

LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA IDEA DE PARTICIPACION EN LA ADMINISTRACION

POR

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

SUMARIO: I. Las transformaciones de la Administración y los intentos de definición del Derecho administrativo.—II. Las sucesivas quiebras de las concepciones funcionalistas.—III. Las concepciones subjetivas, orgánicas y su crisis.—IV. La idea de participación como elemento para una nueva ruptura, la crisis de legitimación de la Administración Pública, el significado de la participación ciudadana para el Derecho administrativo.

I. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS INTENTOS DE DEFINICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se ha dicho con alguna frecuencia (y hay razones sobradas para avalar la afirmación) que es difícil encontrar una disciplina científica en la que, como en el Derecho administrativo, el tema del concepto se haya resistido más a una comprensión pacífica por parte de los autores; los criterios que éstos mantienen al respecto varían, en efecto, según coordenadas de tiempo y lugar; los especialistas de un mismo país discrepan, en ocasiones, radicalmente en sus concepciones y es difícil, en cualquier caso, dar con posiciones doctrinales que hayan logrado sobrevivir en su formulación original, durante un número más o menos corto de años.

Las causas del fenómeno son, desde luego, variadas, pero cabe destacar, de momento, una de ellas. Como, con toda precisión ha explicado RIVERO, una razón fundamental del desacuerdo de la doctrina es que ésta se ha empeñado en una tarea nada fácil de concluir y en exceso ambiciosa; los autores, en efecto, no se han conformado con delimitar el contenido de la disciplina haciendo mención de sus rasgos fundamentales o instituciones básicas, esto es, describiéndola, sino que se han lanzado a la búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la

disciplina y de dar cuenta acabada de sus singularidades. La aplicación de dicho criterio único a las instituciones y comportamientos jurídicos serviría para concretar en cada caso el ámbito del Derecho administrativo.

Pues bien, la ya larga historia de la búsqueda de un criterio único con arreglo al cual definir el Derecho administrativo, es a la vez la pequeña historia de sucesivas frustraciones, los intentos y construcciones doctrinales han sido muy variados, algunos extraordinariamente brillantes, y, sin embargo, han terminado siendo abandonados por inservibles por más que, durante algún tiempo, hubieran mantenido una posición hegemónica (son buen ejemplo de ello la historia del servicio público tiempo atrás o, en nuestros días, las tesis subjetivas u orgánicas). Ningún intento doctrinal ha sido un hallazgo definitivo; ninguno, tampoco, se ha visto libre de las críticas más duras: los defensores de las tesis orgánicas y subjetivas las reciben de los partidarios de la función administrativa y éstos no logran dar con la nota más característica de dicha función: el interés general, el acto ejecutivo, la *puissance publique*, el servicio público, la exorbitancia del Derecho común, se suceden en las preferencias doctrinales; las tesis negativas o residuales suelen ser rechazadas de plano, con radicalismos dogmáticos a veces no fácilmente justificables, pues, cuando menos, como afirmaba recientemente HERZOG, se ajustan al principal cometido de delimitar la actividad administrativa y, sobre todo, de separar el acto administrativo de los actos legislativos y judiciales. Todo parece, en fin, conducir a hacer razonable la duda sobre si es viable la definición del Derecho administrativo conforme a un criterio único; RIVERO, entre otros, concluye que dicho criterio no existe y que a lo más que hay que aspirar es a encontrar un conjunto vario de criterios con arreglo a los cuales sea posible determinar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo e identificar sus instituciones.

Sin embargo, quizá este excepticismo sea excesivo y sea más exacto explicar el fracaso de las sucesivas concepciones que del Derecho administrativo se han formulado con el tiempo, apelando no tanto a la imposibilidad de nuclear la disciplina en torno a un dato fundamental como a la pretensión de que éste sea perdurable y se mantenga sin quebranto, al margen de consideraciones sobre la evolución de la disciplina, o, lo que es lo mismo, pretender su inmutabilidad aun contra la corriente de la historia.

Frente a la estabilidad de otras disciplinas, un dato muy acusado

del Derecho administrativo es su extraordinario apego a la realidad social; esta vinculación le impone la acomodación a las nuevas necesidades y se traduce en un proceso evolutivo constante; el Derecho Administrativo es un producto de formación histórica que ni ha llegado, ni quizá llegue nunca a consolidarse en una formulación definitiva, ya que la realidad social, a la que está íntimamente unido, aporta continuamente innovaciones que provocan mutaciones, no sólo en los procedimientos y las técnicas, sino también en lo más característico de su sustancia.

