EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL)

THE CONSTITUTIONAL MARK OF ADMINISTRATIVE LAW (THE CONSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE LAW)

Jaime Rodríguez-Arana*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Este texto tem como fio condutor de sua análise a caracterização do direito administrativo na perspectiva constitucional, o que traz consigo a necessidade do afastamento dos dogmas e dos critérios interpretativos do passado em face às demandas do novo Estado Social e Democrático de Direito, bem diferente, em sua configuração, do antigo Estado-Providência. O pressuposto de que a garantia do interesse geral é a tarefa principal do Estado o direito administrativo deve ter presente esta realidade, adaptando-se institucionalmente aos tempos novos, ao conduzir o gerenciamento da atividade pública de acordo com as novas perspectivas da justiça.
Palavras-chave: Direito Administrativo. Marco constitucional. Estado social e democrático de Direito. Constituição espanhola. Garantia dos poderes públicos.

Abstract: This essay has as focal point the administrative law in constitutional perspective, which brings up the necessity of retirement for dogmas and the past interpretative criterion in view of prosecution for the new Social and Democratic State of Law, quite different, in his configuration, of the old Providence State. The purpose in order that the guarantee of general interest is the principal work of the State, the administrative law must have present this reality, adjusting institutionally to the new time, conducting the managing of public activity guiding for the new perspectives of justice.
Key Words: Administrative Law. Constitutional Mark. Social and Democratic State of Law. Spanish Constitution. Guarantee of public powers.

1. Introduccion

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

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

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 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 garantia 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 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 entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, 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 exclusivamente a 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. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciada hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que la hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional pare detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, 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 dinámico, o también denominado 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 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 redefinir todas aquellos privilegios 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.

2. 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 . 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 operar 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, hacer posible y facilitar.

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 si 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 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 del servicio 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 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 incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor Garcia de Enterria de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Está aproximación doctrinal, que goza del respaldo 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 a partir del 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 otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

3. El articulo 103 de la constitucion 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 sentenció con su habitual perspicacia Otto Mayer, tal y como hemos recordado con anterioridad. 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 a la luz del 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, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

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 hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condi-

ción 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 clara 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 comprender 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 autoritaria que vivía en un contexto de unlilateralidad y de, escrito en castellano castizo, 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, tratándose 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 Ordenamiento 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, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está ínsito en la utilización de fondos de tal naturaleza 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.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado 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 porqué 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 enseña 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 en el 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…constituyen 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 derrochando el dinero del común. 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, unos más que otros, 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, en general, y de sus agentes, en particular. 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.

4. La funcion garantizadora y aseguradora de los poderes publicos

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 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 la actividad 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 parágrafo 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.

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 del quehacer administrativo.. 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 las normas 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 a 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 tantas 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 recono-

cimiento 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 , 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 inmobiliaría 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.

5. El nuevo derecho administrativo constitutional

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 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, evitando que la urgencia trastoque el régimen ordinario de algunas instituciones (expropiación forzosa). 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 tecnoestructural 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 presentes 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 parágrafo 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 liberta y la igualdad, comprometiéndose 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 manda a la Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad por parte de los ciudadanos. 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 principios.

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 funda-

mentales (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, 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. 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.