

DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las administraciones públicas y el personal a su servicio*. III. *El administrado*. IV. *La actividad administrativa*. V. *Sacrificio y lesión del patrimonio del administrado*. VI. *Tutela jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

En 1903, H. Heller publicó un trabajo titulado *¿Estado social o dictadura?*, en el que sostiene la tesis de que sólo la transformación del Estado de derecho en Estado social de derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial. La transformación en un Estado para el que, a diferencia del Estado de derecho liberal —que atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones sociales—, lo decisivo sea la igualdad en sentido material, por lo que tiene la obligación de atender a las relaciones sociales de poder y corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten de manera efectiva con una libertad y una protección social equivalentes a las de los socialmente favorecidos.¹

Y es que el derecho administrativo, que hasta bien avanzado el siglo XIX había perseguido en principio intereses colectivos sin preocuparse de los derechos e intereses individuales, va a experimentar un desplazamiento lento, pero progresivo, hacia una defensa exacerbada de los inte-

1 Así resume la posición de H. Heller, Parejo, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 29 y ss. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 15 y ss. sitúa el origen mediato de la categoría social en la obra de Stein, Lorenz von, *Geschichte der sozialen Bewegung*, 1850. Sobre el problema, *vid.*, también, en lengua española, Vanossi, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1982, pp. 7 y ss.; Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, pp. 279 y ss., y González Navarro, *Derecho administrativo español*, 2a. ed., Pamplona, 1996, I, pp. 137 y ss.

reses individuales, y, a finales de siglo, el apogeo liberal aceleró la evolución. Al empezar el siglo XX, el derecho administrativo sigue progresando en esta línea. Y León Duguit, como ha destacado Alejandro Nieto,² introduce la mala conciencia en el derecho administrativo francés, denunciando el desplazamiento que ha experimentado el centro de gravedad de la disciplina y para restablecer el equilibrio insiste en el fortalecimiento del sector desatendido, en lo que ahora se denomina servicios públicos, procediendo a desmontar la concepción idealista del Estado que habían elaborado los conservadores, debiendo volver el Estado al servicio de la comunidad, liberándolo de quienes se lo habían apropiado.

Años después, notablemente influido por Duguit, Forsthoff levantará la construcción de la administración pública como servidora de la idea de *Daseinsvorsorge*, configurándola como una *Leistende Verwaltung*. Esta doctrina fue expresada por primera vez en 1938, en un libro titulado *Die Verwaltung als Leistungsträger*,³ y recogido parcialmente en las distintas ediciones de su *Tratado de derecho administrativo*,⁴ habiendo tenido una amplia acogida en la doctrina alemana contemporánea. La concepción de Forsthoff supone un llamamiento al interés colectivo, la preocupación por la existencia humana, la procuración por los presupuestos vitales. La administración deja de ser meramente intervencionista para ser configurada como soporte de prestaciones. Ya no son las libertades el objeto principal de lo que se demanda al Estado, sino prestaciones administrativas que satisfagan las condiciones mínimas de existencia. El Estado se ha convertido en un Estado distribuidor y repartidor con objeto de satisfacer unas prestaciones vitales cuyo cumplimiento se ha hecho imprescindible. Ya que el individuo no puede subsistir por sí mismo ni domina el medio de que depende, es la colectividad y es el Estado los que deben asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana. Así se pronunciaba, entre nosotros, Alejandro Nieto en 1975, que añadía:

2 Nieto, Alejandro, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 76, pp. 20 y ss. al que sigo.

3 Completada en otros trabajos posteriores, como *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, Köln-Marienburg, 1958, y *Rechtsfragen der leistender Verwaltung*, Stuttgart, 1959.

4 La 5a. edición, traducida al castellano por Legaz Lacambra, fue publicada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957. Sobre la doctrina de la *Daseinsvorsorge*, *cfr.* el excelente resumen de L. Martín-Retortillo en su trabajo “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 35 y ss.

hoy es fácil acusar a Duguit y a Forsthoff de un fascismo larvado, puesto que, efectivamente, el fascismo comparte con ellos su repudio del orden liberal. Pero los enemigos comunes no engendran necesariamente amistad. La línea de Duguit y de Forsthoff era la correcta, como están demostrando ahora sus redescubridores. Lo que sucede es que los juristas, escarmentados —y con razón— de los excesos fascistas, han repudiado indiscriminadamente lo bueno y lo malo de las tendencias antiliberales. La ideología liberal siempre ha atraído a los juristas por ser noble y honesta y por defender a los individuos, que es uno de los objetivos eternos del Derecho. Pero tampoco hay que olvidar los derechos de los individuos que no tienen acceso a los despachos de los abogados (¿o es que la Administración sólo tiene que ver con propietarios?) ni, mucho menos, los intereses de la colectividad. Aquí empieza la miseria del liberalismo y la necesidad de su superación. Superación que puede encarnar en el fascismo y en el socialismo, pero también en el llamado Estado social de Derecho.⁵

La mayoría de los Estados occidentales escogieron, con mayor o menor sinceridad, la vía del Estado social de derecho.

Al finalizar el siglo, las cosas han cambiado. La realidad ha acabado por imponerse. Y todos, aunque no todos lo digan —los políticos no pueden decirlo si quieren llegar al poder—, tienen la convicción de la imposibilidad de subsistencia del Estado de bienestar.

En los Cursos de Verano organizados por la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid, en el verano de 1997, en el dedicado a “la necesaria vertebración de la sociedad”, Rafael Termes pronunció, el 14 de agosto, una conferencia con este expresivo título: *Del Estado del bienestar a la sociedad del bienestar*.⁶ Hombre de firmes convicciones liberales, afirmó:

el Estado del Bienestar, tal como se ha concebido y aplicado, ha sido y sigue siendo perjudicial, pero no solamente por la quiebra económica a que conduce. Con ser esto malo, a mi juicio no es lo peor. Lo peor del Estado de Bienestar es el daño que ha hecho a la mentalidad de los hombres de nuestro siglo. El Estado ciertamente debe proteger las situaciones de indigencia y, en ejercicio de su función subsidiaria, extenderla a los contados casos que la sociedad no puede atender. El error del Estado de Bienestar es haber querido que esta protección se universalizara, alcanzando al inmenso número de aque-

5 Nieto, A., *op. cit.*, nota 2, p. 23.

6 Publicada en *Cuadernos de Sociedad*, 1997.

llos que, sin necesidades perentorias, debían haber sido puestos a prueba para que dieran los frutos de que la iniciativa individual es capaz; en lugar de ello, generaciones enteras han sido adormecidas por el exceso de seguridad, con cargo al Presupuesto y, lo que es peor, en detrimento de las unidades productivas de riqueza que, de esta forma, se sienten desincentivadas. En este sentido el nivel a que se ha llevado al Estado de Bienestar ha traicionado incluso el pensamiento de Lord Beveridge, tenido por padre del Estado del Bienestar moderno, quien había escrito: “el Estado, al establecer la protección social, no debe sofocar los estímulos, ni la iniciativa, ni la responsabilidad. El nivel mínimo garantizado debe dejar margen a la acción voluntaria de cada individuo para que pueda conseguir más para sí mismo y para su familia”.

Lo que, contrariamente, ha sucedido, es que nuestros contemporáneos, acostumbrados a tener cubiertas, sin esfuerzo, todas sus necesidades básicas, desde la cuna hasta la tumba, han perdido el amor al riesgo y a la aventura, creadora de riqueza. Preso de una paralizante excesiva seguridad, el hombre de hoy se desinteresa progresivamente de su contribución al desarrollo de la sociedad, lo que conduce a instituciones cada vez más ineficaces y anquilosadas. En esta situación, lo único que subsiste es la ambición por el enriquecimiento rápido y sin esfuerzo, fomentando la corrupción y el empleo de toda clase de artes torcidas para lograrlo.

Sin embargo, pese a sus convicciones, llegaba a la siguiente conclusión:

preferir al Estado del Bienestar la Sociedad del Bienestar que, desde luego requiere la presencia del Estado, pero de un Estado mínimo, que cree el marco regulador y ejerza simplemente la función subsidiaria, no impide reconocer que, en las actuales circunstancias, es difícil que la sociedad civil asuma el papel que le corresponde. No porque intrínsecamente carezca de capacidades para ello, sino porque, tras décadas de intervencionismo estatal, estas capacidades han sido adormecidas. Pero precisamente porque, adormecidas, siguen latentes, no es imposible despertarlas, regenerarlas y vertebrarlas para que produzcan con toda pujanza los frutos deseables.

El Estado social va a ser determinante de profundas transformaciones en las instituciones del derecho administrativo, paralelas a la evolución del modelo de Estado.

La asunción por el Estado de las ingentes prestaciones inherentes a la satisfacción de unas condiciones vitales de existencia ha incidido especialmente en la administración pública, fuertemente lastrada por el arrastre histórico de categorías e ideas formuladas y cristalizadas sobre el mo-

delo de Estado de derecho liberal. De aquí que la investigación sobre el alcance y el contenido del nuevo Estado se haya abordado desde el repertorio de ideas tradicionales (que se dan por recibidas en el Estado, que sigue siendo de derecho), para determinar en qué medida el modelo ha modificado el ordenamiento por la introducción del principio social.⁷

Por lo que, pese a la contradicción que, en principio, parecía existir entre los principios de un Estado social y de un Estado de derecho, la evolución a lo largo del derecho administrativo ha logrado mantener la ecuación entre prerrogativas y garantías, entre eficacia y seguridad jurídica.

Eficacia o seguridad jurídica. Éste ha sido el gran dilema del derecho administrativo en el siglo que acaba. Es cierto que, como dijo el profesor finlandés Merikoski, están siempre en conflicto, luchan por la preponderancia.⁸ Pero también, que en este siglo se ha planteado en términos más acuciantes que nunca, pues se ha tratado de colocar cada uno de estos principios por sí solos en la base de un sistema de administración. Para explicar el espíritu de los defensores a todo trance de la seguridad jurídica, quizá nada más expresivo que estas palabras de uno de los brillantes representantes de los juristas españoles del liberalismo: “quienes se consuelan —¡o se enorgullecen!— de una opresión del alma, alegando que, en cambio, existe un buen ferrocarril, no deben ir en él como viajeros, sino como mercancías”.⁹ La respuestas por los representantes de la ideología socializadora no puede ser otra que los que demandan eficacia ya viajen de hecho como mercancías.

Al final parece haberse llegado a un discreto equilibrio. Y, en la medida en que el Estado iba aumentando sus funciones y disponiendo de sistemas más sofisticados de intervenir la actuación de los ciudadanos alcanzando a las esferas más íntimas, se fueron incrementando las garantías.¹⁰

7 Parejo, *op. cit.*, nota 1, p. 74.

8 Merikoski, “Quelques tendances dans le développement du contrôle juridictionnel de l’administration”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, núm. 2, 1955, p. 215.

9 Ossorio, Ángel, *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929, p. 9.

10 Así se ha destacado en México. Por ejemplo, en Lucero Espinosa, *Teoría y práctica del contencioso-administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1990, p. 1, y Vázquez Alfaro, *Evolución y perspectivas de los órganos de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 14 y ss. Cfr. González Pérez, *Procedimiento administrativo federal*, 2a. ed., México, UNAM, 1997, pp. XVII y ss.

II. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL PERSONAL A SU SERVICIO

1. *Los sujetos a la acción administrativa*

A lo largo del siglo se han producido muy importantes transformaciones en las organizaciones a las que se encomienda la satisfacción de los fines cada día más amplios asumidos por el Estado y en el régimen del personal a su servicio.

Al lado de las administraciones territoriales clásicas, van a surgir una serie de entidades dotadas de personalidad jurídica para cumplir concretas funciones administrativas, que adoptarán muy distintas modalidades y se sujetarán asimismo a regímenes jurídicos muy distintos.

Paralelamente, las personas físicas que, concretamente, asumen las tareas de las administraciones tradicionales van a experimentar cambios tan profundos, que, al acabar el siglo, poco o nada se parecen al funcionario clásico, al menos de los Estados de régimen administrativo. A uno y otro fenómeno se dedica este apartado.

2. *Las nuevas organizaciones administrativas*

A. Desarrollo de la administración especializada

La complejidad de los fines asumidos por las administraciones públicas y los demandantes de eficacia en su realización ha sido sin duda la razón fundamental de la aparición de unas organizaciones dotadas por lo general de personalidad jurídica cuya característica esencial es la especialidad de sus fines y la dependencia de una administración pública territorial. A diferencia de la descentralización territorial, que es un fenómeno esencialmente político y constituye una forma de concebir el Estado en su conjunto, la llamada descentralización funcional es un fenómeno de distribución interna de los órganos públicos de que depende la actuación administrativa y se fundamenta en razones técnicas.

Muy distintas son las organizaciones en que se han manifestado este fenómeno descentralizador y, consiguientemente, muy distintas las clasificaciones, habiéndose distinguido dos tipos: los entes que son meros instrumentos de las administraciones territoriales y en que éstas dominan; y

los que están dotados de una mayor independencia jurídica y hasta política.¹¹

La proliferación de estos entes en el continente europeo no responde a la tradición administrativa dominante de los distintos Estados, con un modelo cerrado de administración. Parece evidente que tal desarrollo está directamente inspirado en el modelo de las agencias independientes de Estados Unidos. Y es que, a diferencia del modelo de administración cerrada de los países continentales, es la administración abierta el modelo anglosajón.¹²

Dentro de éste, se observan notables diferencias entre la administración británica y la de Estados Unidos. Mientras que en Inglaterra los *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organizations*) no responden a rasgos precisos y en las relaciones oficiales (*Report of Civil Service Department*) de 1978 no se describen genéricamente sus formas de funcionamiento ni aparecen investidos de funciones homogéneas, las *Independent Regulatory Commissions* americanas responden a un modelo organizativo homogéneo y han sido creadas por leyes del Congreso norteamericano como órganos colegiados destinados a gobernar un determinado sector de la vida económica, cuyas gestiones no pueden ser destituidas libremente por el presidente.¹³

Como señala Schwartz, el origen del derecho administrativo norteamericano se encuentra precisamente en la creación de las llamadas “comisiones independientes”, la primera de las cuales (*Interestate Commerce Comisión*) surgió en 1887, que rompió con la llamada administración “regular” directamente ligada a las decisiones del presidente, con el fin de intervenir en materia de comercio y transportes interfederales.¹⁴ El

11 Una visión muy completa de las manifestaciones de este fenómeno, en los trabajos publicados en los dos extensos tomos del *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994, dedicado monográficamente a la administración instrumental. *Id.*, también, Colliard, y Timst, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1988.

12 Moderne, “Los entes administrativos instrumentales en Francia”, *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, *cit.*, II, pp. 1,747 y ss.

13 Una visión general, en Parada, “Las administraciones independientes”, *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, *cit.*, I, pp. 662 y ss. Cfr. Hogwood, “The Growth of Quangos: Evidence and Explanations”, *Parliamentary Affairs*, vol. 48, núm. 2, 1995, pp. 207 y ss.; Greenwood, y Wilson, *Quangos in Britain*, McMillan, 1982; Pliatzky, “Quangos and Agencies”, *Public Administration*, vol. 70, invierno de 1992, pp. 555 y ss.; Johnson, “Editorial: Quangos and the Structure of British Government”, *Public Law*, invierno de 1979, pp. 379 y ss., y Fialaire, “L’evolution recente des quangos en Grande-Bretagne”, *La Revue Administrative*, núm. 244, 1988, pp. 364 y ss.

14 Garrido Falla, “Origen y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas”, *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, *cit.*, I, pp. 39 y ss. *Id.*, también,

modelo de las agencias ha sido también adoptada por las administraciones supranacionales, como las de la Unión Europea, y puede citarse como ejemplo típico la Agencia de Abastecimiento de Euraton.¹⁵

Quizá, uno de los fenómenos más destacables en la evolución de las administraciones públicas ha sido lo que se ha llamado huida del derecho administrativo, que se ha manifestado a través de la creación de unas nuevas entidades cuya actividad se sujeta al ordenamiento jurídico común, civil, mercantil o laboral, en nombre de la eficacia. La esclavitud de la burocracia, la sujeción a trámites y controles propios del régimen administrativo, el formalismo de los procedimientos administrativo provocaron la huida del derecho administrativo, que tanto ha preocupado a la doctrina española, en cuanto supone algo más que la huida del derecho administrativo, y constituye una huida del derecho.¹⁶

Y como en tantos otros aspectos, el nacimiento, desarrollo y crisis del Estado de bienestar va a jugar un papel decisivo en la evolución del fenómeno privatizador.

