

Liberalización económica, Sector Público y Derecho Administrativo¹

Sumario: RESUMEN.—I. LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PÚBLICO.—II. LA RESPUESTA DE LA DOCTRINA A LA FORMULACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA FISIOLÓGÍA DEL ESTADO SOCIAL.—2.1. Las bases del planteamiento.—2.2. Los asertos fundamentales de esta doctrina. Planteamiento general.—2.3. Construyendo su tesis.—2.4. Algunas críticas a estas tesis.—2.5. El intento de una “Administración libre de la Ley”. La condena del garantismo. Consecuencias: escándalos y corrupciones. Volviendo a los controles. El Poder judicial como esperanza de recuperación y sus riesgos: mirádonos en el ejemplo de Italia. De vuelta a la ortodoxia: la renovada vitalidad del derecho Administrativo clásico.—2.5.1. El intento de crear una Administración libre de la Ley. La tesis de la “vinculación estratégica”—2.5.1.1 Notas sobre el verdadero objeto perseguido con esta tesis.—2.5.1.2. Estado Social. Algunas ideas.—2.5.1.3. Estado Democrático.—2.5.1.3.1. Vías de caracterización.—2.5.1.3.2. Vinculación a objetivos populares.—2.5.1.3.3. De vueltas de la participación.—2.5.2. Consecuencias sobre la teoría de la Ley. Ley-medida y espacio libre de la Ley.—2.5.2.1. Ley-medida.—2.5.2.2. Espacio libre de la Ley. La Ley como simple Directiva. Un breve análisis de este concepto en la Unión Europea. Hacia la recuperación del tejido normativo.—2.5.3. Consecuencias sobre la Administración.—2.5.3.1. La creación de un derecho público-privado en el campo de la organización.—2.5.3.2. La discrecionalidad como forma normal de actuar. Liberación de la Ley. La ética como alternativa al derecho.—2.5.3.3. El enjuiciamiento por resultados. La liberación de los medios jurídicos de actuación. La justificación de la acción administrativa por la consecución del fin.—2.6. Consecuencias palpables del abandono del garantismo. Escándalos y corrupciones. Volviendo al derecho clásico.

RESUMEN

La liberalización de la economía, sometiéndola a reglas claras, fiables, y con análisis económico del Derecho (que ahora es obligado según el artículo 6.3 de la

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

¹ Se publicará asimismo este trabajo en el homenaje al profesor Jorge de Esteban.

Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011) es la gran reforma estructural pendiente. Absolutamente necesaria si se quiere evitar el marasmo económico que la crisis parece impulsar, pero que supone descubrir quienes son los “reguladores ocultos”, desde patronal a Sindicatos, cuyos intereses no tienen nada que ver con el interés general en las más de las ocasiones. Apostar por el Estado de Derecho, vuelta a las leyes, explicación y justificación motivadora de las regulaciones: estas son las tareas a realizar, con algún coraje político, si se desea salir de la actual situación. Y la literatura económica y jurídica es inmensa y siempre apunta en una dirección que, lamentablemente, el Estado de Partidos no se atreve a adoptar, tanto porque no es “políticamente correcto” como sobre todo porque pone en cuestión prebendas, privilegios y prerrogativas que una falaz clase política no desea adoptar. Aún así, las circunstancias económicas, la transparencia en la red virtual y la democracia concebida por el Estado de Derecho apuntan a la necesidad de ese cambio en pro de una racionalidad mucho más explicadora y explicativa de las decisiones políticas.

PALABRAS CLAVE: Fallos del Estado, fallos de mercado, regulación, intervención, Estado de Derecho, análisis económico del derecho, papel del juez.

I. LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PÚBLICO

Sin duda alguna, el Estado de Bienestar ha impulsado un sector público en el que todos nos movemos² y en el que la presencia directa de la Administración, en sus distintas formas, ha tenido y tiene, un papel fundamental. Y no hay en realidad cuestión alguna sobre este asunto, ni siquiera cuando Gobiernos teóricamente liberales han tenido el poder. Su creciente presencia en el Producto Interior Bruto lo atestigua e, inclusive, cuando la crítica se dirigió contra el Gobierno de la Sra. Thatcher en el Reino Unido, nunca se tuvo en cuenta que curiosamente el gasto público continuó aumentando, el déficit no se controló de acuerdo con lo que la ideología teóricamente aconsejaba desde su óptica³ y finalmente los Gobiernos Laboristas del Sr. Blair y luego el Sr. Brown, continuaron con bastante exactitud navegando tras la misma estela que la de los Gobiernos conservadores en lo que a datos macroeconómicos hace, lo que desde luego recupera hoy el Gobierno del Premier Cameron solamente limitado por las exigencias de la crisis económica mundial.

