
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

La Vuelta al Derecho Administrativo (a Vueltas con lo Privado y lo Publico)

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo y actual Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas

Sumario: **I** Introducción - **II** Interes general y Derecho Administrativo - **III** El artículo 103 de la Constitución española - **IV** La huida del Derecho Administrativo - **V** Nuevas tendencias en las ciencias sociales - **VI** La función garantizadora y aseguradora de los poderes publicos - **VII** El nuevo Derecho Administrativo constitucional - **VIII** La vuelta al Derecho Administrativo

I Introducción

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cuál debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho Unico sobre el que debe girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos vinculados al interés general, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso.

Las líneas que siguen, escritas en diferentes momentos, tienen, sin embargo, un hilo conductor: la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional, lo que trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que ya han pasado a la historia, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección

de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también “mutatis mutandis” a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la clase social emergente, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, debe estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la

justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja la tarea, ya iniciada hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que la hoy que encajan mal con la cotidianidad. No se trata, de ninguna manera, con una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro, no, se trata de estar pendientes de la realidad y de las arenas movedizas de la política para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones que. El Derecho Administrativo, desde este punto de vista, lejos de perder su textura y plasticidad, se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz, aunque breve, definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a eliminar todas aquellos privilegio y prerrogativas que no se compadecen

con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más conscientes de su posición institucional en el sistema democrático.

II Interes general y Derecho Administrativo

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoque más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración, ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento en el Gobierno. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, “potestas variandi”, potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede apear de la misma manera que en el siglo XIX por

la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, promoverlos incansablemente.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de una Administración pública, para mí lo verdaderamente determinante de la presencia del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto de los servicios de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que

traslucían algunas novelas de Pio Baroja sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pudiera afirmar sin titubeos que la Administración, hoy en España, ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con subrayar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos, un contexto de equilibrio poder-libertad en lugar de hacer girar la explicación del entero Derecho Administrativo sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas, amarrándose a la cómoda perspectiva de la exorbitancia de quien tiene a su cargo la gestión y defensa del interés general.

En este sentido, siempre me ha parecido de gran clarividencia un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirma que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas desde el equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido

adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otros coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

III El artículo 103 de la Constitución española

El marco en el que debe explicarse el Derecho Administrativo Español, se encuentra en la Constitución de 1978. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece sentenciado con su habitual perspicacia Otto Mayer. Y, como señalara el juez Werner, en esta línea, el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

Un vez superadas las lógicas polémicas iniciales que se produjeron entre nosotros tras la aprobación de la Constitución entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, debe reconocerse que las líneas maestras sobre las que debe pivotar el Derecho Administrativo del presente se encuentran en el conjunto de criterios, parámetros, vectores y principios que están reconocidos en nuestra Constitución.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, que no analizar dada la naturaleza de este trabajo, los artículos 9, 10, 24, 31 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos de acuerdo con el marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “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”.

La Administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser seres humanos quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente “in crescendo” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy elocuente sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de

servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración más bien autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratando del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio, se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Derecho a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido y no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está ínsito en la utilización de fondos públicos para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación administrativa.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privada no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración justifique racionalmente porque en determinados casos acude al Ordenamiento privado.

El artículo 103, para terminar el epígrafe, debe ser el precepto de cabecera de los reformadores de la Administración pública. Cuestión que, en España, todavía precisa de nuevos impulsos pues, a pesar de que todos los gobiernos han intentado mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, la realidad, mal que nos pese, nos enseñe que todavía la opinión de la ciudadanía en relación con la Administración pública dista de ser la que cabía esperar del marco constitucional y del tiempo transcurrido desde 1978.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica...son reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza estaremos perdiendo el tiempo y tirando el dinero. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la Administración pública sea central en la reforma y modernización permanente de la Administración pública.

La caracterización de objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca

siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978 no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

IV La huida del Derecho Administrativo

Seguramente, desde que se abren las puertas de la Administración pública al Derecho Privado con ocasión de la prestación de forma indirecta de determinados servicios públicos, la pretendida huida del Derecho Administrativo late sobre las diferentes explicaciones que podemos encontrar en la historia de nuestra área de conocimiento.