B. La aparición de la empresa pública

En el siglo XIX se va a producir un riguroso cambio en el perfil funcional de la administración pública, al asumir la titularidad sobre determinados servicios comunes y consagrarse la competencia para gestionarlos directamente. No es que con anterioridad la administración no explotase directamente determinadas empresas económicas, pero se trataba de supuestos excepcionales, bien como una herencia de antiguas propiedades de la Corona o como simples monopolios fiscales sin otra justificación que la conservación de una fuente de ingresos para el Tesoro.

En la primera mitad de siglo, la administración va a asumir la actuación económica empresarial por razones de interés público, adquiriendo su punto culminante en las nacionalizaciones de los años posteriores a la segunda Guerra Mundial. La Constitución francesa de 1976 proclamaba

Carbonell y Muga, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, 1996, y *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, 1995.

15 Schwartz, "La agencia de abastecimiento de Euraton; ¿ente típico o singular?", *Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, cit., I, pp. 453 y ss.

16 Cfr., por ejemplo, San Martín Retortillo, "Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo", *Festschrift Klaus Stern*, Universidad de Colonia, publicado también en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, pp. 25 y ss.

en el párrafo 9o. de su preámbulo “todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad”.

Es de destacar, sin embargo, la muy diferente intensidad del fenómeno en los distintos países, pues, en Estados Unidos, pese a los problemas provocados por la crisis económica de 1929 y durante la época en que prevaleció la política del *New Deal*, el principio de subsidiariedad siguió siendo uno de los más arraigados. Y el Estado de bienestar no condujo a una nacionalización generalizada de empresas privadas como técnica de participación del Estado en la economía. Por el contrario, en Europa e Hispanoamérica el proceso intervencionista fue muy distinto: en vez de limitarse a la adopción de medidas de regulación económica, dio origen a una ola de nacionalizaciones.¹⁷

Esto se tradujo en una grave crisis de alguno de los conceptos tradicionales del derecho administrativo, como la de servicio público y establecimiento público.

El fenómeno fue estudiado en España en un monumental número monográfico —el 3— de la entonces recién fundada *Revista de Administración Pública*, encabezado por un trabajo de García Pelayo dedicado al fenómeno de la socialización.

Paradójicamente, este *agrandamiento* del Estado va a producir un abandono de las técnicas del derecho administrativo para apropiarse de los del derecho privado, ya que esas empresas públicas toman en buena parte la vestidura jurídica de las empresas mercantiles. Por lo que, como dijo Vedel, el Estado no solamente ha expropiado a los capitalistas sus empresas, sino también sus experiencias y sus fórmulas.¹⁸ De tal modo que, en lugar de ciudadanos, se prefiere hablar de “clientes”; en lugar de Ministerios, de “módulos”; en lugar de legalidad, de eficacia.¹⁹

17 Cassagne, “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistema de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, pp. 95 y ss.

18 Garrido Falla, “Privatización y reprivatización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 126, pp. 15 y ss.

19 Así, en España, el documento *Reflexiones para la modernización de la administración del Estado y Estudio Delphi. La modernización de los procedimientos de actuación de la administración pública*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1990. Sobre el problema es de extraordinario interés el libro *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1980.

C. La crisis de la empresa pública: las privatizaciones

Resulta ineludible relacionar la crisis de la empresa pública con la del Estado social de derecho. Sin embargo, no coincide, es distinta.²⁰ La crisis de la empresa pública es casi institucional, tiene una sustantividad y una autonomía propia. Crisis financiera reconocida por todos, incluso desde esquemas políticos que en su día postularon su desarrollo. Pues resulta imposible desconocer, pese a los habituales maquillajes contables, la situación deficitaria, a la que se une que, en la práctica, la gestión de esas empresas puede llevarse a cabo de modo más eficaz por el sector privado.

Aunque la privatización tiene una muy importante carga política, han sido la carga financiera, que supone el sector público, y el criterio de la eficacia de la gestión los verdaderos fundamentos del proceso de privatizaciones que domina en los distintos sistemas, aunque en la práctica haya adoptado fórmulas distintas.

“La privatización —se ha dicho— no sólo es actual, sino también de moda”,²¹ desde Gran Bretaña o Estados Unidos hasta México²² o Argentina,²³ donde las privatizaciones se justifican en la propia subsistencia del Estado, ahogado literalmente en la deuda pública externa y el incommensurable déficit público, pasando por Portugal, donde la privatización tiene asimismo una peculiar justificación derivada de las nacionalizaciones subsiguientes a los acontecimientos de 1974 y en la nueva Constitución,²⁴ o en los países del este de Europa, donde las privatizaciones tienen unas características y un origen radicalmente diferente.²⁵

20 Ha destacado la distinción, San Martín Retortillo, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, pp. 24 y ss. al que sigo.

21 Guerrero, O., “Privatización de la administración pública”, *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 57, núm. 1, 1990, p. 221.

22 Cfr. *Privatización: el inevitable sendero del gigante decreciente*, México, Centros de Estudios de Economía y Educación, 1988, los trabajos de Butler, E., “Como la revolución de Margaret Thatcher fue exitosa”, pp. 21 y ss.; Pirie, “El desmantelamiento del Estado”, pp. 41 y ss., y Butler, S. M., “Privatizando el gasto federal: los activos federales”, pp. 69 y ss.

23 Cfr., por ejemplo, Dromi, *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, 1990, y Hutchinson; Barraguirre, y Greco, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Buenos Aires, 1990.

24 Cfr. *Revista da Banca*, núm. 4, octubre-diciembre de 1987, los trabajos de Nunes, “As reprivatizações”, pp. 5 y ss., y Noita, “Desregulamento e desindermadação”, pp. 49 y ss.

25 Fenómeno muy distinto y peculiarísimo, como se ha destacado reiteradamente, por ejemplo, Winiecki, “La privatización en las economías de los países del este de Europa”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 1989 (monográfico sobre el tema), pp. 145 y ss. Un resumen general, en Piñar Mañas, “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, pp. 17 y ss.

El proceso privatizador ha obedecido a fundamentaciones distintas, incluso dentro de los países integrantes de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en Francia, Inglaterra y Alemania, la fundamentación ideológica de la privatización del sector público ha sido muy explícita desde su comienzo: consagrar y desarrollar un sistema de mayor fortalecimiento de la economía de mercado, con mayor protagonismo de los operadores económicos privados y un más amplio juego de la iniciativa privada. Por el contrario, en Italia “el proceso privatizador se inició básicamente como resultado de un intento de reestructuración económico-financiero del propio sector público, en buena parte inspirado por sus propios gestores ante la situación de su deterioro con el fin de cubrir el déficit”.²⁶

3. *El personal al servicio de las administraciones públicas*

A. La “laboralización” del funcionario

Cuando se iniciaba la segunda mitad del siglo, Nicolás Pérez Serrano, uno de los más insignes maestros del derecho público de lengua española y uno de nuestros más prestigiosos abogados, colaboraba en los *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, con un trabajo que llevaba este expresivo título: “Proletarización del funcionario”. En él trataba de llamar la atención sobre un fenómeno que debía constituir motivo de preocupación tanto por las consecuencias que podía acarrear como por la injusticia que representaba. Porque —decía—

el funcionario público tiene hoy un status económico, social y jurídico que le pone en inferioridad de condiciones con respecto a los obreros. Hace un siglo podía el trabajador manual sentir envidia hacia el funcionario, porque éste se hallaba mejor remunerado, contaba con garantías jurisdiccionales y disfrutaba de una concepción social elevada; en nuestros días, por el contrario, los obreros gozan de ventajas notoriamente superiores a las que poseen los servidores profesionales de la Administración pública.²⁷

Ciertamente, en aquel momento, el funcionario había dejado de tener el prestigio y consideración social de que gozaba al principio de siglo.

26 Así, San Martín Retortillo, *op. cit.*, nota 20, pp. 25 y ss.

27 Pérez Serrano, “Proletarización del funcionario”, *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952, pp. 167 y ss.

En buena parte, debido a la acción de las asociaciones y sindicatos de funcionarios, que, inconformes con un régimen funcional informado por la idea de servicio público, habían ido logrando el reconocimiento de derechos propios de los trabajadores.

El día en que el Consejo de Estado francés reconoció a los funcionarios el derecho a la huelga se consumó el proceso. Y, como en tantos otros aspectos, al finalizar el siglo se observa una acusada reacción que propugna el abandono del modelo degenerado de función pública y la recuperación del modelo tradicional.²⁸ Veamos la evolución experimentada en las relaciones de empleo público.

B. El modelo de función pública al comienzo del siglo

El modelo continental europeo de función pública de servidores públicos profesionales, estables, con la misma formación y responsables del funcionamiento de las administraciones que los servicios públicos nace en el siglo XIX. Prusia aportó a la civilización europea una forma política peculiar que suele llamarse el “Estado de funcionarios”, del que era base fundamental la estabilidad de los empleos.²⁹ Estabilidad de los empleos frente al que los ideólogos liberales aducían el argumento democrático del riesgo de la apropiación del poder por un funcionariado inamovible.

En Estados Unidos, en que tuvo mayor arraigo el modelo liberal, se consideró muy democrático el reparto de los puestos públicos entre los individuos que habían demostrado su adhesión al partido político que ocupaba el poder, dominando todo el siglo XIX el *spoils system*. Es necesario llegar hasta el año 1883 en que, con la aprobación de la *Pandleton Act*, se da paso a un incipiente sistema de función pública de funcionariado permanente, al establecerse puestos o servicios clasificados, que eran aquellos cuyo personal era designado mediante examen y en virtud de un reglamento preestablecido. El número de puestos clasificados fue

28 Es éste el último epígrafe del trabajo de Parada Vázquez, “Empleo público y globalización de la economía”, *Documentación administrativa*, núm. 243, septiembre-diciembre de 1995, monográfico sobre “Función pública y laboralización”, pp. 60 y ss. La trascendencia del hecho de admitir la licitud de la huelga de funcionarios públicos fue puesta de manifiesto en el núm. 2 de la *Revista de Administración Pública*, en un artículo de Villar Palasí, “La licitud de la huelga de funcionarios declarada por el Conseil d’Etat”, pp. 271 y ss.

29 Al tema ha dedicado especial actuación entre nosotros Alejandro Nieto, entre otros, en sus trabajos *El mito de la administración prusiana*, Sevilla, 1962, y *El pensamiento burocrático*, Madrid, 1976.

umentando progresivamente en virtud de decretos presidenciales, como preveía la ley, o de enmiendas a los mismos acordados por el Congreso. Cuando en 1932 asumió el poder Roosevelt, los puestos clasificados de la administración federal excedían del 80% del total. Pero el desarrollo no fue regular, tuvo sus avances y retrocesos. Estos fueron más bruscos en las épocas en que un partido que había estado largo tiempo fuera del poder volvía a ocuparlo súbitamente; por ejemplo, cuando triunfaron los demócratas en 1885, 1913 y 1933, y los republicanos en 1897 y 1921.

Durante el primer mandato presidencial de Roosevelt, la proporción de puestos sujetos al *Merit system* bajó del 80% al 63% en 1937. Pronto se reanudaron vigorosamente las campañas en su favor. El Instituto Americano de la Opinión Pública hizo una amplia consulta al país, de la que resultó que el 80% de las personas se declaró a favor a la extensión del sistema del mérito; el informe del comité presidencial para la reforma administrativa abogaba la extensión del sistema “por arriba, por fuera y por abajo”. Incluso llegó a pedirse una enmienda a la Constitución federal que regulase el ingreso en el servicio civil, la designación del personal de la administración civil.³⁰

En Gran Bretaña, al empezar el siglo XIX, ya estaba arraigado el servicio civil, del que tan orgullosos están los ingleses, pues su personal, por su elevada competencia y moralidad, ha despertado la admiración del país y del extranjero. Puede señalarse en 1855 la fecha de su creación. Y su historia está jalonada por una serie de Comisiones: la Playfair de 1875, la Ridley de 1886, la MacDonnell de 1912-1915, la Gladstone de 1918, la Tomlin de 1929-1931, gracias a cuya labor se introdujeron importantes reformas.³¹

C. El modelo continental europeo de función pública

El modelo europeo continental de función pública, que había ido consolidándose a través del siglo XIX y que tiene vigencia en los primeros años del XX, responde a la idea de un funcionariado permanente y profesionalizado, devoto del servicio público, y con mayores obligaciones y

30 En lengua española, hizo un excelente resumen de la evolución del sistema, Royo-Villanova, S., *La idoneidad de los funcionarios públicos*, Madrid, 1946, en especial, pp. 34 y ss.

31 Cfr. Drewery, y Butcher, *The Civil Service Today*, Oxford, 1988, y Fuentetaja Pastor, y Guillén Carames, *La regeneración de la administración pública en Gran Bretaña*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 123 y ss.

motivación de los que podrían resultar de una simple contratación sujeta a las leyes del mercado. Estos rasgos —se ha dicho— se extreman en el modelo francés de función pública, articulado sobre cuerpos especiales que se ajustan a los servicios y administraciones a su cargo al modo como los cuerpos militares se ajustan a las diversas armas y especialidades necesarias para la guerra. Por ello, el contenido de la relación funcional se nutre del principio según el cual los deberes del funcionariado no tienen límites de tiempo ni de intensidad, pues se corresponden con el buen funcionamiento del servicio: el funcionario está obligado a cumplir con todas aquellas prestaciones que se precisan en los reglamentos del servicio y, por ende, a asumir todas las tareas que, en general, exija una óptima prestación. Así, el concepto de “las necesidades del servicio” se convierte en el módulo, la regla métrica del comportamiento burocrático, frente al cual el funcionario no puede excusarse en limitaciones de horarios, derecho al descanso, deberes familiares, vacaciones o cualesquiera otras excusas. De otro lado, el modelo es extremadamente parco en derechos y garantías funcionariales, lo que permite mantener la disciplina con máximo rigor.³² Y, por supuesto, se reproducen en los cuerpos de funcionarios civiles que, a imagen de los franceses, se crean en Italia, Bélgica y España.

Y estos modelos tradicionales de función pública van a influir en las organizaciones empresariales privadas, que marcan la pauta de la mayor eficacia, fenómeno que adquiere su más acusada expresión en el modelo japonés, en el que la identificación del empleado con su empresa tanto recuerda al tradicional deber de fidelidad del funcionario alemán con la administración o la identificación del militar con su servicio.³³

De esta realidad se deriva una sorprendente paradoja:³⁴ la eficacia que se busca alterando *a radice* el sistema de la función pública tradicional a favor del modelo empresarial taylorista, no es de recibo en las organizaciones privadas que resultan más competitivas a escala mundial y cuyos éxitos se atribuyen precisamente a la incorporación de las técnicas que estaban presentes en los modelos tradicionales de los países europeos. Y, últimamente, cuando los directivos extranjeros hablan de sus colegas norteamericanos se muestran más despectivos que admirados, y

32 Parada, *op. cit.*, nota 28, p. 32.

33 Gaul, R.; Grunenberg, N., y Jungblot, M., *El milagro japonés, los siete secretos de un éxito económico*, Madrid, Planeta, 1983.

34 Sigo a continuación el resumen que hace Parada, *op. cit.*, nota 28, pp. 46 y ss.

en el mismo país se abordan los testimonios del fracaso del modelo de gestión. Por ello, la publicación del libro de Peters y Waterman, Jr., *En busca de la evolución. Lecciones de las empresas mejor gestionadas en los Estados Unidos*, fue todo un acontecimiento.

D. El impacto del sindicalismo

Desde la otra vertiente, se ha dado una acusada influencia de las relaciones laborales en el modelo de función pública. El vehículo de transformación y evolución del derecho de la función pública fue, en los diversos países europeos, el contagio al sector público del sindicalismo del sector privado.³⁵

El modelo continental europeo tradicional de empleo público —informado por el principio del servicio público— impedía reconocer un derecho asociativo y sindical pleno. La regularidad y continuidad del servicio público eran incompatibles con la utilización de los medios de acción y lucha del proletariado y, en especial, el derecho a la huelga.³⁶

Frente a la mística de la función pública y del servicio del Estado, los funcionarios sindicalistas se veían a sí mismos como puros y simples trabajadores y como tales, no como funcionarios, querían ser tratados. En 1908, un maestro francés decía: “no queremos que se continúe llamándonos apóstoles del progreso; no queremos que se hable de nuestra alta misión civilizadora. Estamos cansados. Somos maestros como otros son cerrajeros y viñadores, porque el oficio nos place, evidentemente, más que ningún otro, pero sobre todo para ganar nuestra vida”.³⁷ Aquí está el origen de la proletarización del funcionario de que nos hablaba Pérez Serrano.

