

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Administración y Función pública *

SUMARIO: I. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ORGANIZACIÓN Y SUJETO. 1. La subjetividad de la Administración: su capacidad jurídica y la cuestión de la libertad de las formas de organización y de acción. 2. La distinción de los ámbitos interno y externo; sus consecuencias. 3. La organización administrativa, su dependencia de la organización estatal y sus clases o tipos. 4. La organización administrativa y sus medios; la cuestión de la función pública. III. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ACTIVIDAD. 1. Características esenciales de la actividad administrativa. 2. La actividad administrativa y la participación ciudadana.

I. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Supuesta, no obstante su difuminación actual, la doble básica diferenciación entre Estado y sociedad, de un lado, y Derecho público y privado, de otro, la Administración pública es desde luego parte del Estado e institución definida por el Derecho público. En su sentido contemporáneo no es, además, parte de cualquier Estado, sino precisamente del Estado democrático de Derecho.

* El presente trabajo ha sido también publicado en el libro colectivo, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y M. CLAVERO ARÉVALO, *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Civitas-Fundación BBV, Madrid, 1997.

La exigencia fundamental que, en lo que aquí interesa, el principio democrático (carente de un contenido único y preciso aceptado) comporta para la organización y el funcionamiento del Estado en su conjunto es la de la legitimación de todas las estructuras de éste y, por tanto, de todo ejercicio de poder por éstas mediante su reconducción directa o indirecta (vía representación) al pueblo, que retiene la titularidad última de toda la soberanía, en el sentido de la capacidad de constitución y definición del poder público estatal. Del mismo principio deriva también la exigencia de participación del ciudadano en el ejercicio de este último. Dada la condición democrática del Estado, son sus características como Estado de Derecho, y, más concretamente, los principios en que éste se concreta, los que constituyen las bases mismas de la Administración pública.

Más allá de cualquier concreto sistema y supuesta, por tanto, la inexistencia de un contenido único preciso del Estado de Derecho, parece que puede afirmarse como elementos definitorios o principios estructurales del mismo, además de los de reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, proporcionalidad en el ejercicio del poder y tutela jurídica por Jueces independientes, los siguientes más directamente relacionados con la Administración pública:

a) División de poderes o, si se prefiere (sobre la base del entendimiento del poder constituido democráticamente como magnitud homogénea), distribución de funciones en el seno de la estructural estatal como un todo o, en su caso, de cada una de las instancias territoriales dotadas de poderes políticos superiores en que la misma se articule (sobre las bases teóricas, aún no superadas, sentadas por J. LOCKE y Ch. DE MONTESQUIEU) ¹.

Éste tiene la condición de principio constructivo basal, en tanto que traduce la idea fundamental —inherente a la época constitucional— de la consecución y garantía de un orden de libertad mediante la fragmentación, distribución, limitación y control recíproco del poder público constituido (lo cual quiere decir regulado jurídicamente: no simple poder de mando del imperante, sino poder de mando desde, en y para el orden jurídico).

El Estado de Derecho significa, así, un sistema de poder en el que, en beneficio de la libertad, el total de éste se desagrega en funciones estatales materiales típicas (legislación, ejecución y

¹ John LOCKE, *Two Treatises on government*, de 1660; Charles DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, de 1748.

jurisdicción) y éstas se atribuyen a órganos diferenciados (de funcionamiento esencialmente autónomo) bajo la prescripción del solo ejercicio, en lo esencial, de la función encomendada. Pero el Estado de Derecho, cuya entidad deriva no tanto de la solución organizativa que expresa cuanto del fin al que sirve (la posibilidad y garantía del orden de libertad), depende en su contenido del orden de libertad al que aspire la colectividad desde el valor central de la persona en su doble dimensión individual y social. En la sociedad industrial y prácticamente postindustrial actual, caracterizada por una alta interdependencia de los individuos y también de todos los grupos sociales (incluidos los estatales), la exigencia de igualdad ínsita en dicho tipo de Estado hace tiempo que ha dejado de ser formal para trascender al plano de la realidad. De ahí la componente social hoy del Estado de Derecho, con independencia de los términos constitucionales formales de la caracterización o definición formal de cada Estado concreto, una de cuyas expresiones luce en la ya aludida difuminación de las fronteras de lo estatal-público y lo social-privado, pero que se manifiesta especialmente en el desbordamiento de los límites tradicionales de la actuación estatal por asunción decidida del cometido de aseguramiento e, incluso, suministro de prestaciones sociales básicas. El carácter social del Estado significa, pues, referente de éste a la sociedad y su responsabilización de las condiciones de vida en ésta (siempre desde la perspectiva del valor central de la persona individual y su dignidad), es decir y en fórmula feliz del Tribunal Federal Constitucional alemán (BVerfGE 35, 348; 356), su orientación hacia la compensación de las desigualdades sociales y su servicio primario a la conservación y garantía de la dignidad humana. Ello significa ausencia de contradicción con los principios del Estado de Derecho, toda vez que, al basarse en este último valor, presupone y respeta el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libertad. Por ello mismo, Estado social no se confunde sin más con, no es idéntico a Estado del bienestar. Como ha señalado certeramente N. ACHTERBERG², mientras el segundo persigue aumentar, con medidas estatales, el bienestar del individuo y la sociedad, es decir, procura «elevar» dicho bienestar, el primero busca minimizar —también mediante medidas estatales— el malestar del individuo y la sociedad, es decir, intenta evitar el «descenso» de las cotas de bienestar alcanzadas, por más que no se agote en ello.

b) Legalidad del poder o, dicho de otro modo, vinculación del poder al Derecho.