Para unos, que pueda siquiera mentarse en el ámbito de la Administración pública el Derecho Privado, o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas, constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un Derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el Ordenamiento propio, privativo y específico de la persona jurídica

Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública, prácticamente ausentes de un Derecho Administrativo de corte autoritario que protege y se apoya sobre los privilegios y prerrogativas, no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

Frente a ambas posiciones extremas, surge una nueva perspectiva, en mi opinión con base suficiente en el artículo 103 de la Constitución, según la cuál, lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El artículo 103 se refiere a sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión como esta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho Privado. Eso sí, cuando lo haga debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho común sigue siendo el Derecho Administrativo.

Es bien sabido que en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia, del “management”, encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en orden a realizar las reformas normativas que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una forma relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y lo público sinónimo de ineficiencia e ineficacia.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esta

época: destierro del Derecho Administrativo, preferencia por el Derecho Privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del Derecho Administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al Derecho Privado.

El fenómeno se manifestó, pues, en el gusto por la gestión de lo público a través de la flexibilidad y eficiencia del Derecho Privado, bien sea relajando los sistemas de control de la intervención del Estado, bien sea creando toda suerte de sociedades y entes públicos sometidos al Derecho Privado o bien asumiendo “in toto” los paradigmas de la gestión privada para la dirección y gestión de lo público.

Por lo que se refiere a la relativización de los sistemas de control interno de la actividad administrativa, los resultados no dejan demasiadas dudas sobre el tema. Es verdad que la actividad de intervención debe reducirse a su ámbito propio, que no es desde luego el jurídico ni el político o de oportunidad, pues no pocas veces en los informes de algunos interventores se encuentran resquicios de esta forma anticuada de entender lo público. En mi caso personal, tras catorce años de experiencia en actividades de dirección pública debo manifestar que, a pesar de los pesares, los interventores con los que me he encontrado siempre han expuesto sus razones para sus informes y siempre, y esto era para mí lo más importante, siempre, si había algún error de naturaleza financiero, contable o presupuestario, buscaban la manera de ofrecer alternativas de gestión. En cualquier caso, el dilema que tantas veces se plantea al directivo público en el marco de la tensión entre legalidad y eficacia, se resuelve no desde el pensamiento único, sino desde la complementariedad, lo que requiere no poco talento.

La proliferación de entes instrumentales para la gestión de actividades públicas con sometimiento al Derecho Privado no sólo debe entenderse como un notable aumento de influencia del Derecho Privado en lo público, que lo es, sino, sobre todo, como algo profundamente paradójico en la medida que a través de esta vía se ha producido un sobresaliente incremento de la presencia de los poderes públicos en la sociedad. Es decir, mayor intervención de los poderes públicos en la vida social con el concurso del Derecho Privado. En este sentido, puede comprenderse bien la afirmación de algunos analistas sociales cuando señalan que ha

sido precisamente el Estado de bienestar, en su concepción clásica, quién más ha tenido que ver con la desafortunada, en mi opinión, invasión de lo privado en lo público. Claro que muchas actividades económicas que están en manos públicas debieran pasar al sector privado. Claro que es necesario un razonable proceso de simplificación y refundición normativa, y, si se quiere, un proceso de revisión de la normativa existente en muchos aspectos. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que de lo que se trata es de que se presten mejor los servicios de interés general y que se promuevan los derechos de los ciudadanos.

La introducción de los sistemas de gestión privada en el ámbito público, siempre que se produzcan de manera coherente con la propia esencia y naturaleza de la gestión público, no ofrecen mayores problemas. Es más, me atrevería a afirmar que existe un núcleo básico de la gestión y dirección de organizaciones e instituciones que es común a la dimensión privada y a la pública. Lo que, sin embargo, no siempre se tiene presente es que el ciudadano no es cliente al modo empresarial privado, que la publicidad tiene una caracterización singular en lo público y, sobre todo, que la selección del personal debe hacerse en un contexto de mérito y capacidad.

Por tanto, hemos de registrar un proceso de huida del Derecho Administrativo a través de diferentes caminos especialmente destacado en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado. En el presente, parece que está volviendo al primer plano otra vez un nuevo Derecho Administrativo que es, en alguna medida reacción ante los desaguisados producidos por esta alocada huida y también consecuencia de una nueva forma de aproximarse a los problemas que hoy se plantean en las Ciencias sociales.

