

EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO (*)

POR

JOSÉ EUGENIO SORIANO

Catedrático de Derecho Administrativo

Ante todo, quisiera señalar que de entre las diferentes líneas de acercamiento al concepto de Derecho Administrativo hemos optado por partir del Estado Social y Democrático de Derecho consagrado por la Constitución ya desde su pósito —art. 1.1, en conexión con el 9.2 y el 53—, desde el momento en que, a nuestro entender, responde a la transformación del Estado contemporáneo en una sociedad industrial y de servicios, de corte democrático, no homogénea y en crisis, tanto del propio Estado como del concepto de nuestra disciplina, al romperse la barrera Estado-Sociedad, al acumularse sobre el Estado la totalidad de las demandas y exigencias de la sociedad misma al asumir los fines de aquella, provocando, por tanto, una crisis por expansión de la AP encargada de llevar a cabo la acción del Estado. Todo ello, partiendo, a nuestro entender, de la idea de que el DA es el derecho propio de la AP, lo que, a su vez, supone que el concepto de DA, lejos de ser un dato *a priori*, será lo que históricamente se exija en cada momento a la propia AP, no siendo, por tanto, un concepto fijo y cristalizado definitivamente.

El ESD, y la AP que proyecta, no obstante contar con una cierta tradición doctrinal y el apoyo de la GG y de nuestro propio texto constitucional, no es un concepto pacífico y unívoco, pudiéndose afirmar que se encuentra en situación de equilibrio inestable por la contraposición entre los distintos conceptos que lo integran, como lo demuestra cabalmente la conocida polémica entre FORSTHOFF y BACHOFF, ya que el ESD se ha obtenido por yuxtaposición al Esta-

(*) Abreviaturas: AP: Administración Pública.
DA: Derecho Administrativo.
ELD: Estado Liberal de Derecho.
ESD: Estado Social y Democrático de Derecho.
GG: *Grundgesetz*.

do liberal de una función constitucional de orientación social permanente cuya realización se ha encomendado precisamente a la AP, como parte del aparato estatal principalmente responsable de la acción interior del Estado. Lo que exige precisar cuál es el papel que corresponde al DA que configura esta AP (L. PAREJO ALFONSO).

¿Cómo se llega a esta formulación? Entendemos que por superación del ELD, de su AP, al demostrarse inservible para responder a las exigencias de mayor democratización y eficacia, al exigirse que la AP responda efectivamente a todas las exigencias sociales y asegure la mayor dosis de igualdad material a todos y cada uno de los ciudadanos.

Por tanto, tenemos que describir en breves síntesis los rasgos fundamentales de la AP y del DA en el ELD y ver qué diferencias han de producirse en el ESD.

El ELD, cuyo momento original podemos situar a partir de la Revolución Francesa, parte de las siguientes ideas:

a) Sometimiento del poder al derecho, entendido como imperio de la ley —expresión de la voluntad general (ROUSSEAU), lo que dará lugar a un concepto de ley con el carácter de generalidad y abstracción—, formada —contradictoriamente— mediante el voto censitario.

b) División de poderes —luego auténtica separación— al tener lugar la formidable disidencia revolucionaria descrita por GARCÍA DE ENTERRÍA, de la que nacería una AP como poder autónomo y un DA al servicio de la misma.

c) Derechos y libertades fundamentales, considerados en su visión meramente formal, esto es, tomando al ciudadano abstractamente, sin consideración a sus circunstancias socioeconómicas, y, además, concebidos como derechos frente al Poder —y, por ende—, enfrentados a la AP que materializaba ese poder.

d) Legalidad de la AP, formulándose un concepto de ley meramente negativo que, al sufrir luego la superposición del llamado principio monárquico o de doble legitimidad, justificaría la potestad reglamentaria autónoma al ver en el Reglamento una ley material, lo que culminaría en la idea de JELLINEK de establecer una reserva de reglamento cuyo único límite estaría en no invadir la libertad y propiedad, las cuales, a su vez, se reforzarían mediante la técnica de la reserva de ley, formulada por MAYER.

Resultado de ello sería una formidable concentración de poderes en una AP jerarquizada y con una extensión de la igualdad formal por consecuencia de la acción administrativa, garantizada por el DA.

La ley tendría así la supremacía formal, si bien al profundizar el principio monárquico no sólo se admitiría la potestad reglamentaria autónoma en los reglamentos cabalmente llamados administrativos —que regularían la esfera doméstica y las relaciones especiales de sujeción—, sino que en los llamados reglamentos jurídicos no se trataría ya de simple ejecución de la ley previa de habilitación, sino de actuación dentro de los límites de la ley, dando lugar a las potestades discrecionales entendidas como criterios de libre apreciación por la AP.

