); penal (art. 149.1.16 Const.); penitenciaria (art. 149.1.6 Const.); procesal (art. 146.1.16 Const.); de régimen local (art. 148.1.2 Const.); y otras específicas que no vienen al caso. Las referencias a que hacemos alusión tienen su causa, salvo en el caso del Derecho Internacional, en la configuración del Estado autonómico, pero, hecha esta precisión, puede no obstante señalarse que la Constitución en ningún caso hace referencia expresa al Derecho Administrativo o a la legislación administrativa. A mi juicio no significa esto que el Derecho Administrativo no exista o no esté previsto implícitamente en la Constitución; entendido como el conjunto de leyes que regulan las potestades, las técnicas y los instrumentos para la realización de intereses generales en el marco de los principios y misiones consagrados en la Constitución. Naturalmente, la Constitución es explícita en muchas ocasiones, en el sentido de que para alcanzar la realización de los intereses generales es preciso el Derecho.

Lo que le pareció relevante al constituyente fue establecer los principios y misiones que deben regir el Derecho de la Administración y la actuación de ésta. Principios y misiones que determinan lo que la Administración puede y, en consecuencia, lo que no puede hacer. Así, se enunciaran los principios: del interés general; de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; de eficacia; de jerarquía; de mérito y capacidad; etc. etc. De manera que, la utilización de uno u otro tipo de Derecho vendrá determinado por las misiones que se encomiendan a la Administración.

Del mismo modo que la Constitución no ha constitucionalizado una reserva de Derecho Administrativo, tampoco, a salvo del conjunto de principios, misiones y algunas potestades y técnicas que se deducen del texto constitucional, nos dice lo que sea el Derecho Administrativo. Pues éste, como antes decíamos, no sólo sería un Derecho instrumental sino un Derecho contingente. En el marco de los principios constitucionales son posibles varias versiones de Derecho Administrativo entendido

como derecho de privilegios y garantías. Justamente, la utilización del Derecho privado por la Administración tiene una de sus principales causas en no haber evolucionado el Derecho Administrativo al ritmo que la realidad demandaba. Ya sea porque no se han reformado las leyes administrativas con la rapidez, o en la dirección adecuada, o porque ha faltado la imaginación suficiente para aportar soluciones a los viejos y nuevos problemas. No creo que pueda hacerse este reproche a un determinado destinatario; probablemente ha sido la incapacidad de toda una generación la que ha hecho buena la legislación franquista. Pero, al margen de estas apreciaciones, entiendo que de la Constitución no se deduce la sacralización de un determinado modelo que sería, definitivamente, *el Derecho Administrativo*. En efecto, éste no sería un producto histórico definitivamente cristalizado, sino que representaría en la actualidad una incipiente fase del Derecho Administrativo convertido en *Derecho de los ciudadanos*, que estaría desbordando su precedente versión como Derecho del poder.

4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS CIUDADANOS

Nuestro texto constitucional, que no deja de ser un texto moderado, contiene cláusulas suficientes para afrontar una profunda reforma del Derecho Administrativo y de la Administración. No cabe duda de que la Constitución es una *norma abierta*⁶³, que permite y permitirá en el futuro introducir considerables innovaciones en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en las formas como en los contenidos materiales. En particular la *cláusula de transformación*⁶⁴ del artículo 9.2 del Texto constitucional es la cláusula habilitante de mayor transcendencia, que puede colaborar en el propósito antes aludido de realización de los intereses generales con objetividad y sumisión plena a la Ley y al Derecho (art. 103 Const.), con sometimiento pleno de la Administración al control jurisdiccional (art. 106.1 Const.), así como al principio de responsabilidad (art. 106.2 Const.).

En la Constitución se encuentran las bases para un diseño de la Administración que en el cumplimiento de sus fines deberá ser conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (artículo 103.1 de la Constitución), y perfila un modelo de función pública basado, entre otros, en los pilares del mérito y capacidad y en la neutralidad del funcionario (artículo 103.3 de la Constitución). Asimismo, prevé la participación de los ciudadanos, directamente o mediante asociaciones, ya sea en la elaboración de disposiciones generales (artículo 105, a, de la Constitución) o su participación en el procedimiento administrativo (artículo 105, b, de la Constitución), así como el acceso a archivos y registros (artículo 105, b, de la Constitución).

⁶³ Vid. mi trabajo *Constitución abierta*, Madrid, 1991.

⁶⁴ Vid. mi trabajo, en VVAA, *Derecho Administrativo Económico*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1980. Este precepto ha sido calificado con acierto por R. COTARELO como *cláusula de democratización*, en su trabajo: «El régimen económico-social de la Constitución española», en VVAA, *Lecturas sobre la Constitución española*, Tomo I, UNED, 1978, págs. 69 a 83.

Por otro lado, se ha producido una consagración efectiva de los derechos fundamentales; en general en el Título Primero, y, en particular, los artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia del artículo 30 y artículos 53, 54 y 55 de la Constitución.

Y, además, la Constitución ha trazado un modelo de Estado Autonómico, una aportación original de los constituyentes españoles, que ha concentrado la atención de los autores, por sus implicaciones de todo orden.

Pero, no se agotan en éstos los postulados constitucionales que afectan al Derecho Administrativo. No es suficiente extraer consecuencias a la subordinación plena de las Administraciones públicas a la ley, ni la nueva configuración de éstas y los funcionarios, ni las relaciones con los administrados, ni siquiera el extraer consecuencias últimas al modelo de Estado autonómico. Es preciso ir más allá. A la vista de todos los antecedentes que se han ido señalando pudiera hacerse una primera constatación: sería un enfoque equivocado la búsqueda de un criterio único, y la desautorización del resto, para caracterizar a la Administración y el Derecho Administrativo. En la línea de WEIL y GIANNINI, hay que avanzar en la *concepción pluralista*, en especial en lo que significa de contenido vario y contradictorio. Desde este punto de vista, no afirmamos tanto que la Administración y el Derecho Administrativo hagan posibles variadas concepciones, cual se tratara de una realidad que se prestara a diferentes interpretaciones, como la afirmación de que el objeto mismo es plural, esto es, la Administración y el Derecho Administrativo deben comprenderse como acumulativos. *El Derecho Administrativo es un derecho acumulativo* (culminación de la línea pluralista), en el sentido de que ha ido integrando y desechando técnicas y organizaciones propias y ajenas, heterogéneas e incluso contradictorias, cuyo único hilo conductor ha sido y sigue siendo el de lo que conviene a los intereses y fines que persigue el Estado en su conjunto, en cada etapa histórica. Desde esta perspectiva la mayor parte de teorías afloran aspectos de ese derecho acumulativo, y sólo se ponen en quiebra cuando quieren cobrar una dimensión esencial. Entonces, la pretendida clarificación de un panorama, que es heterogéneo en sus principios, supone una simplificación tributaria de determinadas concepciones metodológicas, incapaz de explicar el fenómeno administrativo, porque, como hemos afirmado, *el Derecho Administrativo es un derecho instrumental*.

En consecuencia con los perfiles que enunciamos, es necesario prescindir de los hábitos reduccionistas que han presidido la doctrina administrativista española en las últimas décadas, reduccionismo aplicado fundamentalmente a la búsqueda de unidad en el conjunto de Administraciones públicas y en la atribución de personalidad jurídica. Frente al reduccionismo tributario de concepciones autoritario-centralistas, se impone el pluralismo. Frente a una única personificación en la Administración del Estado, que a través de un conjunto de técnicas reducía a la unidad el conjunto de Administraciones públicas, aparece una *galaxia de Administraciones públicas* irreducibles a la unidad. Frente al dualismo Administración-administrado surgirán formas intermedias, un nuevo corporativismo, un *neocorporativismo* que dificulta trasla-

dar la idea de Administración potente *versus* administrado débil, estableciéndose entre Administración y corporaciones, en ocasiones, incluso relaciones en condiciones de igualdad. Frente a una Administración autoritaria una Administración arbitral entre el ciudadano aislado y las poderosas organizaciones privadas o semi-públicas.

