

Revista del Foro Canario

84



Las Palmas de Gran Canaria, 1992

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

PASADO PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO⁽¹⁾

JOSÉ SUAY RINCÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

- I. PREMISA:
El Derecho Administrativo como equilibrio.
- II. EL PASADO:
La Revolución Francesa.
- III. EL PRESENTE:
Significado de la Constitución de 1978.
- IV. EL FUTURO:
Desarrollo de la Constitución de 1978.

(1) Texto de la Conferencia pronunciada el día 24 de enero de 1992, dentro de los actos organizados por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, para celebrar la festividad de San Raimundo de Peñafort.

I.1. El Derecho Administrativo es, como todo Derecho, equilibrio. Se trata, sin embargo, de un equilibrio muy singular.

El Derecho Administrativo, históricamente hablando, ha sido el fruto de un compromiso.

El Poder –que, al menos, ya desde el absolutismo es una realidad autónoma y perfectamente diferenciada de la comunidad o sociedad a la que teóricamente sirve– acepta ser controlado y crea un Derecho para sí mismo; pero, a cambio, como contrapartida, mantiene un estatuto privilegiado, un estatuto compuesto por normas especiales, diferentes de las que rigen las ordinarias entre los ciudadanos.

¿En qué consiste ese *status* peculiar, ese *corpus* de normas especiales? Básicamente, en la atribución al Poder, o a la Administración que es la forma en que éste se personifica, de un importante número de privilegios para realizar sus fines. Privilegios, no obstante, a los que acompañan o deben acompañar las garantías necesarias a favor de los sujetos sobre la acción del Poder.

Privilegios y garantías; ahí tenemos el equilibrio del Derecho Administrativo. Privilegios del Poder, de una parte, y garantías de los súbditos o administrados, que por esa razón pasan a convertirse en auténticos ciudadanos, de la otra. En la determinación de ese difícil punto de equilibrio está justamente la labor del jurista.

II.2. ¿Cuándo cifrar el origen de nuestra disciplina? Según la doctrina dominante –y valga por todos el nombre el Profesor García de Enterría–, el origen del Derecho Administrativo está en la Revolución Francesa. Sólo a partir de ese momento reciben plena formalización jurídica las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos. Privilegios y prerrogativas del Poder había antes de la Revolución, pero sólo con ésta se reconoce a la Administración la cualidad de sujeto de Derecho y sólo, por tanto, entonces, se constituye el Poder en centro de imputación de derechos y obligaciones.

Aunque mayoritaria, esta tesis tiene también sus detractores. Por ejemplo, Gallego Anabitarte, para quien en España ya en el Antiguo Régimen existía la sujeción de los actos del Poder Público al Derecho, lo mismo que una neta separación –orgánica y funcional– entre los distintos poderes del Estado, siendo así que, entre las instituciones del Antiguo Régimen y las actuales, discurre una clara línea de continuidad.

Sin duda de ninguna clase, siempre hay algo de arbitrario y convencional en un debate de estas características: fijar una fecha que rubrique el acta de nacimiento de nuestro Derecho. En este caso, además, tampoco faltan motivos ideológicos, puesto que, según donde se ponga el acento, se ensalza un período histórico determinado: la Revolución francesa y el liberalismo, el período absolutista o la Edad Media.

Desde la postura que hemos adoptado al principio, sin embargo, el tema es claro: la idea de equilibrio es consustancial al Derecho. Sin equilibrio –si una parte se impone de forma irresistible sobre la otra– no hay Derecho; sólo fuerza.

Así las cosas, la Revolución Francesa va a ser el momento determinante. El Poder queda investido de un número ingente de poderes y privilegios para el cumplimiento de sus fines. A partir de entonces, sin embargo, el ciudadano como contrapartida empieza a disponer de las garantías precisas para hacerle frente. Y es que con la Revolución Francesa, el Estado queda sometido, vinculado al Derecho. Asistimos con ella –como inmediatamente se verá– al nacimiento del Estado de Derecho.

Evidentemente, nada arranca de cero. En el Derecho Administrativo existen, desde luego, instituciones que entroncan con el Antiguo Régimen. Hay privilegios que vienen de atrás, incluso de la Edad Media. Otro insigne administrativista, Villar-Palasi, ha señalado algunos ejemplos: la presunción de legalidad de los actos regios, la ejecutoriedad y la vía de apremio, la *mora in re ipsa* de los créditos, la inembargabilidad. Hasta algunas garantías se conocen en aquella época. En nuestro país, por ejemplo, es conocida la categoría de los actos que causan agravio y la técnica procesal puesta para su tutela, los rescriptos *contra ius*.