En punto a la sujeción de la AP a la justicia, y la justificación del principio de autotutela, sería cabalmente tributario de la formulación revolucionaria, si bien asentadas en las técnicas del *Ancien Regime*, «*juger l'Administration c'est encore amministrer*»; aunque tal autotutela, sea declarativa o ejecutiva, no sería definitiva, sino meramente inicial, ya que el Juez enjuiciaría *a posteriori* el problema de fondo, si bien partiendo de la presunción de legalidad del acto administrativo, en un proceso revisor del mismo concebido como una acción impugnatoria calificada tradicionalmente de recurso, el recurso contencioso-administrativo, desplazando sobre los particulares la carga de accionar en plazos fugacísimos.

En esta misma línea estaba montado el sistema de conflictos a través del cual quedaban solventadas las contiendas entre la AP y los Tribunales con una articulación al servicio inequívoco de la AP, con claro detrimento del poder judicial. Y, asimismo, existieron reductos completos exentos de fiscalización judicial en los que ni siquiera cabía ulterior recurso. Resultaba así, pues, un concepto de acto administrativo como producto práctico del principio de separación entre administración y justicia, reforzado por la decisión previa ejecutoria y la acción de oficio, protegido, además, por el mecanismo de la coacción administrativa autónoma —esto es, sin necesidad de solicitud judicial previa— y con un mecanismo de producción jerárquico sujeto al control de la propia AP y sólo posteriormente revisable por el orden jurisdiccional. Todo ello desde una perspectiva interna.

Desde una perspectiva externa, hay que recordar que no cabía siquiera imaginar un derecho a la exigencia de prestación de los

servicios públicos, sino todo lo más a disfrutar de ellos igualmente una vez establecidos, acentuándose al mismo tiempo el dogma de la incapacidad industrial y económica del Estado, utilizando hipotróficamente el mecanismo concesional, y, consecuentemente, el ciudadano recibía tales servicios como un todo acabado y completo pero radicalmente alejado del mismo.

En el orden de la propiedad, por evidentes razones prácticas, se aceptaba el instituto expropiatorio frente al sagrado derecho de propiedad, siempre que se basara en una necesidad pública, con constatación legal de la misma e indemnización justa y previa, limitándose a los inmuebles.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado (HAOUIRIOU), estudiada por el profesor LEGUINA y MARTÍN REBOLLO, se localizaría en una concepción subjetivista del agente que ocasionare daños ilícitos; pero la socialización de riesgos (DUGUIT) es ya obra propia del ESD. En suma, la AP que se configuró era una AP vertical, autoritaria, alejada del ciudadano, que carecía de instrumentos jurídicos de acercamiento y, desde el punto de vista económico, abstencionista.

En definitiva, nucleando un Estado radicalmente separado de la sociedad.

La crisis de estas concepciones aparece definitivamente después de la I Guerra Mundial, al exigirse mayor democratización, bienestar económico, igualdad material y acercamiento a la sociedad.

Ello se formularía en la obra de H. HELLER, que, con precedentes en LASALLE, establecería la exigencia de un Estado fuerte, eficaz y orientado socialmente; no situándose la lucha contra el Estado, sino contra la modalidad antes descrita; exigiéndose una igualdad en sentido material que corrija las desigualdades sociales; adaptando el Estado tradicional a la sociedad industrial, mediante la superación de la llamada política social —techo máximo que alcanzó el ELD—, sustituyéndola por una dirección permanente y programada; con aceptación de que corresponde al Estado la procura existencial (FORSTHOFF) y la distribución racional y ordenada de los bienes, fundamentos estos dos en los que la actividad administrativa encuentra nueva legitimación, que permitiría así desvincular del concepto de ley la idea de generalidad, admitiendo leyes-medidas —SCHMITT (con un sentido distinto)— y leyes singulares como elementos de transformación de la sociedad en aras de la igualdad material, buscando el bienestar a través de esa intervención social per-

manente del Estado, entendida como una función del orden constitucional tanto de estabilidad como de progreso en la comunidad jurídica, mediante la eliminación de los conflictos sociales y mediante la aplicación efectiva por parte del Estado de los valores constitucionales de carácter social, que son aplicados efectivamente, con el consecuente crecimiento constante de la AP por serlo también el de la actividad del Estado. Siendo necesario adaptar el DA a estas exigencias (L. PAREJO ALFONSO).