El saldo que arroja la valoración de lo realizado, más de treinta años después de la promulgación de la Constitución, es escasamente brillante. La supervivencia durante décadas del grueso de la legislación administrativa (La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa esta fechada en 1998) de la era de Franco no creo que pueda interpretarse como un signo de excelencia sino más bien como una muestra de incapacidad. Bien es cierto que han sido factores dinamizadores de nuestro ordenamiento el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la construcción del Estado autonómico y la incorporación de España a la Unión Europea. Pero estos factores no han bastado para remozar un edificio que tras una apariencia estimable esconde graves deficiencias. Justamente, a mi juicio, la teoría de la huida del Derecho Administrativo tiene el mérito de evidenciar el mal estado en que se encuentra el Derecho Administrativo. Con cierta exageración habría que decir que más que huida del Derecho Administrativo es éste el que está huyendo de la realidad y mostrándose incapaz de cumplir su función.

La tarea para los constructores del Derecho Administrativo democrático es a la vez ardua y sugestiva: Depurar el Derecho Administrativo vigente, a la luz de los principios constitucionales y, en particular, como resultado de la aplicación y desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas; afrontar y resolver los importantes problemas que se derivan de la articulación de los Derechos Estatal, de las Comunidades Autónomas y de la Unión Europea; e inventar en unos casos, reformar en otros, y enterrar en no pocos, potestades y técnicas jurídicas u organizativas heredadas, que permitan a la Administración la realización de los intereses generales de nuestro tiempo.

Así las cosas, las crisis anunciadas del Derecho Administrativo no son, por lo general, sino crisis de determinados modelos preconcebidos. Sin duda, si prescindimos de los simplistas e impracticables planteamientos monistas en que finalmente acaban o de los que surgen las crisis, es posible augurar al Derecho Administrativo, como derecho instrumental del poder, renovada fuerza y relevancia.

V. LOS CONFINES DE LO PÚBLICO

¿Hasta dónde deben llegar los poderes públicos y cuáles son sus límites en el marco de sus competencias? Estas son las dos cuestiones que deben estar presentes de modo permanente en la indagación de los publicistas.

Los confines externos de lo público parecen conmovirse. La evolución sufrida por el servicio de correos en España es un ejemplo paradigmático de la retirada de los po-

deres públicos del escenario prestacional⁶⁵. ¿Acaso tenemos que llegar a la conclusión de la absoluta contingencia de lo que debe ser público y privado?. Todo parece indicar que los confines exteriores de lo público son en extremo difusos y débiles. Si tomamos como ejemplo otro de los bastiones de lo público, como es el sistema público de salud, observaremos que se tambalea y esto tiene lugar, según sus promotores, para satisfacer con mayor eficacia las exigencias de salud de la población: Las técnicas de Derecho privado serían más eficaces que las de Derecho público que, lejos de suponer una garantía pondrían en peligro la consecución de los objetivos previstos. De modo que los mismos operadores, los sanitarios, serían más eficientes por la sola circunstancia de actuar en el marco de una organización privatizada. ¿Acaso está sucediendo que, en efecto, las técnicas de derecho público de que disponemos en la actualidad son ineficaces? Esta es una indagación que apenas suele merecer atención en un marco de confrontación ideológica en que no se analiza el detalle, algo imprescindible para alcanzar conclusiones acertadas.

Si se observa el conjunto de nuestras técnicas jurídicas de derecho público, y se comparan con las utilizadas en el sector privado, se alcanzan de inmediato algunas conclusiones. El sector privado, permeable a cualesquiera avance, ha revolucionado la estructura empresarial hasta límites inconcebibles hace poco más de una década, y se incorporan innovaciones constantemente en los modos de operar (piénsese en lo que suponen las ventas a través de Internet), de modo que los operadores del sector privado que no están dispuestos a actuar siguiendo estas pautas suelen fracasar. Por contraste, el inmovilismo y la rigidez de nuestra organización administrativa y la precariedad de instrumentos para actuar presiden el sector público que hasta la Ley 11/2007, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, sigue titubeando sobre la incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones interadministrativas y con los ciudadanos. Es difícil evitar el pensamiento de que la organización administrativa y las técnicas jurídicas que maneja estarían, por una parte, al servicio de los empleados públicos y, por otra, atacadas de un garantismo paralizante.

Si tomamos como ejemplo la Administración de Justicia, hasta hace pocas décadas incuestionada, comprobaremos que su prestigio ha caído en picado. La lentitud provocada por la falta de correlación entre el número de jueces y el número de conflictos, viene incrementada por procedimientos judiciales en que se confunden las garantías con la abundancia de trámites y el exceso de recursos, lo que en definitiva hace las delicias de los abogados leguleyos y de los litigantes temerarios, y provoca la desesperación de los afectados. Varios cientos de miles de asuntos duermen un alarmante sueño a la espera de que un juez afronte su resolución. Incluso el Tribunal Constitucional está atacado de ese mal: El retraso en la administración de Justicia.

⁶⁵ Sobre las transformaciones del servicio de correos puede verse mi trabajo: «Excurso: El servicio de correos como ejemplo paradigmático de las transformaciones de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo de finales del siglo XX: De la regalía al servicio universal», en *el Derecho del poder. Una reflexión sobre el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999.

Recién nombrado presidente del citado Tribunal, el Profesor CRUZ VILLALÓN decía, a principios de 1999, en una conferencia dictada en el Club Siglo XXI, que todavía estaban resolviendo recursos de inconstitucionalidad interpuestos en 1989 y transcurridas más de dos décadas desde la citada conferencia apenas se había conseguido reducir a la mitad el tiempo de resolución de los recursos de inconstitucionalidad (pese a las apariencias, la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha sido de los más rápidos de la historia del Tribunal Constitucional). Ante esta situación, no parece que se estén arbitrando soluciones de ningún tipo, aun cuando de modo alarmante crece la desconfianza en la Justicia. Pese a ello, y al margen del portillo que se abre con la generalización del arbitraje, no parece probable que desde la ideología neoliberal se propugne privatizar la Justicia, pero no sería improbable que se presentaran soluciones diferentes a las de hacer un esfuerzo inversor en todos los órdenes, económico y humano, que tuviera como objetivo que los ciudadanos se sintieran satisfechos del funcionamiento del poder judicial.

No parece dudoso que los límites externos de lo público tienen una relación directa con las técnicas jurídicas disponibles. Si las Administraciones no tienen un prestigio que derive de sus técnicas organizativas y operativas y de la calidad de los empleados públicos, no se puede reprochar que se escoja el modelo privado para prestar servicios, sí, como creemos, lo que debe presidir dicha elección es, precisamente, la más eficaz prestación del servicio. Sin duda, la indagación de las técnicas jurídicas es una cuestión capital.

La Unión Europea puede dar la clave para comprender cuáles van a ser los confines de lo público en el nuevo siglo. Lo público probablemente alcanzará los aspectos más substanciales de carácter estratégico. Por ejemplo, la política monetaria, dirigida directamente por la Unión Europea a través, eso sí, de un organismo técnico e independiente de los poderes públicos democráticos. Es la paradoja del final de siglo: los políticos democráticos no confían en ellos mismos y derivan a los burócratas la toma de las decisiones más importantes para los ciudadanos. Por otra parte, se apreciaría que la Administración abandona las técnicas prestacionales generalizadas en la segunda mitad del siglo xx y parece, utilizando el símil taurino, que quiere ver los toros desde la barrera. Es decir, estaríamos en un proceso de devolución a la sociedad de la prestación de servicios de toda índole (que se suele caracterizar equívocamente como desregulación), sólo que precedido de una hiper regulación normativa que limita a márgenes cada vez más estrechos la autonomía de voluntad con invocación de los viejos y los nuevos principios como los de seguridad, defensa del consumidor, etc.