² N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1982, pág. 78.

Se expresa aquí la idea capital de que el poder de mando no reposa sobre la voluntad subjetiva del imperante, sino precisa y únicamente en la objetiva formalizada en la Ley en sentido material, por más que ésta, para ser eficaz, precise la intermediación de aquélla. La sujeción a la Ley es, pues, total y, por tanto, positiva, en tanto que el ejercicio del poder no puede perseguir otro fin que la realización del Derecho, pero del Derecho en los términos que resultan justamente de la constitución del Estado (como poder y como ordenamiento jurídico) y de la organización y el funcionamiento de los poderes constituidos. De ahí que afecte por igual a todos los poderes públicos y se traduzca en los principios más concretos de supremacía de la Constitución y prevalencia de la Ley en sentido formal y conforme con dicha Constitución, asegurada, a su vez, a través de las técnicas de la reserva de Ley y de la primacía de la Ley.

El Estado así definido no sólo no puede realizar hoy (como tampoco le ha sido posible en el pasado) los objetivos que le justifican simplemente mediante la regulación del comportamiento de los agentes sociales, es decir, de los sujetos primarios del Derecho y la tutela jurídica de la acción legítima de los mismos, sino que, incluso, ni siquiera puede cumplir ya aquel objetivo básico de regulación a través exclusivamente del poder-función legislativo; para la plena satisfacción de su responsabilidad sobre las condiciones de vida social (cumplimiento de su cometido de gobierno *lato sensu*) le es preciso descansar cada vez más también en los poderes-funciones ejecutivo y jurisdiccional. En lo que aquí interesa, la importancia del poder-función ejecutivo trae causa sustancialmente del doble fenómeno de la creciente complejidad, tecnicidad y coyunturalidad de las decisiones «reguladoras», con la consiguiente «descarga» de capacidades de decisión en el escalón «ejecutivo», y de la extensión y heterogeneidad de las tareas asumidas por el Estado, requirentes de la acción en este escalón, también más allá de los límites propios de una acción imperativa de aseguramiento de la efectividad de la Ley. De ahí la significación y trascendencia de la diferenciación, en el seno de la función ejecutiva, de la consistente en «administrar» y la dificultad del acotamiento de sus características y perfiles definitorios. La «administración» (constitucionalmente parte de la «ejecución») es, pues, consustancial al Estado democrático de Derecho con responsabilidad social, puesto que el cumplimiento de esta última ha de tener lugar, al menos en lo esencial, precisamente en forma de tal «administración».

Sobre estas bases, la Administración pública se aparece como:

1. Uno de los poderes públicos constituidos y, concretamente, aquel individualizado en la estructura estatal (en su caso, en cada una de las instancias en que se organice territorialmente ésta) por una doble diferenciación: primera, la interfuncional (derivada de la división funcional del poder), que determina su ubicación en el llamado poder (función) ejecutivo, y segunda, la intrafuncional, que la distingue, en el seno del poder-función ejecutivo, del Gobierno.

2. En tanto que poder estatal es, al igual que el Estado y al mismo tiempo, organización (sujeto), función (actuación o actividad) y ordenamiento (dotado de una economía y lógica propias en el seno del ordenamiento general del Estado).

3. Se trata, pues, de un poder público diferenciado e institucionalizado y, por tanto, necesariamente dotado de un estatuto específico para el cumplimiento de su fin propio: el servicio al interés general (nota común a todos los poderes públicos) en el contexto de la función constitucional ejecutiva de la Ley y mediante el desarrollo de la actividad de administración como parte constitutiva de ésta.

El poder público administrativo resulta así necesario al Estado actual en la medida en que la eficacia de la Ley en sentido material precisa en él, en numerosos sectores de la realidad (básicamente aquellos en los que se manifiesta el papel estatal positivamente configurador de las relaciones sociales), de la intermediación de una específica gestión o actividad (dotada de un estatuto peculiar), cabalmente la que, por ello, se identifica constitucionalmente como «administración». Sólo es tal en sentido estricto, pues, la que además de tener materialmente esa condición es imputable a la organización administrativa, sin perjuicio de que otros poderes-órganos estatales distintos del ejecutivo puedan cumplir también, con carácter accesorio y auxiliar y cuando así lo demande su función propia, actividades materialmente administrativas (a las que, por ello, es de aplicación igualmente el Derecho Administrativo, en tanto que estatuto nuclear y común de dicho tipo de actividad).

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ORGANIZACIÓN Y SUJETO

1. LA SUBJETIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CUESTIÓN DE LA LIBERTAD DE LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN Y DE ACCIÓN

En tanto que poder público diferenciado e institucionalizado, la Administración es, por de pronto y con independencia de su complejidad, una precisa organización estatal.

Esta condición basta para subjetivizarla, es decir, para su funcionamiento como centro de imputación de relaciones jurídicas, siendo accesoria la expresa atribución de personalidad jurídica. Ello es así porque la construcción de la posición en el Derecho de las organizaciones estatales y, en particular, de la Administración pública es distinta, si no contrapuesta, de los verdaderos sujetos dotados de personalidad: las personas físicas y, por derivación, las jurídicas por éstas creadas. Mientras éstas (prototípicamente las físicas) descansan sobre sí mismas y operan en el Derecho con autonomía (para la satisfacción de los propios fines), a cuyo efecto gozan de una personalidad y, sobre todo, capacidad jurídicas típicas, aquéllas tienen una existencia absolutamente predeterminada, operan según el principio de heteronomía y sólo cuentan, por ello, con una capacidad jurídica definida, integrada precisa y únicamente por la atribución individualizada de potestades-competencias. La razón última radica en que en unas y otras la condición de sujeto jurídico responde a causa diferente: en las primeras al principio de libertad emanación de la dignidad de la persona humana y del derecho de ésta al libre desarrollo de su personalidad; en las segundas, por contra, al mero arbitrio técnico de la más adecuada resolución de las cuestiones derivadas de la relevancia jurídica de la actuación estatal conforme, en todo caso, al principio de responsabilidad.