Que tales cambios y mutaciones se producen es algo que puede verificarse con relativa facilidad con el simple recordatorio de algunas de las principales tesis que se han sostenido sobre el concepto de Derecho administrativo. Me referiré primero a algunas encuadrables en el amplio marco de la idea de función administrativa, para luego atender a la crisis de las posturas subjetivas y orgánicas.

II. LAS SUCESIVAS QUIEBRAS DE LAS CONCEPCIONES FUNCIONALISTAS

1. Las primeras formulaciones conceptuales en torno a la idea de función están absolutamente condicionadas por la creencia de que la teoría de la división de poderes tenía una traducción práctica exquisitamente fiel, de tal manera que a cada poder correspondería una función diferenciada. Partiendo de estas premisas, lo propio del Derecho administrativo sería el estudio de la función ejecutiva, esto es, de la función material de ejecución de la Ley.

Nuestros primeros autores decimonónicos son extraordinariamente fieles a esta corriente doctrinal. SILVELA, JAVIER DE BURGOS, ORTIZ DE ZÚÑIGA, OLIVÁN, POSADA HERRERA, GÓMEZ DE LA SERNA y el propio COLMEIRO repiten en sus obras, y sin que existan grandes matices diferenciales entre las apreciaciones de unos y otros, afirmaciones como la siguiente: la Administración «se limita al poder ejecutivo y es la acción de sus diversas partes o, lo que es lo mismo, el conjunto de medios con los cuales las Leyes se ejecutan». Casi todos estos autores son también conscientes de que el poder ejecutivo comprende además de a la Administración al Gobierno, pero no son capaces de establecer una diferenciación neta entre ambos; en definitiva, les parece, como textualmente afirma OLIVÁN, que «el Gobierno y la alta Administración se tocan y se confunden a la vista».

La Administración se identifica, pues, con el poder ejecutivo según esta primera doctrina cuyas orientaciones son similares a las de otras doctrinas europeas de la época.

Pues bien, cuando se perfila este primer concepto de Administración y de Derecho administrativo, el contenido de la función administrativa ha rebasado con creces el estrecho reducto de la mera ejecución de la Ley. Cuando menos la Administración dispone de una amplia potestad normativa.

Realmente, de hecho o de derecho, la Administración no se ha identificado nunca con la función de pura ejecución de la Ley. En efecto, la primera versión revolucionaria del principio de división de poderes, la de la Constitución de 1791, que es más pura que las sucesivas, prohibirá al poder ejecutivo «hacer ninguna Ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las Leyes para ordenar o reclamar su observancia». El término «proclamaciones», según observó en su día ESMEIN, y ha recordado más recientemente DOUENCE, no podía entonces entenderse como una atribución de potestad reglamentaria al ejecutivo, sino como una habilitación para ordenar medidas de publicidad, para recordar de nuevo el contenido de leyes y reglamentos, sin añadir nada a su fuerza propia. La función ejecutiva se concibe, pues, como de pura ejecución material y de carácter no normativo en esta primera Constitución de 1791; no obstante lo cual, y como los autores citados han observado, ya en el tiempo de vigencia de dicho texto el ejecutivo llegó a dictar verdaderos reglamentos. Ni siquiera, pues, en estos primeros momentos de purismo revolucionario el poder ejecutivo se limitó a llenar una función de mera ejecución material de la Ley. Mucho menos ocurrirá esto a partir de la Constitución del VIII, en la cual se concede a la Administración potestad normativa para la ejecución de la Ley. Ha de tenerse en cuenta, además, que la fórmula de «asegurar la ejecución» de la Ley, que era la que daría en aquella ocasión cobijo y reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Administración, estaba referida a las leyes en general, no a una ley concreta, sino al bloque entero de la legalidad, lo cual permitirá ya la aparición del reglamento independiente (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Por lo que se refiere a nuestro país, los hechos se suceden de forma muy similar. El Decreto I, de 24 de septiembre de 1810, reserva a las Cortes generales y extraordinarias «el poder legislativo en toda su extensión» y, poco después, el Decreto XXIV, de 16 de enero de

1811, que aprueba el reglamento provisional del poder ejecutivo, determinará que el «Consejo de regencia hará que se lleven a efecto las Leyes y Decretos de las Cortes», lo que supone que sus funciones son de mera ejecución material, idénticas a las que se consagraron en la Constitución francesa de 1791. No obstante, este estrecho marco se desbordará muy rápidamente; primero, porque el Decreto CXXXIX, de 26 de enero de 1812, que aprobó el «nuevo reglamento de la Regencia del Reino», reconocería ya una potestad reglamentaria de ejecución de la Ley, y, más tarde, porque de hecho, aun sin reconocimiento formal, la Administración haría un generosísimo uso del reglamento independiente, sobre todo, como han notado SANTA-MARÍA y GALLEGO, a partir de la regencia de Espartero.