En definitiva, como decíamos, se produce una correspondencia entre los confines externos e internos de la actuación de la Administración. Sin embargo, no se produce la vuelta a las concepciones liberales representadas de modo prístino en la autorización clásica, sino que lo predominante será la versión de *Administración conformadora* que tiene su más preclara representación en la intervención pública en el sistema financiero y en

particular en los seguros privados, avanzadilla de la nueva versión de la Administración que se vislumbra. Esa nueva Administración no es ya una Administración policía, exclusivamente reguladora del tráfico jurídico entendido en su más amplio sentido, sino que es una Administración que regula, que supervisa y que garantiza a la sociedad el funcionamiento del completo sistema jurídico, económico y social. Pero, en todo caso, como hemos dicho en varias ocasiones, la posición de la Administración en la sociedad, sus confines externos e internos, es puramente contingente. La etapa que iniciamos es simplemente una nueva etapa. Cualesquiera sociedad exige que las Administraciones públicas gestionen sus intereses, y la obligación de los juristas de cada tiempo será la de hacer posible, a través de potestades, técnicas e instrumentos jurídicos, que la intervención de las Administraciones públicas en la sociedad conjugue el respeto y el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y la solidaridad con los nuevos valores de la eficacia, la eficiencia y la competitividad.

VI. EXCURSO. EL BUEN GOBIERNO. LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ENTIENDE EL LEGISLADOR ESPAÑOL POR BUEN GOBIERNO?

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno⁶⁶ (a partir de ahora Ley 19/2013), en coherencia con su denominación, dedica su título segundo, al «Buen gobierno». Concepto este de «buen gobierno» que no tiene precedentes en nuestra legislación. En la Constitución de 1978 no se hace referencia alguna a «buen gobierno», ni en su preámbulo ni en su articulado. Tampoco se hace mención a dicho concepto, de modo explícito, en la Ley 50/97, de 27 de noviembre del Gobierno, ni en la legislación sobre incompatibilidades, ni en ninguna otra normativa que tenga por destinatarios a los titulares de los poderes públicos. Se trata, por tanto, de una terminología novedosa en el ordenamiento jurídico español, consecuencia de las transformaciones que están teniendo lugar en el Derecho público.

Pero, ¿acaso la circunstancia de que no se haga referencia a «buen gobierno» en la Constitución de 1978, y en leyes como las citadas anteriormente, quiere decir que de las mismas no se puede extraer qué debemos entender por buen gobierno? A mi juicio, el Preámbulo del texto constitucional al afirmar que la Nación Española desea establecer la justicia, la libertad y seguridad y promover el bien de cuantos la integran está indicándonos qué entendían los constituyentes y que debe entenderse por buen gobierno. Se trata de una noción de buen gobierno de carácter finalista: el gobierno de la democracia, el buen gobierno, es el que quiere

⁶⁶ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

establecer la justicia, la libertad y la seguridad de cuantos integran la Nación. Más aún, el gobierno debe promover el bien de sus ciudadanos, dice el Preámbulo. El Preámbulo sigue dando órdenes a los poderes públicos, pues proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes. Por su parte, el artículo 1 de la Constitución vuelve a afirmar que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, y propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, igualdad y el pluralismo político. Así, se sigue señalando la dirección del buen gobierno, pues el Estado social y democrático de derecho no es una aspiración sino que es parte constitutiva de la nueva concepción del Estado. Y dicho precepto añade a los principios que figuran en el preámbulo, como valores superiores del ordenamiento jurídico, la igualdad y el pluralismo político.

De manera que con tan solo tener en cuenta el Preámbulo de la Constitución y su artículo 1 nos encontramos con una hoja de ruta clara y contundente destinada a los poderes públicos, a todos ellos, para que practiquen el buen gobierno.

Sin embargo, no acaban en los anteriores preceptos los mandatos a los poderes públicos. El texto constitucional contiene otros valores, principios y misiones que deben cumplir los poderes públicos, que completan la que hemos denominado hoja de ruta para un buen gobierno⁶⁷.

Toda la Constitución de 1978 puede leerse desde la perspectiva del buen gobierno. Gobernar bien es cumplir la Constitución y las leyes de la misma derivadas. Y, muy en particular, gobernar bien es cumplir los valores, principios, y misiones constitucionales de acuerdo con las potestades y técnicas otorgadas a los poderes públicos para tales fines. En este sentido, la cláusula de transformación del artículo 9.2 de la Constitución es, por excelencia, una norma de buen gobierno, en la medida en que los poderes públicos (todos ellos, ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales) tienen que promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Las leyes también contienen mandatos para el buen gobierno. En particular algunas leyes. Así, por ejemplo, la Ley del Gobierno establece con claridad las competencias del Gobierno, del presidente del Gobierno, de los vicepresidentes del Gobierno, de los ministros y demás órganos de apoyo y colaboración del Gobierno, el estatuto de los miembros del Gobierno, las normas de su funcionamiento y un largo etcétera de asuntos relacionados con el ejercicio de sus competencias. Y, como no, el buen gobierno tiene que ver con el ejercicio por los miembros del Gobierno de sus competencias de acuerdo con lo que se establece en la citada ley. Y lo mismo puede decirse del contenido de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, de la Ley

⁶⁷ Ver una relación completa de valores, principios y misiones en esta obra, págs. 123-165.

3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como las demás leyes y reglamentos que regulan las competencias y su ejercicio por los altos cargos de las diferentes personificaciones públicas.

Pero, dicho lo anterior, es posible ir más allá. O dicho de otro modo, ¿es suficiente para que calificáramos de buen gobierno el desempeñado por poderes públicos que procedieran ateniéndose a la Constitución y las leyes antes mencionadas? A mi juicio no sería suficiente. La forma de gobernar, así como la ética de los gobernantes debe considerarse, igualmente, un ingrediente del buen gobierno. Es más, el buen gobierno debe desempeñarse por medios democráticos, y debe desempeñarse por gobernantes con un alto nivel ético.

En otras palabras, no se puede considerar un buen gobierno al margen de un régimen democrático. Y esto porque no solo deben realizarse las misiones encomendadas por la Constitución, sino que deben realizarse desde la ortodoxia democrática por gobernantes honestos. De no ser así, se podría intentar calificar de buenos gobernantes a los dictadores de uno u otro signo o, lo que no es menos grave, realizar las misiones encomendadas a los gobernantes mediante prácticas corruptas o antidemocráticas. Hace algunos años en una entrevista periodística un antiguo presidente del gobierno español confesaba que dudó cuando los servicios de seguridad le comunicaron la posibilidad de liquidar a buena parte de los componentes de una conocida banda terrorista que se iba reunir en un determinado lugar ¿Debía autorizar el asesinato de aquellos terroristas con la finalidad de evitar que siguieran asesinando a ciudadanos españoles? Es una gran pregunta que atañe al buen gobierno. El presidente OBAMA ordenó el asesinato de BIN LADEN, autor intelectual del atentado de 11S, perpetrado por un comando militar que incursionó en el territorio de Paquistán sin permiso de sus autoridades. Es difícil ponerse en lugar de un presidente de un gobierno que tenga la posibilidad de tomar este tipo de decisiones. El eterno dilema de los medios y los fines compete a la concepción del buen gobierno: ¿Vale cualquier medio para alcanzar un determinado fin por muy loable que pueda ser este?