Existía, además, conciencia de una cierta vinculación al Derecho. El Rey, de un lado, está sujeto a un orden superior e inamovible, a las leyes que integran el Derecho Natural. Pero no sólo a éste; también, al denominado viejo y buen derecho y a sus *iura quesita* (derechos adquiridos), tal como resulta de textos tan eminentes como el Fuero real, el Espéculo o las Partidas.

Había, por tanto, un cierto equilibrio. El problema, sin embargo, estaba en la ausencia de los mecanismos adecuados de garantía, de los medios efectivos para combatir los actos que causaran agravio.

El equilibrio alcanzado era así muy precario. Pronto empezará a romperse. Ya, en la Edad Moderna, con la aparición de los Estados nacionales. Pero, sobre todo, en el siglo XVIII, con la irrupción del absolutismo.

El Estado absolutista significa, en efecto, la definitiva liberación del soberano de todo control jurídico. Como dice O. Mayer, ningún papel juega aquí el Derecho. El principio de arbitrariedad, entendido como la falta de toda limitación jurídica, va a encontrar absoluta vigencia.

No son ajenas a este proceso teorías como la de la soberanía, de Domat o Bodino, o la del *ius eminens*, que tienden a desconocer los derechos de los súbditos y a imponer el Derecho del Rey de forma irresistible.

Es frecuente también citar en estas ocasiones a Berthelemy, quien, refiriéndose al caso concreto de Francia, dice: “la Administración de la antigua monarquía francesa era esencialmente discrecional. No estaba constreñida por ninguna regla jurídica. Con mucha impropiedad se habría podido hablar en esa época de Derecho Administrativo, puesto que no existía ningún límite preciso para los poderes de los agentes del Rey, ni procedimiento obligatorio para el ejercicio de sus funciones, ni libertades que los súbditos hubiesen podido hacer prevalecer sobre los mandatos dados en nombre del soberano”.

Y así es, en efecto. Fórmulas como la latina *rex legibus solutus est* o como la anglosajona *The king cannot do wrong* ilustran perfectamente sobre el espíritu de la época: la ausencia de límites al poder regio.

3. La Revolución Francesa vino a acabar con este estado de cosas. Resultan sorprendentes sus consecuencias. Como ha sido indicado, la Revolución se hace sin un programa preciso. Hay, desde luego, un importante sustrato doctrinal, el movimiento de la Ilustración (aunque no todo él era partidario de liquidar la monarquía absoluta). Y también hay algún puntual antecedente legislativo; pero, en general, se va improvisando y, no obstante, el resultado final es de una extraña coherencia.

Sobre este período histórico caben muchas interpretaciones. No en vano se han escrito más de 40.000 obras en torno a él, y son cifras anteriores al Bicentenario de la Revolución que acabamos de festejar. Además, cada nueva opinión sobre el tema desata un nuevo debate en el seno de la sociedad francesa. Tal es la pasión que aún suscita en el vecino país la lectura de esta época. Como dice Soboul, uno de los grandes historiadores, su recuerdo todavía exalta.

Dejando de lado las cuestiones históricas y los puntos sin aclarar, en el orden estrictamente jurídico, a la Revolución debe el mundo la formulación de los tres principios básicos sobre los que se asienta el Estado moderno:

– El principio de la soberanía nacional. Es el primero en formularse, a partir de la constitución del tercer estado en Asamblea Nacional y del juramento del Juego de la Pelota. El Rey desautoriza estas iniciativas, pero se le responde que “una nación unida no puede recibir órdenes”. El principio terminará recogido en el art. 1 del Título III de la Constitución de 1791.

–El principio de igualdad, que va a invadir todos los ámbitos, y que va a dar lugar a la desaparición de la sociedad estamental, sobre todo, como consecuencia de la improvisada y convulsiva elaboración de un Decreto durante la larga y célebre noche del 4 de agosto de 1789.

– Y el principio de libertad, que cuajará en la espléndida y universalmente conocida Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. En 17 artículos, algo menos de una página y menos de 1.000 palabras, en un texto de estas características se expresa una de las grandes formulaciones que van a movilizar a las sociedades contemporáneas.

Para el desarrollo de nuestro tema, interesa sobre todo retener los principios de la soberanía nacional y de libertad, porque del uno y del otro van a derivar, respectivamente, los principios de legalidad y de división de poderes, de inmensas consecuencias ambos para la formación del Derecho Administrativo.

Según el principio de legalidad, la Ley, como producto del órgano soberano, el Parlamento, es la fuente y origen de todo poder. Sin ella, nadie tiene poder sobre otro; la Ley es la base de todo poder.