He aquí, pues, cómo las rápidas transformaciones de la Administración hicieron imposible tempranamente reconducir su actividad a la pura ejecución de la Ley. No obstante lo cual, la doctrina intentó fijar en este dato la esencia de la Administración y el concepto de Derecho administrativo.

2. Otra de las grandes corrientes doctrinales emparentadas con la idea de función que, sobre todo en Francia, ha mantenido mucho tiempo una posición hegemónica es la del servicio público. Hegemonía que, como es conocido, también perdió por causa de su incapacidad para explicar la aplicación del Derecho administrativo a situaciones no encuadrables en la idea de servicio público.

Al margen de la larga y minuciosa elaboración jurisprudencial de esta teoría, su incorporación doctrinal al campo del Derecho administrativo tiene lugar como consecuencia de la simplificación y reducción a esquemas de técnica jurídica de la visión teórica del Estado sostenida por DUGUIT. Para DUGUIT existen especialmente dos ideas que es preciso excluir en la formación de la Teoría General del Estado: la personalidad jurídica y la soberanía; ambas, según nuestro autor, sólo son fuente de perturbaciones y, además, no coinciden con ninguna realidad y carecen de virtualidad existencial, ya que el Estado, dice textualmente, «no es un poder que manda, una soberanía, es una corporación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes». Desde esta perspectiva, y en función de la idea de solidaridad social (que es, como ha recordado PISIER-KOUCHNER, una idea clave en DUGUIT), el servicio público se erige en fundamento y límite del *pouvoir gouvernemental* y en pieza básica del Derecho público.

La traslación de esta idea al campo del Derecho administrativo será obra fundamental de G. JEZE. Este autor utilizará el concepto de servicio público como fundamento teleológico del Derecho administrativo, y considerará objetivo prevalente de la técnica jurídico-administrativa la atención a los medios y procedimientos para alcanzar los objetivos del servicio público; hablar de servicio público equivale a afirmar, según esta concepción, «que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a ciertas necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las Leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico».

Esta es la esencia de la teoría: cuando la Administración gestiona servicios públicos está, sin más, sometida al Derecho administrativo. Así lo mantendrán también, en línea de continuidad, BONNARD o ROLLAND, entre los más caracterizados.

Sin embargo, hechos nuevos, la aparición de servicios de carácter comercial e industrial van a romper la fuerza de esta teoría. Se observa primero, a partir del *arrêt* BAC D'ELOKA de 1921, que es posible la gestión privada, en régimen de Derecho privado, de los servicios públicos, y después, a raíz de la ola de nacionalidades (1936-1945), que tanto la Administración podía acudir a medios de Derecho privado para gestionar los servicios públicos, como era posible su gestión por empresas de Derecho privado; y también, que existían actividades gestionadas por entidad pública que no eran servicios públicos.

Se empezó entonces a hablar de la crisis de esta teoría; crisis de la que, como es bien sabido, no ha podido recuperarse.

De nuevo, la fuerza expansiva del fenómeno administrativo hizo inservible un criterio conceptual que pretendía ser autosuficiente para explicar su esencia. La Administración, en el momento capital de la crisis, no hizo sino ajustar sus estructuras y modos de funcionamiento a una nueva realidad social, que le exigía una intervención más decidida en campos hasta entonces inéditos.

3. Otra de las grandes corrientes doctrinales funcionalistas es la que quiso ver en el poder, en la prerrogativa, el dato clave para la definición de la Administración y el Derecho administrativo. Su principal patrocinador, HAURIOU, observaba en el prólogo de la edición

de 1927 de su *Précis*, en la que se contiene una de las críticas más duras que se han formulado a la doctrina del servicio público, que esta teoría, en esencia, lo que había hecho es trastocar el orden tradicional que para la ciencia del Derecho habían venido teniendo los fines y los medios. *El Derecho, según Hauriou, se ha ocupado siempre directamente de los medios y sólo secundariamente de los fines*; pues bien, la operación patrocinada por la Escuela del Servicio Público era la de situar los fines en primer término, destacando, por tanto, como dato más sustancial de la Administración, el dato de la singularidad (servicios públicos) de los fines que les son propios. HAURIUO no desprecia la idea de fin, pero postula que debe quedar en un lugar secundario, siendo fundamental para definir la Administración descubrir la singularidad de los medios de que dispone para alcanzar sus fines; *dichos medios se concretan en la utilización del poder público*, nota que es, para nuestro autor, la esencial en el comportamiento administrativo. Invertir la relación normal medios-fines y situar en primer lugar a estos últimos, como había hecho la doctrina del servicio público, es, según dice expresamente HAURIUO, «la herejía del socialismo jurídico, cuyos estragos han conmovido el mundo del Derecho tanto como los cismas religiosos conmovieron a la cristiandad».

