

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Escribí *Administración pública y libertad* en 1970, cuando acababa de comenzar el último tercio del siglo XX. El año siguiente, con el entrañable prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, aparecía la primera edición en México, gracias a la acogida que a mi trabajo dispensó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A lo largo de estos años se han producido acontecimientos trascendentales, dentro y fuera de España. En España se ha pasado, si seguimos el texto de las leyes fundamentales, de un “Estado católico-social y representativo” —según se definía en el artículo 1o. de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 10 de enero de 1967— a un “Estado social y democrático de derecho” en el que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, en términos de la Constitución de 1978. En el mundo hemos asistido al derrumbamiento de regímenes totalitarios, que daban la impresión de ser impecederos.

Podía suponerse, por tanto, que aquel trabajo había perdido actualidad y que carecería de sentido la nueva edición que me ofreció hacer Diego Valadés por el mismo Instituto que había hecho posible la primera, salvo una revisión tan a fondo que hubiera dado lugar a una versión que en nada se parecería a la original. Pero, desgraciadamente, no ha sido así.

Es indudable que en dos de los tres planos en los que, según señalaba en él, se ha movido la defensa de la libertad, se ha avanzado algo; pero más a nivel normativo que en la realidad social.

Las libertades y derechos fundamentales se han consagrado y reiterado en disposiciones de distinto rango, estatales, supraesta-

tales y locales. Los instrumentos para garantizar tales derechos han alcanzado niveles técnicos difícilmente mejorables. Pero han fracasado. Las experiencias de los tribunales de derechos humanos no pueden ser más desalentadoras. Al fenómeno me referí en una conferencia que la Comisión de Derechos humanos del Estado de Nuevo León me permitió pronunciar en su sede de Monterrey con motivo del X aniversario de su creación, en día que coincidía con el de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y el plano en que no se ha producido el menor avance en la defensa de la libertad es el de la lucha frente al crecimiento de la intervención administrativa, que se trata en el capítulo primero del trabajo.

Del fenómeno me ocupé en mi colaboración al espléndido libro *La ciencia del derecho durante en siglo XX*, que editó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM con motivo del comienzo del nuevo siglo, al término de la presidencia del mismo José Luis Soberanes.

Hubo un momento en el siglo pasado en el que parecía que el incesante crecimiento de la actividad administrativa, con la consiguiente reducción de las libertades reales, había llegado a su punto culminante, empezando un proceso de devolución a la iniciativa privada de actividades que habían ido asumiendo las administraciones públicas. A la política de las nacionalizaciones siguió la de las privatizaciones. Hasta Estados en que el modelo socialista llevaba muchos años sólidamente arraigado le abandonaron de la noche a la mañana o empezaban a desmontarle, con más o menos lentitud.

El proceso de privatizaciones fue acompañado por lo general de formas sofisticadas o descaradas de corrupción, en detrimento de lo que eran patrimonios de cada nación y con enriquecimiento de los protagonistas. Con todos los inconvenientes y, pese a la feroz resistencia de unos trabajadores que se aferraban a la subsistencia de unas empresas que, gracias al “papá Estado”, nunca podían quebrar por ruinosa e ineficaz que fuera su gestión, en los supuestos y en la medida en que el proceso culminó, supuso me-

jores servicios para los usuarios, un aumento de los puestos de trabajo en el libre mercado y, en definitiva, un incremento del PIB de cada país.

Pero, pese a las solemnes declaraciones de los políticos y a las leyes que fueron apareciendo, las privatizaciones fueron limitadas y en muchos casos más aparentes que reales. Y a los burócratas que antes jugaban a ser empresarios sucedieron los encargados del control de la actividad de las nuevas empresas privadas. Muy últimamente, parece que, al haberse iniciado con éxito en alguno de los Macroestados, ha acabado por imponerse la realidad.

Si en la lucha por intentar reducir el crecimiento de la actividad administrativa a límites razonables se ha conseguido bastante en los servicios públicos, no ha ocurrido lo mismo en la actividad de policía. No es que no se haya logrado reducir ni siquiera mantener los niveles de entonces. Es que han aumentado las razones por las que se atentaba contra las libertades reales de los ciudadanos y, consiguientemente, los ámbitos de las personas afectadas y la intensidad de la intervención.

Porque, como recordaba en la introducción del libro, Jordana de Pozas señala que

...las causas por las que el hombre puede hacer cada vez menos cosas y las que puede hacer sujetas a una mayor intervención, están más allá de las ideologías políticas, son más profundas e incontrastables, como el aumento demográfico, el progreso material, la concentración de la población, la elevación del nivel de vida y la inseguridad producida por la ruptura de la unidad espiritual y política y por la expansión exterior de algunos pueblos.

