

## PRESENTACIÓN

Por segunda vez se me brinda la oportunidad de presentar una obra del doctor Jiménez Dorantes. En la primera ocasión era casi una obligación de cortesía académica que quien había sido director del trabajo de investigación, realizado brillantemente por el doctor Jiménez Dorantes, en la Universidad Autónoma de Madrid, prologara el libro con el que salía a la luz pública aquella tesis doctoral (*Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003). Desde entonces, los vínculos han superado el carácter personal y se han trasladado también a un plano institucional de relaciones entre la Universidad Autónoma de Madrid (especialmente, a través de su Instituto de Derecho Local, y de su director, el profesor Velasco Caballero) y la Universidad Autónoma de Chiapas. Responsable de la promoción de esas relaciones ha sido en muy buena medida el doctor Jiménez Dorantes, que ya en dos ocasiones ha asumido con extraordinaria profesionalidad y entusiasmo la parte decisiva de las tareas de organización académica del primer y el segundo Simposio Internacional de Derecho Administrativo y

Local, celebrados exitosamente en San Cristóbal de las Casas (México), respectivamente, en mayo de 2005 y en el mismo mes en 2006. Quiero dejar aquí constancia de mi agradecimiento por haber podido participar, junto con otros colegas españoles, en esos dos foros de alto nivel académico.

La obra que en esta ocasión ofrece al lector el doctor Jiménez Dorantes se sitúa bajo el título *Constitución y urbanismo*, y yo quiero ahora destacar de ella, desde una perspectiva metodológica, que el estudio constituye una extraordinaria confirmación de la utilidad sistemática de analizar los temas del derecho público como ámbito de concreción y desarrollo de los principios constitucionales. Buena parte de las conclusiones más relevantes de la obra se extraen no de la simple exposición lineal del material normativo, sino de su fructífero contraste con las decisiones constitucionales fundamentales a favor del Estado de derecho, del sistema federal, del Estado social, de la democracia y con la determinación constitucional de la protección del medio ambiente y de la calidad de vida como fines de la actividad estatal. A esa clave metodológica fundamental de la unidad sistemática del derecho constitucional y el derecho administrativo y, en concreto, a su costoso proceso histórico

de imposición en el derecho público español, quiero dedicar esta breve presentación.

Los principios constitucionales constituyen el sistema interno (que concede unidad y coherencia valorativas) en el que se desenvuelve el derecho administrativo y cualquiera de sus partes, como el derecho urbanístico. Aunque desde que F. Werner acertara a condensar la idea en su conocida fórmula “derecho administrativo como derecho constitucional concretado”<sup>1</sup> a veces —como se dirá más adelante—, se haya exagerado la relación de dependencia entre el derecho constitucional y el administrativo, es innegable que la elaboración dogmática del derecho administrativo actual se debe en buena medida a la fuerza sistematizadora de los principios constitucionales, que ha permitido, por ejemplo, reconducir rápidamente materias nuevas de la parte especial del derecho administrativo hacia estructuras jurídicas consolidadas e, incluso, compensar defectos regulativos de la legalidad ordinaria administrativa.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Werner, F., *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, p. 527.

<sup>2</sup> Una equilibrada exposición al respecto, donde se destaca no sólo la dependencia del derecho administrativo con respecto al derecho constitucional, sino también la relativa independencia del primero y la complementariedad de ambos, en Schmidt-Aßmann, E., *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998 (hay ed. posterior), pp. 11-13.

Por eso, no es posible llegar a una cabal idea de lo que sea la administración si no es mediante su situación en el contexto de una adecuada teoría jurídica del Estado.<sup>3</sup> Por eso, también, ha de ser evi-

Hay traducción española de esta primera edición alemana, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Marcial Pons–Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

<sup>3</sup> Gallego Anabitarte, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, 1992, en especial, pp. 78 y 79. En este contexto cita este autor una convicción expresada con frecuencia por Jellinek, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage* (reimp. de la ed. de Friburgo, 1887), 1964, en prólogo, p. X: “cada vez tengo más claro que la solución correcta a cuestiones de Derecho público depende, muchas veces, hasta los más pequeños detalles, del conocimiento que se tenga de la esencia del Estado”. La idea se repite en Jellinek, G., *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 12: “la polémica sobre el concepto de Estado, de cuya correcta concepción depende cualquier conocimiento en materia de Derecho público...”. Este punto de arranque metodológico, muy claramente, en Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, p. 199: “hasta el tema más secundario del Derecho administrativo, como puede ser el de las cláusulas accesorias, reclama para sí la atención de todo el Derecho público”. En congruencia con esto, Velasco analiza la admisibilidad de la inclusión de cláusulas accesorias en el acto administrativo y, en su caso, la elección entre un tipo u otro de cláusula, conforme a los principios que se derivan del Estado de derecho (legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y