Pronto se pondrá en evidencia, pese a los esfuerzos de este autor, que no sólo la Administración puede actuar sin hacer uso de sus prerrogativas de poder público, sino que, incluso, al ensancharse los objetivos de su acción, se verá obligada a despojarse de los instrumentos jurídicos que le permitían imponerse, para buscar fórmulas de acción basadas en el consenso de los afectados. En muchas parcelas de actuación el convenio ha sustituido al poder como medio de conseguir adhesiones.

4. Es, en fin, la gran transformación social y la sustancial variación de las demandas ciudadanas que se opera en el período de entreguerras, y más vertiginosamente, después de la segunda, la que produce mutaciones tan esenciales en las estructuras, los medios y las formas de acción administrativas, que dan al traste con todos estos intentos de identificar la sustancia de la tarea de administrar en torno a una nota única.

En este último período, también FORSTHOFF intentó dar cuenta acabada al contenido de dichas mutaciones, englobándolas en el concepto de *Daseinvorsorge*. La tarea que a la Administración se exige en

nuestra época es la de dotar a los ciudadanos de asistencia vital; su función, la de procura existencial.

Como en todos los casos anteriores, la realidad se está apresurando a dejar retrasada a la teoría. La de FORSTHOFF, apenas hace cuarenta años que fue formulada y ya ha podido decir de ella HERZOG que «el concepto de procura existencial... hoy día está más que superado. La actividad de prestación de servicios de nuestro moderno Estado no se limita a prestaciones vitales, sino que incluye también aquellas prestaciones que hacen que la vida resulte más fácil y hermosa».

III. LAS CONCEPCIONES SUBJETIVISTAS, ORGÁNICAS Y SU CRISIS

1. Los sucesivos fracasos de las teorías que han querido ver en la idea de función el rasgo definitorio de Derecho administrativo, ha hecho a buena parte de la doctrina (en España a la mayoría de los autores) cambiar de rumbo en sus investigaciones y buscar otros puntos de vista en la definición. De esta manera han surgido las tesis orgánicas (su principal patrocinador en nuestro país es el profesor GARRIDO FALLA) o subjetivistas (defendida destacadamente entre nosotros por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que va mucho más adelante en sus planteamientos al afirmar que la Administración no es sólo un complejo orgánico más o menos ocasional, sino una persona jurídica). Estas teorías son las que dominan hoy el panorama doctrinal de nuestro país. El cambio de perspectiva ha supuesto el abandono de la búsqueda de un dato esencial en la materialidad de la actuación administrativa, para centrar los análisis en la Administración, como agregado orgánico o como sujeto. El hallazgo de estas corrientes doctrinales es, sin duda, de primera magnitud, sobre todo por lo que tiene de importante como factor de estabilización de la disciplina; así parece quedar superado el obstáculo que la movilidad de la materia administrativa suponía para intentar perfilar un modo de administrar. Frente a la contingencia y variabilidad histórica de las funciones, al arrastre siempre del signo de la demanda social, frente a la continua variación de las técnicas y la imposibilidad de aislar una de ellas como prototípica, la idea de un Derecho de la Administración, al margen ya de sus aciertos técnicos, introduce un fundamental factor de permanencia en el concepto, según ha destacado el propio GARCÍA DE ENTERRÍA.

2. Sin embargo, las transformaciones sociales inciden tan profundamente en el Derecho administrativo que no han tardado en aparecer manifestaciones de una nueva crisis que afecta ahora a estas posiciones subjetivas y orgánicas. En realidad, se trata del fenómeno que la amplia literatura que lo ha analizado conviene en definir como la «pérdida por los entes públicos del monopolio de la acción administrativa como actividad dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas».

Los hechos en los que esta supuesta crisis se fundamenta se concretan en la observación primaria de que la jurisprudencia, con alguna frecuencia, viene calificando como administrativa, y sometida, por tanto, al Derecho administrativo, la actividad de particulares. Hay actividades de interés general que son, en efecto, cumplidas por los particulares; si se concluye, como ocurre, que también éstas están sometidas al Derecho administrativo, habría que convenir que esta disciplina no se refiere sólo a las relaciones en que interviene la Administración, sino también otras en las que en absoluto toma parte ninguno de sus órganos. Con ello habrían quebrado las concepciones orgánicas y subjetivas que acaban de referirse.