Probablemente puede situarse en la Gran Depresión de 1929, el origen definitivo de técnicas de intervención directa al suceder un gran fallo del mer-

² Vid la descripción del fenómeno en H. LEPAGE. “Mañana el capitalismo”. Madrid 1979, pp. 234 y ss. BUCHANAN, J. M. y WAGNER, R. E. “Democracy on Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes”. Nueva York. 1977. H. LEPAGE. “Mañana el capitalismo”. Madrid 1979. Recordando desde el principio, como señala E. FORSTHOFF, que “quién recibe ayuda del Estado se siente dependiendo de él y está inclinado a plegársele”, en “El Estado Social”, Madrid 1986, p. 54.

³ Lo reconoce en sus memorias, “The Downing Street Years” Londres, 1993, pp. 668 y ss.

cado, con unas consecuencias imprevistas y que pusieron en cuestión, definitivamente, el modelo tradicional de carácter liberal.⁴

Las técnicas, tanto del “New Deal” norteamericano como de la fórmula del Estado de bienestar europeo, fueron tanto de carácter legislativo como, más directamente, administrativo. El paso a la “economía administrativa centralizada” fue la consecuencia.⁵

Probablemente, una teoría que quiera ser justa tiene que tener en cuenta el carácter acumulativo de muchas de las técnicas que de aquella época nos han venido sirviendo hasta nuestros días. Y, con toda probabilidad también, hay que analizar con técnicas económicas y demográficas, tanto los fallos del mercado, como los denominados fallos del Estado. No hay verdades absolutas ni eternas y, como señaló Tayllerand, todo lo exagerado es falso y por tanto irrelevante.

Conviene recordar, desde luego, siguiendo a Stiglitz⁶ que el poder de coacción y el carácter democrático de la forma de Estado —en el simple sentido de que se logran elecciones democráticas para la representación política— permite tomarse en serio el papel del mayor agente económico que ha conocido la historia y que le diferencia totalmente de cualquier precedente histórico.

Qué parte de los recursos ha de dedicarse a los bienes públicos⁷, con la consecuencia obligada de que se detraen recursos para dedicarlos a bienes privados,

⁴ En sus aspectos técnicos. Con anterioridad, ingenua y radicalmente, se encuentra ya en algunos revolucionarios del siglo XIX, como Louis Blanc “el inventor del socialismo de Estado” que, como recuerda oportunamente A. Garrorena Morales a quien sigo, es el inventor del “socialismo de Estado”, quien defendió [en 1848], la creación de un “Ministerio de Progreso o de Trabajo”. F. Lassalle, continuó esta línea, estableciendo el Estado como instrumento de transformación social, reivindicando —coincidencia con Hegel el padre de todo autoritarismo moderno— la “verdadera naturaleza moral del Estado”, con función de creación de las condiciones sociales suficientes para hacer efectiva la libertad del ser humano. Recuérdese que tuvo numerosos encuentros con Bismarck, lo que a juicio de A. Garrorena —que comparto—, “podrían simbolizar con todo título, la apertura dentro del movimiento socialista de una tendencia que tal vez, desde una perspectiva científica, no sea la más rigurosa pero cuya posterior vigencia histórica no cabe desconocer”.

El Estado “social”, aparece así como una formulación política anterior a lo que se conoce hoy como Estado de “Bienestar”, el cual sin duda tiene en el anterior su antecedente próximo, bien que más menguado en su carga ideológica y más escorado hacia planteamientos economicistas. Toda la inmensa literatura sobre el “New Deal” y las políticas del Presidente Roosevelt, hace casi siempre hincapié en el carácter reactivo frente a la crisis que tuvo su apuesta. Hoy nos encontramos en situación no muy lejana a la que provocó aquél jueves negro de 1929. La falta de una adecuada regulación, la soberbia de los “guardianes del rebaño”, como Greenspan, la codicia ilimitada por norma ninguna ni jurídica ni moral, tales son las causas tempranas de la actual recesión tan brutal y dolorosa. Tampoco la clase política ha estado ni está a la altura de lo que se espera de ella: las agencias de regulación, las sociedades de tasación, la regulación de los productos financieros, la globalización financiera contraria... a la propia globalización de las personas, la cobardía en fin de políticos y de los “reguladores” está en la base misma del desastre. Vid. mi aportación José Eugenio Soriano García “Regulación e intervención administrativa. Algunas lecciones jurídicas sobre la crisis económica” en “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho” Núm. 19, marzo 2011, pp. 40 y ss.