V Nuevas tendencias en las ciencias sociales

Hace unos años Michael Crozier señaló que, a su juicio, todos los procesos de reformas y modernización de la Administración pública fracasados tenían un denominador común: la escasa preocupación por el papel central en el sistema del ciudadano. Es más, quienes hemos tenido cierta experiencia en la conducción de la reforma administrativa bien podemos atestiguar de la verdad de este aserto y, también, de las dificultades prácticas para su cumplimiento. El ciudadano, en efecto, debe ser el centro de las reformas administrativas y, también, debe ser el centro del Derecho Administrativo desde un entendimiento equilibrado y razonable del interés general en los términos ya planteados en este trabajo.

Hasta ahora, bien lo sabemos y bien lo hemos experimentado años atrás, el papel protagonista lo tenía la propia Administración y sus fenomenales privilegios contemplados tantas veces desde la unilateralidad y desde una peculiar manera de entender el interés general. Así, no era infrecuentemente que la interpretación en cada caso de lo que deba ser el interés general se cerrara sobre el entramado burocrático expulsando cualquier posibilidad de apertura a la vitalidad de lo real. Así las cosas, hoy las modernas tendencias para el estudio y análisis de las Ciencias sociales parecen situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, lo que para el tema que ahora nos ocupa tiene, también, gran relevancia en la medida que nos ayuda igualmente a acercarnos al Derecho Administrativo sin prejuicios.

El pensamiento abierto está en las antípodas del pensamiento cerrado, propio de las versiones petrificadas del Derecho Administrativo que son patrocinadas desde el inmovilismo y la resistencia a los cambios que la realidad, la testaruda realidad, una y otra vez se encarga de ponernos delante de nuestros ojos. El pensamiento abierto me parece que mucho tiene que ver con una actitud metodológica de generosidad para aceptar la realidad tal y como es, sin pretender leerla desde diferentes teorías que, lejos de adaptarse a la propia realidad, buscan que la realidad se adapte a ellas. De ahí que un excesivo apegamiento a las teorías que tradicionalmente han explicado el sentido y alcance de muchas instituciones, hoy es probable que dificulte entender los cambios y la presentación de numerosas instituciones en la realidad. Quizás, también en el Derecho Administrativo Español, como en tantas otras manifestaciones de la Ciencia jurídica sea preciso una cierta liberación de prejuicios o estereotipos propios de otras épocas y otros momentos en los que, insisto, su itinerario se asentaba sobre un modelo de Estado y sociedad bien distintos a los de hoy.

Lógicamente, el pensamiento abierto es un pensamiento plural en el que el ejercicio de la libertad del investigador, sus análisis le llevarán por el camino que sea menester, sin que la existencia de dogmas mutilen su tarea científica, siempre en el marco de las técnicas propias del Derecho Administrativo. El pluralismo es el resultado del ejercicio de la libertad de investigación y es una expresión de la vitalidad y dinamismo de la realidad. Dinamismo que, hoy por hoy, no es sólo una característica cierta del mundo en que vivimos, sino que, además y lógicamente, impregna el ambiente de las instituciones, categorías y conceptos de las Ciencias sociales, el Derecho

Administrativo entre ellas. Quizás, en ocasiones ese dinamismo sea un tanto desproporcionado y, en ocasiones, de al traste con aproximaciones razonables del sentido y alcance de determinados conceptos. Es decir, el dinamismo no justifica por sí mismo el cambio de orientación y de rumbo de la funcionalidad de numerosas instituciones del Derecho Administrativo, puesto que los cambios y reformas que contemplamos casi a diario no son ni certificados de calidad ni patentes de curso de legitimidad académica. Es más, tantas veces no son más que la expresión de una manera radical de entender los cambios, que lejos de postular, cuando proceda, determinados aspectos susceptibles de mejora, propician transformaciones revolucionarias, hoy sin sentido. De todas maneras, es conveniente, a mi juicio, registrar que el pensamiento dinámico puede suministrar buenos caminos para entender la proyección del Derecho Administrativo sobre el mundo en que vivimos. Además, no podemos olvidar que el llamado pensamiento estático debe ser puesto en cuestión ya que, de alguna manera, las instituciones operan sobre la realidad, no sobre la abstracción, y el investigador del Derecho Administrativo debe navegar en el mundo real, sin que, por otra parte, la realidad le condiciones del tal manera que pierda el sentido crítico necesario para señalar las tachas que, tantas veces, el BOE expresa como consecuencia de lo apresurado de la producción normativa de la Administración.