Y todas estas causas se dan cada día con más intensidad y revisten mayor gravedad que hace medio siglo. Fenómenos como el terrorismo, los movimientos migratorios motivados por el hambre y la miseria, el deterioro del medio ambiente, la crisis energética... hacen pensar que quizás estemos ante algo de una gravedad inimaginable hace unos años, como es el fin de este planeta en que vivimos.

Lo que ha dado lugar a que se hayan desorbitado las intervenciones, bordeando los límites impuestos por los derechos fundamentales que constituyen una de las mayores conquistas de la civilización y, para muchos, lesionándolos de modo flagrante. Si las propias normas que imponen y garantizan aquellos derechos prevén su suspensión en supuestos de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, ¿no estaremos ante alteraciones más graves de la normalidad que exijan medidas aún más drásticas?

Mas los atentados a las libertades no siempre obedecen a causas tan incontrastables. Libertades tan elementales como la de expresar y difundir los pensamientos o de comunicar o recibir información veraz se encuentran cada día más coartadas por la concentración de los medios de difusión en poderosos grupos de presión, ante la pasividad o, lo que es peor, connivencia con los poderes públicos. Sin necesidad de previas censuras ni de otros controles, a veces estamos ante auténticos monopolios, aunque aparezcan paliados por algunas débiles cadenas de difusión que apenas tienen incidencia en lo que constituye la opinión monolítica. Al disidente se le ningunea, se le desaparece de la escena como si jamás hubiera existido o, sin necesidad de llegar a tanto, se manipula el lenguaje con tal habilidad que es suficiente aplicar una de las palabras malditas para que su destinatario quede desautorizando y se desprecie cuanto de él provenga. Aunque todavía subsisten en nuestro mundo —y no sólo en el llamado “Tercer Mundo”— brutales manipulaciones del hombre, se prefiere utilizar procedimientos y formas más cultivados y hasta seductores para reducir a la persona a la condición de simple objeto “maltratado o acariciado, abyecto o admirable”. El fenómeno ha sido descrito en los términos más expresivos por mi compañero López Quintas, en su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas: el continuo bombardeo de que es objeto la persona humana con estímulos infraliminales no acusados por la conciencia, puede resultar más eficaz que los tratamientos a que puedan ser sometidos los prisioneros del más si-

niestro campo de concentración para lograr su envilecimiento y la anulación total como seres libres.<sup>1</sup>

Se proclaman, sí, en los términos más solemnes, las libertades de expresión e información, y se proclaman —así se dice— “por constituir estos medios de formación de la opinión pública una institución pública fundamental”. Mas cuando así se hace es para, en los supuestos en que se produce una colisión entre aquellas libertades y los derechos al honor y a la intimidad, decidir la colisión a favor de aquéllos, por darse en ellos una dimensión que no se da en éstos. La respuesta de los órganos judiciales que deberían tutelar los derechos fundamentales no puede ser más débil cuando se demanda la protección de los derechos a la intimidad y al honor, pese a que, al menos en mi opinión, son los más vinculados a la dignidad de la persona, fundamento y razón de ser de todos ellos. Y si débil es la reacción de los órganos judiciales —y en general de todos los poderes públicos— no menor lo es la de la ciudadanía en general y hasta la de los propios afectados. Quizás, puede hablarse de auténtica inhibición. Se considera lo más natural la invasión de la esfera más íntima de las personas relevantes en los distintos ámbitos, obteniendo por los medios más sofisticados una información que luego se lanza como carnaza por los medios más populares de difusión a masas que se deleitan con frecuencia en las debilidades de aquéllos, sean reales o inventadas o deformadas, en una competencia desenfrenada con otras cadenas. El espectáculo no puede ser más lamentable.

Como la reducción al mínimo de nuestra esfera de libertad es inevitable, los esfuerzos se dirigen a que al menos la intervención se ajuste a la justicia. A este segundo plano de la lucha en defensa de libertades se dedicaba el capítulo tercero de la obra, en el que se examinan los tres principios del ordenamiento jurídico que tratan de hacer efectiva la sumisión de la intervención a

<sup>1</sup> *Las experiencias de vestigio y la subversión de valores*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986, p. 34.

la justicia: el principio de legalidad, el principio de igualdad y el de solidaridad.

El desolador panorama que entonces se describía al tratar de la proyección de estos principios en la realidad no ha variado o ha variado a peor.

La Ley es —nadie se atreve a negarlo— presupuesto de cualquier limitación de las libertades. Y se ha reducido considerablemente, al menos entre nosotros, el ejercicio de la función legislativa por el gobierno. Pero se han perfeccionado sofisticados procedimientos para eludir el conocimiento pleno por las asambleas legislativas de los proyectos de ley de los gobiernos, abusando de los procedimientos parlamentarios previstos para casos de urgencia y de la corruptela de las llamadas leyes de acompañamiento de los presupuestos del Estado.