dente que las decisiones fundamentales sobre el Estado, sobre sus tareas, fines y competencias, sobre sus relaciones con los ciudadanos, etcétera, determinan directamente la configuración de la administración (como estructura organizativa o como función) que en él se integra, si es que esas decisiones deben hacerse realidad.<sup>4</sup> Por eso, por último, ha podido decirse, de forma gráfica y con acierto (y no precisamente en tiempos recientes, sino en los albores mismos del nacimiento de la ciencia del derecho administrativo), que la administración es “Constitución en acción” (*tätig werdende Verfassung*).<sup>5</sup>

Desgraciadamente, una característica que define, desde la perspectiva histórica, el derecho administrativo español del Estado constitucional desde 1812 (Constitución de Cádiz) hasta, prácticamente, 1978, ha sido su desarraigo e independencia con respecto a los estudios de derecho político o constitucional.<sup>6</sup> La idea teórica de la estrecha vinculación

sometimiento a los derechos fundamentales) y, complementariamente, también, del Estado social, y del de descentralización-solidaridad (pp. 200-242).

<sup>4</sup> Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8a. ed., München, 1992, p. 12 (la obra se citará en adelante como *AVwR*).

<sup>5</sup> Stein, L. von, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3a. ed. 1888, t. I, p. 6; Maurer, *AVwR*, *cit.*, nota anterior, p. 12.

<sup>6</sup> Gallego Anabitarte, “Las asignaturas de derecho político y administrativo: el destino del derecho público español”, *Re-*

entre el derecho administrativo y el político, que como tal idea era de usual y frecuente invocación ya en las obras del siglo XIX, nunca se concretó realmente en las exposiciones de derecho administrativo, caracterizadas siempre en nuestro país, hasta hace casi treinta años, por su desvinculación del marco constitucional vigente en cada momento.

La afirmación vale también para el periodo de 1845 a 1900, en el que la unión de las asignaturas de derecho político y derecho administrativo (con esa denominación, “derecho político y administrativo”, o alguna semejante) en una misma cátedra podría haber conducido a un tratamiento y estudio unitarios de estas disciplinas, en algo que mereciera el nombre de “derecho público español”. No fue, sin embargo, así. La unión fue más ficticia que real.<sup>7</sup> Incluso durante esa época de la unión de las asignaturas, el derecho político consistía, sobre todo, en una introducción más o menos especulativa sobre la sociedad y el Estado constitucional (soberanía, sepa-

*vista de Administración Pública*, vol. I, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 738 y 739.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 742: “es sobre todo el diferente talante intelectual del derecho político (beligerancia teórico-política) y el derecho administrativo (férreo modelo abstracto político administrativo frente a la Constitución vigente que después se interpretará a lo buen conservador legista) lo que separa a ambos saberes ya desde su nacimiento” (en nota núm. 50); *passim*.

ración de poderes, etcétera) y una historia política de España, sin análisis detallado del texto constitucional correspondiente a cada etapa; mientras que el derecho administrativo tenía como contenido una exposición descriptiva de los preceptos del derecho positivo, sin bases constitucionales.<sup>8</sup> El resultado era, evidentemente, que la Constitución vigente quedaba huérfana de un análisis jurídico; que el derecho administrativo no podía encontrar, tampoco, su marco natural en un sistema jurídico-político concreto y definido; y, en último término, que se estaba preparando la irremediable separación de las asignaturas, que se consumará en 1900.<sup>9</sup>

La separación formal, en ese año, de las cátedras de derecho político y administrativo, no rompía nada realmente existente, como se está diciendo, pero sí contribuyó a hacer más difícil todavía, ya en el siglo XX, la creación de un cuerpo unitario de derecho público español.<sup>10</sup> Adolfo Posada confiere al derecho político, en torno al cambio de siglo, las notas que van a caracterizarlo prácticamente hasta 1978: teoría del Estado, historia de las ideas políticas y derecho constitucional comparado, sin historia político-constitucional española ni derecho

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 757.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 769.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 788 y 789.

constitucional español.<sup>11</sup> El derecho administrativo, siempre “descabezado”, sin un marco jurídico-estatal concreto en el que la administración exista y funcione, sustantiviza el objeto de su estudio (la administración), se separa incluso (con algunas excepciones, como la que supone Fernández de Velasco) del derecho positivo español, y se convierte en “campo de pruebas” de las más dispares doctrinas extranjeras, que se reciben, muchas veces, acríticamente.<sup>12</sup>

A partir de mediados del siglo XX poco cambia en el derecho político (que continúa por los ámbitos —nada jurídicos, lo que no quiere decir no científicos— de la ciencia política, de la sociología o de la filosofía); y del derecho público español —como ciencia jurídica— se ocupa sólo la doctrina jurídico-administrativa, con un importante avance a partir de 1950, fecha en la que se funda por el —entonces— Instituto de Estudios Políticos la *Revista de Administración Pública*.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 779 y 780.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 788 y 793.