No obstante, la crisis es más aparente que real, o, para ser más exactos, *un aspecto* de esta supuesta crisis es perfectamente reductible a poco que se analice el fenómeno.

Esto es lo que ha hecho, entre nosotros, el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en un conocido trabajo en el que ha mostrado la verdadera sustancia de estas transformaciones. Se trata, para este autor, de que la Administración, que ha acumulado en sus manos la obligación de prestar una masa inmensa de servicios, se ha visto obligada a requerir el auxilio de los particulares en estas tareas de gestión, pero ello no ha supuesto una dejación de sus funciones ni una ruptura de posiciones monopolísticas, sino una utilización de los particulares como colaboradores suyos, dotándoles de prerrogativas y medios jurídicos que, en principio, sólo a la Administración pertenecen, para que su gestión pueda ser eficaz. De esta manera «la posibilidad de que existan actos administrativos en sentido propio emanados de una persona jurídica formalmente privada encuentra... completa explicación, en cuanto que dichas personas no actúan como simples sujetos privados—que también pueden hacerlo—ni ejercitan poderes propios, sino que se presentan como órganos, delegados o agentes de la Administración en virtud de mecanismos bien conocidos que

transmiten poderes originariamente administrativos para el ejercicio de funciones previamente asumidas de modo formal y expreso por la Administración Pública».

La tesis del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es, desde luego, enormemente sugestiva y explica perfectamente el fenómeno de la llamada crisis en la gestión administrativa, la apelación a la colaboración de los particulares y el carácter administrativo de sus actos.

IV. LA IDEA DE PARTICIPACIÓN COMO ELEMENTO PARA UNA NUEVA RUPTURA; LA CRISIS DE LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; EL SIGNIFICADO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

No obstante, entiendo que las transformaciones políticas y sociales que en nuestros días se están fraguando son mucho más complejas y llegarán a afectar más extensamente a las concepciones que, hasta ahora, se han mantenido de la Administración, aun en su sentido subjetivo, lo que, por consecuencia, originará, si no una variación total, sí una nueva acomodación del concepto del Derecho administrativo.

Quiero decir con todo ello que el fenómeno de la intervención de los particulares en las tareas administrativas está desbordando ya, y todo parece indicar que lo va a hacer más en un futuro próximo, la configuración de aquéllos como simples delegados o agentes descentralizados de la Administración.

Me estoy refiriendo con ello a la expansión del fenómeno de la participación en la Administración.

Como recuerda CHEVALLIER, la intervención de los particulares en las tareas de gestión, fenómeno que ya fue entrevisto por el propio HAURIUO, y al que se refiere en su totalidad la obra clásica de GENY, puede concebirse como una fórmula tradicional de participación en la Administración que, aunque se sigue utilizando ampliamente, ha quedado desbordada por los nuevos rasgos en el fenómeno que la participación está adquiriendo en nuestros días. Intensificación de la participación que, en absoluto, puede explicarse exclusivamente, según el primer autor citado, desde la perspectiva de técnicas jurídicas tan concretas como la delegación.

Por lo pronto, lo cierto es que todos los autores están de acuerdo en afirmar que el tema de la participación se ha adelantado, con

mucho, a los juristas, que estamos reaccionando tardíamente y apenas hemos sido capaces de encauzar técnicamente sus manifestaciones.

Con la sumaria que la naturaleza de este trabajo exige, la filosofía del nuevo fenómeno puede exponerse como sigue:

Fue TOCQUEVILLE, con su habitual lucidez, el primero en llamar la atención sobre la enorme acumulación de poder que se había producido en manos de la nueva Administración; la Revolución francesa había fundado un poder, según sus propias palabras, que «jamás había sido concebido, antes de nuestro tiempo, por los reyes de Europa».

Pues bien, en los sistemas constitucionales, que se conformarán poco a poco a raíz de aquella ocasión revolucionaria, el poder de la Administración que asombrara a TOCQUEVILLE se justificaba en la idea central de la ejecución de la Ley. La participación ciudadana se circunscribe a las instancias políticas, o más exactamente, se concretaba en la articulación del principio representativo popular en el poder legislativo. Las producciones normativas de este poder, las Leyes, reflejaban la voluntad popular; aquellas contenían la decisión política fundamental, adoptada participadamente, que recubría de su misma legitimación a los demás poderes, ordenados sólo para su aplicación y ejecución.

