
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 1-253, jan./mar. 2006

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 Delpiazzi
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. 2006

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: Luís 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

El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo y presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Palavras-chave: Constituição, países da União Européia ; Direito Administrativo, conceito

El concepto de Derecho Administrativo ha estado, históricamente, vinculado a la existencia de intereses o necesidades colectivas por un lado y, por otro, a la emergencia de una persona jurídica precisamente encargada de gestionar lo colectivo, lo general. Para unos, lo determinante sería la persona jurídica Administración pública. Y, para otros, lo decisivo serían los intereses comunes. Los primeros (subjetivistas), entienden que la clave de bóveda para entender el Derecho Administrativo es la existencia de un sujeto que, para atender y gestionar lo público, debe disponer de un conjunto de potestades especiales que le permitan cumplir cabalmente su tarea. Así nace la teoría de los privilegios o prerrogativas de la Administración pública como presupuesto necesario para garantizar el interés general, el bien general. La ejecutividad de los actos administrativos, la “*potestas variandi*”, “la presunción de legitimidad” de la actuación administrativa..., son, por tanto, elementos centrales de la construcción científica de una rama del Derecho Público que, esencialmente, se define como el Derecho de la Administración pública.

Debe llamarse la atención sobre la existencia, desde el principio, de potestades y poderes que exceden el régimen ordinario y que acompañan la actuación de la Administración. Dichos poderes, mejor que prerrogativas y privilegios, deben justificarse siempre desde una posición de servicio objetivo al interés general, concepto que, como veremos, requiere de lineamientos entendidos en el marco de una continua y constante relación entre el Estado y la Sociedad.

Por su parte, algunos defienden que el vector principal del Derecho Administrativo reside, no en elementos subjetivos, sino en el punto de vista objetivo o material. Entonces resulta que el Derecho Administrativo es un Derecho Público que regula la gestión de los intereses colectivos. Lo fundamental no es tanto quien gestiona, porque para esta aproximación

al Derecho Administrativo el objeto es antes que el sujeto ya que el sujeto existe en la medida en que hay actividad o materia. Es decir, un Ministerio de Sanidad sólo tendría sentido en la medida en que hubiera necesidades sanitarias.

A lo largo del tiempo y desde muy diferentes puntos de vista (poder, servicio público, interés público, organización...) se ha intentado ofrecer una definición con pretensiones de validez universal del Derecho Administrativo. Sin embargo, probablemente esta tarea requiera de una perspectiva de integración y de complementariedad en relación con los llamados elementos centrales para la definición del Derecho Administrativo.

En el proceso de definición del Derecho Administrativo, como en cualquier cuestión del tiempo presente, no es difícil, ni mucho menos, encontrarse con posiciones dominadas por el pensamiento único, estático, unilateral o incompatible. Sería el caso de versiones subjetivas y objetivas radicales. Posiciones que, por otra parte, en la versión más extrema no se encuentran en la realidad de las cosas. Por eso, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible podemos encontrar aproximaciones al Derecho Administrativo más realistas que subrayen la dimensión subjetiva-objetiva en función de la consecución del interés general. Es decir el Derecho Administrativo sería el Derecho que regula la función administrativa en orden a la garantía del interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

Ciertamente, hoy ya no podemos reducir el Derecho Administrativo a la Administración pública en sentido estricto ya que relevantes órganos constitucionales realizan determinadas actuaciones sujetas al Derecho Administrativo que deben ser también tenidas en cuenta, por lo que la expresión función administrativa recoge esta situación y también las relaciones que se producen "ad extra", con los ciudadanos.

