

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

DERECHO ADMINISTRATIVO Y SOCIALIZACION

Síntesis del libro de igual título de don José María Boquera Oliver (*Estudios Administrativos*. Madrid, 1965, pág. 187).

INTRODUCCION

Actualmente, dos fenómenos diferentes, pero no ajenos entre sí, reciben el nombre de «socialización»: el proceso de transformación de los intereses individuales en públicos y el progresivo multiplicarse de las relaciones de conveniencia, origen de asociaciones encaminadas a conseguir los objetivos que superan la capacidad individual.

Los dos modos de entender la socialización son manifestaciones, por vías diferentes, «de la actualización del ser social del hombre». De aquí

la evidente concomitancia entre ambos fenómenos.

Montesquieu comprobó que el poder, por naturaleza—es una experiencia eterna—, tiende a expandirse, a aumentar en extensión e intensidad. Esta tendencia—de ahí su consustancialidad con la naturaleza humana—responde a la convicción del poderoso de que su capacidad para alcanzar las finalidades que estima que deben lograrse es mayor que la de cualquier otro sujeto. Por eso atrae a sí la realización de actividades, se halla presente, cada día más, en la vida de los gobernados. Como conse-

cuando el campo de los intereses individuales se reduce y aumenta el de los públicos por conversión de aquéllos en éstos. El titular del poder justifica su intervención diciendo que lo que hasta entonces tenía sólo interés individual tiene ahora trascendencia social. Ahora interesa al grupo, a la sociedad, lo que con anterioridad le era ajeno. Aumenta lo público, disminuye lo privado. El poder público amplía sus dominios. Este proceso se denomina «socialización».

Dicho fenómeno de conversión de lo privado en público se acelera por sí mismo, pues una sociedad en proceso de socialización—como dice Rivero—no es viable sin un aumento global del poder que se ejerce en su seno.

Tenemos, pues, que la actuación del poder público es la causa principal—la más importante aportación humana—al proceso de socialización de la sociedad. Este, a su vez, origina, exige, un aumento de poder.

La expansión del poder político es causa y efecto de la socialización. Aumento de poder y socialización constituyen un círculo que, en su dinámica, acelera ambos fenómenos.

En el derecho público, el término que examinamos se suele emplear para calificar el hecho de la expansión de lo público. Socialización se hace equivalente a publicación, aun cuando se tenga conciencia de que ésta es sólo un elemento causal y a la vez un efecto de aquélla. Pero causa de primer orden, quizá la más importante. Este sentido del término socialización podríamos calificarlo de tradicional.

En cambio, el Papa Juan XXIII, en su encíclica *Mater et Magistra*, dió el nombre de socialización al «progresivo multiplicarse de las re-

laciones de convivencia con diversas formas de vida y de actividad asociada y como institucionalización jurídica».

«La socialización—continúa la citada encíclica—es al mismo tiempo reflejo y causa de una creciente intervención de los poderes públicos, aun en los sectores más delicados, como los relativos a la sanidad, la instrucción y la educación de las nuevas generaciones...; pero es también fruto y expresión de una tendencia natural, casi incontenible, de los seres humanos: la tendencia a asociarse para la consecución de los objetivos que superan la capacidad y los medios de que pueden disponer los individuos aisladamente.»

La socialización, entendida a la manera de Su Santidad Juan XXIII, determina también un aumento de poder estatal, si bien el progresivo aumento del mismo puede ser contrapesado más fácilmente por los grupos que por los individuos, lo cual impone al poder un particular modo de ejercicio.

De otro lado, el mismo Pontífice constataba que el progresivo aumento de las formas de vida y de actividad asociada «restringe el radio de la libertad en el trato de los seres humanos individuales y utiliza medios, sigue métodos y crea ambientes que dificultan el que cada uno piense independientemente de los influjos externos, obre por iniciativa propia, ejercite su responsabilidad y afirme y enriquezca su persona». Provo-ca una socialización de segundo grado, según la expresión de Legaz, o sea aquella que consiste en convertir a la gente en «modelo», en ser o querer ser sólo gente.

La socialización, en el sentido ahora expresado, contribuye, pues, al aumento del poder público y disminuye

la libertad. No es ajena a la publicación de la vida, aun cuando por provocarla por vía diferente a la que hemos denominado socialización en sentido tradicional ofrece al mismo tiempo, a través de formas asociativas, la posibilidad de una mejor organización de la convivencia política.

En principio, por socialización entenderemos el fenómeno de conversión de intereses individuales en públicos, y cuando nos refiramos a la socialización en el sentido que divulgó el Papa Juan XXIII lo advertiremos expresamente.

La socialización, unida a la tecnificación, ha puesto sobre los hombros de la Administración la mayor parte de la carga de funciones que ha asumido el Estado. La tecnificación del poder es un imperativo—dice Rivero—cuando los datos técnicos condicionan en amplia medida las decisiones políticas.