La participación se agotaba, pues, en las instancias legislativas, y la Administración encontraba en la Ley su principio y su límite; asegurar la elaboración democrática de la Ley, hacer, mediante el juego del sufragio y la representación, la exacta expresión de la voluntad general, era ipso facto entender la acción administrativa como el reino de la democracia, puesto que obedecer a la Administración es obedecer a la Ley, o lo que es lo mismo, al pueblo soberano (RIVERO). La filosofía del sistema se agota con el aseguramiento del respeto a la legalidad por parte de la Administración, lo que se lleva a cabo mediante un control jurisdiccional de sus decisiones.

Todavía este es el esquema constitucional clásico sobre el que vivimos; la participación ciudadana concluye en la elección de los representantes parlamentarios. Queda fuera del modelo cualquier intento de penetración, en el mismo sentido democrático, en las estructuras administrativas para intervenir en la formación de la decisión administrativa; puesto que ésta es ejecución de la Ley, es tam-

bién, se dice; realización del principio de la soberanía del pueblo. La Administración conecta con éste no directamente, sino a través de los órganos representativos. La única participación admisible es la consistente en dar cabida a los interesados en el procedimiento administrativo para proteger sus propios derechos e intereses, pero, en absoluto, para intervenir en la formación de decisiones que afectan al interés general.

Sin embargo, había piezas que no ajustaban ya desde el primer ensayo de funcionamiento de los sistemas constitucionales: por lo pronto, y como observamos al principio, la Administración nunca se limitó a cumplir su papel teórico de ejecución de la Ley, sino que asumió tareas de otro tipo que no dejaban expansionarse, el poder reglamentario creció igualmente en detrimento de las esferas reservadas al legislador y, sobre todo, al margen de las previsiones del análisis liberal, la Administración se reservó un extenso margen de poder discrecional que insistía en desmentir la función subordinada y ejecutora de aquélla. Se hizo así evidente que la Administración adoptaba decisiones que dudosamente gozaban de una legitimación democrática, decisiones, además, de muy difícil o imposible control, puesto que, como ha destacado VILLAR PALASÍ, entre nosotros, la función controladora del juez actúa por simple muestreo, éste «puede revisar sólo un acto justiciable, pero no la urdimbre de actos y operaciones materiales en que se traduce el operar de la Administración moderna».

En estos términos puede, pues, enunciarse la crisis de legitimación democrática que sufre la Administración moderna.

Esta crisis está, sin duda, acompañada de otra, no desvinculada totalmente en los fundamentos, que afecta a la gestión y a la eficacia de la actuación administrativa. La Administración ha ido tomando a su cargo nuevas misiones respecto de la sociedad y ha pretendido atenderlas levantando nuevos pisos sobre las estructuras de su viejo edificio, resistiéndose a despojarse de poder y estructurando sus mecanismos de acción a base de estructuras rígidamente jerarquizadas y centralizadas, hasta que la sobrecarga de funciones ha hecho ceder los cimientos del sistema.

Pues bien, a una y otra faceta del problema se trata de dar solución con el fortalecimiento de la idea de participación; «durante mucho tiempo, como ha escrito con agudeza CHEVALLIER, era la noción de interés general la que ha servido de principio de legitimación al apa-

rato de coacción pública... la Administración estaba obligada a actuar en el sentido del interés colectivo del conjunto de los ciudadanos... bajo este ángulo no disponía sino de una legitimidad derivada, mediada por el sistema político y resultante del control político de los representantes de la nación. Desde hace años, este principio de legitimación funciona peor: el debilitamiento visible del peso político de las asambleas parlamentarias y la influencia cada vez más clara de la alta Administración en la dirección de los asuntos públicos, limita el carácter del argumento sacado del control democrático; «la ideología del interés general, sobre la que hasta ahora se ha fundamentado la acción administrativa, debe ser renovada», y es, insiste el autor citado, la «ideología de la participación» la que puede sustituirla con ventaja.

Se trata ahora de que el ciudadano ya no se conforma con elegir a sus representantes, confiarles sus asuntos y desentenderse tanto de la acción política como de la gestión administrativa, sino que además quiere seguir actuando paralelamente a sus representantes parlamentarios y agentes de la Administración pública y mantener un control constante, no limitado al momento de las elecciones, sobre los mismos (NIERO). *Por lo que a la Administración pública respecta, lo más sustancial del cambio es que se le priva del monopolio de la definición del interés público.*

Acerca de cómo ha de plasmarse en la práctica esta idea de participación apuntan ya dos líneas doctrinales. Una primera, preñada, quizá en exceso, de un radicalismo difícilmente practicable, que no se resiste a traer a colación el inevitable ejemplo parisiense de 1871, como solución a los problemas que se han anunciado. Se trataría de sustituir el vigente sistema de democracia delegada o representativa por otro de democracia directa que dejaría todas las iniciativas políticas y administrativas al pueblo; en este caso, la consunción del sistema vigente extinguiría también sus inconsecuencias y contradicciones; sin embargo, cambio tan radical no parece hoy posible. Lo que sí es viable, y a ello estamos inevitablemente avocados, es a complementar el sistema de democracia representativa con instituciones de democracia directa desplazando simultáneamente la discusión de los problemas colectivos del centro a la periferia, permitiendo que las pequeñas unidades, como pueden ser las asociaciones de vecinos, intervengan en la definición del interés general, ya que en ellas son los propios ciudadanos los que discuten y deliberan (BOBBIO).