Antes de describir qué consecuencias inmediatas supone el ESD para nuestro DA, conviene destacar que el concepto de ESD ha recibido definitivamente su espaldarazo constitucional por obra del TC, desde sus primeras formulaciones.

En efecto, tal como expresa la STC de 18-IV-1981, el ESD tiene, entre otras significaciones, la de legitimar medios de defensa a los intereses, grupos o estratos de población socialmente dependientes; exigiendo la STC de 16-III-1981 que en el ESD debe admitirse la adopción de medidas positivas y no de mera abstención para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales puedan oponer a los derechos fundamentales, medidas cuya realización efectiva corresponde a la AP; e insistiendo la sentencia de 5-VII-1982 que, en la concepción tradicional del ELD, éste se entiende realizado con el mero aseguramiento formal de los derechos fundamentales, mientras que en el ESD se exige una organización —por tanto, una AP— tal, que nos lo convierta en un *munus honorificum*; concluyendo la sentencia del 11-V-1983 que el ESD tiene un contenido claramente material y que, por tanto, afecta en su desenvolvimiento a todos los poderes públicos, y por tanto a la AP, tanto para recibirlo en su seno como para coadyuvar a su realización práctica.

Como ha estudiado entre nosotros PAREJO, puede afirmarse que el quicio sobre el que se asienta el ESD será la dignidad de la persona, atendidas sus circunstancias socioeconómicas, con la consecuente tensión entre los principios del ELD y del ESD, que ya no será un Estado reconducible a «libertad y propiedad», sino que debe profundizar en las ideas de dignidad y solidaridad de la persona, atendidas sus circunstancias económicas y entendidas como valores constitucionales realizables históricamente, y cuya aplicación correcta pasa a través de la acción administrativa.

Conviene en este punto detenerse para destacar que las distintas demandas sociales acumulables sobre el Estado social y democrático de derecho constituyen un programa de actuación muy am-

plio y tiene que realizarse a lo largo de un dilatado período histórico; lo que supone que no puede realizarse completamente en un momento dado en el presente, ya que, caso contrario, ese cúmulo de exigencias sobre el aparato estatal y su AP provocaría sin más su quiebra económica y, en definitiva, su propio colapso, máxime, como ha recordado recientemente Ingo VON MUNCH, en un momento de profunda crisis económica, donde es imprescindible establecer un orden de prioridades y, consecuentemente, un orden de posterioridades remitidas al futuro, lo cual supone hacer atendibles los argumentos de DEBBASCH de que, en nuestros días, núcleo importantísimo del propio concepto del Derecho Público es, ciertamente, el de la distribución y reparto de los fondos públicos.

En todo caso, la realización efectiva de esta configuración social recae inmediatamente sobre la AP en cuanto parte del aparato estatal principalmente responsable de la acción interior del Estado, con el consecuente aumento de poder de la AP al acentuar su protagonismo en la vida social, entendido como poder efectivo con que se encuentra el ciudadano de frente, mucho más cercano que el propio Parlamento, lo que supone la necesidad de hacer efectivo el artículo 103 CE, en orden a la exigencia de la neutralización política de la AP, tema sobre el que ha insistido recientemente el profesor GARRIDO FALLA en su conocida teoría de la «eficacia indiferente».

¿Supone esta emergencia del poder de la Administración Pública su configuración como poder autónomo? Entendemos que no. La AP debe actuar siempre como poder sujeto a la CE, siendo siempre fiscalizable democráticamente. Tal como lo ha señalado la doctrina alemana, ni siquiera en los casos en los que no haya ley, o ésta sea muy vaga y laxa, puede pretender la AP desvincularse del poder legítimamente constituido. Como expresan gráficamente, administración libre de la ley no es Administración libre del derecho. En tales supuestos se aplicarán de forma inmediata los propios valores constitucionales y los principios generales del derecho (CLAVERO). No cabe, pues, sustantivación alguna de la AP como poder autónomo frente al poder legitimado.

¿Supone el ESD abandonar las conquistas del ELD? Implícitamente, ya hemos destacado que la AP no puede sustituirse en el poder legítimo, en una suerte de nuevo totalitarismo que so capa de buscar el bienestar y la procura existencial vuelva a convertir al ciudadano en simple súbdito. Es necesaria la existencia de reductos exentos a la AP. Quiere, pues, destacarse que la superación del ELD

por el ESD se hace por acumulación y no por sustitución, es decir, que la configuración social, apoyada en la dignidad de la persona, parte de su libertad y, por tanto, la AP no puede jamás desconocer ésta. Y, aún más, como señalábamos, el ESD se encuentra en un equilibrio inestable cuya armonía sólo se puede conseguir conjugando el Estado de derecho y el Estado democrático con el Estado social.