Nuestra Administración pública, a diferencia de la que la presidió, ha asumido la misión de proporcionar a los hombres el bienestar. Este es un paso decisivo y positivo para la elevación de las condiciones de desarrollo de la vida humana, pero tiene también un grave riesgo, «el cual se halla—como muy bien dice Legaz—en función de la creciente masificación espiritual del hombre».

En las páginas que siguen intentaremos describir cuál ha sido el impacto de la socialización en el derecho administrativo y cuál la posible reacción del mismo ante este fenómeno «cuajado de problemas y sobremanera actual y omnipresente, hasta el punto de que aparezca en los más diversos campos de manera urgente y angustiosa».

Comenzaremos por estudiar el principio de legalidad, porque su significación condiciona toda la problemá-

tica jurídico-administrativa. Legalidad y estructura del poder sirven de base a las instituciones fundamentales del Derecho administrativo. Las garantías del administrado se ordenan de una u otra manera según los imperativos de la legalidad.

CAPITULO PRIMERO

Legalidad individualista, legalista y social

1. LA SIGNIFICACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

En la actualidad resulta casi totalmente inexpresiva la afirmación de que el principio de legalidad significa el sometimiento de todo a la ley; que en su vertiente de legalidad administrativa muestra la necesidad de que la Administración pública actúe conforme a la ley. A la expresión «principio de legalidad» le falta la univocidad que en su origen tuvo, y de él, por esto mismo, no pueden obtenerse deducciones de validez general.

En nuestra época la legalidad tiene finalidades distintas, y por ello el principio de legalidad administrativa se nos ofrece con versiones diferentes.

Para evitar toda confusión es necesario especificar cómo se entiende el principio de legalidad. Se lee con frecuencia, por ejemplo, que el Derecho administrativo ordena un sistema de garantías con el propósito de defender la legalidad y de proteger los derechos e intereses individuales. Sin embargo, esta afirmación, que destaca una doble finalidad en el sistema de garantías jurídico-administrativas, no tiene validez ge-

neral. Su exactitud depende del sentido que, en un estado determinado, se reconozca a la legalidad.

El principio de legalidad triunfa con la revolución de 1889, y algunos lo vinculan a las preocupaciones individualistas inspiradoras de aquel movimiento revolucionario. De ahí la propensión natural a pensar que el mismo, consecuencia y fundamento a un mismo tiempo de las garantías individuales, es propio de un régimen social individualista y es inconcebible en un régimen colectivista.

Sin embargo, el principio de legalidad administrativa se encuentra proclamado con fórmulas semejantes en todos los Estados, cualquiera que sea la ideología en que se inspiren sus constituciones. Y los juristas del mundo socialista se cuidan de advertir la profunda diferencia que existe entre su legalidad y la que ellos denominan burguesa.

No todos los sistemas de legalidad pueden encuadrarse en uno de estos dos criterios opuestos y extremos —legalidad individualista o legalidad socialista—. Puede formarse uno de tipo medio, que calificaremos de legalidad social.

2. LA LEGALIDAD INDIVIDUALISTA

Es sabido que el principio de legalidad se aceptó como principio constitucional al triunfar la Revolución francesa sobre el Estado de la Monarquía absoluta. En el Estado arrumbado existía libertad, pero se la tacha de falta de autenticidad por estar repartida desigualmente y faltarle las necesarias garantías.

La nueva libertad, la que los hombres de 1789 consideran verdadera, será igual para todos (cualquiera que sea la situación social o el lugar en

donde cada uno se encuentre) y constante, y estará debidamente garantizada.

Uno de los medios más idóneos para conseguir este objetivo es someterlo todo a la ley; instaurar el principio de legalidad. Incluso el legislador estará sometido a ella. Será ley la voluntad de todos sobre algo que a todos afecte. Y como todos participan en la formación de la voluntad general, los límites que la ley impone no son exteriores, sino una autolimitación que permite a todos continuar siendo libres. Las leyes, por su misma esencia (por ser generales en su origen y en su objeto) someterán a todos por igual, no producirán desigualdades, no crearán privilegios. Todos serán iguales. Igualmente libres.

Los individuos son, de otro lado, titulares de derechos naturales que las leyes no crean, sino que ordenan y garantizan. Estas se limitan a defenderlos y a encauzar su ejercicio para que unos individuos no perjudiquen a otros.

La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión son derechos naturales; pero puede afirmarse que el derecho a la libertad se considera el primer derecho del hombre, derecho fundamentalísimo a cuya realización coadyuvan los restantes.

La ley, la legalidad, se convierte en definitiva, en pura y simple garantía de la libertad. La guarda de la legalidad implica el respeto de las situaciones jurídicas individuales.

De ahí que el sistema de garantías jurídico-administrativas inventado por el Estado individualista o liberal sólo persiga una finalidad, la garantía de los derechos del individuo, aunque suele contemplarse desde dos perspectivas: la protección de

la legalidad y la protección de las situaciones individuales. Pero se trata sólo de un cambio de punto de vista.

3. LA LEGALIDAD SOCIALISTA

La legalidad socialista surge directamente de una revolución ideológica.