<sup>13</sup> Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 180, que se refiere a un “vuelco” del derecho administrativo por obra de la denominada “generación de la RAP”; Parejo (coord.), *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, 1990, p. 23.

El cambio de rumbo más notable en la línea dibujada por los estudios de derecho político y de derecho administrativo, a la que acaba de aludirse, se produjo en torno a (y con ocasión de) la aprobación de la Constitución española (en adelante, CE) de 1978. En síntesis: en torno a ese año se producen numerosos estudios jurídicos del texto constitucional que iba a aprobarse o que acababa de entrar en vigor; el texto constitucional se analiza con un método jurídico, que parte del dato de derecho positivo y utiliza conceptos y categorías con ayuda de los cuales debe poder dominarse el material normativo; puede hablarse entonces de un verdadero derecho constitucional; el derecho administrativo deja de configurarse de forma “acéfala” y tiene la oportunidad de situarse en un marco de derecho público-constitucional que estructura jurídicamente el Estado; la vía para la unidad del derecho estatal, derecho público, constitucional y administrativo, se había abierto.

En este contexto se produjo una polémica doctrinal que si se trae aquí a colación es únicamente por su valor simbólico: la disputa podrá utilizarse, cuando pase el tiempo, como símbolo de la ruptura con una etapa y comienzo de la siguiente. En 1982 un catedrático de derecho político publica un trabajo titulado “El derecho constitucional como dere-

cho administrativo”,<sup>14</sup> en el que (si yo no lo he entendido mal) se critica una forma de hacer derecho constitucional: la de aplicar el método estrictamente jurídico al texto de la Constitución; partir del dato de derecho positivo constitucional para interpretarlo, con ayuda de conceptos y categorías decantados en la ciencia del derecho, y obtener el contenido imperativo de sus preceptos.<sup>15</sup> Según parece, a esta

<sup>14</sup> Lucas Verdú, P., “El derecho constitucional como derecho administrativo (la ideología constitucional del profesor García de Enterría)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 13, primavera de 1982, pp. 7 y ss.

<sup>15</sup> La crítica, así formulada, no aparece en el trabajo de Lucas Verdú. Lo que se expone en el texto es lo que parece deducirse del conjunto de la polémica. En el artículo de Lucas Verdú lo que se encuentra son afirmaciones como las siguientes: “la inviabilidad del *derecho constitucional administrativo*, esto es, el intento de trasplantar al derecho fundamental las categorías del derecho administrativo, se demuestra porque aquel intento equipara en el fondo las normas constitucionales y las administrativas. Aunque insistan en la supremacía de la Constitución, en el carácter normativo de sus disposiciones y estudien minuciosamente cuestiones de derecho constitucional procesal para concretar la supremacía de la Constitución, el hecho indubitable es que tratan las normas constitucionales como si fueran administrativas y las examinan e interpretan del mismo modo. Esto es un error” (p. 15); “no se percata (el profesor García de Enterría) de varias cosas: la especificidad de las normas constitucionales, su conexión con la realidad. Sólo tiene en cuenta los componentes normativos de la realidad estatal y prescinde de los fácticos, y lo mismo hace con la

forma de proceder se le achaca pretender hacer del derecho constitucional derecho administrativo. El título con el que se rubricó la respuesta, por parte de un catedrático de derecho administrativo (nada más lejos de mi intención hacer aquí un ejercicio de “corporativismo disciplinar”), fue acertado y gráfico: “El derecho constitucional como derecho”.<sup>16</sup> El método jurídico hace referencia a una forma ordenada de pensamiento, que se lleva a cabo con ciertos pasos (sin que sea necesario que entre ellos exista una conexión obligatoria de tipo lógico-deductivo), que tiene que vérselas con derecho positivo que está (o ha estado) vigente, y que pretende determinar su sentido.<sup>17</sup>

Esto no es algo propio del derecho administrativo; ésta es la forma de proceder *jurídicamente* con el derecho. Algo comúnmente aceptado<sup>18</sup> hoy es que

Constitución, contemplada sólo como *documento jurídico*” (p. 30) —cursiva original—.