En España tenemos un modelo de Estado compuesto, coloquialmente denominado Estado de las Autonomías, en el que efectivamente existe una pluralidad de Administraciones con competencias propias para la gestión de sus respectivos intereses. Siendo de competencia estatal las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, dice el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas. Igualmente, es de competencia del Estado el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como la legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Por tanto, a la hora de estudiar las instituciones, como se viene haciendo desde 1978, es necesario tener muy presente el contexto constitucional de forma y manera que se preserve, en el contexto de las especialidades organizativas de cada Comunidad Autónoma, el

tratamiento común que se debe ofrecer a los administrados, cuya regulación, por razones obvias, se encuentra en manos del Estado.

Otra característica, a mi juicio relevante, de las nuevas tendencias observadas en las Ciencias sociales, se refiere al pensamiento compatible o complementario que, ciertamente, tan conectado se encuentra con lo que hemos llamado pensamiento único. Sistema que, en el caso que nos ocupa, reclama la existencia del Derecho Administrativo clásico como único Ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración pública como tal o en perspectiva instrumental. Para esta manera de contemplar la realidad administrativa, la Administración en cuanto dueña del interés general requiere un Derecho especial construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan la existencia de la Administración pública y que le permiten la gestión de los intereses generales. Desde este punto de vista, la unilateralidad del privilegio y la prerrogativa se extiende sobre todo el amplio mundo de la acción administrativa originando un conjunto de relaciones jurídicas peculiares que han tenido en la exorbitancia la nota más características. Es decir, lo importante y relevante del Derecho Administrativo en esta concepción es la Administración y sus privilegios. Sin embargo, la llegada de la Constitución y del sistema democrático a España en 1978 ha abierto quiebras bien grandes en todo esta construcción de manera que, al entenderse, como hemos señalado anteriormente, el interés general de manera que el protagonismo se desplace hacia los ciudadanos, nos encontramos con que, efectivamente, el nervio que ha de discurrir por todos los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo pasa de la prerrogativa a la garantía de los derechos de los ciudadanos, particulares o administrados. Pero, no es que se anulen las potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración, sino que precisamente esas potestades se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto el Derecho Administrativo, como ha señalado agudamente González Navarro, es el Derecho del Poder para la libertad sintetizando certeramente el sentido del Derecho Administrativo en el marco constitucional y teniendo presente el sistema del pensamiento compatible o complementario.

Desde esta metodología del pensamiento moderno puede entenderse bien que entre conceptos que enfrentó en su día el pensamiento ideologizado, variante del pensamiento único, como público y privado,

hoy, más que barreras infranqueables, encontramos puentes que ayudan a entender en clave de complementariedad dichas realidades. Es más, me atrevería a firmar que incluso el concepto moderno de libertad lleva ínsito, en su misma esencia, la idea de solidaridad y, por supuesto viceversa.

Desde los postulados de las modernas tendencias de las Ciencias sociales encontramos nuevos caminos para buscar los espacios de equilibrio entre poder y libertad sobre los que asentar las modernas instituciones del Derecho Administrativo Constitucional. En esta tarea llevamos ya algunos años trabajando. No es fácil ni sencilla porque el peso de la tradición y el necesario sentido del principio de conservación y continuidad de las instituciones demandan planteamientos abiertos, plurales, dinámicos y complementarios en el marco del servicio objetivo al interés general, principal tarea que la Constitución encomienda a la Administración y que tanto tiene que ver con el Derecho Administrativo

VI La función garantizadora y aseguradora de los poderes públicos

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Más adelante, el artículo 9.2, como ya hemos tenido ocasión de señalar, dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Magna, atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el Derecho Administrativo en cuanto Ordenamiento regulador del régimen

de los poderes públicos tiene como espina dorsal la contemplación jurídica del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 27.3 dispone que “los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Precepto que expresa la dimensión de la libertad educativa aplicada sobre los padres. Garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, siguiendo el artículo 9.2 de la Carta Magna implica una disposición activa de los poderes públicos a facilitar la libertad. Es decir, se trata de que la Administración establezca las condiciones necesarias para que esta libertad de los padres se pueda realizar con la mayor amplitud posible, lo que contrasta, y no poco, con los intentos de cierta tecnoestructura que todavía piensa que el interés general es suyo, encomendando el ejercicio de dicha libertad a órganos administrativos. Promover, proteger, facilitar, garantizar o asegurar las libertades constituye, pues, la esencia de la tarea de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, la actuación administrativa de los poderes públicos debe estar presidida por estos criterios.