Las decisiones con que se enfrentan los poderes públicos en su quehacer diario no son de la gravedad y trascendencia antes señalada. Pero en el grado descendente que queramos establecer es posible que surjan dudas sobre los medios y los fines. Por ejemplo, un presidente autonómico, tras las últimas elecciones a la asamblea legislativa de su autonomía, al descubrirse que había contratado numerosas obras, servicios y suministros incumpliendo la legislación en materia de contratos del sector público, dijo algo así como que el sólo se sentía vinculado por las necesidades de los ciudadanos de su comunidad: Desprecio de los medios utilizados, con vulneración grave del ordenamiento jurídico para conseguir, supuestamente, el bien de los ciudadanos.

De lo dicho se podría decir que es posible diferenciar el buen gobierno como mero resultado (fundamentalmente el que se deduce de la Constitución) y los buenos gobernantes, calificados así por el modo en que ejercen el poder. Pero es igualmente posible considerar que el buen gobierno incluye tanto el resultado como el modo de gober-

nar. Y esto porque considerar que buen gobierno se corresponde exclusivamente a los resultados obtenidos como consecuencia de gobernar nos conduce a una concepción primitiva de la democracia, en que lo único relevante serían los fines y no los medios. Esa es una concepción que no podemos compartir. Los fines constitucionales y legales son más relevantes que los medios, pero no son indiferentes los medios se utilicen para alcanzar dichos fines. Las dictaduras son un ejemplo elocuente del desprecio por la distinción anterior. E igualmente grave es considerar (confundir) el buen gobierno con la exigencia de códigos de conducta de los gobernantes, con indiferencia del resultado de la acción de gobierno, como hace la Ley 19/2013 que comentamos.

*

La ley que comentamos suscita una cuestión de mayor relevancia y de gran actualidad en España y en la Unión Europea. Esta es la de los márgenes que tienen los gobernantes en el ejercicio de sus competencias; en definitiva los límites del buen gobierno. Es evidente que las actuaciones de los gobernantes tienen límites positivos y negativos en la Constitución. Y la cuestión es, por tanto, si la Constitución permite diferentes modos de gobernar y en qué grado o medida. A tal efecto nos centraremos, como ejemplo, en el gobierno de la economía. Se ha interpretado hasta la fecha que los márgenes de los gobiernos para gobernar son muy amplios hasta el punto de permitir llevar a la política económica concepciones muy enfrentadas. Así, por ejemplo, se ha considerado sin apenas objeciones que el partido en el gobierno puede practicar una política socialdemócrata, muy inclinada hacia la igualdad de los ciudadanos y que del mismo modo es posible una política liberal e incluso neoliberal en que la libertad prime sobre la igualdad y la solidaridad entre ciudadanos y territorios. De algún modo, estas tendencias se pueden observar en las políticas económicas de los gobiernos del Partido Socialista y del Partido Popular habidos desde el inicio de la etapa democrática que inaugura la Constitución de 1978. Y decimos que de algún modo la mayor inclinación hacia la igualdad o la libertad se corresponden a las políticas económicas de los partidos políticos que han gobernado en España, porque la Constitución española ha construido un modelo intervencionista en que se pretende establecer un equilibrio estable entre la igualdad y la libertad a través de valores, principios y misiones del todo concluyentes; antes nos hemos referido a los pilares básicos de dicho modelo, que se corresponden, por lo demás, al modelo económico instaurado por la Unión Europea.

Desde ese equilibrio debe analizarse la reforma del artículo 135 de la Constitución española, de 27 de septiembre de 2011. Hasta dicha reforma, los gobiernos podían endeudarse más o menos sin limitación constitucional con la finalidad de cumplir las misiones constitucionales encomendadas de acuerdo con los valores y principios constitucionales. Sin embargo, la citada reforma del artículo 135, promovida por un gobierno socialista, introdujo el principio de estabilidad presupuestaria, que supone, en sí mismo y en las leyes orgánicas que lo han desarrollado, una limitación considerable de la potestad de endeudamiento del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales. Se trata, claramente, de un artículo que rompe la concepción

originaria de la Constitución española que permite distintas opciones de gobierno de la economía. El precepto tiene una trascendencia considerable en la medida en que, a mi juicio, entra en contradicción con otros preceptos constitucionales. Se trata de un precepto que incluye una concepción que podría calificarse de neoliberal, que puede impedir el cumplimiento por los poderes públicos de los valores, principios y misiones constitucionales. Y la cuestión es si debe prevalecer el precepto 135 de la Constitución (un precepto formalista que no contempla otra finalidad que el puro dogmatismo económico) o los preceptos constitucionales que ordenan a los poderes públicos cumplir con las misiones que la Constitución les impone a los poderes públicos en el artículo 9.2 de la Constitución, y los demás valores, principios y misiones establecidos por la Constitución, en particular los que configuran a España como un Estado social.

Una posible interpretación integradora del artículo 135 de la Constitución con los valores, principios y misiones establecidos en la misma consistiría en considerar que los valores, principios y misiones constitucionales siguen vigentes, solo que tienen que realizarse teniendo en cuenta los límites del citado artículo 135 y sus normas de desarrollo. Esta interpretación, en principio, no parece descabellada; la libertad y la igualdad hay que perseguirlas y lograrlas con los propios medios económicos del Estado derivados de su política tributaria sin recurrir al endeudamiento que supone una hipoteca para las futuras generaciones. Una política fundada en la estabilidad presupuestaria (se gasta lo que se recauda, con límites muy estrechos para el endeudamiento) tiene, sin embargo, una segunda vertiente sin la que no se puede entender en sus justos términos que nos conduzcan a establecer su compatibilidad con los valores, principios y misiones constitucionales de los poderes públicos. Me refiero a la política presupuestaria de los gobiernos, en definitiva a la presión fiscal y la distribución de la misma entre los ciudadanos. Porque, decir sin más que el gasto público debe ser igual a los ingresos públicos es decir bien poco. En efecto, una baja presión fiscal (el caso de España es paradigmático) junto a una distribución de la carga fiscal contraria a los principios del artículo 31 de la Constitución (capacidad económica, igualdad y progresividad sin carácter confiscatorio) puede equivaler al incumplimiento por el Estado de las misiones constitucionales que tiene encomendadas. En el caso de España, que nunca ha alcanzado la presión fiscal media de la Unión Europea, se aprecia un progresivo distanciamiento de la política fiscal de los principios del artículo 31 de la Constitución, lo que sin duda está determinando el incumplimiento de mandatos constitucionales como los de una educación pública gratuita de calidad, una sanidad pública y gratuita de calidad y un largo etcétera de políticas sociales.

A mi juicio, el buen gobierno de los poderes públicos exige el cumplimiento de los valores, principios y misiones constitucionales, de manera que la interpretación cabal del artículo 135 de la Constitución exige que la presión fiscal sea la suficiente para el cumplimiento de aquellos y, en todo caso, es incompatible con la reducción de dicha presión y una distribución injusta de la carga fiscal entre los ciudadanos, ya que las necesidades colectivas, que solo pueden atender los poderes públicos, son cada vez ma-

yores. El ejemplo utilizado pone de manifiesto que la noción de buen gobierno exige una interpretación sistemática, principal y valorativa de la Constitución.

*

La lectura superficial de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno conduce a varias conclusiones, de las que anticiparemos tres de ellas. Por una parte, el legislador se ha olvidado de modo prácticamente absoluto de que el buen gobierno debe identificarse con los valores, principios y misiones a los que deben someterse los poderes públicos por imperativo constitucional. Por otra parte, supone una versión muy limitada de las normas de conducta que deben regir en el ejercicio de cargos públicos. Finalmente es una ley que reitera lo ya prescrito por otras leyes sin introducir novedades que merezcan una especial mención. En conclusión una ley fallida, como acreditaré en las páginas que siguen, de muy dudosa utilidad en que el legislador confunde el buen gobierno con un código imperfecto e incompleto para los gobernantes que se detiene en algunos aspectos del modo de gobernar, sin prestar la menor atención a la finalidad que deben perseguir las políticas públicas.

2. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TÍTULO II DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO

2.1. *El concepto de gobernante en la ley*

El ámbito subjetivo del Título II de la Ley 19/2013 se integra, de acuerdo con el artículo 25, por: los miembros del Gobierno, los Secretarios de Estado; y el resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella; por los altos cargos o asimilados de las comunidades autónomas; y por los altos cargos de las entidades locales, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales.

Es decir, del ámbito subjetivo del buen gobierno quedarían fuera los parlamentarios de las Cortes Generales, el resto de parlamentos autonómicos y los concejales, a excepción de los que formen parte de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Pero, lo cierto es que no son solo gobernantes los titulares del poder ejecutivo y los altos cargos de las Administraciones públicas, los representantes elegidos por los ciudadanos y los jueces son también poderes públicos y hubiera sido conveniente que el legislador lo hubiera recordado aunque no hubiera regulado el estatuto de representantes y jueces.

Las exclusiones de la Ley no significan que los representantes de los ciudadanos, los jueces y los empleados públicos no se rijan por normas de buen gobierno. Todos ellos se rigen, en cuanto poderes públicos, por los mismos valores, principios y misiones constitucionales y legales a que están sometidos los sujetos de la Ley 19/2013. Pero ade-

más, los reglamentos de las Cámaras legislativas, la Ley Orgánica del Poder Judicial, o el Estatuto Básico del Empleado Público, entre otras normas que les son de aplicación, contienen normas de conducta. Ahora nos interesa destacar que el ámbito subjetivo de la Ley 19/2013 finaliza donde comienza la función pública. Es decir, los empleados públicos, sean funcionarios o laborales, no están sujetos a la Ley 19/2013, sino que lo están a la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público que presenta coincidencias o similitudes considerables con el título II de la Ley que estudiamos⁶⁸ en lo que atañe a los deberes y obligaciones de los empleados públicos.

Lo dispuesto en el Título II de la Ley 19/2013 es de aplicación a los altos cargos o asimilados de sean considerados como tales por la legislación autonómica o local, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Y en este punto no resulta muy convincente que una ley estatal renuncie a establecer los que considera altos cargos, pudiendo hacerlo de acuerdo con la legislación vigente actual. La solución más adecuada podría haber sido la de permitir que la legislación autonómica o los acuerdos de los entes locales pudieran añadir a la relación de altos cargos establecidos por la legislación del Estado otros altos cargos (por virtud del principio de autoorganización de las Comunidades Autónomas que deriva del apartado 1.1ª del artículo 148 de la Constitución), sin renunciar a establecer un estándar mínimo uniformador de los sujetos que deben someterse a la Ley.

2.2. *El concepto de alto cargo*

La Ley 19/2013 en el apartado 1 del artículo 25 se remite para determinar qué debe entenderse por alto cargo, en el ámbito del Estado, a la legislación sobre conflicto de intereses, es decir, en la actualidad a la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. La Ley 3/2015 es, entre otras cosas, un código de conducta mucho más extenso que el contemplado en la Ley 19/2013, y coincidente en muchos de sus preceptos. Ahora nos interesa el concepto de alto cargo que en la Ley 3/2015 se establece, en la medida en que completa la delimitación del ámbito subjetivo de la Ley 19/2013.

El artículo 1 de la Ley 3/2015 está dedicado al ámbito de aplicación de la misma, lo que es aplicable al artículo 25 de la Ley 19/2013. Se trata de un largo precepto integrado por 7 apartados que pretende ser exhaustivo y que, a tal efecto, contiene una cláusula residual que pudiera subsanar las lagunas presentes o futuras que pudieran contenerse en el mismo. Dicho apartado g) establece que deben considerarse altos cargos a todos aquellos que sean nombrados por el Consejo de Ministros, cualquiera que sea su denominación en un puesto de trabajo del sector público estatal.

Los apartados a y b del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 3/2015 incluyen entre los altos cargos a los miembros del gobierno y a los secretarios de Estado, y sucesiva-

⁶⁸ Ver mi trabajo «Derechos, deberes y obligaciones de los empleados públicos desde la perspectiva del desarrollo de los mismos», en E. LINDE y OTROS, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008, págs. 112 y sigs.

mente se incluyen en los demás apartados los demás altos cargos de la Administración General del Estado y del sector público, o ámbito público, o poderes públicos, en un amplio sentido que no coincide con el concepto de sector público que se deduce de leyes como la de Contratos del Sector Público, o de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Baste como comentario en este punto que no parece justificado que en nuestro ordenamiento jurídico exista una concepción tan dispar de los poderes públicos, o de los poderes sometidos al derecho público, en función de la materia objeto de regulación y, en particular, en materia de garantías de los ciudadanos.

3. LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO. ÁMBITO OBJETIVO DEL BUEN GOBIERNO

La Ley 19/2013, en su artículo 26.1 recuerda, lo que es obvio, que los altos cargos a los que se aplica este título deben observar lo dispuesto en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, pues así se establece en el artículo 9.1 de la Constitución con mayor amplitud al referirse como destinatarios de la sujeción al texto fundamental de los ciudadanos y los poderes públicos. Y, además añade el precepto que dichos altos cargos «promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas», lo que, por otra parte, se deduce del artículo 53.1 de la Constitución en donde se dice que los derechos fundamentales y las libertades públicas vinculan a todos los poderes públicos. Si bien resulta conveniente la interpretación de la vinculación a los derechos fundamentales de modo activo, como hace la Ley 19/2013, es decir no solo como sumisión sino como promoción del respeto a los mismos.

Dentro de los que se denominan principios de buen gobierno la Ley 19/2013 diferencia los principios generales de los principios de actuación, aunque, como veremos la clasificación es poco acertada.

Los principios generales, de acuerdo con la Ley, son los de transparencia, dedicación al servicio público, imparcialidad, eficacia, economía y eficiencia, trato igual sin discriminaciones, diligencia debida, conducta digna y trato correcto a los ciudadanos.

El primero de los principios, el de transparencia, nos remite a lo dispuesto en el Título I de la propia Ley 19/2013, dedicado a la transparencia en la actividad pública. Es decir, los altos cargos comprendidos en la Ley en cuanto titulares de órganos del Gobierno, de la Administración General del Estado o de su sector público están obligados a la publicidad activa y a dar acceso a la información pública en los términos previstos en los artículos 1 a 24 de la Ley 19/2013.

El principio de transparencia se conecta, sin demasiada lógica, con los principios de eficacia, economía y eficiencia, hasta el punto de que la redacción del precepto establece que los cargos públicos actuarán con transparencia de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia. Estos últimos pueden llevarse a cabo sin la mayor transparencia y, por otra parte, se puede ser transparente sin eficacia, economía y eficiencia. El principio de eficacia es de naturaleza constitucional, pues se ha consagrado

en el artículo 103.1, referido a la Administración Pública, que debe entenderse en sentido amplio aplicable al ámbito que nos ocupa y al resto de las Administraciones públicas. Y hay que decir que los demás principios que figuran en el artículo 103 siguen vinculando a las Administraciones Públicas aunque el legislador los haya obviado; jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. El olvido por el legislador de estos últimos principios no está justificado en una Ley que pretende ser un código de conducta general de los altos cargos del Gobierno, de la Administración General del Estado y del sector público, aunque tales principios de desarrollen en leyes como la del Gobierno, la de Régimen Jurídico del Sector Público, la del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones, y otras leyes administrativas.