Marx, como Rousseau, se propone liberar al hombre; pero la originalidad de la idea marxista consiste en entender que la fuerza que oprime al hombre es precisamente la sociedad capitalista, que tiene como uno de sus principales ingredientes al Derecho. Lo que para Rousseau era camino de libertad, para Marx es, por el contrario, causa de servidumbre. El hombre será libre cuando la sociedad comunista haya sustituido a la capitalista. En ese mismo momento el Derecho desaparecerá.

Pero el tránsito de la sociedad capitalista a la comunista no es momentáneo, ni siquiera rápido. «Entre las sociedades capitalista y comunista—dice Marx en la *Critica del programa de Gotha*—se extiende el período de transformación revolucionaria de una en otra.» Un período en el que la sociedad es una sociedad «socialista».

En el período socialista—en el cual los marxistas afirman hallarse todavía—el proletariado emplea al Derecho y al Estado no para conseguir la libertad, como hacia notar Engels, sino para derribar a su adversario. «El Derecho—dirá Vyshimsky—se extinguirá sólo en la fase superior del comunismo, con la aniquilación del cerco capitalista.»

El Derecho que el Estado socialista emplea para conseguir su fin no es el Derecho individualista—burgués en la terminología marxista— asimilado

y adaptado, sino un Derecho nuevo, diferente de aquél. El Derecho del Estado socialista es diferente del Derecho liberal por su finalidad, que es una finalidad positiva, constructiva de una forma de sociedad. «Esta función particular del Estado y de la organización pública en su totalidad...—dice Jaroszynski—cambia simultáneamente la «función del Derecho y, por consecuencia, la concepción de la legalidad en el Estado socialista con respecto a otros Estados.»

Por no poder confiar al individuo la puesta en marcha de los instrumentos que defiendan la legalidad socialista se ha encargado el partido comunista, creador de la misma, de vigilar su cumplimiento. Esta fiscalización no la lleva a cabo el partido directamente, sino por medio de órganos especializados. La ejercita el Soviet Supremo, valiéndose de la institución llamada «Prokuratura» y con algunas otras colaboraciones, como las de las comisiones de legalidad socialista de los soviets.

4. LA LEGALIDAD SOCIAL

Las dos formas de legalidad descritas, individualista y socialista, no son las dos únicas posibles. Ni siquiera las dos únicas que han tenido y tienen existencia.

El sentido de la legalidad, inicialmente individualista, comienza a evolucionar hacia formas sociales cuando el Estado interviene en la vida social para distribuir los bienes con el propósito de que todos los hombres satisfagan sus necesidades mínimas para corregir desigualdades y defender a los débiles; cuando se trata de alcanzar lo que unos han llamado la libertad real y otros la justicia social.

«El cometido del Derecho—dice Hernández Gil—no puede ser simplemente el de ordenar la convivencia partiendo de los términos en que aparece establecida, sino que ha de hacer suya una tarea reformadora; la reforma social se convierte en ideal jurídico.

La nueva legalidad a la que podemos llamar social, tomando el término de la autocalificación de muchos Estados contemporáneos, entre ellos el nuestro, tiene una doble finalidad: la protección de los derechos del individuo y la reforma social.

La gran cuestión jurídica de nuestra época es saber si tal cosa es posible, si la legalidad social puede mantener el equilibrio entre los derechos del individuo y la necesidad de reforma social, cumplir simultáneamente las dos finalidades que ha asumido.

Cuando el Derecho se limita a ordenar la convivencia partiendo de los términos en que está establecida resulta fácil respetar la libertad, pero lo es bastante menos cuando asume una tarea reformadora.

Cabe preguntarse si la disciplina Derecho administrativo, tal como hoy la tenemos configurada, puede encauzar este segundo diluvio que es la socialización, la cual, si se produce impetuosamente, puede masificarnos y dejar sin sentido la preocupación por los derechos individuales y la libertad. En este punto, el Derecho administrativo tiene una misión y también una responsabilidad excepcional.

Si la socialización avanza sin poder ser frenada desde posiciones jurídicas el Derecho administrativo debe ineludiblemente adoptar las medidas oportunas para lograr que el cada día más caudaloso torrente de

la actividad administrativa no se desvíe de la ley. Con ello nuestra disciplina cumplirá su finalidad permanente, y renunciabile: procurar el orden y la justicia.

Esto obligará quizás al Derecho administrativo a introducir en su sistema de conceptos las reformas necesarias encaminadas a hacer frente a las nuevas exigencias, a revisar sus instituciones e implantar otras nuevas que puedan garantizar los derechos e intereses del individuo en un mundo que progresivamente se socializa.

CAPITULO II

La estructura del poder

I. EN EL ESTADO INDIVIDUALISTA

Los criterios fundamentales inspiradores de la estructura del Estado individualista pueden considerarse los siguientes: la separación de los poderes y la centralización.

A) *La separación de los poderes*

«... todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites.

Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder. Una constitución puede ser tal que nadie se vea precisado a hacer aquello que la ley no le obliga ni a dejar de hacer lo que le permite.

Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Cuando el poder legislativo y el

ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.

No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo...

Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo ejerciese estos tres poderes.»

El texto de «El espíritu de las leyes», que acabamos de citar, encierra una de las ideas de mayor fortuna en el Derecho público.

Cualquiera que fuera la idea que de la estructura y fundamento constitucional tuviera Montesquieu, lo cierto es que el Derecho público moderno la interpretó, configuró y divulgó como una auténtica división y separación de los poderes del Estado, encaminada a lograr y salvaguardar la libertad de los súbditos.

La realidad constitucional y política, si no ha coincidido nunca con el criterio de la división de los poderes se ha aproximado más o menos, según las épocas, a él.

B) *La centralización*

La centralización, recibida en el Estado constitucional como herencia del Estado de la monarquía absoluta, también se presenta como aquél como medio para lograr la libertad.

La centralización, sin embargo, choca con una de las ideas inicialmente básicas del nuevo tipo de Estado: la del origen contractual del poder. Pero la centralización, tan contraria al esquema de la asociación contractual, es tan deseada por el Estado contemporáneo que no fal-

tan quienes para defenderla abandonan la tesis del origen contractual del poder. Hauriou, para explicar convenientemente el fenómeno de la centralización, ofreció una teoría no contractualista del origen de la sociedad y del Estado. «El Estado—dice—no nace por un pacto, sino por un proceso de federación.»

«Centralizar significa acumular en manos del gobierno central todo lo que existe en un pueblo de poder público, es decir, de poder político y temporal, civil o militar...»

Enraizada la centralización en la causa misma del nacimiento del Estado, luego se justifica la absorción por éste de todo derecho de superioridad, de todo poder público, con el propósito de alcanzar para los hombres la libertad e igualdad.

C) *Las consecuencias de los principios anteriores*

Los dos principios anteriores—separación de poderes y centralización—, pese a su aparente incompatibilidad, se combinan en la organización del Estado contemporáneo.

El Estado centraliza, asume todo el poder de imposición unilateral de derechos y obligaciones. Se constituye en el único sujeto capaz de emplear la coacción que el poder jurídico necesita para ser efectivo. Pero el poder público, por imperativo del principio de la separación de los poderes, se distribuye para su ejercicio, entre los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales del Estado. Cada una de estas categorías de órganos constituye, al menos teóricamente, un conjunto orgánico, una organización con perfil propio e individualizado frente a los otros.

Dentro de la organización del eje-

cutivo se distingue una parte política, gobierno, y otra parte administrativa, administración. En esta parte de la organización estatal el jurista encontraba concentrado todo el poder administrativo que podía necesitar la comunidad para la atención de sus intereses generales.

La disciplina jurídica denominada Derecho administrativo quedaba perfectamente delimitada al proyectar el Derecho objetivo sobre la organización titular del poder administrativo y la actividad que la misma desplegaba.

Pronto el Estado individualista, por el aumento de funciones que la centralización le impone, se ve obligado a ceder poder administrativo; primero, a los municipios y a las circunscripciones superiores por él creadas, si bien, para contrarrestar los posibles efectos de esta medida, somete a los nuevos entes administrativos a una fuerte intervención; después, y ya mucho más tarde, crea, para satisfacer concretos fines públicos, entidades sin base territorial, a las que también cede poder administrativo.

2. EN EL ESTADO SOCIALISTA

En el Estado socialista se reputan principios estructurales fundamentales: el de la unidad del poder del Estado y el del autogobierno social. Parecen, en su enunciación, diametralmente opuestos a los que inspiran la organización del Estado individualista.

A) *La unidad del poder del Estado*

Los teóricos del comunismo sostienen que la transformación de la sociedad capitalista en comunista no

puede hacerse ni instantáneamente ni sin recurrir a la violencia. La transformación revolucionaria de la sociedad exige un poder fuerte, lo más fuerte posible, y la fortaleza nace de la unidad. De aquí que en la organización de las democracias populares no tenga cabida el principio de la separación de los poderes e impere, por el contrario, el principio de la unidad del poder del Estado.

Todas las manifestaciones del poder estatal tienen por objetivo la instauración del comunismo. El poder podrá ser ejercido por órganos diferentes, pero su titularidad no puede dividirse.

B) *Autogobierno social*

Al alcanzar la sociedad su fase comunista, el Estado desaparecerá. Por ello, en el período de transformación—en la fase socialista— el Estado se va debilitando. A medida que las circunstancias lo permiten, las funciones estatales van pasando a manos de los grupos sociales.

En los trabajos de los últimos congresos del partido comunista de la URSS se insiste en las ventajas de la descentralización que fomenta lentamente la «democracia socialista». Sin embargo, el principio teórico de la descentralización socialista no parece encontrar demasiada aplicación en la realidad.

El autogobierno social es un ideal con escasas manifestaciones reales en el momento presente y en el terreno ideológico corregido o sustituido en buena parte por el centralismo democrático.