⁵ La expresión de W. EUCKEN y su análisis en W. RÖPKE, “Más allá de la oferta y la demanda”. Madrid 1979, p. 35.

⁶ “La Economía del Sector Público”. A. Bosch Editor. 1992, pp. 12 y ss. En el otorgamiento del Premio Nobel en octubre de 2001, tuvo expreso peso esta contribución.

⁷ En sentido económico, bien público es aquél del que no puede excluirse a nadie, que es necesario socialmente y ean los que la utilización de los mismos por la última unidad de consumo es

es una decisión política fundamental con consecuencias inmediatas para el papel que han de jugar y cómo han de jugarlo las Administraciones Públicas⁸. En esta misma línea, surge inmediatamente la pregunta de si la Administración ha de responsabilizarse directamente de la producción de tales bienes o ha de limitarse a exigirlos y cómo. Naturalmente ha de pagarlos, de forma que automáticamente aparece la cuestión de, a través de qué medios, si con tributos y con una Administración de soporte o a través de otros medios. Y, otra gran pregunta para conocer el papel de la Administración, es conocer el proceso de toma de decisiones colectivas, con la consecuente teoría de la elección pública⁹.

La discriminación positiva que supone la elección por parte del Estado sobre los bienes a producir o a conseguir, implica necesariamente beneficios y perjuicios. Toda una teoría de cómo tomar racionalmente estas decisiones es la que está en la base de la elección pública, tema que en mi opinión ha de ser tomado en cuenta por los administrativistas, especialmente con la idea de hacer un cálculo de las consecuencias que la adopción de una política concreta supone y de las alternativas que tal elección puede permitir o impedir. No debe extrañarnos que en Filosofía del Derecho, esté de moda la teoría de los juegos y dilemas. Justamente la aplicación de tales modelos, el clásico dilema del prisionero entre otros, nos puede dar idea de las dificultades que tenemos que afrontar a la hora de juzgar el papel que todos los días tiene por delante la Administración cuando produce bienes y servicios, cuando regula la economía, cuando adquiere tales bienes y cuando redistribuye mediante transferencias la renta de los individuos. Y todo ello, en el marco de una economía de —ya no hay alternativas—¹⁰ que ha de partir, inequívocamente del respeto a los deno-

realmente irrelevante. No existe rivalidad en su uso ni utilización por parte de cualquier sujeto, todos pueden ser beneficiados. Un faro es un buen ejemplo: no hay manera de cobrar a los buques que lo utilicen, es necesario para prevenir accidentes que pueden dañar no solamente a los que naufraguen y la utilización por cualquier embarcación no consume el bien (el ejemplo suele citarse clásicamente como un fallo del mercado desde la capital obra de John Stuart Mill *Principios de Economía Política*, en el capítulo titulado *De los Fundamentos y Límites del Laissez-Faire o Principio de No Interferencia*). Fondo de Cultura Económica, 1951.

La defensa nacional es otro buen ejemplo: da igual defender un país con un millón de habitantes que con un millón más uno; no se puede excluir a nadie de esa defensa y además es necesario hacerlo.

⁸ Sobre las relaciones entre ahorro, propiedad y dinero, como elementos que mutuamente se reclaman para garantizar la estabilidad social, vid W. Röpke, “Más allá de la oferta y la demanda”. Madrid 1979, p. 33.

⁹ Vid en general los trabajos de Buchanan “The Calculus of Consent: Logical foundations for constitutional democracy”, con G. TULLOCK, 1962. “Demand and Supply of Public Goods”, 1968. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, 1975. “Democracy in Deficit: the political legacy of Lord Keynes”, with R.E. WAGNER, 1977. “Freedom in Constitutional Contract, 1978”. “The Reason of Rules: constitutional political economy” with G. BRENNAN, 1985. “Liberty, Market and the State”, 1986. *Economics: between predictive science and moral philosophy*, with G. BRENNAN, 1988. “Explorations in Constitutional Economics”, 1989. “The Economics and Ethics of Constitutional Order”, 1991.