A la idea de sustitución del sistema de democracia representativa por otro de democracia directa cuadra bien la apreciación de SCHMITT-GLAESER de que estamos viviendo momentos de euforia participativa; mucho camino ha de andarse aún hasta llegar a realizar, por ejemplo, lo que BARCELONA se ha adelantado a denominar la «socialización del poder normativo». De momento, parece más realista defender, como ha hecho recientemente BOBBIO, recogiendo una idea bastante generalizada entre la mejor doctrina, la validez de determinadas instituciones de democracia directa como complemento del sistema representativo.

Es precisamente esta segunda corriente doctrinal la que ha descrito con mayor acierto el alcance de la idea de participación (al margen del referido reforzamiento de la participación política con fórmulas de democracia directa) en el seno de la Administración.

Se trata, en primer lugar, como ha observado CHITTI, de superar la tendencia, ya absolutamente insuficiente, a limitar al momento exquisitamente político la democracia y la participación. Lo que con la participación de la Administración pretende lograrse es complementar las decaídas formas de legitimación externa imponiendo una presencia viva y cualificada de los intereses comunitarios en el interior de la propia estructura administrativa eliminando la radical contraposición anterior entre Estado y sociedad.

Lo que busca fundamentalmente con la participación ciudadana en las funciones administrativas es ofrecer un cauce a la expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales. No es que con la participación se vaya a sustituir o eliminar totalmente la decisión soberana e irresistible que está encomendada a la Ley (GARCÍA DE ENTERRÍA), sino que el ciudadano, que, en definitiva, es depositario del derecho originario de la soberanía ya no está dispuesto a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando las decisiones se resuelven en puros criterios de oportunidad. El ciudadano ya no interviene sólo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive.

Tengo la convicción de que en la dirección dicha caminan todos los países que están en nuestra órbita cultural; así lo ha detectado la doctrina más despierta, que está dedicando una amplia bibliografía

fía al tema. Nuestra propia realidad social no hace sino manifestar con insistencia la misma problemática y exigir las mismas soluciones. Creo, también, que estas nuevas ideas van a repercutir muy notablemente en la concepción recibida del Derecho administrativo hasta el punto de exigirle una de las transformaciones más profundas de su corta vida.

Es posible que quienes mantengan una concepción cerrada del Derecho administrativo construido en torno al proceso contencioso-administrativo, apenas noten el contundente impacto de las nuevas ideas. Desde esta perspectiva, si se quiere, pueden quedar marginados los problemas que, muy brevemente, se ha tratado de exponer: en efecto, por una parte, la crisis de eficacia de gestión administrativa es reductible a poco que se justifique, como es técnicamente correcto, que la colaboración de los ciudadanos se produce a título de delegados de la Administración; en segundo lugar, tal vez la participación en la formación de las decisiones administrativas y su control no evite que los procedimientos decisorios se articulen de tal forma que sea a las estructuras burocráticas de la Administración a las que corresponda decir la última palabra. Una y otra interpretación permitirían seguir imputando todas las decisiones a la Administración, lo que, desde la perspectiva del contencioso-administrativo, podría hacer que pasaran inadvertidas las mutaciones de que vengo hablando y que pudieran mantenerse a ultranza las concepciones subjetivistas y orgánicas del Derecho administrativo.

No obstante, el Derecho administrativo, aunque forjado en torno al contencioso-administrativo, no es sólo contencioso, como es evidente, y a lo que la idea de participación está atacando justamente es a las mismas bases ideológicas sobre las que esta disciplina, hasta ahora, se ha asentado, siendo difícil por ello, que desde fundamentos ideológicos que están empezando a periclitar pueda asumirse o reducirse el impacto de las mutaciones que la realidad social exige en base a una ideología de la Administración difícilmente compatible con la recibida. Las decisiones administrativas, apoyadas hasta ahora en la cobertura inapelable de la Ley, van a precisar de legitimación en el asentimiento directo de los ciudadanos destinatarios de las mismas, que, además, quieren asumir su control, y ello va a provocar mutaciones muy sustanciales en la construcción técnica de las principales instituciones del Derecho administrativo que se han ido formando como respuestas técnico-jurídicas a problemas concretos que, aunque sigan

vigentes, están siendo desbordadas por las nuevas formas de entender las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; por ello, cuando menos, un serio proceso de adaptación de las instituciones recibidas debe ponerse en marcha.