Los principios de economía y eficiencia no se contienen en la Constitución en los artículos 97 y 98, ni en ninguno otro dedicado al Gobierno y a las Administraciones Públicas, pero no contradicen ninguno de sus preceptos. Sin duda están justificados en una etapa como la actual, en que sufrimos una crisis económico-financiera desconocida a lo largo de la existencia de la Unión Europea, pero no dejan de ser principios legales, subordinados, por tanto, a los valores, principios y misiones constitucionales de los poderes públicos a que hemos hecho referencia más atrás.

Finalmente, el apartado 2.a).1º del artículo 26 conecta los anteriores principios de transparencia, eficacia, economía y eficiencia con el interés general. En concreto establece que el objetivo de dichos principios debe ser el de satisfacer el interés general. Esta vinculación de los principios con la finalidad del interés general es del todo pertinente, muy en particular en la medida en que la Constitución ha relegado el concepto de interés público que era el utilizado mayoritariamente en la legislación del régimen franquista.

Los demás principios generales: de dedicación al servicio público; el respeto del principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular; el aseguramiento de un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones; la actuación con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones; el fomento de la calidad en la prestación de los servicios públicos; el mantenimiento de una conducta digna; y el tratamiento de los ciudadanos con esmerada corrección, se deducen de los artículos 1 (Estado social y democrático de Derecho, libertad, justicia e igualdad), 14 (igualdad ante la ley sin discriminación) 103 (servicio con objetividad los intereses generales, principio de eficacia, sometimiento pleno a la ley y al Derecho), entre otros preceptos que establecen valores, principios y misiones.

Los principios de actuación a que la Ley 19/2013 se refiere en el apartado 2.b) del artículo 26 tampoco aportan novedades⁶⁹. Ya que, o bien son principios, antes ya

⁶⁹ Dice así el precepto: *1º. Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y conflictos de intereses.* Este principio no añade nada a las obligaciones actuales, pues los altos cargos tienen, salvo excepciones, plena dedicación al desempeño de sus cargos y están obligados al cumplimiento de incompatibilidades antes y después del desempeño de sus cargos en aplicación de la legislación en la materia. Las leyes sectoriales hacen referencia específica a

regulados, por ejemplo el desempeño por los altos cargos de su actividad con plena dedicación regulada, entre otras, por la Ley 3/2015. O bien se hace referencia a principios de actuación que son verdaderas normas de actuación cuya vulneración es constitutiva de delito previsto en el Código Penal. Por ejemplo, el principio según el cual los altos cargos deben guardar la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias es considerado delito por los artículos 415, 417 o 442 del Código Penal, según los casos. Y así podríamos continuar con otros principios de actuación. Además, se aprecia la identidad en algunos casos entre principio general y principio de actuación, como es el caso de la transparencia.

Es decir, el artículo 26 de la Ley 19/2013 contiene principios a los que denomina generales o de actuación sin criterio alguno diferenciador. Pues los llamados principios generales contienen principios de actuación y obligaciones para los altos cargos y los principios de actuación contienen obligaciones cuyo incumplimiento puede incurrir en responsabilidad penal o administrativa regulada en otras leyes administrativas. Pero, lo que resulta más sorprendente es que los principios generales y los principios de actuación, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 26, tengan como única función efectiva la de informar la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en la propia Ley, sin que su vulneración, salvo algunos casos concretos, se configuren como infracciones sancionables.

De manera que podríamos concluir, en relación con los llamados principios de buen gobierno: que la clasificación entre principios generales y principios de actuación es superflua, en la medida en que todos ellos podrían considerarse principios de actuación; que la totalidad de los principios son en realidad deberes y obligaciones de los altos cargos; que la vulneración de algunos de los denominados principios puede acarrear responsabilidad penal, al estar contemplada su vulneración como delito por el Código Penal y en otros casos pueden considerarse como infracciones administrativas en la legislación administrativa; y, finalmente, que el artículo 26 que

la plena dedicación al cargo. Así, por ejemplo los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. 2º. *Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.* La reserva sobre los hechos e informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias debe entenderse de modo limitado... Así, el artículo 198 del Código Penal tipifica los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. 3º. *Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.* 4º. *Ejercerán los poderes que le atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.* 5º. *No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.* 6º. *No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.* 7º. *Desempeñarán sus funciones con transparencia.* 8º. *Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.* 9º. *No se valdrán de su posición en la administración para obtener ventajas personales o materiales.*

regula los principios de buen gobierno son de una pobreza notable en un doble sentido, porque olvidan que el buen gobierno es indisociable del cumplimiento por los altos cargos de los valores, principios y misiones constitucionales, y porque se presentan lagunas muy considerables, pues olvida que la actuación de los altos cargos debe ajustarse a las competencias que tienen asignadas, debe excluir la arbitrariedad, debe cumplir las obligaciones que se deducen expresamente de la legislación sobre conflictos de intereses, y un largo etcétera de normas administrativas que afectan a los altos cargos. La simple comparación entre los deberes y principios que rigen la actividad de los empleados públicos y los principios que rigen la actuación de los altos cargos pone de relevancia la cortedad de miras de la norma que analizamos.

Ley 19/2013 para merecer su título de «buen gobierno» debería haber intentado una refundición o recopilación del conjunto de principios, deberes y obligaciones que deben regir la actuación de los poderes públicos, y en particular de los altos cargos, los principios previstos en la Constitución y en las numerosas leyes administrativas en la materia sin reproducir parcialmente algunas de ellas, estableciendo un frontera clara entre infracciones administrativas e infracciones penales. Sin embargo, el legislador ha realizado una tarea de aliño del todo insatisfactoria.

4. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY

La ley establece tres tipos de infracciones: Las infracciones en materia de conflicto de intereses; las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria; y las infracciones disciplinarias.

4.1. Las infracciones y sanciones en materia de conflictos de intereses

El artículo 27 de la Ley 19/2013, al referirse (que no regular) a las infracciones y sanciones en materia de conflictos de intereses, pone una vez más de relieve las deficiencias de dicha Ley. En efecto, el citado precepto de la Ley 19/2013 no presta la menor atención al incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, o de las que regulan las declaraciones que han de realizar los altos cargos a los que es de aplicación, también, la Ley 19/2013. De manera que carece de sentido la referencia al incumplimiento de las normas en materia de incompatibilidades por simple remisión implícita a la Ley 3/2015. La Ley 19/2013 podría haber ampliado la mencionada Ley 3/2015, que no es tampoco un prodigio de técnica jurídica, y que sin duda es incompleta, como acreditan los muchos conflictos que siguen produciéndose como consecuencia de su aplicación e inaplicación.

4.2. Las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria

Las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, a que se refiere el artículo 28 de la Ley 19/2013, son realmente el objetivo de la Ley, poniendo de relevancia deficiencias considerables de otras leyes a las que completa.

En efecto, la mayor innovación de la Ley tiene lugar en este precepto que se remite, para completar el tipo infractor que se prevé, a otras leyes de naturaleza económico-presupuestaria. Las leyes a las que se hace remisión en el artículo 28 evidencian que son incompletas, en la medida en que son completadas por la Ley 19/2013 (o viceversa). Pues dichas leyes no entraban a sancionar a los altos cargos responsables de las conductas que dichas leyes consideran infracciones del ordenamiento jurídico. De manera que la Ley 19/2013 en su artículo 28, cuando los altos cargos realicen las conductas culpables tipificadas por dicho precepto califica a dichas conductas como muy graves. Se trata de 15 conductas (hay que excluir las dos primeras), tipificadas como tipos infractores que se completan por remisión a otras leyes. Se trata de: la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria a la que se recurre para completar los tipos infractores de los apartados c), d), e), k) y p) del artículo 28; de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada anualidad, a las que se recurre para completar el tipo infractor del apartado c) del artículo 28; la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a la que se recurre para completar el tipo infractor de los apartados f), g), h), i), j), l), m), n), ñ) y o) del artículo 28; la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, a la que se recurre para completar el tipo infractor del apartado g) del artículo 28; y el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, al que se recurre para completar el tipo infractor del apartado g) del artículo 28.