Con la progresiva disminución del papel del Estado, «los ciudadanos agrupados en las organizaciones so-

ciales (partidos, sindicatos y komsomol), los órganos locales del poder, las células básicas de la economía nacional y de la producción—escribe Jedryka—se ven realmente atribuir un poder creador del derecho socialista nuevo».

He aquí un factor que no debe olvidarse: el llamado autogobierno comunista no extinguirá el poder público, sino que lo dividirá y repartirá entre múltiples organizaciones.

3. EN EL ESTADO SOCIAL

A) *La concentración del poder*

La asunción por el Estado de la tarea reformadora de las estructuras sociales, su conversión en Estado de beneficencia, le ha impuesto una especial forma de organización. Se suele decir que en el Estado social el poder ejecutivo ocupa una posición preeminente con respecto a los demás poderes estatales. En el Estado liberal la preeminencia correspondía al poder legislativo.

Desde la nueva perspectiva se acusa a los parlamentos de ineficaces y esto origina un cierto desdén hacia ellos. La concentración del poder en una persona lo hace más eficaz.

La concentración de poderes en manos del presidente de la República francesa, la actual estructura del poder público en Francia, según la conclusión del profesor Berlia, expresada con toda delicadeza, responde no a un sistema parlamentario ni tampoco presidencial, sino que el régimen funciona como un gobierno de gabinete análogo al de la Carta de junio de 1814.

B) *Centralización y descentralización del poder administrativo*

El Estado social es también un Estado centralizador. Pretende tener en sus manos todo poder de supremacía social y alcanzar con él la satisfacción de todo fin público. Pero el cúmulo de obligaciones que la legalidad social progresivamente le impone le obligó, en primer lugar, a acudir a la creación de personas jurídicas, que, fuertemente intervenidas por la Administración del Estado, tienen por misión atender a uno o a varios fines públicos; en segundo lugar, se han aprovechado entidades, cuya razón de existencia no era la satisfacción de fines públicos, para que contribuyeran a la atención de éste. En uno y otro caso a ambas categorías de personas jurídicas se les ha atribuido la posibilidad de crear e imponer unilateralmente a otros sujetos obligaciones y derechos para atender fines de interés general.

Con la calificación que se otorgó a esas entidades de «administraciones públicas» se lograba que estas entidades, creadas para satisfacer fines de interés general y titulares de poder administrativo, quedaran sometidas, cuando ejercitasen ese poder, al régimen jurídico-administrativo.

Pero en el momento presente es un hecho la existencia de personas privadas con poder administrativo, tanto en Francia como en Alemania y en nuestra patria.

La división de poderes, la reserva al Estado de todo el poder de supremacía social, son principios que han dejado de tener vigencia. Construir sobre ellos sistemas teóricos

es colocarlos a buena distancia de la realidad. Ordenar medios de garantía de la legalidad y de los derechos individuales suponiendo la existencia de una gran libertad individual es construir sobre una entelequia y sacrificarle su efectividad.

El Derecho administrativo no puede olvidar el riesgo que corremos. Ante esta amenaza debe poner en movimiento todas sus posibilidades de adaptación a las nuevas circunstancias con el propósito de alcanzar su objetivo permanente.

CAPITULO III

El Derecho administrativo ante el proceso de socialización

1. LA DIFÍCIL MISIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Nacido en una época individualista, el Derecho administrativo ha sido siempre la disciplina jurídica de mayor intención social.

Los más han visto en el Derecho administrativo un sistema jurídico preocupado en crear e instrumentar poderes y privilegios para la Administración. Con ellos, ésta forzaba a los individuos a seguir el camino que el Estado fijaba.

Pero no debe olvidarse que el Derecho administrativo es un derecho para la Administración y al tiempo un derecho para los administrados. Esta dualidad es esencial al Derecho administrativo. En realidad, el Derecho administrativo tiende al mismo tiempo a que todos los hombres sean libres e iguales, incluso materialmente.

En esto radica la dificultad, la

grandeza y también la inigualable actualidad de esta rama del Derecho.

2. LOS ESFUERZOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA DETENER EL PROCESO DE SOCIALIZACIÓN

El servicio público aparece como el grado más alto de intervención administrativa, pues es la Administración la que se encarga directamente (de manera personal o mediante colaboradores particulares) con medios propios, de satisfacer las necesidades públicas.

El Derecho administrativo fué concebido durante mucho tiempo como el derecho de los servicios públicos. Con lo cual parecía invitar a los gobernantes a la más intensa intervención en la vida social.

En la actualidad, por el contrario, se habla de la crisis de la noción de servicio público, y puede verse en ella la simple pérdida del valor conceptual de esta institución, pero también el deseo de ofrecer a la Administración una amplia gama de modos de atender a la consecución de fines públicos, de destacar la variedad de medios para la actuación administrativa.

Nuestra disciplina sólo puede esforzarse en encauzar, cada día mejor, la intervención de los titulares de poder administrativo en las relaciones sociales. El Derecho administrativo debe esforzarse en evitar que los titulares de poder administrativo, quienesquiera que sean, puedan ejercitarlo sin sujeción a la ley, para lo cual resulta imprescindible dotar a los particulares de los medios idóneos para defender su libertad e intereses.