La igualdad es, o pretende ser, en la Constitución del Estado español de 1978, algo más que un derecho o libertad fundamental o un principio general del derecho. Es, además de todo esto, según su artículo 1o., uno de los “valores superiores del ordenamiento jurídico”. He de reconocer que, por muchos esfuerzos que han hecho los constitucionalistas —que por lo general no son juristas— no he llegado a entender la distinción entre “principio” y “valor superior” del ordenamiento desde la perspectiva del jurista. Pues bien, lo cierto es que la realidad está más lejos de tal “valor superior” que cuando escribí mi trabajo, en todas y cada una de las manifestaciones de la acción administrativa a que se refería el capítulo tercero. La vía utilizada para hacerlo posible no ha podido ser más simple: so pretexto de la eficacia, aumentar la discrecionalidad y atenuar las formalidades que constituían garantía frente a la arbitrariedad, tanto al adjudicar puestos de trabajo como contratos para la ejecución de obras o concesiones para el aprovechamiento de los bienes públicos o la prestación de los servicios.

No es que se haya vuelto al *spoils system* como modelo de función pública. Los políticos no se han atrevido a tanto. Pero sí a aumentar los puestos de trabajo de las administraciones públicas

en que no rige el *merit system*, que fue una conquista del modelo europeo de función pública que nació en el siglo XIX. Y respecto de la generalidad de los puestos de trabajo en que se mantienen procedimientos formales de selección para acceder a ellos, se han degradado tanto las pruebas a que han de someterse los aspirantes y ampliado las facultades discrecionales de los juzgadores, que prácticamente se puede “colocar” al amigo, al adicto, al correligionario..., que, una vez incorporado a la función pública, adquiere estabilidad, eliminando los riesgos del sistema de botín puro, en que el funcionario duraba en el cargo lo que en el poder el político al que debía el nombramiento.

Y cualquiera que sea el sistema, lo que no ha variado es la profunda separación que existe entre el administrador y el administrado, el político y el ciudadano, que denunciaba en el apartado IV del capítulo tercero. La realidad está cada día más lejos del principio de solidaridad.

Ante los continuos y flagrantes atentados a la libertad por las administraciones públicas, no le queda al administrado otra garantía que la de contar con eficaces sistemas de control que permitan reaccionar con prontitud y energía, para restaurar el orden jurídico perturbado.

Frente a las administraciones públicas ha sido el proceso administrativo el instrumento más idóneo, sin perjuicio de la tutela que pueden prestar los tribunales de otro orden, cuando falta el acto legitimador de la actuación material, y, en cuanto los más graves atentados a la libertad se tipifican en las leyes penales como delito, será el proceso penal el cauce adecuado para reaccionar frente a la persona física titular del órgano público a la que sea imputable la acción delictiva.

Son elogiables los esfuerzos que han hecho los Estados para perfeccionar los sistemas penales y, como garantía última, se han instituido tribunales supraestatales para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Convenio de Roma

y la Corte Americana, por la Convención Interamericana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969.

Pero la experiencia ha puesto de manifiesto que ni los tribunales de cada Estado ni los supraestatales son capaces de prestar una tutela efectiva frente a las arbitrariedades de las administraciones públicas. En el orden interno, aparte de por la politización de los jueces, por la insuficiencia de los tribunales para decidir con la rapidez debida las demandas de justicia que ante ellos se formulan. En el orden internacional, al menos es lo que ocurre con el Tribunal Europeo, por el carácter excepcional de la tutela —está concebida como remedio último, cuando han fallado los procedimientos ante los tribunales estatales—; precisamente por ello y por la lentitud de los procesos, la sentencia llega demasiado tarde y no existe un eficaz sistema de medidas cautelares, a lo que hay que añadir las limitadas potestades del Tribunal a la hora de hacer efectivas sus decisiones.

La ineficacia de los controles judiciales —en especial el que ejercen los tribunales contencioso-administrativos— para hacer efectiva la defensa de las libertades fundamentales, hizo pensar en otros sistemas de control que pudieran coadyuvar con aquéllos en la función de tutela. Al tema dediqué mi intervención en un curso internacional de especialización en derecho público que organizó la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán, en mayo de 1979, con el título “Nuevos sistemas de control de la administración pública”, publicado en la obra colectiva *Justicia administrativa*.<sup>2</sup>

De estos sistemas de control, el que se generalizó en el último tercio del siglo XX fue el *ombudsman*. Con los nombres más diversos —“comisario parlamentario”, “mediador”, “promotor de la Justicia”, “defensor del pueblo”, “defensor del...”— se fue implantando prácticamente en todos los países. Yo nunca he sido muy partidario de esta figura, por su vinculación a los parlamentos y por ser prácticamente nulos los efectos jurídicos de sus de-