<sup>16</sup> García de Enterría, E., “El derecho constitucional como derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño de 1982, pp. 7 y ss.

<sup>17</sup> Por todos, Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1994, trad. española de la 4a. ed. alemana, pp. 26 y 27, 181-183, 191 y 192, 507 y 508, *passim*.

<sup>18</sup> Es conocida la polémica que hace ya décadas protagonizó Forstthoff con relación a los métodos de interpretación constitucional, en especial, de los derechos fundamentales. Forstthoff contrapuso, por una parte, la subsunción, los métodos herme-

## la interpretación de la norma constitucional tiene

néuticos tradicionales, la forma de pensar lógico-positiva, etcétera, con el método de las ciencias del espíritu, la referencia a valores, la ponderación casuística, etcétera, por otra. Este último bloque de conceptos transformaría el Estado de derecho en Estado de justicia, disolvería la ley fundamental en casuística, sustituiría la función de los derechos fundamentales y de la Constitución, propia del Estado de derecho, de ser una *garantía de la libertad enraizada en la subjetividad*, por una *objetividad de los valores*, que lleva consigo una autorización global al intérprete constitucional para valorar como quiera, y podría conducir a una tiranía de los valores. Véase Forsthoff, “Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre”, en Barion *et al.*, *Epirrhosis. Festgabe C. Schmitt*, 1968, t. I, p. 190. También, Schmitt, C., “Tyrannei der Werte”, *Säkularisation und Utopie. Festschrift Forsthoff*, 1967, pp. 38 y ss. La tesis de Forsthoff “apenas ha encontrado adhesión” (Larenz, *Metodología...*, *cit.*, nota anterior, p. 162). Para Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, Madrid, 1994, en especial, pp. 25-41, es incorrecto el planteamiento en términos de oposición de las dos tendencias (métodos tradicionales, subsunción *versus* ciencias del espíritu, valores, ponderación de bienes); más bien se trata de *métodos complementarios*: “no cabe el rígido dualismo entre método de ciencia de espíritu y método estricto jurídico” (con cita de Larenz); “en la interpretación constitucional ...más todavía que en la interpretación de la ley no basta la simple subsunción, sino que es necesario introducir valores o criterios axiológicos” (p. 31, nota núm. 15); en la resolución de conflictos concretos es necesario valerse de la “ponderación de los diversos bienes en juego, con la utilización de todos los criterios hermenéuticos tradicionales, y todos los conceptos, categorías e instituciones afectadas por el caso conflictivo” (p. 39); “el autor del presente estudio defendió

peculiaridades.<sup>19</sup> No puede ser la misma la forma de

...el método jurídico tradicional, con la evidente incorporación de un enfoque teleológico de valores e intereses en el derecho constitucional” (p. 37); “el respeto al concepto” (se refiere Gallego con ello a los métodos tradicionales) “en la argumentación jurídica no impide, en mi opinión, sino todo lo contrario, un enfoque institucional o de los bienes jurídicos protegidos al analizar las cuestiones jurídicas” (p. 64, nota núm. 4).

<sup>19</sup> La idea la destacan los dos participantes en la polémica. Véase Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 14, pp. 15, 30 y 31; García de Enterría, *op. cit.*, nota 16, p. 15, donde se hace referencia expresa a la denominada *Wertungsjurisprudenz*, opuesta al positivismo. Parece que lo que Lucas Verdú más echa de menos en el método de su colega en la disputa es que desconozca la “función transformadora del derecho constitucional” (Lucas, *op. cit.*, nota 14, p. 31, *passim*). No queda muy claro que debe entenderse bajo ese concepto. Si con él se pretende incorporar al análisis jurídico constitucional propuestas como las que se contienen en Lucas Verdú, “Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada”, *Revista de Derecho Político*, núm. 10, verano de 1981, en especial, pp. 8-10, 27 y 38, habría que concluir que, de esa forma, el análisis constitucional *dejaría de ser jurídico* (lo que, desde luego, no quiere decir nada sobre su valor desde otras perspectivas). A nuestro juicio, la propia terminología que utiliza el profesor Lucas para referirse a la “ideología constitucional” del profesor de derecho administrativo —“poder fáctico” (p. 47), “antimarxista visceral” (p. 48), “neoliberal” (p. 49), “tecnocracia administrativa al servicio de los intereses neocapitalistas del Estado español” (p. 51)— está determinada por un método que no es el propio de la discusión jurídica, de tal manera que en la misma forma de la crítica podría encontrarse una prueba de la realidad de lo que pretende desmentirse.

interpretar la Constitución que la de interpretar la Ley de Costas, o el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, por poner un ejemplo extremo. Pero aceptar esta idea como cierta no puede suponer, como es lógico, ni desconocer que la Constitución es una norma que debe ser interpretada, ni “secuestrar” la interpretación constitucional con consideraciones propias de la ciencia política, de la sociología, de la filosofía, etcétera, que se muevan en la línea de lo que, como se ha expuesto, había sido siempre en España el contenido del derecho político.