Esta definición del Derecho Administrativo nos sugiere de inmediato la relación de este sector del Derecho Público con la máxima representación de la ordenación de la vida colectiva de un pueblo: la Constitución. En efecto, hace mucho tiempo OTTO MAYER sentencia que el Derecho Constitucional pasa y que el Derecho Administrativo permanece. Esto es, que el Derecho Administrativo se enmarca en el contexto constitucional y que, por ello, las instituciones propias y peculiares del Derecho Administrativo hunden sus raíces en el texto constitucional, ya que, como también señaló WERNER, el Derecho Administrativo es el Derecho

Constitucional concretado. Sí, el Derecho Administrativo debe partir de la principal fuente del Derecho, la Constitución. En ella se encuentran los vectores, parámetros, criterios y principios que han de presidir el entero régimen jurídico de todas y cada una de las categorías e instituciones del Derecho Administrativo.

Ahora, con la próxima entrada en vigor del Tratado que instituye una Constitución para Europa, a referéndum y ratificación en los países de la Unión, es menester empezar a hablar de un nuevo Derecho Administrativo Constitucional Europeo, en el que encontraremos los parámetros para definir las diferentes instituciones y elementos del Derecho Administrativo Europeo. Tendremos, entonces, un Derecho Administrativo Español, construido desde la Constitución española y un Derecho Administrativo Comunitario que se desprende de las diferentes normas de la Constitución europea y que ha de remover también las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo interno, sobre todo en lo que se refiere a la materia competencial, pues los principios del Estado social y democrático de Derecho de la Constitución española de 1978 se inspiran en la manera europea de entender el Derecho Público y sus instituciones, por lo que, en esta parte, no encontraremos sustanciales diferencias, sino lógicas semejanzas y analogías, especialmente en la materia de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, explicar el Derecho Administrativo desde la Constitución, estarea que, además de ser necesaria en atención a la posición jurídica de la primera de nuestras fuentes de Derecho, responde a la esencia eminentemente instrumental y relativa que ha caracterizado, caracteriza y caracterizará al Derecho Administrativo. El nexo central de las instituciones y categorías del Derecho Administrativo, se encuentra, para cada momento y circunstancia, en la norma que señala el modelo y el régimen de convivencia colectivo que preside cada etapa histórica.

Sabemos bien que el terreno sobre el que siempre se ha movido el Derecho Administrativo ha sido, es y será, movedizo y, por ello, mudable, pues el Ordenamiento jurídico administrativo — y también la propia Administración pública — tiene una clara dimensión instrumental en la medida que debe hacer presente y garantizar el interés general. Pero el interés general, que es un concepto jurídico indeterminado, probablemente admite diferentes entendimientos en función del módulo constitucional en el que nos encontremos. No es igual el concepto que se

puede manejar de Derecho Administrativo en el Estado liberal del Derecho, que la versión que puede plantear el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Veamos brevemente esta apasionante cuestión.

Desde su origen, que debe situarse en la historia misma de las necesidades públicas o colectivas, parece que el elemento central del Derecho Administrativo — el interés general — ha tenido distintos entendimientos. En el primer constitucionalismo, en el marco del Estado liberal de Derecho, el interés general era un concepto contrapuesto dialécticamente a los derechos fundamentales de la persona. El interés general, en un claro supuesto de pensamiento unilateral y estático, lo manejaba la propia Administración — y sus agentes — desde una posición de verticalidad, prácticamente aislada de la sociedad. Los derechos fundamentales no eran ni más ni menos que barreras de protección que permitían el libre desarrollo de las personas y, por ello, frontera infranqueable a la acción administrativa en uno u otro sentido. El funcionario tenía una posición privilegiada a la hora de interpretar y operar ese interés general que se circunscribía a un mundo cerrado y con muy pocas conexiones con la realidad. Se podría decir, muy resumidamente, que para el Estado liberal de Derecho, lo público era patrimonio de la Administración pública y lo privado de la empresa sin puentes ni elementos de integración. Que esto fuera así tiene mucho que ver con la emergencia, desde la burguesía ilustrada, de una férrea organización al servicio de la ejecución de la ley que se llamó burocracia y que, en contra de lo que puede parecer, aspiró desde el primer momento a una vasta y extensa intervención sobre la vida social.