Las infracciones en materia de gestión económico presupuestaria evidencian, como antes señalaba, que las leyes a las que he hecho referencia anteriormente no han previsto la infracción y sanción de los altos cargos responsables para administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública, comprometer gasto, reconocer obligaciones y un largo etcétera de obligaciones y prohibiciones a que se hace referencia en el citado artículo 28 de la Ley 19/2013. Y si el legislador ha llegado a la conclusión de que procede sancionar a los altos cargos responsables de la infracción de las obligaciones que se deducen de las leyes antes señaladas lo adecuado hubiera sido modificar dichas leyes, de manera que se respetara la unidad de los textos legales. La dinámica dispersora que se introduce, en el sentido de que para saber las consecuencias de las infracciones por altos cargos de leyes como la General Presupuestaria o de Estabilidad Presupuestaria es necesario tener en cuenta no solo lo dispuesto en ellas sino lo dispuesto en la Ley 19/2013, no puede ser ejemplo de buena legislación, de la que estamos tan necesitados.

Pero, dicho lo anterior surge la pregunta de por qué se tipifican infracciones y sanciones por el incumplimiento de las leyes económico-presupuestarias a que se ha hecho referencia más atrás y, sin embargo, no se tipifican infracciones y sanciones en relación con el incumplimiento de otros cientos de leyes de igual o mayor trascendencia, como por ejemplo, la legislación de derechos fundamentales, la legislación medioambiental, la legislación sanitaria, la legislación educativa, la legislación sobre igualdad de sexos y un largo etcétera. La respuesta no puede ser más decepcionante, en el sentido de que el

legislador solo muestra preocupación por los temas económico-presupuestarios, por el cumplimiento de los compromisos de reducción del déficit público.

4.3. Las infracciones disciplinarias

Finalmente, la ley tipifica una serie de infracciones como disciplinarias que salvo algunos matices es coincidente, en lo relativo a las infracciones muy graves y a alguna de las graves con las faltas disciplinarias reguladas en el artículo 95 del Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁰. Por lo demás se establecen algunas otras infracciones como graves, solo seis, y dos infracciones leves. Las lagunas son muchas, baste destacar que pese a que en el artículo 26 de la Ley 19/2013 se haga referencia a la promoción por los altos cargos del respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, no se tipifica como infracción la vulneración de los mismos, lo que carece de explicación razonable.

5. LAS SANCIONES

La Ley 19/2013 solo configura infracciones leves y graves en el ámbito de las infracciones disciplinarias reguladas en el artículo 29 de la Ley. La sanción por la comi-

⁷⁰ *Infracciones muy graves: a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en ejercicio de sus funciones. b) Discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, lengua opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. c) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual o por razón de sexo. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la administración a los ciudadanos. e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. h) La violación de la imparcialidad, utilizando facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza o ámbito. i) La prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. j) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. k) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. l) El acoso laboral. m) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones graves a lo largo del año anterior contra las que quepa recurso en vía administrativa. Infracciones graves: a) El abuso de autoridad en ejercicio del cargo; b) La intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas; c) La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio; d) No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio. e) El incumplimiento de los lazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad. f) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves a lo largo del año anterior contra las que no quepa recurso en vía administrativa. Infracciones leves: a) La incorrección con los superiores, compañeros o subordinados. B) El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación de artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma.*

sión de infracciones leves (art. 29.3) es la amonestación. Debe tenerse en cuenta que entre las infracciones leves se tipifica el incumplimiento de los principios de actuación del buen gobierno del artículo 26.2.b), lo que da una idea de la escasa consideración que le merecen al legislador. Pero acaso menor consideración le merecen al legislador los que se denominan en el artículo 26.2.a) principios generales del buen gobierno cuyo incumplimiento ni siquiera es objeto de sanción leve.

Por su parte las infracciones graves del apartado 2 del artículo 29 se sancionarán con una: Declaración del incumplimiento y su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, o el diario oficial que corresponda; o con la no percepción, en el caso de que no la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo. No deja de ser sorprendente que el abuso de autoridad, el incumplimiento de la obligación de abstención, la emisión de informes ilegales y demás infracciones graves del apartado 2 del artículo 29 de la Ley reciban una sanción tan liviana.

Finalmente, las infracciones muy graves, además de llevar aparejadas las sanciones previstas para las infracciones graves, serán causa de destitución del cargo que ocupen los infractores, salvo que ya hubieran cesado en los mismos, y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un período de entre cinco y diez años con arreglo a una serie de criterios, por una parte los que se establecen en los artículos 25 y siguientes de la Ley 40/2015 y, de otra parte, por los criterios específicos establecidos en la propia Ley 19/2013⁷¹. Además, la comisión de las infracciones contempladas en el artículo 28 (en materia de gestión económico-presupuestaria) conllevará la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 175 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

6.1. *Los tipos de iniciación y los órganos competentes para incoar, instruir y sancionar*

Los tipos de iniciación del procedimiento sancionador son los previstos en la Ley 30/92, que la Ley reitera, es decir: de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los ciudadanos.

Pues bien, son órganos competentes para incoar los procedimientos sancionadores: a) El Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y

⁷¹ A saber: a) La naturaleza y entidad de la infracción; b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado; c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de infracción; c) las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva; e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa; y f) la reparación de los daños o perjuicios causados.

Administraciones Públicas, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado; b) El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando el alto cargo al Servicio de la Administración General del Estado sea distinto a los anteriores; c) y los órganos que tengan atribuidas las competencias de incoación en el ámbito autonómico o local, cuando los altos cargos tengan la condición de autonómicos o locales.

La Ley 19/2013 se limita a establecer, en lo relativo a la instrucción del procedimiento sancionador, que en relación con los altos cargos del Gobierno y de la Administración General del Estado, la instrucción de los procedimientos corresponderá a la Oficina de Conflictos de Intereses creada por el artículo 15 de la Ley 5/2006 y regulada en la actualidad por la Ley 3/2015. De manera que la instrucción de los procedimientos sancionadores derivados del incumplimiento de la Ley 19/2013 corresponderá establecerla a la legislación de las Comunidades Autónomas, y a la legislación Local.

La imposición de sanciones corresponderá: a) Al Consejo de Ministros en relación con los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado; b) Al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en relación con los altos cargos de la Administración General del Estado; c) y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en relación con los altos cargos, que cuando no se establezca expresamente, serán el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate.

6.2. La concurrencia de responsabilidad contable

La iniciación del procedimiento administrativo es compatible con dar traslado de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable.

6.3. La suspensión del procedimiento por ser la infracción constitutiva de delito

Cuando el órgano competente para instruir el expediente sancionador considere que las infracciones puedan ser constitutivas de delito, lo pondrá en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal, siguiéndose lo previsto con carácter general en la Ley 30/1992 LRJAPAC.

6.4. La suspensión del procedimiento en el caso de infracciones tipificadas en una norma administrativa especial

Como hemos tenido oportunidad de comprobar los tipos infractores en materia de gestión económico-presupuestaria son el resultado de integrar lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 19/2013 y en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad

Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, del texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Pues bien, a salvo de la Ley 47/2003, que no se considera a estos efectos de norma administrativa especial, cuando los hechos estén contemplados en las otras leyes, las citadas anteriormente u otras de naturaleza administrativa, se dará cuenta a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, al margen de lo previsto en la Ley 19/2013. Este tipo de reenvío pone de manifiesto que hubiera sido conveniente, teniendo en cuenta que la Ley 19/2013 no contiene un completo código de buen gobierno, reformar las leyes administrativas especiales a que se hace referencia en el precepto comentado.