Más intensa, todavía, es la tarea de garantía y aseguramiento de los principios rectores de la política económica y social. En este sentido, el artículo 39 de la Constitución señala en su párrafo primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es decir, el conjunto de los valores y principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la familia, deben ser garantizados por los poderes públicos, ordinariamente a través de la actividad legislativa y, sobre todo, desde la función administrativa pues la ley está

para lo que está, y no se puede pedir al legislador que contemple todos los supuestos habidos y por haber. Protección de la familia, promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (artículo 40). Garantía de un sistema público de Seguridad Social (artículo 41), protección de la salud (artículo 43), derecho al medio ambiente (artículo 45), derecho a la vivienda (artículo 47)... En todos estos supuestos se vislumbra una considerable tarea de los poderes públicos por asegurar, garantizar, proteger y promover estos principios, lo que, pensando en el Derecho Administrativo, supone un protagonismo de nuestra disciplina desde la perspectiva del Derecho del poder para la libertad, insospechado años atrás.

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y derechos fundamentales: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Pienso que para un profesor de Derecho Administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está recogido bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cuál nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales por parte de todos los españoles.

Esta reflexión empalma perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que, como señalé con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas. Tanto que se puede llegar a definir, de una manera breve y esquemáticamente el Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad.

Como es sabido, los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional”(sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son “elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”(sentencia del

Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”(sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianeidad. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos de la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros Pérez Luño. Quizás, como apuntaba antes, sea la consecuencia de la interpretación del artículo 53 de la Constitución en su aplicación dinámica sobre la acción administrativa.

Ahora, cuando la Administración actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política”(sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tanta s y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes los derechos fundamentales, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, dudoso, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, expropiación forzosa, puede ser que su ejercicio deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

VII El nuevo Derecho Administrativo constitucional

El marco del Derecho Administrativo, ya lo hemos señalado, no puede ser otro que la Constitución, de manera que las instituciones, categorías y conceptos que configuran nuestra disciplina encuentran sus pilares y fundamentos en la Constitución de 1978. Pilares y fundamentos que, en mi opinión, se encuentran en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 9, 10, 24, 31, 53 y 103.

Del preámbulo, pienso que podemos entresacar algunos conceptos jurídicos indeterminados que la soberanía nacional ha querido que quedaran para la posteridad, tales como “orden económico y social justo”, “imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, o “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Se trata de que en el desarrollo del Derecho Administrativo moderno se tenga bien presente que la economía esta modulada por la justicia, que el principio de legalidad es columna vertebral del sistema sin que, por ello, los supuestos de deslegalización o la proliferación de reglamentos independientes no produzca una desnaturalización de la sustancia constitucional del Derecho Administrativo. Igualmente, la facultad de dictar Decretos-Leyes debe operarse de forma extraordinaria, la urgencia en las expropiaciones también debe ser excepcional y, en general, el sometimiento de la Administración a los procedimientos ordinarios establecidos en las Leyes ha de ser el supuesto normal. También en el preámbulo se reconoce la protección de los derechos humanos, elemento central del Ordenamiento jurídico. Se prevé, en el mismo precepto, la protección de los pueblos de España en el ejercicio de su identidad colectiva expresada en los hechos diferenciales derivados de la lengua, la cultura, la lengua o las instituciones propias. Llama la atención que el parágrafo en que se trata de los derechos humanos es el mismo que el dedicado al reconocimiento de las singularidades de los Entes autonómicos, como si el constituyente quisiera advertir la necesidad del pensamiento abierto y plural que hace compatible el derecho fundamental de la persona con los derechos derivados de las identidades colectivas. Finalmente, por lo que se refiere al preámbulo, deberemos de referirnos a esa magna tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos, cuál es la de asegurar a todos una digna calidad de vida