En el Estado social y democrático de Derecho, las cosas ya no son, lógicamente, así. Distingamos el modelo originario y el modelo reformista. En el modelo del Estado social originario nace el llamado Estado de Bienestar y se produce una cierta invasión de lo público sobre lo social. El Derecho Administrativo se convierte en instrumento de este modelo y, por ello, todas sus instituciones se orientan a reforzar la posición de una Administración pública decidida a regular toda la vida de los hombres “desde la cuna a la tumba”. Podría, sin embargo, encontrarse una explicación a esta orientación en la necesidad de levantar un continente quebrado como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Es cuando la Administración pública, que siempre debe conservar su esencia medial e instrumental, adquiere una posición finalista y protocolaria por excelencia. El Estado de Bienestar se convierte en un fin en sí mismo y la burocracia

se convierte en el gran poder que maneja un interés general sólo accesible a una casta de privilegiados que invade hasta los últimos recodos de la vida social. Se decide, en todos los dilatados márgenes de la vida social, lo que es bueno o malo para los ciudadanos y se actúa en consecuencia. La actividad promocional del Estado, por ejemplo, dirigida a incentivar y despertar las energías sociales, se reconvierte en la principal arma para controlar a la sociedad. El gasto público se multiplica y, obviamente, en poco tiempo se comienzan a advertir los primeros síntomas de una crisis evidente. Aparece la tecno-estructura, se confunde el Estado con la sociedad y se gobierna desde un autoritarismo democrático que define el interés general al margen de los auténticos protagonistas, que son los ciudadanos.

Entonces entramos en la etapa reformista del Estado de Bienestar. Ahora, el bienestar se convierte en medio para promover los derechos fundamentales de los ciudadanos. El interés general se abre a un entendimiento de integración entre el Estado y los agentes sociales. Los funcionarios asumen su posición instrumental al servicio de la sociedad y, es lo más importante, el Derecho Administrativo se concibe como el Derecho del Poder para la libertad (GONZÁLEZ NAVARRO). El interés general fundamental reside ya en la promoción de los derechos fundamentales. Y, por tanto, el Derecho Administrativo, sin perder su concepción subjetiva y objetiva, a la vez, como las dos caras de la misma moneda, se convierte en un sector del Ordenamiento jurídico con un fuerte compromiso de hacer visible, a través de sus medios, los derechos de los ciudadanos.

Por lo que se refiere al proyecto de Constitución europea, el preámbulo es bien claro al señalar que la historia y tradición del viejo continente “desarrollan valores que sustentan el humanismo: La igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón...haciendo arraigar en la vida de la sociedad el lugar primordial de la persona y de sus derechos inalienables, así como el respeto del Derecho”. Por lo que se refiere al interés público comunitario, concepto que ha de presidir el sentido de todas las instituciones del Derecho Administrativo Comunitario, lo encontramos perfectamente establecido en el artículo 2 del proyecto, bajo la rúbrica de valores de la Unión: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación”. Valores que responden

a una tradición cultural plenamente vigente en la Europa occidental y que el proyecto de Constitución no hace más que recoger desde un planteamiento abierto y equilibrado. Por tanto, estos valores, concretados en los objetivos que apunta el artículo 3, son los verdaderos motores de la acción administrativa de la Unión, de forma y manera que toda su actividad debe reflejar estos principios y criterios.

El Derecho Administrativo Comunitario tiene una vertiente relevante, muy relevante en lo que se refiere a las relaciones jurídicas entre la Unión y los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los criterios que han de regir dichas relaciones intergubernamentales. En este sentido, el artículo 5 del proyecto de Constitución señala que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional, garantizando las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior. Es decir, el párrafo primero de este precepto reconoce los principios clásicos de los Estados miembros, de acuerdo con su estructura constitucional interna. Por ello, el Derecho Constitucional Comunitario respeta los principios constitucionales básicos de los Estados de la Unión y, de acuerdo con el párrafo segundo, proclama el principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados, como regla básica que habrá de regir sus relaciones jurídicas, lo que implica, como reza el párrafo tercero del artículo, que los Estados miembros facilitarán a la Unión el cumplimiento de su misión y se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines enunciados en la Constitución. Para el ejercicio de las competencias de la Unión, se seguirán las reglas de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, lo que da idea del profundo equilibrio que debe siempre haber en la práctica competencial, estableciéndose competencias exclusivas de la Unión y competencias compartidas, coordinando las políticas económicas y de empleo, la política exterior y de seguridad y articulando diversos mecanismos de apoyo, coordinación o complemento para el buen funcionamiento del sistema, siempre, como dispone el artículo 17 del proyecto desde el criterio de flexibilidad.