La presión asociativa y sindical acabará imponiéndose en casi todos los Estados europeos. Las Constituciones que se promulgan en Francia, Italia y Alemania después de la segunda Guerra Mundial, al reconocer

35 Cfr. en el número monográfico de *Documentación Administrativa* (núm. 243) antes citado, los trabajos de Corpaci, “Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia”, pp. 247 y ss., y Bacigalupo Saggese, “Reducción y laboralización de la función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos en los años noventa”, pp. 293 y ss. Cfr., también, Parada Vázquez, *Sindicatos y asociaciones de funcionarios*, Madrid, Tecnos, 1968.

36 Un excelente resumen de la cuestión, en Cassagne, *La huelga en los servicios esenciales*, Madrid, Civitas, 1993. Vid., también, Díez Sánchez, *El derecho de huelga de los funcionarios*, Madrid, 1990.

37 Cit. por Hermignie, *El Estado y sus agentes. El sindicalismo administrativo*, trad. de Francisco Lombardía, Madrid, España Moderna, s. f.

con carácter general los derechos de asociación y huelga, provocarán, implícitamente, su reconocimiento para los funcionarios. Resultado: terminó la fidelidad al servicio público, y se concentró en obtener unas reivindicaciones siempre conscientes de la amenaza de la ruptura frontal con las obligaciones que el servicio impone por medio de la huelga. Lo ha resumido Parada en los expresivos términos que transcribo a continuación:³⁸

En adelante la medida de las obligaciones de los funcionarios ya no se establecerá en cada momento según “las necesidades del servicio”, sino que comenzará a especificarse en tablas de deberes y obligaciones, bien en reglamentos similares a las reglamentaciones de trabajo, bien en los convenios colectivos y aparecerán la limitación de jornada y otras reglas que ponen un límite o condicionan la entrega y devoción ante el servicio tradicionales en la función pública. De ahora en adelante los funcionarios ya no estarán siempre de servicio. La Administración no será ya la casa donde vive y el altar que venera el funcionario sino la “otra parte”, el patrono, del que hay que desconfiar y contra el que hay que enfrentarse en una ilimitada confrontación para ensanchar los derechos y reducir los deberes.

De otro lado, el sindicalismo y las nuevas exigencias del Estado de Derecho llevan a un garantismo extremo y a un judicialización de los conflictos que no está en los inicios del corporativismo de servicio y que afecta decisivamente a uno de sus elementos estructurales: la potestad disciplinaria y, consiguientemente, al principio de jerarquía. La conquista del derecho a la inmovilidad, la exigencia de procedimientos formalizados para el ejercicio de la potestad sancionadora, la creación de órganos mixtos con los sindicatos que participan en la potestad disciplinaria de varias formas (órganos mixtos, informes vinculantes, etc.) y, en fin, el reconocimiento de un recurso judicial pleno, incluso con medidas cautelares, han convertido la potestad disciplinaria en un tortura y castigo, pero no para los funcionarios infractores, sino para la autoridades que tienen que aplicarla. En definitiva, se ha pasado de una potestad disciplinaria rigurosamente autoritaria, vinculada al principio de jerarquía, a otra sustancialmente diversa en la que priman de forma absoluta las garantías del funcionario. El resultado de este apresurado tránsito ha sido una profunda crisis de esta forma de responsabilidad funcional como denuncia la doctrina más especializada. Así, Wisscher, con referencia al Derecho belga dirá, que “*el cuidado que se toma el superior jerárquico de no crearse enemigos y de no deteriorar la atmósfera de su servicio utilizando la potestad*

38 Parada, *op. cit.*, nota 28, pp. 53 y ss.

disciplinaria, el respeto que muestra la autoridad a las organizaciones sindicales que dominan las cámaras de recursos, el miedo a proporcionar a la oposición la oportunidad de una campaña de prensa, el riesgo, en fin, de ver la sanción disciplinaria anulada por el Consejo de Estado dieciocho meses a dos años después de haberla impuesto, son otras tantas razones que explican por qué la disciplina administrativa se muere y por qué la calidad de la Administración se va deteriorando”. Y Bonefous con relación a la Administración francesa observa que “la autoridad jerárquica tiende a encogerse, el control a esclerotizarse y la inspección a desaparecer [...]. La autoridad se ejerce raramente; en ciertos servicios, los jefes como los subordinados han perdido el hábito de la disciplina. Sus relaciones son menos las de la jerarquía que las de la camaradería. La fuerza de la costumbre, más que los planes concertados, es lo que hace funcionar el conjunto de los servicios. Toda reforma, incluso modesta, se hace difícil. La autoridad se encoge y la disciplina es difícil de restablecer inmediatamente”.

E. La dualidad de regímenes en la relación de empleo público

A la degeneración del modelo de empleo público tradicional a que acabo de referirme ha contribuido otro fenómeno: la entrada de personal laboral al servicio de las administraciones públicas, sujeto al derecho laboral al igual que el empleado de cualquier empresa privada.

Esta penetración —dice Parada— se ha producido “por imposiciones políticas externas como Alemania, o ha sido fruto de una demagogia obrerista en España, o producto de un diseño de laboratorio como en Italia”.³⁹

Lo cierto es que se ha dado lugar a la coexistencia, a veces en un mismo servicio, de personal laboral y personal funcionario, con los consiguientes conflictos y tensiones. Pues, aunque, como antes se ha señalado, se ha producido una aproximación entre las relaciones sujetas al derecho laboral y las sujetas al derecho administrativo, siempre subsisten las diferencias, de distinto signo, en función de la situación del sector privado.

³⁹ *Ibidem*, p. 55. “En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, por imposición de las potencias aliadas, redujo el ámbito del modelo tradicional del funcionario únicamente al ejercicio de aquellas funciones que implicasen *el ejercicio de prerrogativas de poder público a título de función permanente* (artículo 33)”.

F. La vuelta al modelo tradicional

Al finalizar el siglo, se levantan voces propugnando la vuelta al modelo tradicional de función pública, con sus cuerpos de funcionarios localizados en cada servicio, jerarquizados y con un alto nivel de motivación, que mantengan la memoria institucional en los cambios políticos, y que aseguren el perfeccionamiento de los servicios.⁴⁰ Cuando la corrupción es una plaga que domina en casi todas las administraciones públicas y se multiplican en los distintos países las comisiones para moralizar la función pública,⁴¹ se olvida que, en buena parte, la penosa situación actual tiene en buena parte su origen en la degradación del modelo continental europeo tradicional.

Y al estructurarse las nuevas administraciones públicas de las uniones supranacionales, concretamente la Unión Europea, se ha optado decididamente por el modelo estatutario en el que las condiciones de empleo vienen determinadas por el legislador comunitario, en el que se generalizan la permanencia en el empleo y el principio de carrera,

lo que es una consecuencia directa de la naturaleza integradora de las Comunidades Europeas, lo que viene confirmado, tanto por la originaria práctica administrativa de la alta autoridad de la CECA y de las comisiones de la CEE y del Euratom, como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que sentó, en sus primeras sentencias, los principios informadores del sistema comunitario de función pública, sobre la que se elaboraría posteriormente el Estatuto de funcionario.⁴²

40 Así, *ibidem*, p. 65.

41 Prueba evidente es la copiosísima bibliografía sobre el tema. A título de ejemplo, Searle, *Corruption in British Politics, 1895-1930*, Oxford, 1987; Kernaghan, "Codes of Ethics and Public Administration: Progress Problems and Prospects", *Public Administration*, vol. 29, verano de 1980, pp. 207 y ss.; Lewis, y Longlex, "Ethics and the Public Service", *Public Law*, invierno de 1994, pp. 596 y ss.; Rodríguez Arana, *Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?*, Madrid, 1993; Fuentetaja Pastor, y Guillén Carames, *op. cit.*, nota 31; González Pérez, *La ética en la administración pública*, Madrid, Civitas, 1996. En México, en 1994, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y la UNAM han editado un *Código ético de conducta de los servicios públicos*. El prólogo, de los profesores Vázquez Cano y Soberanes Fernández, termina con estas palabras: "estamos plenamente convencidos que la sociedad mexicana actualmente demanda y exige una administración pública proba y eficiente cuyo funcionamiento se sustente en principios tutelados por normas jurídicas claras y sencillas que eleven la capacidad gubernamental de atención de las necesidades sociales, así como convertir la función pública en una actividad digna y decorosa cuyo desarrollo cotidiano sean un ejercicio permanente de fortalecimiento de los valores éticos esenciales a la acción de gobernar".

42 Así, Fuentetaja Pastor, "La función pública comunitaria como contraprestación a la tendencia laboralizadora en Europa", *Documentación Administrativa*, núm. 243, p. 344. *Cfr.*, también, Schweb,

III. EL ADMINISTRADO

1. *Posición jurídica del administrado*

El administrado, esa persona que aparece al lado o frente a la administración pública, un público para el que existen directa o indirectamente los servicios públicos y que los sostiene con la partición de sus cargos y se beneficia de sus prestaciones, debe ser la pieza central del sistema de derecho público.⁴³ Y, con importantes excepciones en el tiempo y en el espacio, así ha sido en el siglo XIX.

En la medida en que los Estados eran “sociales”, además de Estados de derecho, adquiriría más relevancia la proyección administrativa del ciudadano y las libertades políticas cedían su papel prevalente ante los derechos prestacionales. El ciudadano ha seguido ejerciendo los derechos políticos de que era titular. Pero ha ido exigiendo —y obteniendo— el reconocimiento de derechos prestacionales de un Estado que se ha convertido en el dios del siglo XX, porque de él espera el milagro de la salvación de su inseguridad y miseria, creyendo que puede articular la seguridad social para todos.⁴⁴

2. *La dignidad de la persona y los derechos fundamentales*

A. Consagración constitucional

El sentido de respeto hacia la persona y su dignidad ha adquirido especial relieve a lo largo del siglo, y llegó a su momento culminante al final de la segunda Guerra Mundial. La humanidad, que salía de una de

Les organes intègres de caractere bureaucratique dans les organisations internationales, Bruselas, 1987; Dubois, *L'influence française sur la fonction publique communautaire*, París, LGDJ, 1975, y Conrad, “La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et la situation de ses agents. Durgime contractuel au régime statutaire (1942-1958)”, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungs-wissenschaft*, núm. 4, 1992, pp. 63 y ss.

43 Montiel, “Relieve y función del administrado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XI, núms. 43-44, pp. 603 y ss.; Mejía Moles, “Participación de los administrados en la obra de la administración”, *Boletín de la Universidad de Granada*, V, núms. 22-23, 1963, pp. 184 y ss., y González Pérez, *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 15 y ss.

44 Gascón Hernández, “Los fines de la administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 11, pp. 37 y ss.; Montiel, “El ciudadano y el administrado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 48, pp. 127 y ss.; González Pérez, *Administración pública y libertad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, pp. 19 y ss.

las más terribles que había cometido, trataba de iniciar una nueva era en la que la convivencia entre los pueblos tuviera su fundamento en la dignidad de la persona. Así, se declaró por los Estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, al aprobar la resolución de “preservar a las generaciones venideras del fragelo de la guerra [...]; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derecho de hombres y mujeres, y de las Naciones grandes y pequeñas [...]”.

Otra cosa es la sinceridad de alguno de los representantes de los Estados, con la consiguiente subsistencia de las prácticas atentatorias de los más elementos derechos. Pero las solemnes declaraciones no faltaron. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que se llegó a calificar de “instrumento más importante conocido por el hombre”,⁴⁵ pese a la ambigüedad de algunas de las declaraciones, consagraban los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona. A la Declaración siguieron: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y para ámbitos territoriales determinados, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969) y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Nairobi, 28 de junio de 1981).⁴⁶

Y en las Constituciones posteriores a la segunda Guerra Mundial no faltará un completo catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas. No sólo en aquellas naciones que, por salir de regímenes autoritarios, habían de estructurar en Estado informado por nuevos principios, sino en aquellos otros que, por figurar entre los vencedores de la contienda, continuaban sometidas al mismo régimen totalitario. Algunos, todavía durante muchos años.⁴⁷

45 Truyol, *Los derechos humanos*, Madrid, 1977, p. 31.

46 Me remito a mi trabajo *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 30 y ss.

47 Un resumen de los textos constitucionales, en *ibidem*, pp. 49 y ss.

B. Proyección jurídico-administrativa

Consagrados solemnemente en las Constituciones los derechos fundamentales y libertades públicas, constituyen principios del ordenamiento jurídico, y como tales, constituyen su fundamento, le sostienen e informan, legitiman el ejercicio de tales poderes, orientan la labor interpretativa, y constituyen norma de conducta y límite del ejercicio de los derechos.⁴⁸

En el ámbito jurídico-administrativo, se proyectarán en un doble sentido: uno, negativo, al constituir límites infranqueables a la acción administrativa; por otro, positivo, en cuanto la administración viene obligada a garantizarlas y a promover las condiciones que aseguren su efectividad.

Si en los textos constitucionales no suele faltar —como se ha indicado— un cuadro de los derechos fundamentales y libertades públicas, sí falta en los ordenamientos jurídicos un estatuto del administrado, en el que se defina su posición jurídica ante la administración y se delimiten sus derechos y garantías fundamentales. Aparte de las referencias que por lo general existen en las leyes de procedimiento administrativo, a que me referiré en su momento oportuno, sí se han ido promulgando a lo largo del siglo en los distintos países leyes definiendo el estatuto del administrado en determinados ámbitos, como consumidor, usuario de los servicios públicos, expropiado, contribuyente.⁴⁹ Pero esto, con ser importante, no basta. Es necesario que, partiendo del cuadro constitucional de derechos y garantías del ciudadano, se delimite la situación jurídica del ciudadano en las relaciones con la administración.

A continuación se hace mención de los rasgos más característicos de la evolución del derecho administrativo durante el siglo, en cada una de las proyecciones de los derechos fundamentales a que antes me he referido. Pero, previamente, parece oportuno hacer referencia a la situación jurídica del menor.

48 Carpizo, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IV, núm. 112, 1971, p. 385, y Carpizo, y Fix-Zamudio, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en México”, *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 46 y ss.

49 Recientemente, en España se ha promulgado una Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente: Ley 11,998, de 26 de febrero.

3. *Situación jurídica del menor*

A. Protección jurídica del menor

La protección jurídica del menor de edad ha constituido siempre —y, en especial, últimamente— preocupación de los Estados y de los órganos internacionales.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

Ante las condiciones “excepcionalmente difíciles” en que viven los niños en todos los países del mundo, se estimó necesaria la cooperación internacional de los Estados para su protección y desarrollo armónico, siguiendo y reforzando lo que ya se había establecido en importantes declaraciones y pactos internacionales anteriores, como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924.

Por su parte, el Parlamento Europeo, por la Resolución A-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. Como indica la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, éste, “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Es, por tanto, la falta de madurez física y mental lo que justifica esta protección especial, que tendrá por finalidad, por tanto, el desarrollo físico, mental y moral.

Las administraciones públicas no sólo vendrá obligadas a respetar los derechos que el niño tiene como toda persona y el derecho que por su falta de madurez tiene “a cuidados y asistencias especiales” (como consagraba solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos), sino a no olvidar en todas sus manifestaciones aquella finalidad. A través de la función de policía, tratarán de impedir cualquier actividad que atente de cualquier manera contra aquellos derechos; mediante la de fomento, tratarán de estimular su desarrollo físico y mental, y establecerán servicios públicos con esta finalidad específica.

Normas no faltan. Ni internacionales. Ni de la Unión Europea. Ni estatales. Ni autonómicas. Ni siquiera municipales, al plasmarse la preocupación de los ayuntamientos en ordenanzas de muy diverso signo. Lo que

falta es la voluntad de cumplirlas.⁵⁰ Cuando no se desvirtúan, a través de interpretaciones muchas veces inexplicables, o, mejor, perfectamente explicables en un mundo degradado por la quiebra de los valores morales.

El Convenio de 1989 reconoce al menor los siguientes derechos: vida e integridad personal; nombre, identidad, nacionalidad; preservación de la identidad; vida en un ambiente sano y en el seno de una familia, y a la libertad.

El Convenio influyó en los distintos ordenamientos jurídicos, dando lugar a leyes importantes. Por ejemplo, en el ámbito de los pueblos de América de lengua española: Perú, en el Código de los Niños y Adolescentes de 24 de diciembre de 1992; El Salvador, en el Código de Familia de 11 de octubre de 1993; la Ley del Menor Infractor de 27 de abril de 1994, y Panamá en el Código de Familia de 17 de mayo de 1994... En España, que ratificó el Convenio de diciembre de 1990, se promulgó la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.⁵¹

Una de las manifestaciones de la protección jurídica al menor ha sido una corriente legislativa a aumentar la esfera de capacidad de obrar de los menores de edad e interpretar restrictivamente las normas limitativas de ella. Ofrece serias dudas si esta tendencia supone, efectivamente, una verdadera protección del menor.