¹⁰ Ni que decir tiene que no compartimos la tesis, snob e ingenua, de F. FUKUYAMA sobre “El Fin de la Historia”. Vid el texto en “Claves de Razón Práctica” núm. 1, p. 85 y ss. Hemos criticado con severidad esa idea en nuestro trabajo “Lucha contra la morosidad y contratación administrativa”. Madrid 2006, pp. 73 y ss. dominio sobre las cosas.

minados derechos de la propiedad, sin los cuales no existe el menor interés en ahorrar ni, por tanto, en invertir.¹¹

Sucede en este contexto que las formas de regulación y favorecimiento a sectores por parte de las Administraciones, son enormes. Pensemos, y ha sido objeto de numerosos trabajos de colegas,^{12 13} en las ayudas estatales, subvenciones, empresas públicas, monopolios, aranceles, exenciones fiscales, compras, contratación, etc., etc. El control de estas políticas forma parte del más importante núcleo del derecho Administrativo. La aplicación equitativa del principio de igualdad —permítaseme el equívoco— y la justa política de redistribución son envites a los que no podemos aplazar nuestro encuentro. Las nuevas ideas, la sustitución de las viejas políticas, en definitiva, la crítica al tradicional Estado redistribuidor, tal como lo conocemos, constituye un desafío inesquivable.

La discriminación positiva tiene que justificarse económicamente y con datos empíricos ya que en otro caso, supone una dislocación de los mecanismos ordinarios del mercado constituyendo una severa restricción al proceso liberalizador, un despilfarro de recursos y un arbitrario e inequitativo ataque a los principios de mérito y capacidad.

En esta misma línea, quiero destacar la preocupación que se observa ya en prácticamente todos los medios —gubernamentales, parlamentarios, de opinión— por el crecido déficit público, causa sin duda de la sostenida inflación, incremento de los tipos de interés, deuda insostenible para financiarla, caída de la inversión y, en definitiva, a la larga, del paro.

¹¹ Una síntesis espléndida de la teoría en D. C. NORTH y R. P. THOMAS. “El nacimiento del mundo occidental”. Siglo XXI. Madrid, 1991. El terrible capítulo sobre España y Francia, p. 189 y ss. parece lectura obligada y motivo de reflexión para los estudiosos de nuestra historia administrativa. Cuestión muy distinta es que la propiedad sea exclusivamente la romana, existiendo otras múltiples formas comunales, compartidas, separadas, de conjugar la atribución a un sujeto público o privado, en fin, lo que tiene que exigirse es que alguien pueda tomar realmente la decisión sobre un bien, lo que implica excluir a los demás. Una propiedad comunal es tan propiedad como la singular individualista, ya que asigna correctamente los titulares, define los poderes y deberes de los sujetos, y, finalmente, puede atribuir responsabilidades; ello lleva a las nuevas formas de propiedad — deber muy ligadas a la práctica medioambiental, forma correcta y moderna, novedosa y útil de defender el medio ambiente.

Vid los trabajos clásicos ya sobre este último aspecto de ELINOR OSTROM, primera mujer ganadora de un Premio Nobel de Economía, con curiosas referencias a instituciones españolas, como el Tribunal de las Aguas de Valencia. “Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action”. Ostrom, Elinor, Cambridge University Press, 1990. “Institutional Incentives and Sustainable Development: Infrastructure Policies in Perspective” Ostrom, Elinor, and Schroeder, Larry, and Wynne, Susan, Oxford: Westview Press, 1993. Constituyen una replica, no sé si definitiva al clásico trabajo “The Tragedy of the Commons”, Garrett Hardin and first published in the journal Science in 1968; a mi juicio, las importantes aportaciones de la Dra. Ostrom se aplican en instituciones consolidadas, mientras que la tesis general de Hardin, da cuenta más bien de una “pre” situación de los bienes comunes no institucionalizada. La Institucionalización constituye probablemente una asignación de titularidad dominical en un sentido económico, aunque jurídicamente el dominio no sea tal. Lo importante es la capacidad de exclusión de terceros y amparo sobre el objeto dominado.

¹² Así un añejo trabajo de Fernández Farreres, G. “El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea”, Madrid, 1993.

Sin duda, el aumento anual de la deuda, el déficit de las Administraciones públicas, ha elevado notablemente el protagonismo de la Administración. Pero no ha sido en absoluto un aumento de poder gratuito. Refiriéndose precisamente a España, recalca Stiglitz ¹⁴:

*“Existe una componente que podríamos llamar ideológica en la actividad de todas las burocracias que no queda reflejada ni en los presupuestos ni en el número de funcionarios, pero que puede tener un fuerte impacto sobre la actividad económica. Dábamos antes el ejemplo del coste que significa para la economía de los Estados Unidos el número de horas que tienen que dedicar los ciudadanos al cabo del año a rellenar impresos oficiales¹⁵. Es plausible concebir que cuanto mayor sea la vocación de una Administración por controlar al ciudadano, tanto mayores serán los **costes ocultos** que esté imponiendo sobre la actividad económica de la nación. Este es el tipo de reflexión que a uno se le ocurre cuando el contacto con nuestras Administraciones Públicas hace temer a veces que su razón de ser no haya cambiado dramáticamente **desde tiempos de Fernando el Católico**”.*¹⁶

*El aumento del gasto público y la creación de déficit presupuestarios, son importantes dificultades al proceso liberalizador. Se trata de tributos ocultos, impuestos en la oscuridad, que sin embargo gravan a todos por igual y por tanto perjudican a los más débiles económicamente. La inflación es al final “el impuesto de los pobres” y las cargas indirectas perjudican a los que tienen que resolver siempre los problemas y asuntos por sí solos, sin ayuda de empleados que les hagan el desempeño de estas tareas engorrosas y consumidoras de tiempo...”*¹⁷

¹⁴ op. cit p. 50.