En cuanto al principio de división del poder, nadie ha sabido superar a Montesquieu, pese al tiempo transcurrido, al tratar de buscarle una justificación: “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, va hasta donde encuentra sus límites. Para que no pueda abusar del poder, hace falta que por las disposiciones de las cosas, el poder frene al poder”.

Éstas son las bases sobre las que comenzará a construirse el Derecho Administrativo moderno.

III.4. El presente de nuestra disciplina está total y absolutamente condicionado por la Constitución Española de 1978. España se adhiere con ella tardíamente al movimiento constitucional que, con carácter general en Europa, había arrancado de la Segunda Guerra Mundial.

Este hecho debe ser destacado como merece. La misma postura que antes hemos adoptado para evaluar el momento del nacimiento del Derecho Administrativo debe servir para ensalzar ahora la importancia de ese acontecimiento no tan lejano entre nosotros. Es cierto que si el Derecho ha de ser siempre equilibrio, la Revolución Francesa es un momento decisivo, porque con ella la preocupación por las garantías salta al primer plano, dando así lugar al nacimiento del Derecho Administrativo.

Ahora bien, no menos cierto es que el Estado de Derecho sólo llegará a ser realidad mucho después. Prácticamente podemos decir que hasta el constitucionalismo surgido de la Segunda Guerra Mundial no hay una estructura constitucional apta para la consolidación del Estado de Derecho. Hasta entonces subsisten flecos y flecos importantes.

Existen testimonios históricos suficientes que ponen de manifiesto la persistencia del Antiguo Régimen, y aunque es verdad que destacados historiadores, como Hobsbawm, denominaron el siglo XIX la “era del capitalismo”, otros subrayan que este siglo no marcó el tránsito hacia una nueva etapa, no formó una sociedad civil basada en el liberalismo y el capitalismo industrial, sino que continuó presidida por las estructuras sociales anteriores a la Revolución Francesa.

Para Mayer, por ejemplo, “los historiadores llevan demasiado tiempo centrándose exclusivamente en los progresos de la ciencia y de la tecnología, del capitalismo industrial y mundial, de la burguesía y de la clase media profesional, de la sociedad política democrática y del modernismo cultural. Se han ocupado mucho más de estas fuerzas innovadoras y de la formación de la nueva sociedad que de las fuerzas de la inercia y de las resistencias que frenaron la caída del antiguo orden”. Y la tesis de su libro es que “los elementos premodernos no eran los restos decadentes y frágiles de un pasado prácticamente desaparecido, sino la esencia misma de las sociedades civiles y políticas presentes en Europa”.

Siguiendo todavía con Mayer, este autor, después de examinar minuciosamente la evolución de seis países, llega a la conclusión de que el verdadero cambio sólo se produce en la segunda mitad del siglo XX, después de un “cataclismo sin precedentes” en la Historia.

La Gran Guerra fue el producto de la movilización de última hora de los *Ancien Regime* de Europa. Y como es sabido, a la Gran Guerra 1914-1918 está umbilicalmente unida la posterior Guerra Mundial 1939-1945: “a partir de 1918-1919, las fuerzas de la perseverancia se recuperaron lo suficiente como

para agravar la crisis general de Europa, patrocinar el fascismo y contribuir a la reanudación de la guerra total de 1939". En la interpretación de este autor, estos dos conflictos fueron nada menos que la Guerra de los 30 años de la crisis general del siglo XX.

Los datos jurídicos, sin lugar a duda, refrendan este planteamiento histórico. En el siglo XIX se produce una auténtica reacción de toda Europa respecto de los ideales revolucionarios. Quienes esperan encontrar en la historia la consolidación del Estado de Derecho apenas iniciada su singladura, se equivocan. Resucitan por doquier las viejas monarquías absolutas, y los principios de la Revolución Francesa son objeto de importantes reinterpretaciones, si no, lisa y llanamente, ignorados.

Reflejo y expresión de todo ello es el famoso art. 57 del Acta Final del Congreso de Viena de 15 de mayo de 1820. Pero también la construcción alemana de la teoría de Estado y de su personalidad jurídica como *tertium genus* frente al pueblo y al Rey, el reconocimiento al monarca de un poder normativo propio –ya anunciado desde la Revolución, pero ahora con una cobertura ideológica y dogmática de la que antes carecía–, la distinción entre ley material y ley formal –de la que con posterioridad tratarán de deducirse incluso reservas constitucionales de reglamentos–, etc.