Porque, en efecto, si pensamos en el ejemplo del menor de edad que va a morir porque no se le presta el tratamiento médico adecuado por ser contrario a las convicciones religiosas de sus padres, es indudable que en reconocer cuanto antes la capacidad al menor para que sea él quien decida sobre la negativa del tratamiento se está protegiendo al menor. Pero supongamos que, por el contrario, es el menor de edad el que se niega al tratamiento, por impedirsele así la religión que profesa a la que ha llegado en ejercicio del derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. Desde esta perspectiva, ya no está tan claro que el aumento de la esfera de la capacidad de obrar del menor constituya una mejora positiva en su protección.

50 A esta cuestión he dedicado mi trabajo, "La protección de la juventud y de la infancia", *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, 1997, pp. 715 y ss.

51 Cfr. Espín, "Aproximación a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996", *Anales*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. 27, pp. 107 y ss.

B. Capacidad jurídica del menor

La realidad es que en los ordenamientos jurídicos se ha producido una tendencia generalizada de adelantar el momento en que se adquiere la plenitud del ejercicio de los derechos —y correlativa responsabilidad— y a aumentar los derechos que podían ser ejercidos por el menor de edad sin la asistencia de aquéllos —padres, tutores o ciudadanos— a los que se confiaba suplir las limitaciones de la capacidad de obrar. Mientras, al mismo tiempo que se eleva la edad para incurrir en responsabilidad penal, se rebaja la exigida para ejercer los derechos.

Así lo refleja la Ley de Protección Jurídica del Menor española (en adelante, LO 10/1996), en una Exposición de Motivos, que refleja una corriente generalizada, al decir:

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la *titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos*.

Esta tendencia se ha traducido en una gran imprecisión en orden a la determinación de la edad en que el menor puede *por sí*, sin necesidad de asistencia de quienes ostentan la patria potestad o tutela, ejercer los derechos. Pero si respecto de alguno de ellos se determina exactamente la edad, en otros se emplean conceptos jurídicos tan indeterminados como la “madurez”, “estar en condiciones de formar juicio propio”, “grado de formación” ...

C. Consentimiento de los padres o tutores, o de ciertas instituciones públicas

En orden a adoptar actos que supongan el ejercicio de ciertos derechos fundamentales o disponibilidad respecto de los bienes por ellos protegidos, se exige especialmente el conocimiento de los padres o tutores, e incluso de ciertas instituciones públicas, como el Ministerio Público.

El tema ha adquirido especial relevancia en el consentimiento para someterse a tratamiento médico y a ensayos clínicos, al estar en juego el derecho a la vida. El problema del consentimiento para el tratamiento médico —en especial para las transfusiones de sangre— ha sido estudiado por Diego Espín en su comunicación a la Academia Española de Jurisprudencia y Legislación el curso 1995-1996.⁵² Del consentimiento para someterse a ensayos clínicos me he ocupado en un trabajo publicado en el número 6 de los *Cuadernos de Derecho Europeo Farmacéutico*.⁵³ En España, siguiendo el derecho de la Unión Europea, el decreto 561/1993, regulador de los ensayos clínicos, se establecen importantes limitaciones cuya finalidad es la protección del menor. Concretamente en cuanto al consentimiento (según el artículo 12.4), se exige, antes de la realización del ensayo, además del consentimiento del representante legal: el del menor, a partir de los doce años, después de haberle dado toda la información pertinente adoptada a su nivel de entendimiento, y poner en conocimiento al Ministerio Fiscal.

También ha adquirido relieve el tema del consentimiento cuando puede afectar a otros derechos, como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En este aspecto, también existe una tendencia a dar relevancia a la intervención de ciertas instituciones públicas. En la legislación española sobre protección de estos derechos —y en sentido análogo podrían citarse las leyes de otros países— la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, establecía que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando “el titular del derecho hubiese otorgado al efecto consentimiento expreso”. Consentimiento que se prestaría por los menores de edad “si sus condiciones se madurez lo permitieran” y, en otro caso, “mediante escrito por su representante legal”. Sólo en este último supuesto debía ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, que podía oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso, resolvería. Pues bien, supongamos que se estima que el menor reúne las condiciones de madurez y presta su consentimiento, por ejemplo, para ser utilizado en una campaña para fomentar el uso de los preservativos. Si el padre, tutor o guardador entienden que aquello para lo que

52 Espín, “Libertad religiosa y protección a la salud en la trasfusión de sangre”, *Anales*, núm. 26, pp. 127 y ss.

53 Titulado *Derechos fundamentales de la persona ante los análisis clínicos*. Sobre el tema, *vid.*, también, Dios Vieitez, Ma. Victoria, “Ensayos clínicos con medicamentos: cuestiones jurídico-administrativas”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 17, enero-junio de 1994, pp. 37 y ss.

ha prestado su consentimiento el menor “maduro” atenta contra el honor o la intimidad personal, ¿no puede oponerse? Sí podía el Ministerio Fiscal reaccionar en el supuesto contrario de que un padre desalmado hubiera prestado su consentimiento atentatorio a la dignidad personal del menor, al haber tenido que ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, pero no cuando era el menor el que consentía.

Esta aberración de la LO 1/1982 ha sido superada en la LO 1/1996, al disponer en el artículo 4o., 3 y 4, que:

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicios de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

No debe limitarse esta norma al supuesto concreto del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen. Debe extenderse a todos los supuestos en que el menor supuestamente maduro y los que ejercen la patria potestad, tutela o curatela exista discrepancia. Y, en general, siempre que el ejercicio del derecho se traduzca en un atentado a los bienes o valores que justifican la protección, tal y como establece el artículo 7o., LO 1/1996, al regular el derecho de participación, asociación y reunión. En el último párrafo del número 2, dispone:

Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

Es de destacar la norma contenida en el artículo 12 de la Convención de 1989, con importante proyección en los procedimientos ante las administraciones públicas, al disponer con carácter general:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos

los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

4. *Los derechos fundamentales como límites de la acción administrativa*

Los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen un límite a la actuación de las administraciones públicas. Las administraciones públicas no podrán condicionar, limitar o intervenir los derechos fundamentales y libertades públicas.

Estos elementales principios se encuentran ya reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos. Las Constituciones reservan a la ley la regulación de aquellos derechos y siempre que respeten su contenido esencial.

Solo por ley —y siempre respetando el contenido esencial— podrá habilitarse la intervención administrativa que, de uno u otro modo, pueda afectar a aquellos.

Y, ante las impresionantes conquistas de la ciencia y las graves consecuencias que pueden derivarse por el proceso, en la segunda mitad del siglo se ha producido una tendencia legislativa a reforzar las garantías del ciudadano frente a la general utilización de unas técnicas que reducen al hombre a datos de fichero, a un número, a algo inventariable y cuantificable.⁵⁴

Quizá, el ejemplo más expresivo de estas tendencias sea la reacción ante el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos. Los riesgos gravísimos que para los derechos de la personalidad derivan de ello ha dado lugar a una generalización de medidas que confieran una eficaz producción frente a aquella actividad, cualquiera que sea el sujeto que la realice, sean las administraciones públicas o los particulares. Y los distintos Estados, individualmente o a través de las organizaciones supratitulares, han promulgado multitud de disposiciones.

54 En frase de López Quintas, *Estrategia del lenguaje y manipulación del hombre*, 2a. ed., Madrid, 1980, pp. 11 y 27 y ss., que recojo en mi trabajo *Procedimiento administrativo federal*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, p. XVII.

Por lo que se refiere a Europa, la norma cabecera del grupo regulador de la protección frente a los riesgos que para la privacidad (y, consiguientemente, para el libre desenvolvimiento de la personalidad) pueden derivar del tratamiento automatizado de datos de carácter personal es una norma de derecho internacional, y está constituida por el Convenio 108 hecho en Estrasburgo en 28 de enero de 1981, firmado por España en 28 de enero de 1982. Este Convenio entró en vigor con carácter general, y también para España, el 1 de octubre de 1985, al haber sido aprobado por Francia y ratificado por Alemania, España, Noruega y Suecia.⁵⁵

Los distintos países de la Unión Europea han dictado una serie de disposiciones. En España, la norma básica la constituye la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Con posterioridad, se ha publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995, la directiva 95/43/CEE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, directiva que deberá ser desarrollada por los Estados miembros.⁵⁶

5. Actuación administrativa dirigida a promover las condiciones para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales

A. Acción administrativa positiva

Los ordenamientos jurídicos no se han limitado a adoptar y reforzar las medidas encaminadas a impedir que la acción administrativa menoscabe el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino que impone a las administraciones públicas una actuación positiva promoviendo las condiciones para asegurar la efectividad de esos derechos y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.⁵⁷

La acción administrativa no se ha limitado a un función puramente preventiva que limite toda actividad que pudiera representar un peligro

55 La bibliografía es abundantísima. Entre los últimos trabajos publicados en España, *cfr.* González Navarro, "El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, pp. 17 y ss.

56 En España, el estudio más completo sobre el tema es el de Heredero Higuera, *La Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Comentario y textos*, Madrid, 1996.

57 García de Enterría, E., y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 4a. ed., 1993, II, pp. 64 y ss.

a ese desarrollo y reaccionando frente a los atentados que se consumaren. La acción administrativa ha sido también positiva, estimulando y fomentando el desarrollo, a través de la acción fomento y de cualificados servicios públicos. Actividad de policía, fomento y servicio público que no siempre han sido congruentes con los principios informantes ni con los valores que debían realizar.

La acción administrativa que podemos calificar de policía ha ocupado siempre un papel prevalente, pero son cada días más frecuentes, al lado de los servicios públicos, medidas de fomento.

B. Policía

Se han multiplicado en todos los ordenamientos las disposiciones dictadas de diverso rango, en un doble sentido.

Por un lado, tratando de evitar o eliminar cualquier actuación que pudiera suponer un menoscabo al ejercicio de los derechos fundamentales. El ejemplo antes citado de la reglamentación sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Por otro, adoptando asimismo las medidas adecuada para que el ejercicio mismo de los derechos fundamentales no lesione otros derechos fundamentales prevalentes o valores superiores.

También aquí las normativas de las comunidades internacionales y de los Estados han sido especialmente sensibles en determinados sectores, como los de la publicidad en general, las publicaciones y la televisión.

En España —y los ejemplos que cito podrían referirse a la generalidad de los países, dentro y fuera de la Unión Europea—, la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”, así como “la publicidad subliminal” —artículo 3o., a y d)—, que califica de subliminal “la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibidos” (artículo 7o.), y no es infrecuente la utilización de esta última para promover servicios contrarios a la moral o, al menos, determinadas concepciones morales.

La publicidad de espectáculos cinematográficos, teatrales o de cualquier otra índole ha sido objeto de una cuidadosa reglamentación prohi-

biéndola en el exterior de los locales, periódicos y demás medios de comunicación social cuando “contenga imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres”. Así, artículo 1o., decreto 1189/1982, de 4 de junio.

Y dada la trascendencia de la televisión como medio de comunicación social, la publicidad en ella ha sido objeto de reglamentación especial en la ley de 12 de julio de 1994 (25/1994) por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE (artículos 9o. a 14 y 16).

Según el artículo 1o., de esta última ley tiene por objeto “[...] proteger frente a ciertas formas de publicidad y objetos publicitarios”, y “defender a los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral”. Para cumplir estos fines, establece un régimen de prohibiciones y sanciones, en general y específicamente para la protección de los menores.

Al regular el régimen general, califica de ilícita la publicidad que “atente al debido respeto a la dignidad humana o a las convicciones religiosas” (artículo 9o., 1). Y, al regular la protección de los menores distingue entre: protección frente a la publicidad, disponiendo que no contendrá imágenes o mensajes que les puedan perjudicar “moral o físicamente” (artículo 16), y protección frente a la programación, en la que no se “incluirán programas, ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo [...] moral de los menores” (artículo 17.1). El número 2 de este artículo 17, establece:

La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en todo caso, de aquéllos que contengan escenas de pornografía o violencia gratuita sólo podrá realizarse entre las veintidós y las seis horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medio acústicos y ópticos.

Lo así dispuesto será también de aplicación a los espacios dedicados a la promoción de la propia programación.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Fines del Estado y actividad administrativa*

La ampliación de los fines del Estado a lo largo del siglo XX ha dado lugar a un aumento de la actividad administrativa y a una mayor intensidad en las formas de su ejercicio, con el descubrimiento de nuevas téc-

nicas intervencionistas desconocidas en el derecho administrativo del siglo anterior. Llegó a ser de tal magnitud este incremento de la intervención administrativa y la invasión del campo privado por el derecho público que, al llegar a la mitad del siglo, llegó a hablarse de *le declin del droit*.⁵⁸

Si el Estado liberal clásico limitaba su cometido al mantenimiento del orden público, mediante medidas de policía, posteriormente, una vez que el sistema de servicio público se hubo extendido suficientemente, el aspecto unitario de la intervención estatal vino casi a oscurecerse ante una administración que se caracterizaba por ofrecer prestaciones a los administrados, irrumpiendo el Estado como sujeto de la actividad económica, industrial y mercantil, incluso sometándose a las formas jurídicas del derecho privado, huyendo de los controles propios del régimen administrativo. Lo que provocó la pregunta, ¿huida del derecho administrativo, huida del derecho?

Una exposición que refleje expresivamente la evolución de la acción administrativa y su grado de incidencia en la esfera del ciudadano ha de partir de las modalidades de actividad administrativa, clasificadas éstas, precisamente, en función de las intensidades de la intervención. Desde esta perspectiva, se distinguían estas tres modalidades:⁵⁹

a) La policía, que trata de realizar los fines públicos —que inicialmente se concretaban en el mantenimiento del orden público— limitando la actividad de los particulares. El desbordamiento de los fines y la imposición al administrado no sólo de prestaciones, sino de prestaciones positivas, planteó la conveniencia de abandonar la terminología tradicional sustituyéndola por la de “intervención administrativa” o “actuaciones de coacción”. Cualquiera que sea la denominación que adoptemos, lo característico de esta modalidad de acción administrativa, lo que la diferencia de las demás, es que trata de realizar el fin público o satisfacer la necesidad pública, limitándose la administración a imponer a los administrados una conducta negativa —no hacer algo— o positiva —hacer algo—.

b) El fomento, que consiste en estimular a los particulares a que con su actividad satisfagan las necesidades públicas o realicen aquello que convenga al interés público.

⁵⁸ Es el título de una obra de Ripert (París, 1949), que llegó a ser clásico. Esta evolución fue descrita entre nosotros en una obra aparecida poco después: Garrido Falla, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954 (hay una 2a. ed. de 1962), al que sigo en el texto.

⁵⁹ En España, se delimitaron con claridad por Jordana de Pozas, “Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, pp. 41 y ss.

c) Y, por último, el servicio público, en el que la administración pública no se limita a imponer una conducta o a estimular una actividad, sino que es la propia administración la que realiza las prestaciones para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. Mas, al asumir el Estado actividades económicas, muy distintas de las tradicionales, se planteó el problema de si había aparecido otra modalidad de acción administrativa distinta del servicio público.

2. La policía

A. Evolución del concepto de policía

La policía, que a comienzos del siglo XV aparece como actividad estatal referida a la prosperidad y seguridad públicas, con el advenimiento del Estado constitucional va a quedar configurada como una actividad limitativa de la actividad particular, con la finalidad de garantizar el orden público, con la utilización en su caso de la coacción.⁶⁰ Es el orden público el que justifica la limitación de los derechos y la utilización de los medios coactivos necesarios para su mantenimiento. La policía será, según definición de Otto Mayer, la actividad del Estado con vistas a defender, por los medios de poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que las actuaciones individuales pudieran producirle.⁶¹ En el sentido de la policía, dirá Hauriou, el orden público es el orden material exterior, un estado de hecho opuesto al desorden. El desorden es el síntoma que guía a la policía como guía al médico permitiéndole descubrir la enfermedad. Son elementos integrantes del orden público la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas.⁶²

Mas, antes de comenzar el siglo XX, se había producido tal incremento de las intervenciones administrativas para los fines más distintos, que el concepto de orden público había quedado desbordado. Este fenómeno va a acentuarse a lo largo del siglo, y para la realización de los fines públi-

⁶⁰ La historia del concepto fue trazada en Alemania por Löning. De él la toma Ranelletti y, a través de éste, la mayoría de los autores. Ranelletti, "La polizia di sicurezza", en Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, título IV. En lengua española, Garrido Falla, "La evolución del concepto jurídico de policía administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm 11. p. 79.