¹⁵ En 1979 fueron 786 millones de horas. Equivale a unos 400.000 empleados trabajando a tiempo completo durante un año, lo que supone el 14% del número de funcionarios de la Administración central norteamericano. Vid Stiglitz. op.cit. p. 30 Este tipo de cálculos está por hacer en España, y desde luego ninguna Región tampoco se ha atrevido a hacerlo. Parece obligado que en aplicación del principio de transparencia se fuera imponiendo la técnica de hacer análisis económico del Derecho en serio, para lo cual, debería contratarse sistemáticamente a las importantes empresas dedicadas a este objeto para lograr muchos y buenos objetivos públicos. Estos datos tienen que ser actualizados por las Agencias norteamericanas ya que su obsolescencia es patente, si bien sirven para conocer la situación del problema tal como se encontraba y sin que hasta ahora existan datos que lo contradigan.

Interesa destacar que en la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011 de 4 marzo de 2011, en su artículo 6.3 establece nada menos que por Ley, el análisis económico del Derecho, al decir expresamente que: “Igualmente, las Administraciones Públicas, en el marco del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios, cooperarán para promocionar el análisis económico de la regulación y, en particular, evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados e impulsar iniciativas de reforma en este ámbito”.

¹⁶ La existencia de un desprecio social y político a la libertad de empresa en nuestro país, se ha traducido en miseria moral y pobreza. Vid mi estudio: José Eugenio Soriano García “La libertad de empresa. Notas españolas”, en Revista de Occidente. Núm. 359. Abril 2011, pp. 115 y ss.

¹⁷ EDMUND S. PHELPS (Premio Nóbel de Economía 2006) viene insistiendo en que el largo plazo nos ofrece un panorama antikeynesiano, frente a las políticas a corto, típicas de las elecciones en los países occidentales. Por ello, habría que introducir mecanismos independientes, realmente independientes, en las Agencias Reguladoras, que hoy por hoy, no solo es un desideratum sino que más bien ofrecen marchas atrás deplorables. Vide “Rewarding Work: How to Restore Participation and Self-Support to Free enterprise “Harvard University Press” (April 21, 1997) 1997; “Structural

La Administración, moviéndose entre la igualdad y la eficiencia, se encuentra entre Scylla y Caribdis. La búsqueda permanente del óptimo de Pareto¹⁸ —la asignación no lesiva de recursos— buscando mejoras con el presupuesto público, ha sido hasta ahora la inalcanzable tortuga del Aquiles administrativo. Para ello acude a mil fórmulas, notablemente imbuidas de un cierto paternalismo, al modo del viejo colbertismo dieciochesco. Naturalmente con fórmulas más modernas también.

Y sin duda es la teoría de los fallos del mercado la que determina que para preservar el mercado precisamente y lograr objetivos públicos, el Estado adopte algún tipo de criterio.¹⁹

Recordemos brevemente algunos de los denominados “fallos clamorosos del mercado”.

- a) Fallos de competencia (monopolios, barreras de entrada, monopolios naturales).
- b) Existencia de bienes públicos que no serán producidos por el mercado.
- c) Externalidades, imponiendo desventajas y causando daños a la colectividad para beneficio exclusivo del causante de la lesión.

Slumps: The Modern Equilibrium Theory of Unemployment, Interest, and Assets” 1994. Manejamos la edición de “Harvard University Press; Reprint edition (Sep 1 1998)” (y especialmente su trabajo ‘Microeconomic Foundations of Employment and Inflation Theory’ Norton; 1st ed. edition (1970)).