En el caso concreto de la Administración pública es claro que sus fines no residen en, ni surgen de ella misma, al condensarse en último término en el servicio al interés general, que se materializa, a su vez y en cada caso, en el determinado por la Ley y el Derecho, de conformidad con el principio de legalidad propio del Estado de Derecho.

Si los expuestos son el sustrato y la construcción como sujeto de la Administración y si la realización del interés general consiste en una variedad de la función ejecutiva denominada «administración» (que es, por ello mismo, pública), es claro que la capacidad del sujeto Administración es: a) enumerativa o acumulativa, en

cuanto integrada por la suma de potestades-competencias de que sea destinatario; y b) jurídico-pública, en el sentido de establecida y definida siempre y únicamente por su estatuto propio (el Derecho Administrativo).

Resulta entonces de estas características de la capacidad jurídica de la Administración que ésta sólo autoriza por sí misma para el tráfico jurídico derivado del desarrollo de la actividad de «administración», lo que implica la sujeción de ésta también al Derecho Administrativo. Esta comprobación no dice más de lo que expresa, por lo que no supone una prohibición absoluta de la comprensión por aquella capacidad de concretas y limitadas capacidades jurídico-privadas. Tal ampliación con determinadas aptitudes para el tráfico jurídico común no es extraña al proceso ordinario de integración de la capacidad jurídico-pública conforme al *status* administrativo, en tanto que exigente desde luego de la atribución de la pertinente potestad, es decir, habilitación para la actuación (que, en sí misma, es pública).

Ocurre que a la Administración se le reconoce desde luego la potestad de autoorganización, cuyos perfiles suelen acotarse de forma excesivamente imprecisa y laxa. Surge así la cuestión decisiva de si la Administración goza, en su ámbito funcional propio, de alguna libertad para elegir y determinar las formas de organización de su actividad y el régimen jurídico de desarrollo de ésta. Esta cuestión se resuelve en un problema básico de aplicación subjetiva del Derecho³, en cuanto que el recurso al Derecho privado sólo se puede legitimar desde la afirmación de que el supuesto pretendido por la Administración cumple (en cuanto a contenido y ámbito de aplicación) los presupuestos de la correspondiente norma jurídico-privada.

Queda así claro de qué ha y de qué no ha de depender la tópica libertad de elección de las formas organizativas y de acción por la Administración. No ha de depender nunca de las muchas cuestiones que siempre se debaten: idoneidad o no del Derecho privado; vinculación o no legal de la Administración actuante en régimen jurídico-privado, etc. Ha de depender exclusivamente del ámbito de aplicación subjetiva de las reglas de Derecho privado (que también pueden habilitar a los sujetos públicos), en relación justamente con el dato clave de la capacidad de estos últimos. Habría libertad de elección si cupiera afirmar que tales rigen para

³ Como en la doctrina alemana han puesto de relieve Christian VON PESTALOZZA, *Formenmissbrauch des Staates*, Múnich, 1973, y «Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht», *DÖV*, 1974, págs. 188 y ss.; y Bernhard KEMPEN, *Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht*, ed. Franz Vahlen, Múnich, 1989.

todos los sujetos, incluidos los poderes públicos (en especial, el administrativo). Por contra, no existiría semejante libertad o existiría sólo de forma limitada si las aludidas reglas resultan ser no aplicables en absoluto o aplicables sólo en medida limitada a dichos poderes. Siendo así que la capacidad jurídica de la Administración es siempre jurídico-pública, ninguna duda puede existir acerca de que no comprende en modo alguno una capacidad jurídico-privada típica (equiparable a la de los sujetos de Derecho ordinarios). De ello se sigue, por tanto, la inexistencia de una libertad de elección de las formas de organización y de acción derivable sin más de la potestad organizativa inherente a la Administración. De las reglas propias de la capacidad específica de ésta se sigue que la comprensión en ella de concretas capacidades jurídico-privadas (siempre y necesariamente parciales y limitadas) se rige tanto por las normas jurídico-públicas (con ocasión cabalmente de la definición y atribución de potestades-competencias; aquí la de legitimación de operación con arreglo al Derecho privado), como por las normas jurídico-privadas de cuya aplicación se trate (las asignaciones de derechos y obligaciones jurídico-privados que éstas realicen).

Supuesta la admisión por las normas de Derecho privado de su aplicación a sujetos públicos, la clave radica, en definitiva, en las jurídico-públicas que «constituyen» estos últimos, delimitando su giro o tráfico.