⁶¹ Mayer, Otto, *Le droit administratif allemand*, trad. francesa, 1904, II.

⁶² Hauriou, *Precis d' droit administratif et droit public*, 11 ed., 1927, p. 445. Entre nosotros, Garrido Falla, *op. cit.*, nota 58, pp. 116 y ss.

cos, no va a limitarse la actividad de los particulares imponiéndoles prohibiciones de hacer, sino que va a imponérselos conductas positivas.

B. El nuevo concepto de orden público

Aunque se amplió el ámbito de la actividad particular objeto de las limitaciones para fines muy distintos de “la tranquilidad, la seguridad y la salubridad”, que habían sido los elementos intérpretes del orden público, se conserva el nombre de policía, lo que ponía de manifiesto —dice Garrido Falla— que la ampliación de materias que se produjo no hizo pensar a nadie que estaban apareciendo formas jurídicas de actividad administrativa independientes, que hubiesen de ser tratadas con autonomía sistemática. “Más bien, puede decirse que lo que ocurrió entonces fue que la denominada policía general, quedó a su vez convertida en una más entre las policías especiales: la policía de seguridad”.⁶³

Al incorporarse nuevos sectores al orden público, relaciones que antes carecían de conexión con la idea de orden público —y, por tanto, se consideraban ajenas a todo intervencionismo administrativo— dieron lugar a un tipo de actividad de policía inédito desde el punto de vista tradicional: relaciones laborales, alquiler de viviendas, mercado de suelo, mercado de ciertos productos de primera necesidad... van a quedar sometidos al nuevo intervencionismo administrativo.

Y en éste, como en tantos aspectos a que me he referido, al finalizar el siglo se observa una reacción contraria. Son muchos los países que han iniciado una corriente legislativa liberalizadora, eliminando trabas, obstáculos, autorizaciones y tantas otras modalidades de intervención administrativa que ahogaban la actividad privada y, al impedir su normal desarrollo —sobre todo en el ámbito económico—, producían efectos contrarios a los que pretendían conseguirse.

C. Las nuevas modalidades de intervención

Si la policía tradicional convertía básicamente en limitaciones negativas de no hacer —prohibiciones—, de sujetar la actividad a controles previos —autorizaciones administrativas— o hasta de soportar ciertos tratamientos —vacunaciones obligatorias o tratamiento de ciertas enfer-

⁶³ *Ibidem*, p. 117.

medades—, a lo largo del siglo XX va a ser cada día más frecuente las medidas de intervencionismo que implican obligaciones positivas.

No se trata ahora de las prestaciones del ciudadano que siempre han existido para el mantenimiento del Estado —prestaciones tributarias— o para ciertos servicios —como el militar—, sino de que el ciudadano realice ciertas actividades, en su esfera privada. No son obligaciones de hacer, cuyo destinatario sea una administración pública, sino la imposición de deberes —que pueden consistir en el ejercicio de derechos— cuyo incumplimiento puede sancionarse de diversos modos.

Estas modalidades de intervención administrativa se ha manifestado principalmente en la esfera agraria y en la urbanística. La función social de la propiedad —consagrada en las Constituciones— impone al propietario importantes deberes.

El propietario de suelo rústico viene obligado a una explotación adecuada y racional que le permita obtener los rendimientos propios en función de la clase de suelo. Y se dictan leyes imponiendo el cultivo forzoso y hasta la realización de mejoras en ellos, llegándose a sancionar el incumplimiento con la expropiación forzosa, incluso con justiprecios que no reflejen el valor del mercado.⁶⁴

Asimismo, en la propiedad urbana, ante las necesidades de viviendas y, por tanto, de suelo apto para edificar, se han multiplicado las leyes de urbanismo, o de ordenación urbana, o de régimen del suelo —las denominaciones son muy variadas—, en las que se impone a los propietarios el deber de urbanizar con arreglo a los planes de ordenación probados por órganos competentes y, en su caso, edificar, sancionándose el incumplimiento con la pérdida o reducción de los aprovechamientos urbanísticos, y con la expropiación forzosa. Como también se impone a los propietarios la cesión a las administraciones públicas de parte del aprovechamiento urbanístico, para hacer efectivo el principio de la participación de la comunidad en las plusvalías generales para la acción urbanística de los entes públicos.⁶⁵

64 Barnes, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, 1988.

65 Díez-Picazo, “Problemas del urbanismo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 43, pp. 37 y ss., y González Salinas, J., “Las plusvalías urbanísticas”, *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor E. García de Enterría)*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1,861 y ss.

3. *El fomento*

A. Evolución de las técnicas administrativas de fomento

Villar Palasí, en uno de los más completos trabajos sobre el tema, dice la marcha de las subvenciones a lo largo de la historia administrativa puede caracterizar justamente todo el sistema de la Administración. De la pura y estricta finalidad de policía se llega penosamente a la función de fomento, y de ésta se pasa, en los finales del siglo pasado, al criterio del servicio público. Hasta tal punto esto es así, que muchos auténticos servicios o funciones de la Administración, como son, por ejemplo, las obras públicas, estuvieron gestionadas por el Estado a través de subvenciones directas o indirectas, delegándose la función estricta.⁶⁶

El empleo de las técnicas de fomento, en la construcción de obras públicas, se remonta a la Edad Media, habiéndose seguido utilizando hasta nuestros días. Y aunque es una técnica propia del liberalismo, en cuanto trata de que sea la propia actividad privada la que satisfaga las necesidades públicas, no sólo no ha dejado de ser utilizada por el Estado intervencionista a lo largo del siglo XX, sino que se ha observado un notable incremento. Como dice Garrido Falla,

el hecho de que la estatalización de fines y competencias antes abandonadas a la sociedad haya potenciado al máximo el sistema de los servicios públicos, no ha significado, contra lo que pudiera creerse, una repudiación de las técnicas de fomento. Por el contrario, es cabalmente la mayor interconexión entre los fines de interés público y las actividades de ciertas empresas privadas lo que convierte a éstas en objeto obligado de la acción de fomento. Ciertas industrias de interés nacional, la construcción de viviendas de renta limitada o el establecimiento de centros de enseñanza, por ejemplo, devienen así objeto de la protección estatal.⁶⁷

B. Las técnicas de fomento

La subvención ha constituido la técnica de fomento típica. La trascendencia que adquirió en la moderna sistemática administrativa queda re-

⁶⁶ Villar Palasí, "Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político", *Revista de Administración Pública*, núm. 14, pp. 11 y ss. Sigo fundamentalmente este trabajo en este apartado.

⁶⁷ Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 10 ed., Madrid, 1992, II, p. 303.

flejada en los porcentajes del presupuesto destinados a subvenciones en sentido estricto en 1947, que señala Villar Palasí: Francia, 6,7%; Gran Bretaña, 12,2%; Suiza, 13,1%; Bélgica, 9,5%; Holanda, 8,1%. Como es evidente, contra el riesgo de los abusos a que puede dar lugar esta técnica, los ordenamientos han regulado rígidas medidas de control.⁶⁸

Ahora bien, al lado de la subvención, se han regulado otras muchas técnicas de fomento, utilizadas no sólo por los Estados, sino por las administraciones supraestatales, como la Unión Europea: por ejemplo, las primas a la producción, los precios políticos de las empresas públicas, el *pool* administrativo —que ya fue introducida por el *Trunkling Committe* norteamericano de 1877—,⁶⁹ los impuestos afectados,⁷⁰ el sistema de anticipos, exenciones o bonificaciones tributarias, garantía de intereses, preferencia de suministros, etcétera.

4. Servicio público

A. Evolución del concepto

Pocas instituciones —como el servicio público— han soportado tanto el peso de los cambios operados en el campo de la economía. Su adaptación a los diferentes sistemas pudo llevarse a cabo gracias a la extraordinaria versatilidad instrumental que caracteriza a las instituciones del Derecho administrativo, cuya velocidad de mutación corre pareja con el crecimiento de las necesidades sociales y de las innovaciones tecnológicas. No obstante, por las causas que más adelante veremos, el servicio público padeció una crisis tan extrema que casi provocó su desaparición de la escena jurídica.

Con estas palabras empieza Juan Carlos Cassagne un trabajo que lleva el expresivo título de *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado*.⁷¹ El fenómeno ha sido descrito hasta la saciedad por la doctrina administrativa.

B. El servicio público tradicional

En el derecho administrativo clásico se concibe el servicio público como piedra angular del sistema. La noción del servicio público se co-

68 Key, *The Administration of Federal Grants to States*, Chicago, 1937; Rittermann, *State and Federal Grants-in-Aid*, Nueva York-Chicago, 1938, p. 188, y Matti, *Bundesubvention als Rechtsinstitut des Schweizerischen Bundesrecht*, Zürcher Dissertation, 1929, p. 71.

69 Plummer, *Industrial Combines in Modern Industry*, 2a. ed., Nueva York, 1939.

70 Tivaroni, *Le imposte assegnate alla spesa*, Casserta, 1908.

71 Publicado en la *Revista de Administración Pública*, núm. 140, pp. 95 y ss.

necta a toda la actividad positiva de la administración. Mas la propia doctrina clásica va a concretar esta noción amplia limitándola a la “actividad cuya realización deben asegurar, regular y controlar, los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente sino con la intervención de la fuerza ‘gubernativa’ ”;⁷² el servicio público supone una actividad tal, que los gobernantes están obligados a intervenir en el monopolio de la fuerza que ellos poseen para asegurar su realización.⁷³ Jèze repite la idea de poder que debe regular la noción del servicio público, poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial sujeto al régimen administrativo.⁷⁴

En la tesis iniciada por Hauriou,⁷⁵ que el *Conseil d’Etat* impuso por vía jurisprudencial, se configura como esencial al servicio público la prestación de servicios propiamente dichos —no satisfacción de necesidades materiales de bienes— de manera regular y continua, esencialidad que justifica su especial régimen jurídico (por ejemplo, interdicción de interdictos, embargos, huelgas), reconociendo al usuario un evidente derecho abstracto a la prestación, exigible judicialmente.

C. Crisis de la noción del servicio público

Al asumir las administraciones públicas la satisfacción de necesidades materiales, llegando a la prestación de bienes, se convierten en gestoras de empresas mercantiles y de actividades de carácter mercantil e industrial, lo que dio lugar a que importantes sectores de la doctrina propusieran una revisión a fondo de los conceptos tradicionales. “Con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico —dice Villar Palasí— toda la clásica estructura categorial queda insuficiente, es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica”. Frente a la prestación de servicios, esta última tiene su justifica-

72 Así, Duguit, *Droit constitutionnel*, 2a. ed., II, 1923, p. 55.

73 Chardon, *Le pouvoir administratif*, 1910, p. 45.

74 Jèze, *Los principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, II, pp. 4 y ss.

75 Cfr. la polémica Hauriou-Jèze-Duguit, en el preámbulo a la 11 edición del *Precis* de Hauriou, *La puissance publique et le service publique*.

ción en la aparición de una actividad administrativa de dación de bienes al mercado.⁷⁶

Garrido Falla, por el contrario, estimó inútil la distinción, desde el momento en que no tenía trascendencia jurídica delimitar la aplicación de régimen jurídico público del privado, al haber servicios públicos que se gestionan con sujeción a las reglas del derecho privado y en el momento de establecer algunas de sus explotaciones económicas recurre a medios exorbitantes del derecho común. Por lo que consideraba más interesante subrayar, de una parte, el valor sustancial e informal (metajurídico, si se quiere) del concepto de servicio público, y de otro, recordar que toda la actividad del Estado —independiente del contenido de la prestación— puede desarrollarse bien sometida a un régimen de derecho público, bien, a un régimen jurídico privado.⁷⁷

D. Las nuevas tendencias

En la medida en que se devuelve a la esfera privada actividades asumidas por el Estado durante la fiebre de las nacionalizaciones, el servicio público recobra su sentido tradicional, aunque todavía subsisten prestaciones por los entes públicos que exceden con mucho de las que corresponden a la satisfacción de las necesidades primordiales o esenciales de la comunidad que no resulta posible llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia.⁷⁸

V. SACRIFICIO Y LESIÓN DEL PATRIMONIO DEL ADMINISTRADO

1. *Incidencia de la acción administrativa en el patrimonio del administrado*

A. El sacrificio patrimonial del administrado

La actividad de la administración pública en la realización de fines por ella asumidos puede ocasionar daños patrimoniales a los administra-

76 Villar Palasí, “La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pp. 61 y ss. Acogió esta concepción, García de Enterría, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *I Congreso Internacional de México*, Madrid, 1955, pp. 30 y ss.

77 Garrido Farra, *op. cit.*, nota 58, pp. 348 y ss.

78 Meilán, “El servicio público en el derecho actual”, *Revista de Derecho Administrativo (Aus)*, núm. 17, 1995.

dos. La realización de los fines puede requerir la privación singular de la propiedad o de derechos patrimoniales legítimos, a cuyo efecto ejercerá una función de provisión de medios cuyo efecto normal será el sacrificio patrimonial, o la lesión patrimonial puede ser un efecto anormal del ejercicio de cualquier función administrativa de realización de fines.

Dos son, por tanto, las modalidades de acción administrativa, determinante de la lesión: por un lado, aquella función administrativa de provisión de medios materiales cuyo objeto es, precisamente, privar al administrado de aquellos bienes necesarios para la realización de los fines de interés general. Esta función administrativa es la expropiación forzosa. Pero la lesión patrimonial puede producirse no como efecto normal de la institución expropiatoria, sino como consecuencia de otra función administrativa. Por lo general anormal, no querida.

B. De la irresponsabilidad a la responsabilidad de los poderes políticos

Al comenzar el siglo XX, era muy distinta la posición jurídica del administrado ante una u otra manifestación de la acción administrativa.

Porque, en efecto, al proclamar en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que la propiedad era un derecho inviolable y sagrado, cuyo único límite era la posibilidad de ser privado de él “cuando la necesidad pública legalmente constituida, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”, al comenzar el siglo XX, el administrado gozaba de una plena garantía. Y la evolución de los ordenamientos a lo largo del mismo va a suponer una reducción de esta elemental garantía.

Por el contrario, la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios sólo va a consagrarse después de una lenta evolución todavía no consumada, porque existen muchos ordenamientos en los que se desconoce. El aumento de la actividad del Estado y una mayor afirmación de la conciencia jurídica popular claman por el principio de responsabilidad que terminará imponiéndose, aunque de una manera ni general ni absoluta. Así, en el famoso *arrêt Blanco*, que marcó un jalón decisivo en la historia de la responsabilidad patrimonial de la administración.⁷⁹

⁷⁹ Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité prive*, París, 1954.

2. Expropiación forzosa

A. El debilitamiento de la garantía expropiatoria

A lo largo del siglo XX, el derecho de propiedad dejó de ser aquel derecho sagrado e inviolable que reconoció la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del que únicamente podía ser privado el administrado por causa de utilidad pública legalmente constituida y previa y justa indemnización.

Va a producirse una *evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*,⁸⁰ en una triple dirección:⁸¹

- Ampliación del título expropiatorio, que pasó de la necesidad pública, a la “utilidad pública”, “utilidad nacional”, “interés público” y finalmente “interés social”.
- Generosidad de su otorgamiento a favor de administrados, lo que, por otro lado, era una medida de fomento a fin de encauzar la actividad de los administrados hacia lo que en un momento dado se consideraba fines de interés general.
- Y por la aparición de nueva figuras expropiatorias, ligadas a la expansión de las actividades administrativas, que hizo que la expropiación forzosa quedara relegada a una subespecie de institución general más amplia, la transferencia coactiva de la propiedad privada.

A lo que hay que añadir que la generalización de procedimientos expropiatorios en los que la indemnización distaba mucho de ser “justa” y, en lo que dejaba de ser previa, pagándose, no en dinero efectivo, sino en bonos, deuda pública y otros títulos para pagar a plazos más o menos largos, sin corregir los desequilibrios derivados de las tendencias inflacionistas.

C. La ampliación de la causa *expropiandi* y de los beneficiarios de la expropiación

En la expropiación tradicional, la única causa legitimadora de la expropiación era la necesidad pública legalmente constituida de manera evidente y siempre a favor del Estado o de la entidad pública con compe-

⁸⁰ Es éste el título de un trabajo de A. Nieto, en la *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 67 con amplias referencias al derecho alemán.

⁸¹ Villar Palasí, *op. cit.*, nota 76, pp. 67 y ss.

tencia para llevar a cabo la actividad encaminada a satisfacer la necesidad pública.

El titular del bien —generalmente inmueble— era privado de su propiedad, que pasaba a la administración pública —por lo general para integrar el dominio público—. Se expropiaba para construir o ampliar una carretera u otra vía de comunicación pública, para realizar obras necesarias para la defensa nacional o para cualquier obra pública...