Llamo críticamente la atención sobre la modificación introducida en la, así llamada, Ley de Economía Sostenible, que ha modificado en la Comisión Nacional de Competencia, las causas de remoción de sus miembros, introduciendo la posibilidad de una remoción de plano por el Gobierno, con independencia de un procedimiento sancionador. Lo cual supone que si un miembro es discolo con el Gobierno, que está representado en la CNC por su Presidente normalmente, puede ser removido por un “exceso de independencia”. La CNC como Agencia, ya no es tan independiente como lo fue en su historia anterior y mucho menos si lo comparamos con el añorado Tribunal de Defensa de la Competencia. Ciertamente su actual Presidente Don Luis Berenguer Fuster es merecedor, a título personal, de toda clase de parabienes en cuanto a respeto a la independencia de la Institución; pero la crítica no se puede detener en la bondad, inteligencia y excelencia de una persona concreta, sino que tiene que abordar las consecuencias que tiene en su aspecto institucional.

¹⁸ Señala S. MASTELLONE en su “Historia de la Democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen”. Madrid 1990, pp. 295 y ss, que: “Proporcionó un aire europeo al antiparlamentarismo italiano, Wilfredo Pareto, el cual de la defensa del liberalismo en economía pasó a la denuncia del sistema democrático, juzgado demagógico y clientelista... Pareto era un liberal antidemócrata para el cual, como ha sostenido en sus estudios Giovanni Busino, el proceso democrático constituía una deformación del verdadero orden de las cosas”.

De ahí su teoría de las élites, formadas por grupos que conocían lo que verdaderamente necesitaba la sociedad y el Estado, castas auto-reclutadas mediante técnicas cartelísticas de mutuo apoyo, que se repartían los roles de dirección social, creaban barreras a la entrada de nuevos entrantes, se consumían en sí mismas, y creaban una cultura monopolística en la que los demás carecían de razón y, consecuentemente, el progreso consistiría en aislarlas evitando la competencia en las ideas.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, sus modelos continúan, no obstante, siendo paradigmas clásicos de permanente actualidad y técnicamente útiles. Vid “The Economic Analysis of Law”, de J. L. COLEMAN, en la obra colectiva “Law, Economics and Philosophy” con trabajos de Dworin, Calabresi, Coase, Posner, en fin, todos los maestros reconocidos del análisis económico del Derecho. San Francisco – Londres 1990.

¹⁹ STIGLITZ, op. cit. 102 y ss. Fue el economista británico Arthur Cecil Pigou en “Economics of Welfare”. LONDON MACMILLAN, 1920, quien acuñaría la expresión “fallos del mercado”.

- d) Mercados incompletos, en los que no existe un suministro permanente, fluido y bastante de bienes.
- e) Fallos en la información.

Naturalmente, aparte de las teorías sobre la existencia de fallos, está ideológicamente establecido como concepto intocable el referido al papel redistribuidor del Estado y la garantía de una igualdad, al menos de oportunidades.

El problema está en demostrar, en cada caso, que efectivamente, puede existir un papel interventor del Estado para remedio de cada uno de estos fallos y que en efecto es posible la solución de los mismos a través de medidas de intervención administrativa directa.²⁰ La conversión del Estado en comerciante como solución, adelanto que no parece la más apropiada. Veremos en su momento que la regulación²¹ es justamente una de las alternativas a la intervención, combinando la consecución de objetivos públicos con un papel más ágil en la consecución de los mismos²². Se trata en definitiva de no sustituir los

²⁰ CHEUNG, S. N., “El mito del Coste Social”. Madrid 1979.

²¹ No ha de extrañar que esta sea una tesis muy cara al constitucionalismo norteamericano, que claramente ha distinguido siempre entre la regulación, propia de su cultura y tradición jurídica y la intervención directa, que le es ajena. Vid recientemente la obra de Santiago Muñoz Machado, “Fundamentos e Instituciones de la Regulación “1.ª Edición. Madrid 2009 y Andrés Betancor”, Regulación: Mito y Derecho “1.ª Edición. Madrid 2010, dos trabajos imprescindibles para cualquier lector interesado en este tema. Asimismo, mi añeja aportación “Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo”. Bolonia 1993, probablemente el primer trabajo que se pronunció sobre la materia e introdujo el término cuando todavía nadie había reparado en él, con la consecuencia de alguna crítica, como casi siempre sucede con toda novedad en nuestra clase académica.

Con toda probabilidad pueda encontrarse en la Constitución norteamericana y en la inspiración en las ideas de Locke, la causa de tal aproximación en las relaciones entre el poder y los ciudadanos. La Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 pregona como “derechos inalienables, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. La felicidad es cosa propia de cada ciudadano, no del Estado. Tampoco desde luego de las Comunidades Autónomas que a partir del reciente Estatuto de Cataluña, —con “alma de Constitución y cuerpo de Reglamento”— todo lo interviene y se insertan en los más íntimos pliegues de los ciudadanos, dicho sea no solamente en sentido moral, con un intervencionismo coaccionador que sustituye a la Sociedad, la convierte en Comunidad y deja de existir ningún ámbito mínimamente libre para el ciudadano, quien pasa así a ser un “miembro” de la susodicha Comunidad, distinto y diferente del resto de las Comunidades por obra de la asfixiante intervención y orientación permanente siempre en la línea marcada por la corrección política determinada por quienes representan ese espíritu de la misteriosa Comunidad. Su imitación por el Estatuto Andalúz et alterii, merece la misma opinión crítica.