Pero por encima de todo ello, y porque atañen directamente a las relaciones entre el poder y los ciudadanos –que es el aspecto que más interesa destacar aquí–, hay que resaltar las enormes dificultades con que tropieza la implantación de un control judicial efectivo contra los actos del Poder, actos que en la práctica viven en total impunidad.

Desde luego, los del Legislativo, exento desde el principio. En todo el siglo XIX y en buena parte del XX no hay control judicial contra las leyes. Los tímidos intentos por establecer un sistema de control difuso como el norteamericano fracasan estrepitosamente, y apenas superan el trámite de la iniciativa legislativa, pese a la autoridad doctrinal de algunos de sus valedores como Hauriou y Duguit. Y los más serios esfuerzos por implantar un modelo de control alternativo a partir de la genial construcción teórica del jurista vienés H. Kelsen triunfan en algún lugar (como en Austria, su propio país, Checoslovaquia y la España republicana), pero en general tampoco corren mejor suerte.

Si esto cabe decir del control del Legislativo, no muy diferentes son las cosas en relación al control del Ejecutivo. Primero, el control contencioso-administrativo es de mero carácter interno. En terminología actual, no son

jueces, sino funcionarios los que lo llevan a efecto. A finales del siglo pasado, comienza su judicialización, pero la situación apenas cambia.

Se institucionalizan ciertos núcleos exentos de control, con base en la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, de la que todavía hoy queda algún lamentable residuo. Y lo que es peor, se consagra –incluso, legislativamente, como en nuestra Ley de 1888– la prohibición de someter al juez los actos de carácter discrecional.

Por si esto no fuera suficiente, añádese que los derechos fundamentales –las más básicas de las posiciones de los ciudadanos– carecen de operatividad real y quedan convertidos en pura retórica o papel mojado. No se les dota de las garantías necesarias –sobre todo, jurisdiccionales– para hacerlos efectivos y ceden frente al poder.

Ello constituye una gravísima amenaza a ese equilibrio entre privilegios del poder y garantías de los ciudadanos que desde la Revolución parecía caminar por tan buena dirección. Apenas surge el Estado de Derecho, surgen ya sus primeras fisuras, y son fisuras importantes, porque llegan a afectar a los derechos más fundamentales de los individuos.

Para que las cosas cambien serán menester algunos pasos: la judicialización de la Ley, la reducción de la discrecionalidad de la Administración y su control posterior por medio de los principios generales del derecho y, especialmente, la revalorización de la Norma Fundamental (norma jurídica superior de carácter vinculante).

Pues bien, todas éstas son cuestiones abiertas, que verdaderamente no se saldan hasta el constitucionalismo surgido de la Segunda Guerra Mundial. Puede captarse la trascendencia de este momento histórico, que en España está representado por la Constitución de 1978, aunque de todas formas no es justo silenciar el avance que ya supusiera la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, al permitir el enjuiciamiento de la mayor parte de la actividad administrativa, incluida la discrecional.

IV.5. Llegados al presente, y ensalzado como merece el momento constitucional, no cabe detenerse. Los logros alcanzados no deben hacer bajar la guardia. Continuamente, el Poder (o su forma personificada, la Administración, que es con la que los ciudadanos se relacionan) trata de escapar de las técnicas de control que con tanta dificultad cuesta implantar, busca otro disfraz y adopta nuevas formas, bajo las cuales su fuerza viene de nuevo a hacerse irresistible y a no encontrar obstáculos.

Por supuesto, no se trata de descalificar indiscriminadamente este proceso. Desde nuestra perspectiva, el problema muchas veces no es tanto el otorgamiento de nuevos poderes exorbitantes, que quizás podrían justificarse para atender nuevas necesidades públicas, como la previsión de los adecuados mecanismos de garantía que sirvan para compensar y restaurar ese equilibrio.

Nuestra propia Carga Magna debe constituir el punto de arranque para corregir posibles excesos.

De nuevo centrándonos en el plano de las relaciones entre el poder y los ciudadanos, destaca la parte relativa a la regulación de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial, según el art. 53.1, comienza siendo intangible, incluso, para el propio legislador. No solamente esto. Como posiciones jurídicas básicas que son, los derechos fundamentales son, además, según el art. 10.1, el fundamento del orden político y de la paz social. Pasan, pues, a situarse en el primer plano.

¿Cómo se articula su primacía? Se dice que los derechos fundamentales gozan de una posición preferencial dentro del sistema. Quiere ello decir, en un planteamiento general, que han de primar y prevalecer frente a cualquier otro valor que se oponga.