Al extenderse la actividad del Estado a casi todos los campos de la vida económica y social, se extendieron asimismo los títulos expropiatorios. Si el Estado asumía la satisfacción de otras muchas necesidades, debía reconocérsele la posibilidad de expropiar todos aquellos bienes requeridos para las nuevas actividades. Ya no sólo se expropiaba por causa de necesidad pública, sino por simple utilidad pública o interés público, y hasta social. Y, al imponerse al administrado limitaciones positivas —lo que venía justificado por la función social de la propiedad—, se llegó a sancionar el incumplimiento con la expropiación, siguiendo así la llamada “expropiación sanción”, tanto en el ámbito de la propiedad agraria como en la urbana.

Por otro lado, la administración pública dejó de ser la única beneficiaria de la expropiación. Siguió siendo la titular de la potestad expropiatoria, siguió siendo el sujeto expropiante, pero no a favor de ella misma, sino de aquel administrado que realizara la actividad incumplida por el propietario, o, sencillamente, a aquél que estaba dispuesto a realizar la actividad fomentada por la administración. De este modo, aparecerá en el procedimiento expropiatorio un tercer sujeto distinto del expropiatorio y del expropiado: el beneficiario de la expropiación.

C. Las nuevas formas expropiatorias

La transmisión de la propiedad dejó de ser la única forma expropiatoria. También era expropiación cualquier mutilación de ella, siempre que no fuera una delimitación de dominio, como la constitución de derechos reales, y múltiples formas de transferencias coactivas de bienes de distinta naturaleza, bien a favor de la administración —para que ésta distribuyese el producto—, bien directamente a favor de determinados consumidores.⁸²

82 Una referencia de los distintos supuestos, por ejemplo, en “Le contrôle des marches et des prix agricoles en France et en Allemagne”, *Bulletin de Legislation Comparé*, núm. 5.

D. De la justa indemnización a la “caricatura de justiprecio”

Pero los atentados más graves al degradado derecho de propiedad se han producido a la hora de determinar el justiprecio y regular el procedimiento de pago no sólo en la era de las nacionalizaciones, que ha supuesto en muchos casos auténticas confiscaciones, ni en el de la expropiación-sanción por incumplimiento de las cargas inherentes a la función social de la propiedad, sino en otra serie de expropiaciones, invocando al efecto muy distintos fundamentos, como evitar la especulación del suelo, facilitar viviendas de carácter social, etcétera, apartándose del precio de mercado, lo que se traducía en atentados al principio de igualdad ante la ley, sobre todo en el ámbito urbanístico, en que dependía de la lotería del planeamiento y de cómo resultara clasificado en éste una porción de suelo, para que tuviera valores muy distintos.⁸³

A los criterios casi confiscatorios sobre fijación del justiprecio, ha de unirse los atentados al derecho de propiedad, al eliminarse el requisito del previo pago y posponerle poco menos que indefinidamente por los procedimientos más diversos, quedando al libre criterio de las administraciones determinar el momento de hacerlo efectivo.

3. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

A. Reconocimiento y generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado

A diferencia de la legislación expropiatoria, la reguladora de la responsabilidad patrimonial se ha caracterizado, como se ha señalado, por la consagración definitiva de esta institución que viene impuesta por el principio de igualdad ante las cargas públicas.⁸⁴

No puede desconocerse que todavía existen países cuyos ordenamientos desconocen esta institución, sin la que no es concebible un Estado de derecho. Pero hoy es ya un principio general —que ha adquirido rango

83 En España la bibliografía sobre el tema fue enorme. *Cfr.*, por ejemplo, Romay Beccaria, “Expropiación forzosa y política del suelo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 125 y ss., y González Pérez, *La expropiación forzosa por razón de urbanismo*, Madrid, 1965.

84 La evolución ha sido descrita reiteradamente por la doctrina. Una visión general, en Tena Ybarra, “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad de la administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 177 y ss.

constitucional— el de la responsabilidad de las administraciones públicas. En una de las más completas sobre el tema,⁸⁵ ha podido afirmarse:

The king can do no wrong [...]. Le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensation [...]. Estos son dogmas arcaicos y superados. Lo cierto es que estos viejos dogmas son fósiles rechazados por el mundo jurídico moderno. En la actualidad, el debate versa ya no sobre la existencia sino sobre las formas y límites de la responsabilidad.

Ahora bien, si es cierto que hoy día se han superado las etapas de la irresponsabilidad del Estado y de la imputación exclusiva a los agentes públicos —aceptándose la responsabilidad directa del Estado—, queda por superar la fase de la limitación del instituto resarcitorio a la reparación de daños causados por actividades públicas ilegales o culpables. La última etapa evolutiva se caracteriza, pues, por la extensión del principio general de resarcimiento a las actividades legales o no culpables.

En esta línea, algunas legislaciones —como la española— han llegado a admitir la responsabilidad objetiva de la administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en términos tan amplios, que ha planteado la conveniencia de reducir el ámbito de la responsabilidad,⁸⁶ si bien todavía existe un reducto en que ésta no está consagrada del todo: el de la responsabilidad por actos legislativos.⁸⁷

En esta reseña de lo que ha sido el derecho administrativo a lo largo del siglo XX, merece un lugar destacado la lucha por consagrar el principio de responsabilidad de la administración pública en los más importantes ordenamientos, y, muy especialmente, en aquellos que mayor resistencia han opuesto, por tener más arraigado el principio de irresponsabilidad, como los países anglosajones.

85 Ortiz Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1995, p. 14.

86 Por ejemplo, Pantaleón, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración*, Madrid, 1995, y “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, pp. 403 y ss.

87 Lo que ha dado lugar a una extensísima bibliografía. Por ejemplo, Santamaría, “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, pp. 62 y ss.; Quintana López, “La responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 103 y ss.; Garrido Falla, “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, pp. 35 y ss., y “A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 81, pp. 111 y ss. Una visión general del problema, en mi trabajo *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 47 y ss.

B. Derecho continental europeo

a) Derecho francés

Al final del siglo XIX, todavía regía el principio de irresponsabilidad del Estado,⁸⁸ lo que obedecía a tres causas:⁸⁹

- No desaparición de las tesis absolutistas del siglo anterior, según las cuales el gobierno estaba dotado de una voluntad jurídica superior a las individuales.
- En aquel tiempo, la responsabilidad estaba ligada necesariamente y era axiomática a que “el Rey no puede hacer mal”.
- Y el número de daños era escaso, dadas las actividades asumidas por el Estado.

El aumento de la actividad del Estado y una mayor afirmación de la conciencia jurídica popular, como señalé, clamaron por el principio de responsabilidad, que termina imponiéndose en el *arrêt Blanco* (1873) de una manera que no es general ni absoluta, limitaciones que se explican por dos razones: el carácter pretoriano del Consejo de Estado, que le impide hacer tabla rasa del pasado y del presente jurídico, y el carácter evolutivo del derecho en general, que no evoluciona por saltos.

Es el *arrêt Greco* (10 de febrero de 1905) el que significa el fin de la responsabilidad del Estado y el comienzo de una tendencia jurisprudencial que extenderá la responsabilidad patrimonial a toda clase de daños, siempre que sean probados, incluso los morales, si son evaluables en dinero e imputables a la administración. Si en un principio sólo se admitió la responsabilidad *pour faute*, se va a admitir la responsabilidad *per risque*, que obligará al Estado a indemnizar los daños causados por la actividad no culpable, con tal de que haya un nexo de causalidad, por lo que se excluye la responsabilidad en los supuestos de culpabilidad de la víctima y de la fuerza mayor. Pero sólo excepcionalmente se admitía la responsabilidad por riesgo, manteniéndose la regla general de la responsabilidad por falta.⁹⁰

88 Laferriere, *Traité de la juridiction administrative*, París, 1896, II, pp. 12 y ss.

89 Así, Moreau, *L'influence de la situation et des compartement de la victime sur le responsabilité administrative*, París, 1956, pp. 3 y ss., y Nieto, *op. cit.*, nota 80, p. 94.

90 Latournerie, “De la faute et du risque á propos de dommages causés par les travaux publiques”, *Revue du Droit Public*, 1945, 5.

Aunque en derecho francés no se ha consagrado la responsabilidad patrimonial en una reglamentación general, la jurisprudencia progresiva del Consejo de Estado permite afirmar que el ciudadano se encuentra garantizado frente a las lesiones patrimoniales derivadas de la actuación imputable a los entes públicos.

b) Derecho alemán

En derecho alemán, como en otros ordenamientos —así el español— la responsabilidad patrimonial de la administración comenzó formulándose respecto de los actos ilícitos de los funcionarios (artículo 839 del BGB). De la responsabilidad indirecta de la administración se pasó a la directa en algunas leyes con efecto limitativo, generalizándose a través de la Constitución de Weimar de 1919 (artículo 131), norma que se reiterará con algunos retoques en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La jurisprudencia ofreció resistencia a ampliar el régimen de responsabilidad por actos lícitos, si bien fue haciendo uso de la tesis general del sacrificio (*Aufopferungstheorie*), para ir admitiendo las indemnizaciones por intervenciones antijurídicas sin culpa o en situaciones de riesgo. Los supuestos más ordinarios se regularon por diversas leyes especiales, y la jurisprudencia fue extendiendo cada día más el ámbito, al resolver particularmente casos concretos.⁹¹

c) Otros países

Entre los ordenamientos jurídicos europeos merece destacarse el español. Al comenzar el siglo, la única norma en que podía encontrar base la responsabilidad de la administración era el Código Civil, al consagrar el principio general de que toda persona responde de los daños que por acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia (artículo 1,902). Admitía el artículo siguiente “la responsabilidad del Estado cuando obraba por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño había sido ocasionado por el funcionario a quien propiamente correspondía la gestión practicada”. Aun cuando esta norma hubiere permitido una interpretación progresiva, lo cierto es que la jurisprudencia se aferró al texto literal, por lo que sólo llegó a consagrarse por vía legislativa. Primero, en la esfera de la administración local por la Ley de Régimen Local

91 Una completa exposición de la evolución en derecho alemán en lengua española, en Nieto, *op. cit.*, nota 80, pp. 92 y ss.; Ortiz Álvarez, *op. cit.*, nota 85, pp. 73 y ss., y García de Enterría, E., y Fernández, T. R., *op. cit.*, nota 57, II, pp. 354 y ss.

de 1950, ampliándose más tarde a todas las administraciones por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

La Constitución de 1978 elevó a rango constitucional el principio de responsabilidad de la administración pública por las lesiones que fueran consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2), regulándose en términos más amplios en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992.⁹²

C. Derecho anglosajón

a) La ruptura del principio de irresponsabilidad por vía legislativa

A diferencia del derecho francés, en que el abandono del viejo principio de irresponsabilidad del soberano se produjo, como vimos, por vía jurisprudencial, en los derechos anglosajones, la ruptura del viejo principio del *Common Law* de irresponsabilidad del poder público se produce bruscamente a través de una rectificación legislativa,⁹³ hecho que fue destacado por la doctrina y, naturalmente, por la de los pueblos de lengua española.⁹⁴

b) Gran Bretaña

En el Reino Unido, el dogma según el cual el rey no podía equivocarse, hacer ilícito o causar daño —dice Ortiz Álvarez— aparece como la clásica expresión de la irresponsabilidad de la Corona y de la falta de cobertura patrimonial de los particulares ante las consecuencias residuales de los embites del soberano.⁹⁵ Pero, quizá, más que este principio tradicional, fueron otras las causas de la resistencia a abandonar el sistema. Como decía Garnier, en 1929, para un jurista inglés o americano, la abolición de la responsabilidad del funcionario por sus faltas personales era intolerable no sólo porque considerasen la asunción de la carga de la responsabilidad de tales actos como principio fundamental erróneo, sino

92 Me remito a González Pérez, *op. cit.*, nota 87, pp. 39 y ss.

93 García de Enterría, E., y Fernández, T. R., *op. cit.*, nota 57, II, pp. 352 y ss.

94 Por ejemplo, Bosch, “La responsabilidad del Estado en Inglaterra y los Estados Unidos de América. La *Crown Proceedings Act 1947* y la *Federal Tort Claims Act 1946*”, *La Ley*, t. 57, 1950, pp. 895 y ss.

95 González Pérez, *op. cit.*, nota 87, p. 57.

porque ello destruiría el principal estimulante del funcionario de conformarse estrictamente con el derecho en el cumplimiento de sus deberes.⁹⁶

Mas el sistema se hizo insostenible al producirse el incremento de la intervención administrativa. “La realidad administrativa inglesa —decía Tena Ybarra—, afectada como todas las demás por los cambios de la vida social y las exigencias de la vida pública contemporánea, puestas aún más de relieve con ocasión de la experiencia laborista, distaba ya mucho de la que agudamente redactó Dicey y vio uno a uno necesitados de rectificación parcial o total sus principios tradicionales”.⁹⁷ La *Crown Proccedings Act* de 1947 se hace eco de esta modificación y se enfrenta ya abiertamente junto con otros problemas al de la responsabilidad de la Corona.⁹⁸ La promulgación de la *Crown Proccedigns Acta* —dice Murillo Ferrol— viene a revolucionar todo el viejo sistema inglés en materia de responsabilidad del funcionario. Al ordenarse en dicho texto legal que la Corona respondería de *torts* cometidos por sus sirvientes y agentes, como si ella misma fuera una persona privada mayor de edad y plenamente capaz, Inglaterra introduce en su sistema jurídico-administrativo una idea que puede considerarse avanzada aún desde el punto de vista del régimen continental.⁹⁹ Esta valoración respecto del sistema continental europeo es, sin duda, exagerada; pues, aunque supuso en el derecho administrativo británico un decisivo avance, la reforma —como señaló García de Enterría— quedó corta, a un nivel mucho más bajo del alcanzado en esas mismas fechas por los ordenamientos europeos como el alemán y especialmente el francés.

c) Los Estados Unidos de América

Las cosas se desarrollaron de modo muy semejante en el derecho norteamericano. Como dice García de Enterría —en términos que reitera Ortiz Álvarez—, este derecho también estaba dominado por el clásico principio *the can do not wrong*, traspasando de forma incomprensible e

96 Garnier, “La conception anglo-americaine du droit administratif”, *Melanges Maurice Haurion*, París, 1929, p. 377.

97 En Tena Ybarra, *op. cit.*, nota 84, pp. 188 y ss. En el mismo sentido, Murillo Ferrol, “El régimen jurídico de la administración inglesa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 1, pp. 43 y ss.

98 Un completo estudio de los precedentes y alcance, en Bikford Smith, *The Crown Proccedings Act, 1947*, Londres, 1948; Williams, G. L., *Crown Proccedings*, Londres, 1948, y McMillan Bell, *Crown Proccedings*, 1948.

99 Murillo Ferrol, *op. cit.*, nota 97, pp. 70 y ss.

inexplicable en una República federal y sólo roto por el Congreso mediante la aprobación de *private bills* en supuestos singulares. El aumento de las peticiones de indemnización al Congreso obligó a éste a la creación en su propio seno de un órgano asesor especializado (*Court of Claims*) del que en 1922 surgió un tribunal competente para decidir por sí mismo sobre las reclamaciones en pequeña cuantía, hasta que, tras el veto por el presidente Coolidge, se aprobó, finalmente, la *Federal Tort Claims Act* de 1946, que reconocía la responsabilidad del Estado en términos análogos a la *Crown Proceedings*.¹⁰⁰

VI. TUTELA JURÍDICA

1. *Las prerrogativas de las administraciones públicas y la tutela jurisdiccional de las administraciones*

A. La autotutela administrativa

El régimen administrativo que, instaurado en Francia, fue progresivamente adoptado por la generalidad de los ordenamientos, supuso el reconocimiento a las administraciones públicas de la más amplia autotutela en la decisión de los litigios con las personas que con ellas se relacionaban en el ámbito jurídico-administrativo.

Así, un particular no tiene otra opción cuando quiere hacer valer una pretensión frente a otro que acudir a un juez para que, previo el correspondiente proceso declarativo y verificación de la conformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico, dicte sentencia accediendo o denegando lo pedido; por el contrario, la administración pública puede por sí dictar decisiones ejecutivas y obligatorias (autotutela de primer grado).

Y, a la hora de verificar la adecuación de derecho de aquellas decisiones, es la propia administración que las adoptó la que asume tal función, bien porque de oficio inste su revisión o porque ha de conocer los recursos que como requisito previo a la incoación del proceso han de interponer ante ella los afectados por la decisión (autotutela de segundo grado).