²² El reconocimiento de esta realidad (las exigencias en el plano de demandas sociales del Estado Social), significa, entre otras cosas, una renuncia a transformar estas funciones sociales en funciones de dominación. E. Forsthoff, “El Estado Social”, cit, p. 53. Como siempre, el problema para los teóricos del llamado Estado Social no es otro que el de apostar precisamente por este Leviatán de dominación como fórmula solucionadora de todos los problemas y de una vez. La **impaciencia** es otra de las consecuencias del Estado Social, que pretende sustituir el suave y continuado fluir de las transacciones por una abrupta interrupción que áspidamente **resuelva de una vez por todas todos los problemas. Impaciencia unida a levedad económica sin hacer un cálculo de lo que las promesas populistas suponen.**

La idea es justamente conseguir objetivos públicos mediante técnicas de regulación que permitan garantizar tales resultados a través de la propia sociedad, para impedir “que esa transformación, tan sustancial y manifiesta, presupone (ga) un alto grado de poder autoritario, así como una ideología que legitime tales medidas, mediante la apelación a la lucha contra los enemigos de clase o de la clase trabajadora o del pueblo”, cit. loc. cit.

Al final es siempre la misma historia. La de los iluminados que desconfían de la sociedad y localizan en el Estado la solución de todos los problemas, incluidos de los suyos propios. Ser “intelectual

“fallos del mercado” por “fallos del Estado” (entendido como “oberbegriff” que abarca a Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

Una pequeña prueba de que la intervención directa puede conducir sin más al despilfarro se encuentra en el Informe de la Administración Norteamericana de 1984 ²³ Nos da algunos datos que deberíamos incorporar al texto de muchos manuales ²⁴. Y habría que actualizar estos datos, que misteriosamente, están desapareciendo actualmente de la literatura especializada, quizás porque ha perdido fuelle y fuerza la doctrina del análisis económico de la política y del derecho como referente académico (como sí lo fue en la década de los años 80 y 90 del pasado siglo).

La recepción acrítica de la teoría de los “fallos del mercado” sin realizar un análisis crítico de los “fallos del Estado” (hoy casi más aún de las Comunidades Autónomas, algunas ya sustituyendo al Estado y por boca autorizada de alguno de sus líderes dejándole en situación puramente marginal) conduce directamente a posiciones dogmáticas entorpecedoras del proceso liberalizador.

En esta misma línea, y reflexionando para nuestro país, puede indicarse que el funcionariado tiene unos parámetros difíciles de medir en comparación con el sector privado. No se puede medir fácilmente su rendimiento, no se asignan correctamente los puestos de trabajo, falta una carrera administrativa, desconfianza por el poder público, asignación de objetivos no burocráticos, despilfarro de medios (pólvora del Rey y problemas de “free rider” o polizón) muy especialmente en la clase política dirigente que cada vez toma mayores cuotas de poder (como demuestra hasta la saciedad el lamentable Estatuto Básico del Empleado Público que deja indefenso en muchos aspectos al técnico frente al dirigente político, que luego se va, tras haber podido actuar con arbitrariedad y sin exigencias de responsabilidad). Cualquiera persona que haya estado en una

orgánico” no deja de ser una buena profesión en sociedades de ideología colectivista. El aplauso, el poder y el dinero, discurren precisamente en la dirección de quienes desde la poltrona animan siempre la intervención directa y el “pensamiento políticamente correcto”. Trabajar a favor de corriente, aunque sea trabajando en contra de la libertad, es muy rentable y fuente de toda clase de privilegios.

²³ “Grace Commission”. Vid. Kennedy Jr W.R. y Lee: R.W., “A Taxpayer Survey of the Grace Commission Report”. Ottawa. I., Jameson Books, 1984.

Hay toda una literatura, pero los trabajos pioneros son los desarrollados por Stigler, G. Vid “Memoirs of an Unregulated Economist” Nueva York, 1988.

²⁴ El trabajo, pese a su antigüedad conserva el frescor de las ideas nuevas que impactaron de tal forma que luego no se han atrevido a repetir el experimento, no vaya a ser que la segunda prueba confirme la primera y haya que descolocar a las viejas teorías.