El Derecho administrativo logra-

rá de este modo que sólo resulten afectados por la actuación administrativa los intereses, que en beneficio de la comunidad, las leyes estimen que deben ser socializados.

3. LA SUMISIÓN DE TODA MANIFESTACIÓN DE PODER ADMINISTRATIVO AL DERECHO

La conceptualización del Derecho administrativo en función de un sujeto denominado Administración, tanto si a ésta se la entiende como una organización del Estado como si se la considera la única persona jurídica estatal, no permite hacer frente a manifestaciones de poder administrativo imputables a sujetos que no han sido calificados previamente de Administraciones públicas. Como en la actualidad, y por presión del proceso de socialización, la ley otorga el poder de creación e imposición unilateral de situaciones jurídicas a sujetos que no son calificados de Administración pública, ni son fácilmente calificables de tal, resulta conveniente, necesario, dejar de lado el criterio subjetivo para la definición del Derecho administrativo y adoptar como criterio sistemático fundamental el del poder administrativo. De esta manera, allí donde aparezca una manifestación de dicho poder, un acto administrativo, estará el Derecho administrativo pidiendo su sumisión al ordenamiento jurídico-administrativo. Para actuar, no esperará a que el sujeto del poder administrativo sea calificado de Administración pública. Si así lo hiciera, llegaría tarde, las más de las veces, a cumplir su misión.

Nosotros consideramos al acto ad-

ministrativo, definido por sus efectos jurídicos, o al poder administrativo. el criterio conceptual del Derecho administrativo.

CAPITULO IV

Los defensores de la legalidad y de los derechos del individuo

1. DEFENSA JURISDICCIONAL O PODER LEGISLATIVO

Estamos tan acostumbrados a que sean los jueces quienes fiscalicen la regularidad de los actos administrativos, e incluso estamos tan convencidos de que nadie mejor que ellos podrán llevar a cabo esta función, que nos sorprende que para remediar las actuales dificultades del control jurisdiccional de la Administración se ofrezcan en sustitución medios no jurisdiccionales. Atenta un poco a nuestras categorías jurídicas que sea el poder legislativo, bien directamente o a través de un órgano de él dependiente, el encargado de fiscalizar, y en su caso de anular, los actos administrativos contrarios al Derecho.

Dentro del epígrafe 2 (la elección de un sistema judicial), el autor examina las bases históricas de la opción en la época romana, visigótica, musulmana, Edad Media, Edad Moderna, así como la aparición del contencioso-administrativo al comienzo de la Edad Contemporánea, y la opción de los constituyentes de Cádiz, juntamente con la instauración del contencioso-administrativo y su evolución, para pasar a considerar el siguiente epígrafe.

3. FORMAS ACTUALES DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL LEGISLATIVO

Algunos países del Occidente europeo conservan un sistema legislativo de fiscalización de la actividad administrativa, una institución singular con preocupación fundamentalmente jurídica.

Suecia y Finlandia conocen desde hace tiempo una institución dependiente del Parlamento, que tiene encomendada la misión de defender la legalidad y los derechos de los particulares contra las transgresiones de la Administración.

«Desde comienzos del siglo XVII, la Administración pública en Suecia está sometida a un control particular—escribe Langrod—ejercido por el Parlamento y confiado a un delegado especial, el *ombudsman*».

Esta institución convive con la fiscalización jurisdiccional de la actividad administrativa; pero mientras ésta es de escaso relieve e importancia, aquélla es «el elemento indispensable—dice Herlitz—de protección legal contra el abuso y las deficiencias de la Administración, así como del desarrollo del Derecho administrativo».

En los Estados del este europeo, en los países llamados socialistas, el legislativo actúa como defensor de la legalidad. Unas veces, fiscalizan directamente los órganos ejecutivos, y otras, a través de una institución especial.

El artículo 113 de la Constitución de la URSS, de 5 de diciembre de 1936, declara que «corresponde a la Prokuratura la alta vigilancia de la estricta ejecución de las leyes por todos los ministerios e instituciones

que de ellos dependan, así como por los funcionarios públicos y ciudadanos de la URSS». El procurador general de la URSS es nombrado por el Soviet Supremo, por un plazo de siete años.

Las dos instituciones a que acabamos de referirnos muestran importantes analogías, sin que de otro lado puedan desconocerse las diferencias que existen entre ellas. Así se observa claramente del estudio que el autor señor Boquera hace de estas dos instituciones en el presente libro.

4. VALORACIÓN ACTUAL DE LOS MODOS DE FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Mientras que las instituciones dependientes del legislativo encargadas de procurar el sometimiento de la Administración a la legalidad gozan de evidente popularidad, el sistema contencioso-administrativo padece cierta crisis. Sus dificultades son consecuencia de la actual crisis de la libertad individual.

Se va perdiendo la fe en la virtualidad del sistema tradicional de garantías del administrado, el contencioso-administrativo no parece ya un sistema plenamente eficaz para luchar contra las ilegalidades del poder administrativo.