100 García de Enterría, E., y Fernández, T. R., *op. cit.*, nota 57, II, pp. 355 y ss., y Ortiz Álvarez, *op. cit.*, nota 85, pp. 70 y ss. El texto de la ley se incluyó en el libro de Fraga, *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, pp. 567 y ss.

El control jurisdiccional, el proceso, surge *a posteriori* para verificar el ejercicio que ha hecho la administración de sus prerrogativas.¹⁰¹

A lo largo del siglo XX, con la asunción por los Estados de la satisfacción de las necesidades exigidas por su carácter social, dio lugar, como vimos, a lo que se llamó huida del derecho administrativo, al encomendarse buena parte de la realización de los fines asumidos a entidades sujetas al derecho privado, de las que constituyeron un ejemplo característico las empresas públicas, con los consiguientes problemas que planteaba el control jurisdiccional de la actividad de éstas.¹⁰²

Pero los ordenamientos jurídicos han mantenido sus prerrogativas, imprescindibles para que las distintas administraciones públicas pudieran cumplir sus funciones en unas sociedades masificadas, cada vez más violentas.

B. Garantías jurisdiccionales

El incremento de la acción de las administraciones públicas, que, como se señaló, adquirió su momento culminante a mediados de siglo, no supuso una merma de las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos.

Salvo, naturalmente, aquellos Estados que dejaron de ser de derecho, y algunos brotes aislados de mantener e incluso reinstaurar viejas inmunidades del poder, en general se ha observado una clara tendencia a reforzar las garantías jurisdiccionales, acercándose cada día más los ordenamientos al ideal de tutela judicial plena y efectiva del ciudadano en sus relaciones con las administraciones públicas sujetas al derecho administrativo.

Si se ha mantenido la prerrogativa de la decisión ejecutiva (autotutela de primer grado), se ha tratado de limitar la llamada de segundo grado, en el sentido de privar a los recursos administrativos del carácter de presupuesto procesal o al menos de reducir considerablemente este carácter, convirtiéndose en recursos potestativos que el ciudadano podrá utilizar sólo cuando lo estime oportuno.

101 Un resumen de estos elementos en Bezzi, A. M., y Bezzi, O. H., "La justicia administrativa, origen y actualidad", *Revista de Derecho Administrativo (Aug.)*, núms. 9-10, pp. 57 y ss.; Briseño, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 89 y ss., y González Pérez, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 3 y ss.

102 Me remito a mi trabajo "Empresa pública y fracaso", *Homenaje a Manuel Francisco Clavero*, *cit.*, pp. 1,175 y ss.

Y el proceso administrativo que, en un principio, siguiendo el modelo del contencioso-administrativo francés, fue un recurso al acto, en el que no se admitían sentencias de condena a la administración pública, ha llegado no hace mucho a completar una lentísima evolución, reconociendo al juez administrativo —posibilidad que ya habían reconocido otros ordenamientos— poderes de *injonction* sobre la administración activa, hecho histórico destacado por la doctrina francesa¹⁰³ y en la doctrina española, en un trabajo que lleva este expresivo título: *Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas en contencioso francés)*.¹⁰⁴

C. Modalidades de la tutela de los derechos e intereses jurídicos de los administrados

Si la principal tutela de los derechos e intereses legítimos del ciudadano es la que imparten tribunales imparciales e independientes, no debe desperdiciarse la que pueden prestar las administraciones públicas en el ejercicio de sus prerrogativas de autotutela a que antes me he referido. No sólo en la llamada autotutela de segundo grado —a través de la que revisa la propia administración sus propios actos—, sino al ejercer su prerrogativa de decisión ejecutiva, ya que una buena estructuración de un procedimiento administrativo con las debidas garantías puede evitar la producción de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, y, consiguientemente, el nacimiento de muchos procesos al obtener el administrado la satisfacción de sus pretensiones por vías más rápidas y económicas que las procesales. Es más, ante la lentitud de la justicia administrativa —fenómeno por desgracia muy frecuente en los distintos sistemas—, se ha fomentado últimamente la instauración de procedimientos arbitrales para dirimir los conflictos jurídicos con la administración susceptible de ello. De este modo, unas vías administrativas adecuadas y los procedimientos arbitrados pueden aliviar de trabajo a los tribunales a los que se confía el conocimiento de los procesos administrativos y, de este modo, contribuir a la celeridad de la justicia.

103 Moderne, “Sur le nouveau pouvoir d’injection du juge administratif”, *Revue Française du Droit Administratif*, 1, 1996, pp. 43 y ss.

104 De T. R. Fernández publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, pp. 385 y ss.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que, por su trascendencia, se ha plasmado en procesos especiales y hasta internacionalizándose, al crearse los tribunales para conocer de ellos en los ámbitos de las comunidades supranacionales.

Una breve referencia a la evolución de las legislaciones en el siglo que termina se contiene en los apartados siguientes.

2. *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*

A. El procedimiento administrativo

El sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas distintas: como garantía del interés público y como garantía de los derechos de los particulares. El procedimiento administrativo garantiza la eficacia del ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos, así como los derechos y libertades del administrado.

No obstante, la reglamentación general del procedimiento administrativo no se inició hasta fecha reciente, en Austria, en 1925, si bien se reconoce que precedente importante fue la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo española de 1889, que fue desarrollada reglamentariamente en los distintos departamentos ministeriales.¹⁰⁵

B. Evolución legislativa

En Austria se promulgaron las primeras leyes generales de procedimiento administrativo y su influencia fue decisiva en el centro de Europa.

Esta codificación, que fue posible gracias a la obra jurisprudencial del Tribunal Administrativo de Viena, se llevó a cabo por las Leyes de 21 de julio de 1925: Ley de Introducción a las Leyes de Procedimiento Administrativo; Ley General de Procedimiento Administrativo; Ley Penal Administrativa (en la que se regula el procedimiento sancionador); y la Ley de Ejecución Administrativa (en la que se regula el procedimiento ejecutivo).¹⁰⁶ La importancia de esta ordenación determinó la aparición

¹⁰⁵ Sobre su importancia, *vid.*, por ejemplo, López Rodó, “La codificación del procedimiento administrativo; razón de ser, tradiciones y encuadramiento constitucional”, *Ponencias del I Coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 33 y ss.

¹⁰⁶ Royo-Villanova (S.), “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, *RE*, núm. 48, pp. 6-67.

de una importante bibliografía sobre procedimiento administrativo,¹⁰⁷ y se destacó su trascendencia por la doctrina de los distintos países.¹⁰⁸

La aplicación jurisprudencial de aquellos textos básicos y las necesidades de la administración moderna dieron lugar a una revisión de los mismos.

El ejemplo austriaco fue decisivo en los países vecinos. Inspirándose en las leyes austriacas, elaboraron sendas leyes de procedimiento administrativo Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia.

Instaurado el régimen comunista en estos países, se procede a la reforma de sus leyes existentes, o a la elaboración de otras nuevas. Garrido resalta hasta qué punto arraigó en estos países la ordenación del procedimiento administrativo, “que sus principios básicos han podido sobrevivir en clima tan notoriamente adverso como el producido por los regímenes comunistas”;¹⁰⁹ mas lo cierto es que el hecho no es ni mucho menos anómalo, si se tiene en cuenta que la utilidad de una reglamentación de la acción administrativa se hace sentir en la medida en que estos países son desfavorables a la existencia de un contencioso-administrativo.¹¹⁰

Lo cierto es que en estas Repúblicas populares se promulgaron nuevos textos reguladores del procedimiento administrativo.¹¹¹ El Código de Procedimiento Administrativo de Polonia (Ley de 14 de junio de 1960) regulaba el procedimiento ante la administración del Estado (artículo 1o.), ante las empresas del Estado y otros organismos administrativos y económicos del Estado, y ante organismos profesionales, organizaciones autónomas,

107 Destacan las obras de Coret, M., *Das Verwaltungsverfahren*, 2a. ed., Viena, 1927, y Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, Viena, 1932.

108 Así, Laubadère, *Traité*, I, p. 242; Langrod, “Procédure administrative et droit administratif”, *Revue Internationale de Sciences Administratives*, 1956; Garrido, “La nueva ley de procedimiento administrativo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 101, p. 656, y Nieto, “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 75, p. 76, donde puede encontrarse una amplia referencia de la repercusión de la ley en la doctrina alemana y de la reunión de profesores alemanes de derecho público, celebrada en Viena en 1958, en la que se estudió el tema del procedimiento administrativo.

109 Garrido, *op. cit.*, nota 108, p. 657.

110 Afirmación que era admisible referida a Checoslovaquia y Polonia, pero no a Yugoslavia, donde existió un sistema contencioso-administrativo con características netamente diferenciadas del que existía en las demás democracias populares.

111 *Cfr.* Langrod, *op. cit.*, nota 108, p. 55. Sobre Yugoslavia, Vavpetic, *Introduction à la publication de la Loi par l'Institut de droit comparé de Belgrade*, 1961 (*cit.* por Laubadère); sobre la reforma de la regulación del procedimiento en Polonia, Iserzon, “La réforme de la procédure administrative non contentieuse en Pologne”, *Revue Internationale de Sciences Administratives*, núm. 1, 1958, pp. 21 y ss.

corporativas y otras organizaciones (artículo 2o.). Entró en vigor el 1 de enero de 1961.¹¹²

El Código polaco conservó la estructura tradicional. Sus ciento noventa y seis artículos se dividían en seis capítulos: I. Disposiciones generales (en el que se regulan los principios generales, los órganos, su competencia, la recusación y abstención, las partes, las notificaciones y comunicaciones, y los plazos). II. Procedimiento (en el que se regulan los trámites esenciales del procedimiento, su suspensión, los recursos y reclamaciones). III. Participación del procurador. IV. Peticiones y proposiciones. V. Impuestos y gastos del procedimiento. VI. Disposiciones finales.

Ahora bien, a pesar de la estructura tradicional, el nuevo Código estaba inspirado en los principios de la legalidad socialista.¹¹³ Así lo ponía de manifiesto el papel decisivo del “procurador” o fiscal general (artículos 143 a 150), y la función de los órganos en el procedimiento (artículos 4o. y 5o.).

Sin embargo, no en todos los países de la Europa continental se siguió esta corriente legislativa, y países como Francia y Alemania se resistieron a una reglamentación general del procedimiento administrativo.¹¹⁴ En Alemania, dominó la corriente doctrinal de oposición a una regulación uniforme de procedimiento administrativo. Las distintas causas de oposición fueron así resumidas por Scheuner:¹¹⁵

a) Constitucionales: al legislar, al mismo tiempo y sobre la misma materia, los diversos estados y el Estado federal, se originarían grandes desigualdades y complicaciones.

b) Doctrinales: antes de abordar la tarea de elaborar una ley general de procedimiento, debe existir una elaboración científica que todavía no se ha realizado en Alemania.

c) Técnicas: la regulación del procedimiento en una ley puede ser un obstáculo a la eficacia de la administración, por lo que es preferible que

112 Se publicó una edición oficial en francés, por la Oficina del Consejo de Ministros, Varsovia, 1961, en la que se incluyó como norma complementaria el decreto núm. 337 del Consejo de Ministros, de 13 octubre 1960, por el que se desarrolla el artículo 156 de la ley, y se regula la recepción y examen de quejas y proposiciones.

113 Cfr. Castagne, “Les défenseurs de l’interêt social dans la procedure administrative non contentieuse de la Republique populaire de Pologne”, *Revista de Derecho Público*, 1963, pp. 177-204.

114 Un resumen de la situación del derecho comparado en 1964, en González Pérez, *El procedimiento administrativo*, 1964, pp. 78 y ss.

115 Cít. por Nieto, *op. cit.*, nota 107.

la fijación de los principios reguladores del procedimiento se encomiende a la fluidez de la jurisprudencia y de la doctrina.

En Italia, hasta la segunda mitad del siglo no va abordarse la elaboración de una ley general, que regulará con carácter general la acción administrativa, que sirvió de modelo a otros textos. Y es que, aunque resulte paradójico, una ley de procedimiento administrativo no puede ser una ley de procedimiento. O, más exactamente, sólo puede y debe serlo en parte, en una mínima parte, como así son las distintas leyes de procedimiento promulgadas hasta la fecha en los distintos Estados, y, por supuesto, en los de habla española. Lo que explica que, aun cuando todavía se conserve tal denominación —como la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina de 1972 y las de sus distintas provincias; la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo de Venezuela de 1982,¹¹⁶ el libro que la reforma de 1984 introdujo en el Código Contencioso-Administrativo colombiano,¹¹⁷ y el decreto 500/1991, de Uruguay—,¹¹⁸ se han empezado a utilizar rúbricas distintas en leyes de contenido más amplio, como la Ley General de Administración Pública de Costa Rica de 1978 y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española (ley 30/1992, de 26 de noviembre).¹¹⁹

En países de tradición jurídica tan distinta como Los Estados Unidos de América, se promulgó una Ley de Procedimiento Administrativo. La doctrina había mostrado gran preocupación por el crecimiento de la actividad administrativa, con el consiguiente incremento de órganos administrativos y proliferación de las disposiciones reguladoras. Fruto de esta preocupación fueron varias disposiciones con la finalidad de unificar las reglas de procedimiento. Los primeros pasos se dieron en el ámbito de

116 Entre los trabajos sobre la misma merece destacarse el de Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1985.

117 Fueron muchos los comentarios al Código aparecidos a raíz de la reforma. A título de ejemplo, VV.AA., *Comentarios al Código Contencioso-Administrativo*, 2a. ed., Bogotá, 1986, en el que se incluyen, referidos al procedimiento administrativo los trabajos siguientes: Esguerra Protocarrera, “El campo de aplicación de los procedimientos administrativos”, pp. 45 y ss.; Vargas Ayala, “Las actuaciones administrativas”, pp. 59 y ss., y Arboleda Perdomo, “Vía gubernativa”, pp. 73 y ss. Asimismo, *vid.* Penagos, *Código Contencioso-Administrativo*, Bogotá, 1985. El libro de Ordóñez Ochoa, *Nuevo Código Contencioso-Administrativo*, 1991, ofrece el texto actualizado del Código, concordado y anotado, incluyendo en cada artículo el texto de las disposiciones legales complementarias.

118 Cajarville, *Procedimiento administrativo*, Montevideo, 1992.

119 En México se ha seguido la terminología tradicional de Ley de Procedimiento Administrativo, en la federal y en la del Distrito Federal. González Pérez, *op. cit.*, nota 101.

los estados.¹²⁰ Y el resultado práctico más importante de aquella corriente de ideas fue la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, promulgada por el presidente Truman el 11 de julio de 1946.¹²¹ Esta ley regula el procedimiento administrativo en el sentido en que emplea la expresión la doctrina norteamericana. Cuando en Estados Unidos se habla de “procedimiento administrativo”, no se expresa todo ni sólo lo que los sistemas continentales designan con la misma expresión. En Estados Unidos, se denomina procedimiento administrativo el que se sigue ante los órganos administrativos cuando estos ejercen funciones judiciales —mejor “seudojudiciales”— y legislativas, comprendiendo el procedimiento para la revisión judicial de esa misma actividad.¹²² Esto explica que en el texto de la ley se hablara de “una ley para mejorar la administración de justicia mediante el establecimiento de un adecuado procedimiento administrativo”. De aquí que, lejos de lo que a primera vista parecía implicar su título —procedimiento administrativo—, su estudio ofrece interés al derecho procesal.

En cuanto a su contenido, la nueva ley fue objeto de algunas críticas.¹²³ Principalmente las siguientes:

a) Que la ley, al referirse al poder administrativo de investigación, lo vincula únicamente a los procedimientos de reglamentación, adjudicación y licenciamiento, cuando en realidad ese poder envuelve un campo mucho más amplio.¹²⁴

b) Que tampoco regula los poderes de supervisión y de acusación, que, conjuntamente con la función consultiva, son ejercidos en muchos casos por órganos pertenecientes a la administración.

La doctrina adoptó muy distintas actitudes ante la nueva ley. Desde los que afirmaban que constituía “el estatuto más importante que haya afectado la administración de justicia en el orden federal desde la sanción

120 Cfr. Bosch, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953.

121 Aparte de la enorme producción bibliográfica norteamericana sobre la ley (de la que puede encontrarse un completo resumen en *ibidem*, pp. 235-243), existen también interesantes estudios en el derecho extranjero. En lengua castellana, aparte del trabajo de Bosch, Villar Palasí, “La *Federal Administrative Procedure Act* de Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 1, pp. 277-295, y González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1964, I, pp. 388 y ss.