Todo ello supone para el DA, como mínimo, los siguientes aspectos:

a) Abandono de la cláusula general de policía, especialmente en orden a los derechos fundamentales.

b) Reglamento dependiente de la ley y sujeto siempre a la CE y a los principios generales del derecho (art. 91, en conexión con el 103 CE).

c) Rectificación de la facultad sancionadora de la AP, en línea de aplicar los principios constitucionales, especialmente la presunción de inocencia, y aplicación de los principios que informan el Derecho Penal, especialmente en el sistema de garantías (STC 8-VI-1982, y en adelante como ha recogido J. SUAY).

d) Flexibilización de la decisión previa ejecutoria, potenciando técnicas en esta misma línea como el silencio positivo, mayores garantías en el procedimiento, rectificación de la actual línea en materia de suspensión de actos, etc.

e) Ejecución de sentencias por los propios Jueces y Tribunales, si bien no desconocemos que no es ésta exactamente la línea seguida por el TC, que de forma incidental ha admitido los privilegios de la Administración en este punto.

f) Configuración del proceso contencioso en la forma establecida por la Ley de 26-XII-1978.

g) Profundización en los derechos a la creación y mantenimiento de los servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 158.1 CE, 15 LOFCA y LRL, sobre la base de los gastos obligatorios construidos como deberes.

Por último, es necesario una reflexión sobre dos aspectos principales que nacen del concepto «democrático», y que son la idea de participación y el respeto a los derechos fundamentales.

En cuanto al primer aspecto, hay que recordar que, frente a la idea de un sistema burocrático y jerarquizado, surge la participa-

ción como nueva fuente de legitimidad; pero recordando que la AP es una organización servicial, basada en la eficacia y coordinación, lo que supone, en nuestra opinión, que la participación es una técnica de cobertura de distanciamiento entre Estado y sociedad mediante incorporaciones concretas por parte de los ciudadanos a la Administración Pública, pero no como técnica permanente, cuya introducción supondría una disfuncionalidad total y un claro pseudo-corporativismo (MERKL y KELSEN).

En cuanto a los derechos fundamentales, tal como ha señalado Tomás Ramón FERNÁNDEZ, la AP ha de tomar parte beligerante y no de mera abstención en la aplicación de tales principios, toda vez que hoy los derechos y libertades no se van a definir sólo como derechos frente al poder, sino derechos cuyo ejercicio puede en ocasiones pasar por una actitud activa de la AP, en aseguramiento de tal ejercicio frente a quienes puedan tratar de impedirlo, amén de una aplicación reflexiva que de estos derechos y libertades tiene que hacerse la propia AP, hasta ahora totalmente reticente a ello.

Por tanto, el Derecho Administrativo de nuestros días es, pues, el derecho que regula la actividad de la AP, entendida como parte del aparato del Estado encargado de su acción interior en orden a la realización efectiva de una función de configuración social permanente de estabilidad y progreso en la comunidad jurídica mediante la aplicación directa de los valores constitucionales.

Este concepto supone admitir que, en el futuro, según cambien las exigencias a la AP cambiarán, a su vez, las ideas que nutren el concepto del DA. Pero nada más puede decirse porque sostenemos nuestra afirmación de que este derecho, transido de politicidad e historicidad, tiene que cambiar según lo haga el Estado y, en definitiva, la sociedad a la que sirve.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- CLAVERO ARÉVALO, M.: *Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1952, y *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, núm. 7 de esta REVISTA, págs. 51 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1981, in *totum*; *Curso de Derecho Administrativo*, con T. R. FERNÁNDEZ, 5.ª ed., págs. 23 y ss.
- LEGUINA VILLA, J.: *Principios generales del Derecho y Constitución*, núm. 114 de esta REVISTA.

EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

- MARTÍN-RETORTILLO, L.: *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvorsorge»*, núm. 38 de esta REVISTA, págs. 35 y ss.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación*, núm. 84 de esta REVISTA.
- ORTEGA, L.: *La concepción subjetiva de la Administración tras la Constitución de 1978*, Albacete, 1989.
- PAREJO, L.: *El concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984.
- SORIANO, J. E.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, Salamanca, 1989, págs. 78 y ss.