<sup>2</sup> *Justicia administrativa*, Tucumán, Ediciones UNSTA, 1981, pp. 77 y ss.



cisiones. Pero reconozco que puede tener cierta utilidad, al postularse como inherente a su función un contacto directo con todos los medios de comunicación social, —prensa, radio, televisión—. Lo que, teniendo en cuenta la psicología especial de políticos y funcionarios, puede resultar eficaz. Porque a un político le es por lo general indiferente la iniciación de un proceso administrativo o veinte procesos administrativos frente a los actos por él dictados. Al fin y al cabo el acto seguirá produciendo efectos. Y, cuando llegue la sentencia, muy posiblemente no estará en el Poder. Pero que los medios de comunicación social den a conocer las conclusiones de un sujeto cualificado, en las que aparezca una actuación irregular del mismo, es algo que difícilmente puede soportar. El simple temor a que su actuación pueda desembocar en tal publicidad, será más que suficiente en la mayoría de los casos para rectificar a tiempo, evitando la producción de un acto que contravendría el ordenamiento jurídico.

Aquel trabajo sobre nuevos sistemas de control, terminaba así:

El problema se centra en verificar hasta qué punto el *ombudsman* —o institución similar— puede colaborar con el proceso administrativo para hacer realidad la sumisión de la administración al derecho. En los *Melanges* en honor del profesor Waline publicados en 1974, es decir, poco después de haberse implantado en Francia el “mediador”, figuraba un trabajo con este expresivo título: “El mediador: rival o aliado del juez administrativo”. En el que, a la vista de la entonces breve experiencia francesa, la respuesta era positiva: el mediador podía ser un eficaz colaborador del juez administrativo.

Es indudable que, pese a sus limitaciones, deficiencias y defectos, el control parlamentario a través de un órgano cualificado puede contribuir, aunque no decisivamente, a la lucha contra las arbitrariedades de la administración. Su actuación puede tener relevancia en dos aspectos:

Uno, para atender aquellas pretensiones del administrado que muy difícilmente podrán ser satisfechas a través del cauce proce-

sal. La pretensión de una inmediata y adecuada prestación de ciertos servicios podría obtener satisfacción a través de un sistema de control ágil y bien organizado.

Y, además, podría, al actuar frente a anormalidades del procedimiento, eliminar situaciones de irregularidad administrativa que, en otro caso, podrían desembocar en situaciones litigiosas, y, por tanto, en procesos que recargarían el ya abrumador trabajo que pesa sobre los tribunales contencioso-administrativos.

La eficacia del control vendrá dada en función de la independencia e imparcialidad de las personas a que se confíe. Si cuando se plantea la intervención del Ministerio fiscal en el proceso se condiciona a la independencia del mismo frente al Ejecutivo, en análogos términos ha de plantearse la configuración del *ombudsman*, al que hay que rodear de unas garantías de independencia, si no respecto del Parlamento, del que es comisario, sí de los intereses de partido.

Siempre adolecerá del gravísimo defecto que supone su vinculación al Parlamento. Porque es un hecho incuestionable que hoy los partidos políticos controlan a la vez al Ejecutivo y al Legislativo. Precisamente por ello, en modo alguno puede equipararse el control parlamentario al control judicial. Al menos mientras el Poder Judicial no sucumba al asalto que a su independencia han iniciado los partidos políticos. De aquí que pueda remediarse, al menos en parte, aquel defecto, en razón a la persona a la que se confía su función. Que, por supuesto, no debe ser hombre vinculado a ningún partido. Ni siquiera un político, por todo el lastre que esto supone.

En definitiva, como no me canso de repetir, en esta lucha continua e ininterrumpida por intentar la sumisión al derecho de políticos y funcionarios, no bastan las normas. Ni siquiera serán lo decisivo. Son tantos los imponderables que se han de vencer para que se alcance plena realización en la sociedad, que lo más importante será, quizás, la lucha contra nuestros hábitos y costumbres.

En el prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hace 34 años, se hacía la siguiente pregunta:

Sea un bien o un mal, la administración pública satisface necesidades ineludibles, que sólo ella puede atender, en los Estados contemporáneos; pero al mismo tiempo, su hipertrofia y el mal uso, el abuso o el desuso, según los casos, de sus palancas o resortes por los encargados de su manejo, implica gravísimos peligros y amenazas para la libertad individual. ¿Se conseguirá encontrar el punto de confluencia y de equilibrio que evite el sacrificio de ésta en aras de aquélla? He aquí una de las más dramáticas preguntas de la hora que nos ha tocado vivir.

La contestación a la pregunta es tan pesimista hoy como entonces. La situación en conjunto no ha cambiado gran cosa. Pese a los acaecimientos trascendentales que se han producido, la libertad sigue a merced de las administraciones públicas. Por ello sigue siendo actual lo que en este trabajo se dice.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