¿Cuáles serán las bases constitucionales de este Derecho Administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos

más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo, presupuestos que deben considerarse vigentes en el Derecho Constitucional Europeo una vez que se aprueba el Tratado que instituye una Constitución para Europa.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los Poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo. Que es garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados. Esta función promocional descansa en esa perspectiva dinámica del Estado de bienestar que, en mi opinión, se encuentra implícita entre los objetivos de la Unión cuando se refiere el artículo 3 del proyecto a la economía social de mercado altamente competitiva.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho. En esta materia de derechos fundamentales, el proyecto de Constitución europea incorpora la Carta europea de los derechos fundamentales, reforzando su protección. Así, el artículo II-1 señala que la dignidad humana es inviolable y será respetada y protegida.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente remozados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa para poner punto final al epígrafe dedicado al concepto del Derecho Administrativo. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero: “La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración: “sirve”. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídica pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajaría en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar, etc.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, que la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que en el particular 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, actuará sujeta al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos

en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que no quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen en todos los casos.

Por lo que se refiere a la peculiar interpretación de cómo ha de entenderse el interés público europeo, me parece de interés destacar que el artículo 46.2 del proyecto de Tratado señala que las Instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil, acogándose un criterio más bien propio de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, bien opuesto a las versiones tecnoestructurales que están todavía latentes en la burocracia comunitaria, y que no será fácil superar poco a poco.

Es clásico, a la hora de tratar sobre el concepto del Derecho Administrativo, hacer una breve referencia al llamado sistema continental y al modelo anglosajón. Como es bien sabido, suele señalarse que en el Reino Unido la Administración pública actúa como una persona jurídica más y el Derecho que le es de aplicación es el Derecho Privado, mientras que en Francia se trata de una persona jurídica dotada de potestades exorbitantes, el Derecho al que se somete es un Derecho especial. En el Reino Unido, el "rule of law" significa, ni más ni menos, la igualdad de todos, sin excepción, ante la ley, de forma que la ley admitida por los Tribunales ordinarios es la que juzga también la Administración. En Francia, el "regime administratif" es todo lo contrario, puesto que la Administración y sus agentes, como representantes de la nación, actúan investidos de fenómenos y privilegios. Además, en virtud de la separación de poderes tal y como se entiende en 1789, el Gobierno y sus funcionarios no se encuentran sometidos a los Tribunales Ordinarios.

En cualquier caso, la realidad comunitaria nos está demostrando, por ejemplo en el caso de los servicios públicos, que desde lo más profundo de la tradición de la libertad aparecen nuevos conceptos como el del servicio de interés general que, sin desterrar los principios clásicos, se adecuan mejor a los nuevos tiempos, en concreto a la idea de competencia, sin renunciar por ello, sólo faltaría a la presencia del Estado y los poderes públicos para garantizar el interés general. Esperemos que de estos planteamientos vean la luz nuevas aportaciones que ayuden a poner las instituciones

clásicas del Derecho Administrativo a la altura de los tiempos. Esta tarea será desde luego más fácil de acometer sí, como dispone el artículo 304 del proyecto de Tratado, las Instituciones comunitarias se dotan de una “Administración europea abierta, eficaz e independiente”. Es, desde luego, un trabajo que merece la pena y que, sin herir tradiciones jurídico-administrativas, sean capaces de extraer lo mejor de cada una.

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

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 11-20, jan./mar. 2006.