Sería preciso dar cuenta ahora de los cambios que se están fraguando en las referidas instituciones fundamentales del Derecho administrativo, pero ello nos llevaría en este momento demasiado lejos y es preferible aplazar este reto para mejor ocasión. En lo que a los efectos de este trabajo importa, creo que es suficiente dejar consignado que, una vez más, y precisamente en el momento en que parecía más perfilada la construcción del Derecho administrativo, las concepciones recibidas están empezando a ser carcomidas por ideas que, sin duda, han de transformarlo muy profundamente, de tal manera que en los años venideros será imposible dar cuenta del contenido de esta disciplina si no se pone especial énfasis en el hecho de que los ciudadanos contribuyen a formar y controlan directamente las decisiones que afectan al interés general, es decir, que participan en tareas tradicionalmente encomendadas en exclusiva a la Administración.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Las opiniones de los autores que se citan en el texto están reflejadas en las siguientes obras:

- BARCELONA, P., y COTTURRI, G.: *El Estado y los juristas*. Trad. esp., Madrid, 1976.
- BOBBIO, N.: *¿Qué socialismo?* Trad. esp. Madrid, 1977.
- BURGOS, J. DE: *Ideas de Administración*, recogidas como apéndice en el libro de A. MESA SEGURA: *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946.
- COLMEIRO, M.: *Derecho administrativo español*, 2.^a ed. Madrid, 1858.
- CHEVALLIER, J.: *La participation dans l'Administration française: discours et pratique*, en «Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique» números 37 y 39, 1976; también su trabajo «*Bilan de recherche sur la participation dans l'Administration française*», en el libro colectivo *La participation dans l'Administration française*, P. U. F., 1975.
- CHITTI, M.: *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977.
- DOUENCE, J. C.: *Recherches sur le pouvoir reglamentaire de l'Administration*, París, 1968.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1928.
- ESMEIN, A.: *Elements de Droit Constitutionnel français et comparé*, 7.^a ed., París, 1921.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972.

- FORSTHOFF, E.: *Die Verwaltung als leistungsträger, 1939*; Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Madrid, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Verso un concetto di Diritto amministrativo come Diritto statutario*, «RTDP» núm. 1, enero-marzo 1960; *La participación del administrado en las funciones administrativas*, en homenaje a S. ROYO-VILLANOVA, Madrid, 1977; *Curso de Derecho administrativo* (en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1975, vol. II, Madrid, 1977.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1971.
- GARRIDO FALLA, F.: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en el núm. 7 de esta REVISTA, 1952; *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 7.ª edición, Madrid, 1976.
- GENY, B.: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Paris, 1930.
- GÓMEZ DE LA SERNA: *Instituciones de Derecho administrativo español*, Madrid, 1843.
- HAURIOU, M.: Prólogo a la 11.ª edición (1927) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General* (también en M. HAURIOU: *Obra escogida*, trad. de J. A. SANTAMARÍA y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1976).
- HERZOG, R.: *Verwaltung und Verwaltungsrecht in einer freiheitlichen Industriegesellschaft*, München, 1970.
- JEZE, G.: *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1948.
- NIETO, A.: *La discutible supervivencia del interés directo*, «REDA» núm. 12; *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, en el núm. 76 de esta REVISTA.
- OLIVÁN, A.: *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, 1954.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Elementos de Derecho administrativo*, Granada, 1842.
- PISIER-KOUCHNER: *Le service public dans la Theorie de l'Etat de Leon Duguit*, Paris, 1972.
- POSADA HERRERA, J.: *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843.
- RIVERO, J.: *Existe-t-il une critère du Droit Administratif?*, «RDP», 1953; «A propos de metamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui», *Melanges offerts à René Savatier*, Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Poitiers, Paris, 1965.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la genesis del Derecho administrativo español (1808-1845)*, Madrid, 1974.
- SCHMITT-GLAESER, W.: *Partizipation an Verwaltungsentscheidmugen*, en «*Veröffentlichungen der Verenigneng der Deutschen Staatsrechtslehrer*», Heft, 31, Berlin, 1973.
- SILVELA: *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1939.
- TOCQUEVILLE, A.: *El antiguo régimen y la revolución*, ed. Madrid, 1969.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho administrativo: Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968.