122 Bosch, *op. cit.*, nota 120, pp. 39-42.

123 Cfr. *ibidem*, pp. 188-211.

124 Davis, “Administrative Powers of Supervising, Prosecuting, Advising, Declaring and Informally”, *HLR*, t. 63, 1949, pp. 193-240.

de la ley judicial de 1789”,¹²⁵ hasta los que hablan de “sabotaje en el proceso administrativo”.¹²⁶

En la primera dirección destacó la opinión de Carl McFarland, que, refiriéndose a la ley, hablaba de que “es un instrumento para implantar el orden en lugar del temor y del caos o de una rendición ciega a lo que el pueblo llama estatismo”,¹²⁷ y la de Schwartz.¹²⁸

En la segunda dirección, aparte de Blachly y Oatman,¹²⁹ merece destacarse la crítica severa de Kaufman¹³⁰ y Sherwood.¹³¹ El primero no dudó en afirmar que los historiadores del futuro probablemente mirarían la ley como una regresión de la marea creciente del derecho administrativo, y que todo en ella era un obstáculo al complejo y libre desarrollo de la más nueva jurisprudencia.

C. La revisión de los actos administrativos y la propia administración

Especial mención merecen los procedimientos administrativo de revisión de los actos administrativos por la propia administración, de oficio o a instancia de los particulares afectados por los actos, a través de los recursos administrativos o de procedimientos extraordinarios establecidos por los ordenamientos para supuestos realmente excepcionales.

En derecho español y, por su influencia, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los pueblos de América de lengua española, apartándose del modelo francés, se estableció un límite a las potestades de revisión de las administraciones públicas: los derechos subjetivos derivados de los actos. Si de un acto derivaban derechos subjetivos, la administración pública no tenía otra vía para privar de efectos a sus actos que el llamado “recurso contencioso-administrativo de lesividad”, dando lugar a un proceso en que era demandante la administración autora del acto

125 Así, Vanderbilt, “Foreword”, *The Federal Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies. Proceedings of an Institute Conducted by the New York University School of Law on february*, Nueva York, 1947, p. 4.

126 Blachly, y Oatman, en la ardiente crítica contenida en su artículo titulado “Sabotage of the Administrative Process”, *PAR*, verano de 1946, t. 6o., p. 213.

127 McFarland, “Analysis of the Federal Administrative Procedure Act”, *The Federal Administrative*, *cit.*, p. 16-29.

128 Schwartz, *Administrative Procedure and the Administrative Procedure Act*, p. 514. Sigue a Schwartz, entre nosotros, Gascón y Marín, “Fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos en el derecho norteamericano”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 78, 1954, pp. 841-847.

129 Artículo *cit.* en nota 71. El primero insistió, en su posición en “Critique of the Federal Administrative Procedure Act”, *The Federal Administrative*, *cit.*, pp. 30-51.

130 Kaufman, *The Federal Administrative Procedure Act*, *BULR*, t. 26, 1946, p. 486.

131 Sherwood, “The Federal Administrative Procedure Act”, *APS*, t. 41, 1947, p. 271.

y demandado, el titular de los derechos de él derivados.¹³² No obstante, esta legislación española tradicional fue modificada en el sentido de admitir la revisión administrativa de los actos, aunque fueran declarativos de derechos, en los supuestos de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad por infracción manifiesta de la ley, si bien, a través de procedimientos administrativos en lo que se reforzaban las garantías, quedaba limitado el proceso de lesividad a los supuestos de anulabilidad en que no se incurría en grave y manifiesta infracción del ordenamiento.

Respecto de los recursos administrativos y el “agotamiento de los recursos administrativos”, la concepción tradicional, en la que el requisito constituye un privilegio de la administración, debe dejar paso —se dice— a una distinta, según la cual el recurso administrativo pasara a concebirse como garantía del administrado.¹³³

Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean, lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir

132 Me remito a mi trabajo *op. cit.*, nota 10, pp. 207 y ss.

133 Así, en la doctrina española, Tornos Más, “Vía previa y garantías de los administrados”, *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, I, pp. 647 y ss., proponiendo que la vía administrativa se estructure ante órganos especializados que pudieran decidir los recursos con objetividad, descargando de trabajo a los tribunales. Pemán Gavín, “Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Administración Pública*, núm. 127, pp. 145 y ss.; Fernández, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, *Documentación Administrativa*, núm. 221, pp. 5 y ss.; García de Enterría, E., y Fernández, T. R., *op. cit.*, nota 57, II, pp. 488 y ss.; González Pérez, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 46 y ss.; González Berenguer, “La aplicación de la Ley de procedimiento al mundo de la Ley del Suelo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37, p. 306, y Campo Cabal, “Otro ejemplo del carácter de gravamen de la vía administrativa gubernativa para los administrados”, *La protección jurídica del ciudadano, cit.*, I, pp. 1,109 y ss.

al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa: un único recurso administrativo y potestativo.

A pesar de que así parece imponerlo el elemental principio de la tutela jurisdiccional, todavía existen muchos ordenamientos en que, aunque cada día más limitadamente, mantienen tal requisito procesal. No es éste el caso de México, ya que, con acierto, en todas sus leyes reguladoras de los tribunales contencioso-administrativos —y procesos ante ellos— como en las recientes leyes de procedimiento administrativo que se han promulgado se consagra el carácter potestativo de los recursos administrativos.¹³⁴

3. *El proceso administrativo*

A. Efectividad de la tutela jurisdiccional en las relaciones jurídico-administrativas

Puede afirmarse que, a lo largo del siglo, ha culminado la lucha contra las inmunidades al control jurisdiccional de los poderes públicos. Y se ha estructurado un proceso administrativo que confiere tutela eficaz de las pretensiones frente a las administraciones públicas.

Es indudable que todavía existen Estados cuyas legislaciones reguladoras del proceso administrativo están muy lejos del ideal de la justicia administrativa, pero también en ellas se aprecian avances positivos, aunque lentos, para llegar a ese ideal.

Este progresivo perfeccionamiento del instrumento procesal se ha manifestado en todos los aspectos de su regulación, a fin de garantizar al ciudadano:

- La posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional imparcial, independiente y preparado, a fin de que satisfaga sus pretensiones.
- Que en el procedimiento ofrezca al justiciable la posibilidad de una efectiva defensa.
- Y que la decisión del tribunal se haga efectiva.

¹³⁴ Me remito a mi trabajo *op. cit.*, nota 101, p. 153, y *op. cit.*, nota 10, p. 209.

B. El acceso a la justicia administrativa

Las manifestaciones de este proceso de aumento de las garantías se ha producido en las siguientes direcciones: en el ámbito subjetivo, reconociendo legitimación al administrado para que sea admisible la pretensión en los términos más amplios; en el objetivo, eliminando las exclusiones del control jurisdiccional y admitiendo cualquier tipo de pretensión fundada en el ordenamiento jurídico, y en el de la actividad, eliminando cualquier presupuesto procesal que suponga un obstáculo enervante y con una adecuada regulación de los plazos.

a) Legitimación activa

Si, al comenzar el siglo, la legitimación para interponer un “recurso contencioso-administrativo” venía vinculada a la titularidad de un derecho subjetivo —sólo podrá demandarse justicia ante un órgano jurisdiccional para la defensa o reconocimiento de un derecho subjetivo—, al finalizar el siglo basta ostentar un interés legítimo para reaccionar frente a la acción administrativa que se estima contraria al ordenamiento jurídico. Y hasta se ha puesto en tela de juicio la limitación de la legitimación, postulándose el reconocimiento de la acción pública.

Aunque sigue estimándose necesario mantener un límite al libre acceso a los tribunales negándosele a quien no tenga interés en lo que pretende —“donde no hay interés no hay acción”—, se ha ampliado extraordinariamente los requisitos que debían concurrir en el interés legitimador —del interés personal y directo, se ha pasado al simple interés legítimo y llegando a reconocer legítimos en los supuestos de intereses difusos—, y hasta reconociendo la acción pública cuando la actuación administrativa que se va a enjuiciar se considera atentatoria de valores en peligro —como el medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico—. ¹³⁵

b) Actuaciones administrativas susceptibles de control jurisdiccional

Al comenzar el siglo, los ordenamientos jurídicos configuraban el “contencioso—administrativo” como un proceso al acto. El acto, siempre que reuniera unos requisitos, como el ser definitivo y agotar la vía

¹³⁵ La evolución de la legitimación en este aspecto ha sido descrita por la generalidad de los autores.

administrativa, era el objeto del proceso. La litis se movía dentro de los límites del acto administrativo, tal y como había sido configurado en la vía administrativa. El principio de que la jurisdicción contencioso-administrativa era revisora de la vía administrativa, constituía un grave obstáculo a una eficaz tutela jurisdiccional. A lo largo del siglo, fue abandonándose el principio de “jurisdicción revisora” en buena parte de los ordenamientos procesales administrativos, y se amplió el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en los siguientes sentidos:

- No sólo era admisible el “recurso contencioso-administrativo” en relación a un acto administrativo que se consideraba contrario a derecho, sino cualquier manifestación de la actuación administrativa, incluso la vía de hecho administrativa y la inactividad de la administración.
- Podía pretenderse del tribunal no ya una simple sentencia declarativa de mera anulación, sino auténticas sentencias de condena, si bien esto último ha tardado en conseguirse, incluso en el sistema que se ha considerado modelo como vimos.

c) Los presupuestos procesales

El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa exigía el cumplimiento de determinados requisitos que constituían viejos privilegios de la administración pública y obstáculos a la tutela judicial efectiva que carecían de razón de ser.

También en este aspecto las legislaciones reguladoras de lo contencioso-administrativo han ido eliminando aquellos obstáculos. Sin embargo, algunos estaban tan arraigados que no acaban por desaparecer. Quizá, el ejemplo, más claro es el del “previo pago”, que atenta contra los más elementales principios —como el de igualdad— y no tiene razón que la puramente recaudatoria, y todavía es admitido sin reserva alguna en ciertos ordenamientos, como en el recientísimo Código Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires.

d) Los plazos para incoar los procesos administrativos

Es probable que la regulación de los plazos para “recurrir” frente a una actuación administrativa todavía constituya al finalizar el siglo uno de los obstáculos a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las leyes suelen fijar plazos breves para “interponer” los “recursos contencioso-administrativos” contra los actos expresos o presuntos. Y —lo que es más grave— siguen siendo plazos de caducidad. Una vez transcurridos, no es admisible el “recurso”. Si con posterioridad la administración, ante una nueva petición del interesado, dicta uno nuevo en el mismo sentido, no es admisible el recurso, en aplicación de la doctrina del acto confirmatorio. En este aspecto, el proceso administrativo sigue siendo un proceso “al acto”, y el acto de iniciación, un “recurso”.

C. El proceso debido

La tutela jurisdiccional no quedará prestada efectivamente con la recepción de las pretensiones por el órgano jurisdiccional y con la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad con el ordenamiento jurídico. La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y, antes de dictar sentencia, sigue un proceso con las garantías que hagan posible la defensa de las partes.

Pues bien, aunque a lo largo del siglo se ha avanzado enormemente en este aspecto, todavía es posible encontrar graves dificultades en los ordenamientos.

a) Deficiencias de los órganos jurisdiccionales

Si la independencia de los órganos a los que se confía la decisión de los procesos administrativos parece asegurada en casi todos los ordenamientos —aunque en algunos es más aparente que real—, la especialización de los jueces deja mucho que desear para que puedan impartir una buena justicia.

Unas veces, porque, al atribuir la jurisdicción para conocer de estos litigios a órganos encuadrados en la común organización judicial, el personal de los órganos carece de la preparación especializada requerida para conocer y decidir los litigios administrativos. Y otros, porque se ha instaurado el modelo francés, sin haber comprendido las verdaderas razones de su éxito, que no es otro que la preparación de las personas físicas titulares del órgano jurisdiccional. Por lo que han creído suficiente para garantizar una buena justicia administrativa crear unos órganos ju-

diciales al margen de la común organización judicial, sin preocuparse de la especialización de los jueces que habían de integrarlos.¹³⁶

b) Defensa de las partes

Por lo general, se han ido estructurando los procedimientos de forma que resulta garantizado el derecho de defensa de las partes, a través de una instrucción en que gozan de las más amplias potestades para formular alegaciones y probar los hechos en que basen sus pretensiones.

Sin embargo, todavía se observa, más que a nivel legislativo, en la práctica procesal, un desigual trato de las partes. Y es que, al finalizar el siglo, conservan plena vigencia estas palabras que escribió Niceto Alcalá-Zamora y Torres en 1942: “el Poder público es un gigante que, mientras no esté derribado, por mucho que acepte encorvarse queda siempre más alto que sus súbditos”.¹³⁷

c) La sentencia

La limitación de los poderes del juez todavía constituye uno de los obstáculos que encuentra la tutela jurisdiccional en el orden jurídico administrativo.

Se ha avanzado mucho, como se señaló, al llegarse a reconocer la posibilidad de sentencias de condena. Pero, aunque en casi todos los ordenamientos es posible condenar a la administración a dar, hacer o no hacer en la medida en que sea necesario para restablecer el orden perturbado por la actuación ilegítima que dio lugar al proceso administrativo, todavía existen reductos en que la sentencia queda en mera declaración.

Y, aunque se admite en casi todos los ordenamientos jurídicos el “recurso contencioso-administrativo” contra disposiciones reglamentarias, no se permite al tribunal sustituir a la administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, impidiéndole que vaya más allá de la anulación de la norma que resulte contraria al ordenamiento, aunque la ley que se consideró infringida no admita más que una sola solución a la disposición que la desarrolló.

En análogos términos se plantea la anulación de un acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales.

136 Una visión general del problema en mi trabajo, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, 1985, pp. 43 y ss.

137 Alcalá-Zamora Torres, *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 51.

Por último, aunque, como se indicó, se reconoce la posibilidad de pretensión contra la inactividad de la administración, todavía existen restricciones a las potestades del juez que dicta una sentencia estimatoria.

D. Efectividad de las sentencias

a) Tutela jurisdiccional y efectividad de las sentencias

La tutela judicial no se agota en una sentencia en que el juez adopte cuantas medidas y providencias fueren necesaria para poner fin a la situación litigiosa y restablecer el orden jurídico. La tutela no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido. Tampoco será efectiva si en el momento de producirse el fallo —o en el de su ejecución— no tienen sentido los pronunciamientos, porque las situaciones para las que se pretendía tutela ya se hubieran consumado de modo irreversible.

De aquí que la tutela se proyecte en dos momentos: uno, el de la iniciación del proceso, y otro, una vez dictada la sentencia. Medidas cautelares y ejecución forzosa son dos de los grandes temas de la justicia administrativa. En uno y otro, se ha avanzado positivamente.

b) Medidas cautelares

Tradicionalmente, en un contencioso-administrativo configurado como proceso al acto, no se concebía otra medida cautelar que la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, lo que no permitía garantizar la eficacia de la posible sentencia estimatoria no sólo en los supuestos en que la pretensión no se formulaba en relación a un acto, sino tampoco en todos aquellos en que el acto, lejos de imponer una carga, obligación o sanción, era denegatorio de una petición del administrado.

De aquí que uno de los aspectos de las legislaciones administrativa que han sido objeto de una mayor atención por la doctrina¹³⁸ haya sido, precisamente, el de las medidas cautelares, observándose avances muy positivos en las legislaciones y en la jurisprudencia, no ya de los tribunales nacionales, sino de los tribunales supraestatales, en los que se ha

138 Y se habla de *La batalla por las medidas cautelares*. Es el título de una monografía de García de Enterría, publicada por Civitas en 1995. El tema ha preocupado extraordinariamente en la doctrina española. Cfr., por ejemplo, Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, y López Rodó, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., pp. 130 y ss.

llegado a reconocer la posibilidad de las medidas cautelares que pueden considerarse revolucionarias.¹³⁹

c) Ejecución de sentencias

La impotencia del “juez administrativo” para hacer efectiva las sentencias condenatorias de la administración ha sido —y es— una de las quiebras de todos los sistemas de justicia administrativa. Sobre todo cuando la condenada es la administración del Estado, las sentencias se cumplen cuando quiere y como quiere el político de turno.

La legalidad presupuestaria, la inembargabilidad de los caudales públicos y la prohibición de despachar mandamientos de ejecución contra ella constituyen obstáculos poco menos que insuperables para lograr la efectividad de las sentencias condenatorias de la administración.

Se ha producido, no obstante, importantes avances, y se arbitran medidas cada día más efectivas, sin desconocer las exigencias del interés público y de no rebasar los límites presupuestarios.¹⁴⁰

139 García de Enterría, “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (referé-provision)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 142, pp. 225 y ss.

140 García de Enterría, “Sobre el principio de inembargabilidad: sus derogaciones y sus límites constituidos y sobre la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, pp. 495 y ss., incluido en *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2a. ed., Madrid, 1992.