6.5. Prescripción de infracciones y sanciones

Las infracciones muy graves prescriben a los 5 años, las infracciones graves a los 3 años y las infracciones leves al año.

Por lo que se refiere a las sanciones, las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescriben a los 5 años, las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves a los 3 años y las sanciones por infracciones leves en un año.

Con carácter subsidiario, para completar el escueto régimen jurídico sancionador es de aplicación al procedimiento sancionador de la Ley 19/2013, la Ley 30/1992.

6.6. Algunas conclusiones

La Ley 19/2013 es la primera de las leyes españolas de la democracia que ha tipificado infracciones administrativas que pueden cometer los altos cargos del sector público y, en particular, los miembros de Gobierno y los secretarios de Estado. La novedad es realmente extraordinaria, porque al margen de la comisión de delitos por los altos cargos del sector público, que se sustancian en sede jurisdiccional y las obligaciones indemnizatorias previstas en la Ley General Presupuestaria, la única consecuencia prevista para los altos cargos que incumplieran el ordenamiento jurídico era el ejercicio por el superior jerárquico competente de la potestad de destituir al infractor del cargo para el que fue designado.

Dicho lo anterior no resulta creíble que el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas ordene la incoación de un expediente a un miembro del Gobierno o a un Secretario de Estado, como se prevé en el apartado 2.a) del artículo 31 de la Ley 19/2013. Debe observarse que el precepto citado anteriormente hace referencia a «miembro del Gobierno» sin mayores matizaciones o restricciones. ¿Quiere esto decir que el Ministro de Hacienda puede incoar un expediente sancionador al presidente del Gobierno y el Consejo de Ministros sancionarle con el cese en su cargo? La posibilidad de dicha incoación y sanción, que se deduce de la literalidad del precepto, carece de sentido en este último caso, entre otras razones porque el Presidente

del Gobierno es el superior jerárquico del Ministro de Hacienda y el principio de jerarquía impide que el inferior jerárquico pueda incoar un expediente disciplinario al superior jerárquico. Es más, el nombramiento y cese del Presidente del Gobierno está regulado en los artículos 99 y 101 de la Constitución, que no prevén el cese del Presidente del Gobierno como consecuencia de una sanción administrativa impuesta por el Consejo de Ministros, como consecuencia de un expediente disciplinario incoado por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Por su parte la Ley del Gobierno en su artículo 12 dedicado al nombramiento y cese del Presidente del Gobierno se remite, sin más, a la Constitución.

La cuestión sería por tanto si resulta posible que la ley puede establecer causas automáticas de cese del Presidente del Gobierno, al margen de la Constitución. Afrontar este asunto desbordaría el objeto de este trabajo, pero debe anticiparse que nada se opone a que tal infracción y sanción pudiera producirse, aunque no resulte convincente el procedimiento que se ha establecido en la Ley 19/2014.

En lo relativo a las infracciones y sanciones previstas para los ministros del Gobierno no debe descartarse la posibilidad de que les sean incoados procedimientos sancionadores que permitan la imposición de las sanciones previstas para las infracciones muy graves, así como su inhabilitación para el desempeño de un alto cargo en el período de entre cinco y diez años.

7. LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO EN MATERIA DE BUEN GOBIERNO

La Ley 19/2013 ha creado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que tiene entre sus fines garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34 de la citada ley. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, ahora regulados (los organismos públicos) en la ley 40/2015 de régimen Jurídico del Sector Público. En consecuencia con esta calificación el Consejo tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. También se caracteriza este organismo por atribuírsele autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, la composición del Consejo hace imposible la autonomía e independencia del mismo, ya que sus integrantes son miembros de los poderes públicos que debieran ser objeto de control, o están conectados estrechamente con ellos⁷². Si el legislador hubiera querido crear un órgano que fiscalizara el cumplimiento de la Ley 19/2013 por los altos cargos obli-

⁷² La Comisión de Transparencia y Buen Gobierno está integrada por un presidente, nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, por un diputado, un senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un repre-

gados a cumplirla debiera haber diseñado una composición que nada tuviera que ver con los altos cargos objeto de su control.

El artículo 38 de la Ley 19/2013 otorga al Consejo las competencias de recomendación, asesoramiento, información, evaluación y promoción sin indicar siquiera los destinatarios de recomendaciones, asesoramientos, etc., ni las consecuencias de que los destinatarios hagan caso omiso, por ejemplo, de las recomendaciones que pueda hacer dicho Consejo. Competencias de mayor relieve se otorgan por el artículo 38.2 al Presidente del Consejo que el tema que nos concierne puede adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley, así como instar el inicio del procedimiento sancionador del Título II de la Ley 19/2013. No parece adecuado que dichas competencias se hayan otorgado al Presidente del Consejo en vez de al Consejo, pues se trata de las competencias más relevantes, aunque no sea dudoso el carácter vinculante de los criterios interpretativos que pueda adoptar el Presidente y sea claro el carácter no vinculante de la solicitud de iniciar el procedimiento sancionador por el órgano competente.

Se ha perdido la oportunidad de crear un Consejo independiente y plenamente competente para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se deducen para los altos cargos de la Ley 19/2013.

8. BUEN GOBIERNO Y TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO PÚBLICO

Los gobiernos de los Estados occidentales más avanzados, entre los que se encuentran los Estados miembros de la Unión Europea, parecen decididos a traspasar los límites de la retórica y situar a los ciudadanos en el centro de sus respectivos sistemas político-administrativos. Una manifestación de esta nueva situación es que los altos cargos de los Gobiernos y las Administraciones públicas sean considerados como servidores de los ciudadanos y estén sometidos a un riguroso código regulador de sus conductas; un estatuto que se aproxime al estatuto de los empleados públicos. Un estatuto integrado por los principios y reglas que deben regir sus conductas, procedimientos para supervisar dichas conductas y un procedimiento sancionador exigente. Es decir, más allá de la posibilidad de cesar a los altos cargos como la única sanción de sus conducta, que se otorgaba a los máximos responsables políticos en relación con sus subordinados, la Ley 19/2013 que comentamos supone la iniciación de una etapa en la línea antes apuntada.

Sin embargo, la Ley 19/2013 es una ley incompleta en varios sentidos. Por una parte, olvida que el buen gobierno no puede quedar reducido a la regulación de las conductas de los altos cargos, pues el buen gobierno es el que persigue el

sentante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

cumplimiento de las misiones que la Constitución atribuye a los poderes públicos que deben realizarse de acuerdo con los valores y principios constitucionales. La Constitución de 1978 no es un texto neutral que permita cualquier modo de gobernar, sino que establece márgenes estrechos a los poderes públicos a los que encomienda la consecución de resultados concretos. La Ley 19/2013 es incompleta porque quedan fuera de la misma los miembros de los poderes legislativos y del poder judicial. La Ley 19/2013 es incompleta porque de su sola lectura no se deduce el entero estatuto de los altos cargos de los gobiernos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de los Entes Locales y de la inmensa mayoría de personificaciones públicas, ya que para alcanzar el contenido de dichos estatutos es preciso tener en cuenta otras muchas leyes. Finalmente, la Ley 19/2013 es incompleta porque de poco sirve establecer obligaciones a los altos cargos si no se crean organismos de supervisión que garanticen su cumplimiento. Y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ni tiene las competencias necesarias para llevar a cabo la mencionada supervisión, ni la composición que pueda hacer efectiva dicha supervisión, pues la mayoría de los integrantes de dicho Consejo forman parte de los organismos que deben someterse a supervisión, cuando debieran ser independientes orgánica y funcionalmente de los altos cargos que debieran supervisar.

La Ley 13/2013 no es suficiente para una democracia avanzada. Será preciso seguir dando pasos normativos en la línea de responsabilizar a los cargos públicos para que sean efectivos servidores de los ciudadanos.