Por lo que se refiere al artículo 1, debemos destacar que en él se recoge la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que, como

queda señalado, debe entenderse, desde mi punto de vista, de acuerdo con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. De ahí que, en esta perspectiva, la tendencia del Estado a apropiarse de la sociedad a través de la interpretación unilateral y tecno-estructural del interés general, debe superarse hacia planteamientos en los que la función de los poderes públicos asuman posiciones de búsqueda compartida del propio interés general teniendo presente la presencia de cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado y, por ello, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entendida desde estos parámetros encuentra su lógico desarrollo, por lo que se refiere a nuestro tema, en algunos de los preceptos que comentaré a continuación, como el 9.2 o el 53 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 9, señalar que en el párrafo primero se consagra el sometimiento pleno y total de la actividad de los poderes públicos a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico, eliminando cualquier vestigio que pudiera quedar de la etapa preconstitucional en relación con la existencia de espacios opacos al control judicial o exentos del mismo, tal y como ha venido ocurriendo hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con los llamados actos políticos. Sin embargo, lo más relevante a los efectos de este trabajo, se encuentra en el párrafo segundo pues establece el llamado principio promocional de los poderes públicos. Principio que tiene una dimensión positiva y otra negativa. La negativa se refiere a la remoción de obstáculos que dificulten el ejercicio de la libertad y la igualdad por los ciudadanos individualmente considerados o en los grupos en que se integren. Y, la positiva alude a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia, que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo Derecho Administrativo que la propia realidad nos muestra cotidianamente. Primero, porque el precepto encomienda al Derecho Administrativo el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndole en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, de otra parte, el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto impide a la

Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y a los grupos en que se integran, el ejercicio de la libertad y la igualdad. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad.

En el artículo 10.1 encontramos una declaración solemne en la que el constituyente señala, con toda solemnidad, cuales son los fundamentos del orden político y la paz social, conceptos obviamente estrechamente vinculados a lo que puede entenderse por interés general constitucional: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por tanto, desde otra perspectiva, nos encontramos con que, efectivamente, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales de la persona se nos presentan en el marco de lo que puede entenderse por interés general y, por ello, como componentes esenciales de un Derecho Administrativo concebido como Derecho del poder para la libertad. Quizás, así pueda comprenderse mejor el alcance de la jurisprudencia constitucional citada así como algunas afirmaciones de la doctrina científica que no han dudado en destacar el interés general en la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 24. 1 de la Constitución española es, probablemente, uno de los preceptos que más incidencia ha tenido y está teniendo en la transformación del Derecho Administrativo a la Constitución. Esto es así porque un Derecho Administrativo montado sobre la autotutela necesariamente choca, y a veces frontalmente, con una disposición que reza: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Los términos del artículo son bien claros y requieren de la revisión de algunos dogmas del Derecho Administrativo en que se confiere a la propia Administración pública la condición simultánea de juez y parte. Ahora, la tutela más importante está radicada en los tribunales y, por otra parte, la prohibición de la indefensión nos plantea no pocos problemas con interpretaciones unilaterales de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa. De ahí, por

ejemplo, el impacto que ha tenido este precepto en la construcción de una justicia cautelar que sitúe en un contexto de equilibrio estos dogmas con el fin de que, efectivamente, el Derecho Administrativo sea el Derecho del Poder para la libertad.

El artículo 31.2 dispone “ el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Traigo a colación este precepto porque desde el punto de vista jurídico establece algunos criterios constitucionales que están muy conectados con el funcionamiento de la Administración pública, y por ello, del Derecho Administrativo. La equidad en la asignación del gasto público trae consigo muy importantes consideraciones en toda la teoría de la planificación. En el mismo sentido, los criterios de eficiencia y economía ayudan a entender el significado de determinadas políticas públicas instrumentadas a través del Derecho Administrativo que desconocen el contenido general de estos principios o parámetros constitucionales.

Por su parte, el artículo 53.3 ya aludido anteriormente, como corolario necesario de la cláusula del Estado social de Derecho, dispone, en sede de garantías de libertades y derechos fundamentales, nada menos que los principios rectores de la política social y económica “ informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Es decir, los poderes públicos, además de estar vinculados por los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE) deben tener presente en su actuación los principios rectores señalados en los artículos 39 a 52 de la Constitución.