La relevancia constitucional de la Administración pública y su institucionalización como organización-actividad específica, es decir, administrativa del poder-función ejecutivo, conduce a la conclusión de que, en tal campo definitorio de su giro o tráfico peculiar, tanto lo uno (las formas organizativas) como lo otro (el régimen de la actividad) son elementos jurídico-públicos necesariamente, determinados siempre por el Derecho Administrativo (en su condición de estatuto de la Administración). Por contra, la solución puede ser y, en su caso, debe ser distinta cuando se trata:

a) De la organización y la actividad auxiliares (de logística e intendencia: suministros y servicios a la propia Administración) de las nucleares o propiamente administrativas. Aquí cabe una limitada capacidad jurídico-privada, en la medida en que las normas definitorias de la capacidad jurídico-pública asignen las tareas a desarrollar sin sujetar su cumplimiento a procedimientos o mecanismos jurídico-administrativos determinados y siempre que ello sea estrictamente necesario para ese cumplimiento. Semejante capacidad jurídico-privada puede ser establecida incluso en sede interpretativa, toda vez que ha de suponerse la

atribución legal de las potestades-competencias administrativas justamente en las condiciones posibilitadoras de su actuación y de la satisfacción de los correspondientes fines. Es ésta, por tanto, una capacidad por conexión, de lo que resulta cabalmente su carácter limitado (por comprensión exclusivamente de lo estrictamente indispensable para el cumplimiento de las tareas públicas mediante el ejercicio de las correspondientes potestades-competencias).

b) De la incursión en el mundo de las actividades de contenido económico en sentido estricto (en el sentido de accesibles y en la disposición de los sujetos ordinarios, por no extraídas de ésta en virtud de determinación legal y por razón de su consideración como servicio público en sentido material). Siendo rechazable aquí de nuevo una capacidad general para el desarrollo de este tipo de actividades, no constitutivas de «administración», debe admitirse también la posibilidad de capacidades jurídico-privadas concretas en la medida en que la Constitución prevea la habilitación de éstas y tal habilitación sea actualizada en la capacidad jurídico-pública de la Administración.

2. LA DISTINCIÓN DE LOS ÁMBITOS INTERNO Y EXTERNO; SUS CONSECUENCIAS

La precedente caracterización de la Administración permite abordar con seguridad las tradicionales cuestiones que suscita la distinción en ella de las esferas interna o *ad intra* y externa o *ad extra*:

— Por de pronto, el poder doméstico, de especial intensidad, que debe reconocérsele en cuanto organización y para la disposición de sus medios materiales y personales más idónea al cumplimiento de su fin institucional, no permite sostener la ajuridicidad del espacio que le es propio y sí únicamente la modulación de las relaciones jurídicas en su seno hasta el límite mismo que autorice el orden constitucional. El principio de legalidad rige, pues, también en dicho espacio.

— Lo mismo debe predicarse para el campo de las llamadas relaciones especiales de sujeción, al que se proyecta también tradicionalmente el referido poder doméstico. Tampoco este campo es exento, en especial del orden constitucional sustantivo, en particular de los derechos reconocidos a la persona.

3. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, SU DEPENDENCIA DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL Y SUS CLASES O TIPOS

En tanto que organización, la articulación concreta en cada Estado del poder público administrativo depende de la organización misma —en la doble perspectiva territorial y funcional— de dicho Estado. Cualquiera que sea esta última, sin embargo, los tipos o clases de organización administrativa de que puede disponer responden a las siguientes categorías:

a) La Administración directa u organización administrativa propia de cada instancia territorial dotada de poderes públicos superiores, inserta en el poder ejecutivo respectivo y dependiente del órgano ejerciente de la función de gobierno. Se trata normalmente de una organización del tipo institucional-burocrático, caracterizada por las siguientes notas: subordinación a la dirección gubernamental para asegurar su incardinación en el sistema de acuerdo con el principio democrático (en la medida en que el órgano ejerciente de la función de gobierno ha de ser directa o indirectamente representativo), sin perjuicio de su actuación de acuerdo con el principio de legalidad; construcción por la Ley o de acuerdo con ella; articulación en órganos jerarquizados entre sí, directamente o indirectamente (supuesto de las organizaciones funcionalmente descentralizadas, pero dependientes o adscritas a la Administración directa, calificable así de matriz); y distribución variable de las competencias entre sus diferentes órganos.

Este tipo de Administración puede tener, pues, una arquitectura de complejidad variable, conforme a las opciones de su articulación territorial y funcional y la distribución interna de competencias y tareas. La organización nuclear puede o no estar presente en todo el territorio y estar configurada sobre la base de una mayor o menor concentración de competencias en los órganos centrales. De otro lado, la relación —en cuanto a tamaño y descarga de tareas— entre esa organización y las separadas formalmente de ella para constituir centros específicos de desarrollo de tareas determinadas y especializadas (con o sin personalidad independiente de aquélla; dato éste secundario) puede ser muy distinta en razón de la importancia que se conceda a la descentralización funcional por servicios o actividades.

b) Administración indirecta, que engloba fenómenos muy diversos, entre los que destaca, como arquetipo, la Administración local o municipal. El principio fundamental a que responde este tipo de Administración es el de la entrega —con alcance diverso— de la gestión específica del interés general en que consiste

la «administración», en ámbitos determinados y en régimen de una cierta autonomía, a organizaciones en las que los propios destinatarios de la «administración» tienen mayor o menor intervención. De ahí justamente la condición arquetípica de la Administración municipal en tanto que fórmula de verdadera «autoadministración».