Esto tiene consecuencias importantes en todos los terrenos. Al limitarnos al Derecho Administrativo, no se puede tratar de santificar otros bienes, como, por ejemplo, la eficacia de la acción administrativa, cuando hay en presencia un derecho fundamental.

Con base en estas premisas, la jurisprudencia ha comenzado ya a reaccionar y a recortar los poderes de autotutela de la Administración. Así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio reduce el poder de ejecución forzosa de la Administración. Y sobre todo, el derecho a la tutela judicial efectiva impone límites al privilegio de la ejecución inmediata y refuerza las posibilidades de suspensión judicial de los actos administrativos, sobre todo, en materia de sanciones administrativas.

Podría tratar de llegarse más lejos. Por ejemplo, en nombre del mismo derecho fundamental antes citado y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el art. 9.3, exigir la motivación de todas las decisiones administrativas, en particular, las discrecionales, algo que parece elemental en una Administración democrática.

Por ejemplo también, eliminar la presunción de veracidad de determinados actos administrativos, como las actas de inspección, donde no

sólo estaría comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la presunción de inocencia.

En general, como tendencia, no cabe la menor discusión a este planteamiento. Lo que carece de sentido, lo que no es de recibo, es que hoy por hoy, el acto administrativo como categoría jurídica disponga de un valor mayor que el de toda una sentencia judicial. El acto administrativo es ejecutivo y ejecutorio, al parecer, en nuestro país, de forma general e indiscriminada. La sentencia, por el contrario, no. Cuenta con importantes limitaciones en cuanto a su ejecutividad, pues su impugnación produce por regla general de forma automática el efecto suspensivo, y aun en su ejecutoriedad, pues las sentencias no se ejecutan sin más “de plano”, sino que han de seguir un proceso, el “proceso de ejecución”, en el que, además, el particular puede suscitar algunos incidentes que se evacúan de forma contradictoria.

Los privilegios de ejecutividad y de ejecutoriedad no pueden, pues, seguir valiendo de la misma forma como hasta ahora; y la Constitución debe, en suma, contribuir a fomentar el equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos.

6. Pero tampoco basta llegar hasta aquí. En nombre del Estado social del que es su principal agente, la Administración Pública incrementa su protagonismo e intensifica sus acciones sobre la vida social.

Si sus acciones se intensifican, es lógico también multiplicar los controles, en la búsqueda de ese equilibrio, tan precario, pero a la vez tan consustancial al Derecho Administrativo.

De cara al futuro, la en alguna ocasión llamada discrecionalidad técnica, so pretexto de la creciente complejidad de los asuntos, constituye la principal brecha que combatir. Ésta, la discrecionalidad técnica, reclama del Legislador la atribución de espacios libres o exentos para actuar (ya empieza a teorizarse la denominada reserva de la Administración), y del Judicial, su inhibición frente a las controversias que surjan a raíz de su aplicación.

Nuestro ordenamiento jurídico dispone ya de algún principio jurídico idóneo para combatir este tipo de pretensiones. El principio de proporcionalidad: los actos del Poder no sólo deben mirar a satisfacer las finalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, so pena de incurrir en desviaciones de poder, sino que, además, deben ser adecuados y apropiados para la consecución de tales fines.

Este principio está implícito de alguna manera en el art. 106.1 de la Norma Fundamental, y puede dar mucho juego, siguiendo el ejemplo de otros países, como Alemania, donde bajo la denominación de “interdicción de excesividad” o la prohibición de exceso (*Übermassverbot*) ha sido empleado con generosidad por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. También en Francia, donde ha sido acogida con éxito, de nuevo por la jurisprudencia, la técnica del análisis costes-beneficios, por virtud de la cual el juez ha de valorar las ventajas y desventajas que produce la intervención del Poder en la vida social, determinando hasta qué punto las primeras compensan a las segundas.

Lejos de estas experiencias, en España muy pobre es su papel hasta la fecha. Y eso que no es un mero principio general del Derecho, aún no incorporado a normas escritas. Hay al menos dos preceptos de los que cabe deducir sin dificultad su vigencia: el art. 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, más claramente aún, el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Aunque en dos campos empieza a operar con naturalidad—el área del Derecho Administrativo sancionador y a la hora de valorar la legitimidad de ciertas restricciones el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo particular, en el juicio de igualdad en la ley—, se impone su generalización a todas las medidas de carácter gravoso que los Poderes Públicos pueden imponer sobre los ciudadanos, y aun a las cargas a que se subordina el otorgamiento de ciertos actos administrativos favorables.

Todo ello, en esa lucha incesante por poner límites al Poder, que constituye el aliento vital mismo del Derecho Administrativo.