Y, finalmente, el artículo 103. 1 dice, como bien sabemos, “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”. En este precepto se encuentran, a mi juicio, los elementos centrales que deben integrar las matrices del Derecho Administrativo Constitucional: instrumentalidad, objetividad e interés general. Por lo que se refiere al sometimiento a la Ley y al Derecho; esto es, al entero sistema jurídico, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 106. 1, también de la Constitución: “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Así, puede decirse que, en efecto, el Derecho Administrativo bascula sobre el concepto del interés general que,

además de definir esencialmente lo que debe ser la actuación administrativa, constituye, igualmente, un relevante patrón de enjuiciamiento de la función judicial en relación con la actividad administrativa. No es baladí, pues, que el interés general adquiera tal protagonismo porque, como veremos enseguida, el Derecho Comunitario Europeo acaba de alumbrar algunos nuevos conceptos rubricados con esta metodología que vienen a ser, en alguna medida, conceptos deudores de una nueva interpretación y entendimiento de lo que está empezando a ser el nuevo Derecho Administrativo.

VIII La vuelta al Derecho Administrativo

En efecto, la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo Derecho Administrativo como Derecho del poder para la libertad. Sólo con situarnos en el mundo del denominado del servicio público, comprobamos el alcance y la dimensión de la eclosión de una nueva regulación de corte administrativa que surge por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, antaño objeto de monopolio.

La consecuencia de los cambios viene, insisto, de la mano de la realidad y de la fuerza de la libertad solidaria en el contexto del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Por ello, en el marco de la Unión Europea, el concepto tradicional de servicio público al que acompañan los dogmas de la titularidad pública y la exclusividad tenía poco que hacer porque el espacio europeo hoy es un espacio que no comulga ni con los monopolios ni con una consideración unilateral del interés general. Probablemente por eso, cuando se alumbra el concepto de servicio de interés general para caracterizar los nuevos servicios públicos europeos susceptibles de explotación económica, una parte significativa de la doctrina científica pensó que el cielo se nos venía encima, que había que preparar ya un digno funeral al Derecho Administrativo y que tendríamos que defendernos con uñas y dientes frente a un invasor dispuesto a desmontar, una por una, todos los conceptos, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, nos encontramos con una mayor regulación administrativa consecuencia de la necesidad de garantizar las denominadas obligaciones de servicio público de dichos servicios de interés general.

Lo que está pasando en este sector demuestra, a mi juicio, que estamos ante un nuevo Derecho Administrativo más sensible a la realidad y

más comprometido con el marco constitucional. En el caso europeo, es bien sabido que cuando se estaba buscando una denominación adecuada para configurar el concepto de los nuevos servicios públicos en un mundo de libre competencia, no pareció oportuno ni mantener la expresión francesa, porque ya no respondía a la realidad, ni tampoco el término anglosajón “public utilities” en la medida en que tampoco se era partidario de la regulación mínima. Se encontró un concepto que recogió la mejor de la tradición francesa y lo mejor de la tradición anglosajona y, así, desde una perspectiva de integración apareció el nuevo concepto.

Es verdad que al principio la jurisprudencia comunitaria se dejó guiar quizás por una interpretación demasiado economicista, para, más adelante, emprender un camino, espero que sin retorno, en el que el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación.

En el Derecho Administrativo español nos encontramos, en materia de sectores regulados, además que con la existencia de Administraciones independientes encargadas de velar por la competencia en el sector, con normas administrativas que establecen obligaciones de servicio público. Esto es, Derecho Administrativo para preservar el interés general.

En la medida en que se abren a la libertad espacios antes dominados por el monopolio, el Derecho Administrativo está llamado a jugar un importante papel. En la medida en que ahora la Administración, y todos los poderes públicos, tienen la misión constitucional de hacer posible la libertad y la igualdad, nuevo Derecho Administrativo. En la medida en que la autotutela administrativa ha de ser compatible con la tutela judicial cautelar, nuevo Derecho Administrativo. En la medida en que la autonomía y la unidad, junto a la integración y a la solidaridad, caracterizan nuestro modelo de Estado, nuevo Derecho Administrativo. En fin, en la medida en que la acción pública ha de estar impregnada por la promoción de los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, nuevo Derecho Administrativo.

Vuelve el Derecho Administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriva de la Constitución. La huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el Derecho Privado como Ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia

de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación.

Sí, nuevo Derecho Administrativo, pero desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

Rodríguez-Arana, Jaime. La Vuelta al Derecho Administrativo (a Vueltas con lo Privado y lo Público). *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 11-39, abr./jun. 2005.