¿Nos sitúa esto ante la necesidad de optar como ya estuvieron algunas generaciones que nos precedieron entre la defensa jurisdiccional y el legislativo de la legalidad administrativa?

No creemos que haya necesidad, al menos por ahora, de elegir entre una u otra solución. Ambas pueden coexistir. Lo que sí resulta indispensable es adaptar nuestro actual sistema de fis-

calización contencioso-administrativa a las circunstancias y prever una fórmula legislativa de control de la actividad administrativa, para remediar las insuficiencias de aquél, es decir, para llegar donde no alcanza la jurisdicción contencioso-administrativa.

La creación de una institución análoga al *ombudsman* no se presenta como una necesaria opción entre ella y la defensa jurisdiccional contra la actividad administrativo y legal. Pueden vivir complementándose.

CAPITULO V

La insuficiencia de nuestro actual sistema de garantías. Posibles remedios

1. LA PROGRESIVA RESTRICCIÓN Y LA DEBILITACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES

La dificultad esencial con que tropieza el contencioso-administrativo deriva de la reducción y pérdida de energías experimentada, como consecuencia de la socialización, por los derechos e intereses individuales.

La debilitación de la fuerza motriz del contencioso-administrativo ha tiempo que comenzó, pero hoy su debilidad es particularmente alarmante.

El individuo no ve en la Administración, pese a los improperios que a veces le dirige, un invasor que entra en el campo de sus intereses, sino un huésped acaso desagradable, que le permite vivir, o vivir mejor. E incluso cuando este huésped se excede y entra en zonas que la ley quiere mantener exentas de su presencia, el individuo, con frecuencia, simula desconocerlo y no reacciona contra la in-

vasión, temiendo que la protesta de hoy le dejen sin pan o bienestar mañana.

La Administración, confiada en esta actitud del particular, en ocasiones sigue caminando sin preocuparse demasiado de las prohibiciones que la ley le pone ante sus ojos.

Es incómodo recurrir contra la decisión de un alcalde—dice con razón el profesor Entrena—cuando tantas cosas dependen del certificado de buena conducta que a éste corresponde otorgar.

2. LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

Cuando comenzó el proceso de reducción del campo de la libertad individual, se inició la tendencia a ampliar el criterio de la legitimación para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta evolución trataba de remediar los fallos que se notaban en el sistema como consecuencia de la pérdida de vigor en los derechos individuales.

Inicialmente, con un estricto principio de legitimación activa, se consigue hacer funcionar a la jurisdicción contencioso-administrativa, que alcanza así dos objetivos: la defensa de la legalidad y de los derechos individuales.

El funcionamiento del contencioso-administrativo comienza a tener dificultades cuando la Administración, para procurar bienes y remediar desigualdades, interviene en las relaciones sociales y dificulta el libre desenvolvimiento de los derechos del individuo.

La disminución de la fuerza motriz de los derechos individuales se remedia ampliando el círculo de las per-

sonas legitimadas para recurrir contra los actos administrativos.

No sólo los derechos subjetivos, sino también los intereses individuales tienen la posibilidad de mover la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora son muchos más los que pueden acudir ante esta jurisdicción especial que, por sus sentencias, atenderá las pretensiones de los particulares, pero también, y fundamentalmente, defenderá las normas emanadas del legislativo cuando la Administración las desconozca en su actuación.

La jurisdicción del Consejo de Estado francés comenzó admitiendo únicamente el recurso por exceso de poder para impugnar decisiones viciadas de incompetencia. Después admitió como fundamento de dicho recurso el vicio de forma. Más tarde, añadió otra pauta, la desviación de poder. Después la violación de ley, y finalmente, el defecto de base legal.

La ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956 es la que ha dado el importante paso de afirmar como principio general de legitimación en todas las esferas administrativas la lesión de intereses. Con esta ley nuestro ordenamiento jurídico ha alcanzado, en cuanto a legitimación activa, el mismo punto que en el vecino país consiguieron los esfuerzos del Consejo de Estado. En la generosa intervención del concepto de «interés» nuestro Tribunal Supremo alcanzó también rápidamente el punto más alto. La sentencia de 12 de mayo de 1960, por ejemplo, dice que «interés directo es aquel que, de prosperar la acción entablada, originaría un beneficio en favor del accionante». No cabe un concepto más amplio de interés.

En el camino de la ampliación de

la legitimación para recurrir, el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa ya sólo puede dar un paso: la instauración con carácter general de la acción popular.

Entre nosotros lo está dando la jurisprudencia cuando se trata de defender la legalidad administrativa.

Mas como en la actualidad disminuye, e incluso falta el interés en defenderse, si no se adoptan las medidas oportunas, el actual sistema jurisdiccional de garantía del administrado y de la legalidad puede resultar anacrónico e inservible en la lucha para mantener a la Administración sometida al Derecho.

Podría intentarse remediar la dificultad expuesta introduciendo ampliamente un nuevo principio de legitimación: la corporativa.