La autonomía local o municipal presenta desde luego perfiles propios que la destacan sobre cualesquiera otros supuestos, al punto de ser imprescindible a la misma —dada su trascendencia actual para la legitimación del Estado en su conjunto— la relevancia constitucional y cuando menos su garantía directa por la norma fundamental estatal como parte de la estructura misma del Estado en su conjunto. Aunque puede tener un mayor porte, cuando menos se trata de una autonomía puramente administrativa, en cuanto enmarcada por o dentro de la Ley (las decisiones de las instancias estatales dotadas de poderes políticos superiores delimitan el marco definitorio de su espacio propio). Le son indispensables, sin embargo, las notas de poder público (con lógica y economía internas específicas), gestión de los asuntos bajo la propia responsabilidad (libre de injerencias de cualesquiera otras instancias, con independencia de la posibilidad de tutelas compatibles con tal principio por hacer referencia exclusivamente a los límites legales de la autonomía) e institucionalización a través de una organización democráticamente representativa. Constituye, en todo caso, el contrapunto a la Administración de tipo institucional-burocrático, viabilizando la participación efectiva —directa o a través de representantes electos— de los ciudadanos en la Administración pública. De donde su trascendencia como factor de legitimación del Estado en conjunto (al compensar, en su nivel propio y en los asuntos que más directa y diariamente incumben a la ciudadanía, la pérdida de fuerza integradora de los procesos electorales de las colectividades o comunidades más amplias y de los mandatos representativos en ellos conferidos).

El resto de los supuestos de Administración indirecta descansan en autonomías funcionales de alcance muy diverso, articulándose sobre organizaciones muy distintas: desde las de creación por directa disposición estatal, pero dotadas de participación social, hasta las de creación social utilizadas por el Estado para descargar en ellas funciones públicas. En este amplio espectro de soluciones organizativas para el desarrollo de tareas administrativas se manifiesta especialmente el proceso de socialización e interpenetración de Estado y sociedad característico del Estado

actual. Obvio resulta decir que las fórmulas concretas responden en cada caso a las características de la realidad social de que se trate y de la política pública formalizada en relación con ella.

c) Las llamadas Administraciones o Autoridades independientes, constitutivas de soluciones organizativas singulares para la gestión de sectores de la realidad especialmente tecnificados, evolutivos y complejos, sobre todo cuando en ellos concurre una alta sensibilidad social. En ellas se expresa simultáneamente el proceso de alteración de la distribución de capacidades de decisión en el seno de las estructuras estatales (en favor del escalón «ejecutivo») y la quiebra de las fórmulas tradicionales de «administración» directa cuando la definición del interés público concreto resulta difícil de encajar en el modelo de aplicación objetivo-jurídica de la norma general y abstracta.

Característico de esta solución es también el establecimiento de un espacio diverso de autonomía para la gestión del interés general correspondiente, dependiendo su expresión organizativa y las competencias de ésta de las características específicas del sector de la realidad de que se trate. Las fórmulas difieren mucho en cuanto a su ubicación orgánico-funcional en la estructura del Estado, pivotando entre el Parlamento y el Ejecutivo, sin perjuicio de la nota constante de la autonomía dirigida a asegurar una gestión objetiva de nuevo cuño, diferente de la garantizada tradicionalmente por la Administración pública.

El problema principal que plantea este tipo de organizaciones es el de la ruptura o no del principio de división tripartita del poder estatal constituido. Con independencia de las organizaciones colocadas bajo la influencia del poder legislativo, puede decirse para las restantes que no necesariamente cuestionan aquel básico principio del Estado de Derecho, en la medida en que su estatuto de autonomía garantizador de una gestión objetivo-independiente novedosa no implica por sí solo inexistencia de dependencia, y por tanto liberación absoluta, de la dirección del órgano del poder ejecutivo ejerciente de la función de gobierno (capaz de servir de soporte a la responsabilidad política de éste ante el Parlamento por la acción de aquéllas) y sí únicamente la correspondiente modulación de esa relación de dependencia a efectos de dirección, que debe ser aún teorizada debidamente.

4. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS MEDIOS; LA CUESTIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la Administración pública la organización y la actividad son instrumentales respecto del fin que no es otro que la realización del interés general en los términos del Derecho y bajo la dirección del órgano de gobierno correspondiente en cada caso. Este fin determina, pues, la singularidad o exorbitancia del régimen regulador de aquéllas, lo que no constituye ciertamente peculiaridad alguna, toda vez que el ordenamiento jurídico recurre a tal solución justamente para adecuar las soluciones generales o comunes a las características de los supuestos que así lo demandan, cual sucede, por ejemplo, con el régimen de la actividad empresarial bajo forma societaria respecto de esa misma actividad en forma personal.

La singularidad y exorbitancia aludidas se transmiten necesariamente, pues, al plano de los medios materiales, personales y jurídicos en que se descompone toda organización, en tanto que de la disposición de dichos medios depende directamente el funcionamiento de la organización, su actividad y, por tanto, el rendimiento y los resultados de ésta (aquí, consecuentemente, la realización del interés general).

En los países de régimen administrativo, la exorbitancia se traduce, en el plano indicado, en una específica articulación de la actividad administrativa (cifrable en la autotutela o capacidad para, unilateralmente, producir efectos jurídicos y materializar éstos en la realidad) y, consecuentemente, de su control judicial (lo que significa la modulación de la tutela judicial general en el campo propio de la Administración pública), así como en un peculiar régimen jurídico de los bienes administrativos, pero también —y esto es lo que ahora interesa aquí— de los medios personales.