Las ideas básicas de lo que, en aquel momento, quería expresarse con el lema “derecho constitucional como derecho” se han impuesto (a costa de la separación material —y, a veces, formal, como es el caso de la Facultad de Derecho, de la Universidad Autónoma de Madrid— con respecto a los estudios de aquellos que quisieron seguir dedicándose a lo que había sido su ocupación hasta entonces). Hoy existe un verdadero derecho constitucional, cultivado por juristas, que ha hecho posible la construcción de la unidad de los estudios de derecho público, aunque las asignaturas y las cátedras de las disciplinas “derecho constitucional” y “derecho administrativo” sigan estando, en la generalidad de los casos, separadas.

Es superfluo decir que el cambio al que aquí se alude no es fruto de la polémica doctrinal mencio-

nada. Si se ha hecho alusión a ella es, como se ha dicho, porque puede, a nuestro juicio, utilizarse para otorgarle un valor simbólico.<sup>20</sup>

Hoy es punto de partida mayoritario sobre esta cuestión que la CE, al fijar las bases fundamentales de la configuración jurídica del Estado español, sienta también las de la administración (y aquí es indiferente que se entienda ésta como un conjunto de órganos y organizaciones o como una función). Más todavía si se tiene en cuenta que la evolución del principio del Estado social ha permitido decir del Estado actual (en el mundo occidental) que es, sobre todo, un “Estado administrativo”.<sup>21</sup>

Las decisiones constitucionales relativas a los derechos fundamentales (que vinculan a todos los poderes públicos), al derecho de organización (separación de poderes, organización en Comunidades Autónomas, autonomía local, etcétera), a las fuentes del derecho (reserva de ley, potestad reglamentaria), a los principios del ordenamiento jurídico

<sup>20</sup> Éste parece ser el sentido que le da también Alzaga, en el “Prefacio” al *Comentario colectivo a la Constitución*, 1983, p. XV, que califica la polémica como “gozne entre dos etapas del Derecho político español”; citado por el propio García de Enterría en el “Prólogo a la tercera edición”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, p. 15.

<sup>21</sup> Por todos, Maurer, *AVwR*, *cit.*, nota 4, p. 17.

(seguridad jurídica, principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, responsabilidad de los poderes públicos), a los fines del Estado social (dignidad de la persona, medio ambiente, calidad de vida, prestaciones sociales, etcétera), a las garantías jurisdiccionales, etcétera, determinan “desde arriba” la totalidad del sistema de derecho administrativo,<sup>22</sup> aunque, por descontado, dejan espacio para que el legislador ordinario regule las correspondientes materias con un amplio margen de libertad configuradora. En esta última idea también conviene insistir, no fuera a suceder que, como resultado de un movimiento pendular, se concluyera en la errónea suposición de que cualquier cuestión del derecho administrativo, por concreta que sea, deba tener su solución predeterminada en el derecho constitucional.<sup>23</sup> El derecho público del Estado

<sup>22</sup> Con expresión gráfica se dice también que la Constitución otorga su “código genético” al derecho administrativo; Wolf *et al.*, *Verwaltungsrecht*, Munich, 1999, t. I, p. 139, con cita de B. Becker.

<sup>23</sup> En tono crítico frente a la “tendencia a la constitucionalización del ordenamiento, (que busca) en los mandatos constitucionales un *derecho concentrado* capaz de suministrar mandatos aplicables a cualquier situación, de manera que el legislador, en la práctica, se encontrara supeditado no a grandes principios constitucionales, sino a una auténtica maraña de restricciones que se hacen derivar, a veces mediante complicados silogismos, de los artículos de la Constitución”, Luis López Guerra, en el “Pró-

constituye una unidad sistemática (de la que forman parte el derecho constitucional y administrativo), pero no un bloque monolítico inseparable.

Y éste es precisamente el punto de partida metodológico de la obra que ahora tengo el honor de presentar, transitoriamente fuera de España y en plena tarea investigadora.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO  
Heidelberg, Alemania, junio de 2006