3. LA INTERVENCIÓN DE ÓRGANOS LEGISLATIVOS

Actualmente el contencioso-administrativo no sólo encuentra dificultades en la defensa de intereses y derechos, sino que además no es apto por naturaleza para proteger las finalidades sociales de la legalidad.

Estima Garrido Falla que es preciso «intentar configurar un nuevo sistema de garantías que haga compatible una acción administrativa rápida, enérgica y eficaz con esas libertades positivas que al particular garantizan los nuevos estados. Si hasta ahora puede decirse que se ha buscado la legalidad de la Administración en nombre de los derechos del particular, en adelante tal legalidad aparecerá como la condición *sine qua non* en la defensa del interés público. Los sistemas que se arbitren para fiscalizar esta legalidad serán fundamentalmente sistemas ideados para

defensa del interés público frente a los propios administradores.»

Por todo esto—concluye el autor citado—«urge la plasmación de un completo sistema de fiscalización, «de oficio» (no a instancia del particular) y ante organismos adecuados (no ante tribunales contenciosos) de la legalidad objetiva—es decir, de la que plasma «en normas de acción»—de la actividad administrativa.»

A) *Formas actuales de control de la Administración por órganos del legislativo*

Al preguntarse Garrido Falla cuál sería el organismo adecuado para realizar en nombre del interés general la defensa de la legalidad administrativa, contesta que debe encomendarse a aquel organismo que, por su constitución y significado, pueda comprender en qué consista el interés general consagrado en la ley y proceder en su defensa y, además, que esté fuera del ámbito administrativo.

Estas exigencias pueden darse en las Cortes; pero advierte que, «si efectivamente se cargase a las Cortes Españolas con el cometido que aquí se propugna sería necesario proceder previamente a una reorganización de su estructura y funcionamiento que las convirtiese en organismo idóneo para la nueva tarea». Para ello entiende que debería darse la «adecuada extensión y desarrollo, y la efectividad real necesaria, al sistema de ruegos y preguntas regulada en la vigente ley de Cortes».

Mas las interpellaciones y preguntas, con una sucinta regulación reglamentaria, no han servido para que las Cortes fiscalizaran a la Administración; han mostrado excasa vitalidad y no parece que van a ganarla en el futuro.

B) *Consideración crítica*

La experiencia demuestra que los órganos integrados por muchas personas no son idóneos para estudiar y resolver cuestiones jurídicas de carácter concreto. Nuestras Cortes están además demasiado vinculadas a la Administración para poder encargarse de vigilar su actuación. La gran mayoría de los procuradores ocupan puestos importantes en nuestra Administración o cargos para los que son designados por autoridades administrativas. Para ser eficaz la labor de fiscalización debe ser realizada por personas ajenas a la organización que fiscalice.

Todo ello nos lleva a inclinarnos por el establecimiento de una institución especial para cumplir la función de defensa de oficio de la legalidad.

C) *La organización de un medio adecuado de fiscalización por el legislativo*

La institución que fiscalice de oficio la actividad administrativa debe quedar vinculada única y directamente al Jefe del Estado, pues siendo éste el titular de la potestad legislativa, aquélla gozará de la independencia y fuerza necesaria para llevar a cabo su difícil misión. Esto no ocurrirá si depende del órgano que colabora en la función legislativa del Jefe del Estado.

La experiencia histórica y la actual de los países extranjeros estudiados muestra que una institución de la naturaleza que proponemos debe estar regida por un solo individuo responsable ante quien le designa.

Lo delicado de la función de vigilar a los titulares del poder administrativo impone—aunque otra cosa pudiera pensarse—que aquélla se en-

comiende con plena responsabilidad y medios suficientes a una sola persona.

La extensión del campo de fiscalización puede ser más o menos grande, pero ya hemos visto que en Suecia la competencia del *ombudsman* ha ido aumentando progresivamente. Esta actitud es muy prudente y digna de imitación.

La institución, cuya creación sugerimos, no debe tener sus atribuciones limitadas a investigaciones y consiguientes recomendaciones. Sus decisiones deben tener consecuencias jurídicas inmediatas, con respecto a los actos administrativos ilegales. Facultarle para su anulación cuando los estime ilegales parece lo más conveniente.

En cuanto a los responsables de actuaciones contrarias al Derecho, se limitaría a la instrucción de los co-

rrespondientes expedientes que después resolvería la autoridad o el juez competente.

El principio lógico de limitación de competencias con la jurisdicción contencioso-administrativa sería atribuir a esta última el conocimiento de los recursos contra actos que afectarían a intereses individuales, y a la institución que nos ocupa, la intervención en todos aquellos casos en que no hubiera lesión inmediata de los miembros del Estado, sino atentado a las finalidades sociales de la legalidad a los fines públicos.

Si la legitimación corporativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa no diera sus frutos, resultaría también necesario encargar a la institución que sugerimos la defensa de los intereses individuales más débiles o desamparados frente a la Administración.

G. LASO VALLEJO