La solución tradicional en este último terreno es la sujeción del personal al servicio de la Administración pública a un estatuto singular, distinto del general de los trabajadores por cuenta ajena; solución que encuentra su fundamento clásico en la incorporación (teoría orgánica) del funcionario a la organización administrativa, participando del ejercicio del poder público. La propia denominación —funcionario— es expresiva de esto último: su actividad consiste justamente en la actuación de funciones públicas, incluidas las de autoridad. De ahí la general constitucionalización de la especificidad del llamado estatuto de la función pública, como medio para asegurar la adecuación entre las condiciones de prestación del trabajo profesional y las exigencias,

por razón de su actividad (el servicio público *lato sensu*) de la organización administrativa. Pues dada la importancia de la actividad de Administración pública en la sociedad actual (en cuanto mecanismo regulador, configurador y mediador de las relaciones sociales y asegurador de prestaciones y servicios determinantes de los elementos infraestructurales básicos del normal desenvolvimiento de la vida social) y las condiciones que a la misma impone el Estado de Derecho, las referidas exigencias se traducen, en lo esencial, en:

a) la continuidad y calidad de los servicios públicos, a fin de asegurar la eficacia, es decir, la efectividad del interés general en cada caso;

b) la profesionalidad en el desarrollo de las tareas precisas para la prestación de los servicios públicos y la dedicación en términos que aseguren su continuidad y calidad;

c) el cumplimiento de las expresadas tareas en condiciones que garanticen no sólo la expresada profesionalidad, sino el ejercicio de aquellas tareas en los términos programados por el Derecho y bajo la dirección del órgano de gobierno correspondiente (en función del pluralismo inherente a todo sistema democrático).

Todas esas exigencias se reconducen, en definitiva y desde el punto de vista jurídico, a tres: la conformidad con la programación por el Derecho (comprensiva de la vocación de realización de éste), bajo la dirección del órgano que constitucionalmente asuma el poder-función ejecutivo; la objetividad; y la eficacia, que son precisamente las notas caracterizadoras de la actividad administrativa como tal. Y en su repercusión sobre el estatuto de los funcionarios se traducen en: 1) la disponibilidad funcional para asumir y ejecutar las directrices legítimas —por respetuosas del estatuto de la actividad administrativa— del órgano de gobierno directivo de la correspondiente Administración legítimamente constituido, con la consecuencia de la necesaria modulación, en su caso, de los derechos constitucionales, especialmente los de índole política y de acción sindical; 2) la incompatibilidad de la función pública, objetivamente con cualesquiera actividades o intereses que puedan lesionar o afectar la conformidad a Derecho y la objetividad (en forma aquí de la imparcialidad, con la consecuente modulación también de los correspondientes derechos constitucionales), y subjetivamente con cualesquiera actividades que puedan mermar o afectar la necesaria dedicación personal; y 3) la articulación en lo restante de la relación con la organización administrativa en términos compatibles con la garantía del correcto y, en todo caso, imparcial ejercicio de las

funciones públicas (asimismo con inevitables consecuencias moduladoras incluso de los derechos constitucionales); articulación que parece comportar, como resultado de la combinación de todos los requerimientos, la estabilidad en el empleo. A todo ello se añade, además, la repercusión no ya en la relación funcionarial, sino en antes incluso en el acceso a ella, por razón tanto del estatuto mismo de la Administración pública (en particular el principio de legalidad), como del derecho de todos los ciudadanos a participar en las funciones públicas y, por tanto, a acceder a ellas (derecho sólo garantizable por intermedio del principio de igualdad de oportunidades excluyente de toda otra elección basada en motivos distintos a los de mérito y capacidad). Ocurre, sin embargo, que esta relación directa entre exigencias de la organización y el funcionamiento de la Administración pública y estatuto de la función pública ha sufrido quebras sustanciales fundamentalmente por las siguientes tres causas: la heterogeneidad de las actividades de la Administración y su extensión más allá del ámbito de la ejecución-aplicación del Derecho para comprender no sólo la realización de servicios y prestaciones sino también el desarrollo de actividades económicas en sentido estricto; la paralela fragmentación de la organización administrativa, con instrumentalización de las formas organizativas y de acción; y el crecimiento del personal al servicio de la Administración y la diversificación de sus cometidos y tareas (muchas de ellas equiparables a las realizadas por los trabajadores en el sector privado), con la consecuencia de su no participación directa —en la mayoría de los casos— en el ejercicio de funciones públicas propiamente dichas o de autoridad (de suerte que la posición real del funcionario se acerca más a la de un empleado —cualificado sólo por ser «público» su empleo— que a la de un funcionario). El resultado ha sido, por las presiones externas e internas a la propia Administración derivadas de las anteriores causas, el progresivo acercamiento del estatuto de los funcionarios al común de los trabajadores por cuenta ajena, con ruptura en el primero de algunos de sus postulados tradicionales.

No puede extrañar, por tanto, que en la actualidad se plantee seriamente la desaparición de la singularidad del estatuto de los funcionarios públicos por la vía de su «laboralización», es decir, su sujeción al ordinario de los trabajadores por cuenta ajena. Este planteamiento es, sin embargo, erróneo, al menos en su radicalidad. Pues es claro que la naturaleza de poder público de la Administración y la exorbitancia del régimen jurídico de su organización y actividad reclaman la especificidad del estatuto

cuando menos de aquellos empleados públicos que, por razón de sus tareas, participen del ejercicio de aquel poder.

Al peligro derivado del apuntado proceso de desnaturalización de la relación jurídica funcional se une el tradicional de la politización del funcionario, por ausencia de la debida profesionalización y de la consecuente estabilidad en el empleo y perspectiva de carrera en el mismo. Estas últimas notas son absolutamente esenciales en la construcción de la función pública, en cuanto condición misma de la existencia de una Administración como poder público que, si inserto en el ejecutivo y dependiente del órgano de gobierno que lo encarne constitucionalmente, se diferencia de dicho órgano y goza de una economía y lógica propias que éste ha de respetar en el desarrollo de su facultad directiva. La actividad administrativa no puede estar entregada, al menos en su mayor parte (sobre todo por lo que hace a las competencias regladas), a los titulares y cargos de libre designación política (por el órgano de gobierno pertinente), so pena de renunciar a una Administración como la exigida por el Estado de Derecho (en el que la diferenciación entre gobierno y administración forma parte del sistema de distribución equilibrada y contrapesada de poderes-funciones) o resignarse a la existencia de una Administración que de tal sólo tiene el nombre.

En consecuencia, es preciso recuperar con todo énfasis la necesidad y actualidad de un verdadero estatuto de la función pública, que responda a los requerimientos antes expuestos y garantice la adecuación de los medios personales al régimen constitucional mínimo que para la Administración (como organización y actividad) resulta del Estado de Derecho. Esto no significa que las soluciones de ordenación del personal no puedan actualizarse, lo que podría tener lugar mediante una fórmula que sobre la base de un estatuto de mínimos común para todo tipo de empleados públicos (sustancialmente equiparable al régimen general de los trabajadores por cuenta ajena) permitiera luego distinguir estatutos específicos y diferenciados para aquellos empleados calificables estrictamente como funcionarios, los que desarrollen tareas auxiliares o de apoyo a la labor de éstos y, finalmente, aquellos en los que no concurra ninguna nota esencialmente cualificadora respecto de los trabajadores del sector privado.

III. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ACTIVIDAD

1. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

En el Estado democrático de Derecho responsable de las condiciones de vida social (en especial el que adopta el régimen administrativo), la Administración pública, más precisamente la actividad en que ésta se traduce, constituye una pieza clave e insustituible en tanto que indispensable para el cumplimiento efectivo del interés general (como resultado de una actuación positiva estatal).

Lo propio de esa actividad es que ha de cumplir ese su fin (la realización del interés general) en, por y para el Derecho, lo que se expresa sintéticamente en el principio de legalidad. De esta afirmación derivan las notas esenciales características de la actividad administrativa, cualquiera que sea la forma concreta que adopte:

a) Heteronomía o carácter programado por el Derecho, en tanto que se trata de una variedad específica (con perfiles propios) de la función constitucional de «ejecución».

Esta nota no sólo no está reñida, sino que es compatible —en virtud de la combinación de los principios de Estado democrático y de Derecho— con la de dependencia y consecuente sujeción a la dirección del pertinente órgano de gobierno directa o indirectamente representativo y responsable ante el Parlamento o la ciudadanía. Ahora bien, esa dirección, para ser legítima, debe respetar la economía y lógica propias de la actividad administrativa, que otorgan a ésta su especificidad.

La programación legal de la actividad administrativa puede tener, a su vez, densidad variable (de la que depende, a su vez, el margen de maniobra de la dirección antes aludida), en función del desarrollo del ordenamiento infraconstitucional en la materia de que se trate, previo a la actuación de la Administración, así como del tipo de potestades-competencias (regladas o discrecionales) que ese desarrollo atribuya a ésta. En la medida en que la evolución a que la misma dinámica social está conduciendo a los Estados representa una creciente descarga de decisiones en el escalón ejecutivo e, incluso, en el plano o momento administrativo de éste, el espacio decisonal propio de que goce la Administración suscita la cuestión relativa a los términos de su actuación, al poner de relieve el hecho mismo de la voluntad administrativa (tradicionalmente negada o descuidada). En todo

caso, es claro que en esa actuación se hacen presentes, con mayor rigor, las exigencias de objetividad en la decisión o actuación y de justificación jurídica suficiente y convincente de éstas. Se explica así la creciente importancia de los principios generales como criterios de medida de la actuación administrativa y la especial relevancia, para la de la discrecional, del principio de la razonabilidad de las soluciones.

b) Relevancia jurídica, en tanto que cualesquiera que sean los términos en que se manifieste (actividad directamente dirigida a producir efectos jurídicos o actividad técnica, real o material) siempre está regida por el Derecho, persigue la eficacia real de éste y produce, por tanto, consecuencias jurídicas.

c) Objetividad, con sometimiento pleno al Derecho, toda vez que todos los actos y actuaciones materiales en que se traduzca precisan, para su validez, fundamentarse en introducir objetivamente la programación jurídica correspondiente y en producir unos efectos conformes con el Derecho, entendido éste como ordenamiento jurídico, es decir, comprensivo de todas las fuentes de aquél (las normas escritas conforme a su jerarquía, los principios generales del Derecho, la costumbre y la práctica administrativa y también, en su caso y con el alcance que quepa reconocerle, la jurisprudencia).

d) Eficacia, en tanto que su razón misma de ser consiste en añadir a la eficacia jurídica del Derecho la de la realización material de los fines y objetivos que éste expresa y a los que sirve, es decir, la eficacia real del interés general, lo que lleva de la mano a la gestión administrativa y la aplicabilidad a la misma, como tal, de los principios de economía y eficiencia (demandantes aún de una elaboración específica de su significación y alcance en el mundo de las actividades públicas).

e) Causante de responsabilidad, en la medida en que de la misma resulten daños o perjuicios reales o efectivos para terceros, que éstos —de acuerdo con el ordenamiento jurídico objetivo— no tengan la obligación jurídica de soportar.

Esta nota de la actividad administrativa es consecuencia del principio general —derivado de la sumisión plena del poder público al Derecho— de la interdicción de la arbitrariedad de dicho poder.

f) Plena justiciabilidad, como consecuencia de su vocación de inmersión en el tráfico jurídico y de su relevancia jurídica, que derivan en la producción normal de relaciones jurídicas —intraadministrativas, interadministrativas y con los ciudadanos— bien directa o accesoriamente (en este último caso no como resultado principal, sino por necesidades fundamentalmente

organizativas), bien en términos de garantía del orden constitucional y jurídico.

Esta característica se satisface con la apertura del acceso, sin restricciones injustificadas, a los órganos judiciales, con la atribución a éstos de plena competencia para decidir sobre las pretensiones (basadas en derechos o intereses legítimos) que ante ellos se deduzcan y la determinación de la preceptividad del cumplimiento y la ejecución de los fallos judiciales firmes.

Las precedentes características no hacen, en definitiva, más que poner de relieve la decisión constitucional (ínsita en la configuración del Estado democrático de Derecho) de configuración de la Administración como institución específica y, por tanto, autónoma, la cual presupone la de trazado de una línea funcionalmente divisoria interna al poder público ejecutivo (que se añade a la tripartita principal, que es interfuncional), que pasa entre el ejercicio de éste en términos político-constitucionales (bajo el juego prevalente del principio democrático, sin perjuicio del de Estado de Derecho) y el ejercicio del mismo en términos objetivo-jurídicos (bajo el juego prevalente del principio de Estado de Derecho con responsabilidad social). Esta concreta divisoria representa un mecanismo específico entre los principios estructurales básicos del Estado, que asegura la continuidad, la permanencia y la eficacia de éste conforme a su fundamental responsabilidad social, sin renuncia al valor de la democracia y del pluralismo político. Tal mecanismo es, en efecto, indispensable para cohonestar la democracia (la legitimación a través de la misma) con la eficacia del Estado (la legitimación por efectivo cumplimiento del fin de la organización política), pues en otro caso —dejando a salvo el fenómeno del autogobierno local— la estructura constitucional se rompería por abajo, en el plano administrativo (que reproduciría mal y deficientemente, sustituyéndolo, el ámbito de la discusión política que debe desarrollarse y agotarse en otros niveles).

2. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Sobre la última circunstancia aludida llamaron la atención tempranamente los principales exponentes de la llamada escuela pura del Derecho ⁴, para quienes precisamente en una sociedad

⁴ HANS KEISEN, «Vortrag über die Demokratie», en *Verhandlungen des fünften Deutschen Soziologentagen vom 26 bis 29 September 1926 in Wien* (Schriften der Deutschen Soziologentage. V. Band), Tübingen, 1927, reedición Frankfurt, 1969, págs. 37 y ss.; y A. MERKL, *Demokratie und Verwaltung*, Wien y Leipzig, 1923.

democrática la Administración (dejando ahora a salvo el autogobierno local) debe presentar rasgos autocráticos, en tanto rigen en ella las características establecidas por M. WEBER para la burocracia e, incluso, porque son necesarios si la Administración ha de servir a la permanencia de la democracia política. En caso contrario y, desde luego, en el de la «democratización» de la Administración, ésta puede convertirse en el enterrador de la democracia, en la medida en que prepara el camino bien a un Estado totalitario, bien a la pura anarquía.

Existe, pues, una reacción recíproca o dialéctica entre la democracia general y la Administración autocrática, al igual que en la economía existe una específica relación entre economía libre de mercado y orden monetario intervenido. En efecto, sólo a través de una ordenación jerarquizada de la Administración, no quebrada ni interferida por la participación directa ciudadana en la toma de decisiones es posible asegurar una ejecución de la Ley conforme a la soberanía «representada» que en ella se expresa.

No obstante, esta solución general ni implica ni debe implicar la inadmisibilidad de la participación, en general con alcance deliberante y de apoyo y aun con mayor porte e intensidad en los ámbitos en los que la Administración goce de un espacio decisional propio (muy particularmente en los de alta complejidad y sensibilidad sociales, en los que se hacen presentes múltiples intereses contradictorios).

En todo caso, la participación no debe pasar nunca de ser una técnica de corrección del distanciamiento de la organización administrativa respecto de la realidad, sin pretender erigirse en pivote de la construcción misma del fenómeno administrativo a través de una suerte de «socialización» (por incorporación de los ciudadanos, organizados o no, a los órganos y los procesos decisionales) de la organización administrativa. Pues la traslación del debate entre opciones y la contradicción entre intereses propios del pluralismo político y, por tanto, de los órganos de este carácter a la Administración supondría una perturbación de primera importancia en la organización del Estado en su conjunto: la quiebra del sistema democrático mismo, puesto que la acción estatal en el plano administrativo no sería imputable (al no ser objetiva, programada y vinculada —en término de previsibilidad y disponibilidad a la dirección— a las decisiones adoptadas en los niveles políticos) a estos últimos niveles y, en definitiva, los órganos constitucionales representativos, con lo que dejaría de tener sentido la responsabilidad política —ejercida en último término directamente por el pueblo, a través de las elecciones periódicas y el mandato representativo— sobre la que

se articula por entero el sistema democrático y sobre ello no se conseguiría tampoco el efecto deseado: la intensificación del control de la acción estatal por los ciudadanos. Porque ese mayor control tendría que ser socialmente fraccionado (en función de los servicios públicos, con lo que se rompería el principio de generalidad o universalidad democrática, volviéndose a una suerte de estamentalización) y, además, forzosamente sería acaparado por los grupos sociales prevalentes, con la consecuencia de la introducción de un factor de desigualdad de incalculables proporciones.