1. El Pentágono compraba tornillos a 9,1 \$ cada uno, que podían encontrarse en las ferreterías a 3 centavos.
2. Las bajas por enfermedad de los funcionarios son un 64% más que en el sector privado no industrial. Pérdida de 3.700.000 dólares por este concepto en tres años.
3. Las direcciones de la Administración Pública están duplicadas, algunas veces hasta 29 veces. Costo: 96.000.000 dólares.
4. La “Veterans Administration” gasta el cuádruple por cama en la construcción de residencias de ancianos de lo que cuesta en el sector privado.
5. La General Services Administration emplea un número 17 veces mayor de personas e incurre en gastos de gestión 14 veces superior a los de una empresa del sector privado con volumen parecido de negocios. Consúltase J.E. Stiglitz. cit. pp. 208-209.

Administración Pública sabe que a fin de año ha de gastar incluso sin necesidad el presupuesto asignado so pena de recortes para el próximo año.

Y si pasamos a las empresas públicas, como ha señalado Oscar Fanjul, encontramos una serie de ineficiencias capitales en su funcionamiento cotidiano.²⁵

Básicamente: a) inexistencia de la posibilidad de quiebra. b) comodidad en la gestión c) fortísimo poder sindical d) falta de competencia (monopolios, ayudas, presupuestos del Estado) e) absoluta estabilidad en el empleo d) Objetivos contradictorios fruto de la doble cultura "burocrática" y de "gestión"²⁶. La vieja virtud del comerciante que teorizara Montesquieu²⁷, no parece haber llegado a las empresas públicas. Se mueven en un contexto de obediencia al mando político, contrapesado solamente por las operaciones realizadas por agentes privados de "secuestro o captura" de dicho mando basándose en la asimetría de información, muy superior la del gestor a la del regulador.²⁸ A lo que cabe unir la creación de expectativas "ex post facto" para que cuando dejen el puesto sean recompensados directamente ellos o sus allegados, por lo que tienen especial cuidado en no herir susceptibilidades de tales empresarios privados. En fin, es un lazo trenzado entre empresa y agentes públicos que tiene en la Europa continental infinitos vericuetos y variedades, y que muestran a las claras que seguimos moviéndonos en ámbitos cerrados en los que las empresas y el poder público tienen al final intereses cruzados que los hacen extraños y permanentes compañeros de vida.

He aquí, en sumarisimo repaso, un breve repertorio de temas y problemas que surgen en el contexto del Estado de nuestros días desde la perspectiva de la economía del sector público. Habremos de volver de nuevo sobre estos temas en el apartado correspondiente al estudio de la respuesta que cabe dar a una Economía de crisis, insegura, internacionalizada y que está de vuelta en gran medida de confiar en el Estado, por imposibilidad pura y simple, de atender a las demandas acumuladas de todos los sectores sociales. Nos parece oportuno hacerlo desde la teorización que los representantes más cualificados y conspicuos del socialismo democrático han tenido a bien realizar.²⁹

²⁵ Discurso mecanografiado en la Universidad de verano "Menéndez Pelayo" 1993. En una línea parecida, vid Ramamurti, R., "Controlling State-Owned Enterprises", en el volumen "Privatization and Control of State-Owned Enterprises". Banco Mundial, 1991, pp. 206 y ss. Vid los citados trabajos de Cuervo, A., loc. cit.

²⁶ Vid el modelo de Niskanen, W.A. sobre la empresa pública, en "Bureaucracy and Representative Government". Journal of Law and Economics. vol 18. Las correcciones de Migué, J. L y Belanger, G. "Towards a General Theory of Managerial Discretion" en "Public Choice" 1974. Vol 17. La relación de agencia y principal, en el modelo de Rees, R "Bulletin of Economic Research" vol. 37.1985. Con carácter más general, de este autor "A Positive Theory of Public Enterprise" 1984.

²⁷ En el libro XX, capítulo II: "El "esprit de commerce" suscita en el hombre un cierto sentimiento de justicia, opuesto de un lado al robo, y de otro a aquellas virtudes morales que no siempre nos permiten insistir inflexiblemente en nuestro propio provecho o que nos hacen minusvalorar nuestro interés frente a los intereses de los otros.

²⁸ Vid. SARNO, D. "L' Impresa Pubblica tra Privatizzazione e Regolamentazione". Milano 1994, pp. 22 y ss.

²⁹ Vid. como resumen de estas posturas el trabajo colectivo, "La Socialdemocracia ante las economías de los años noventa", 1994.

Pero antes de hacerlo, y siguiendo con el esquema propuesto, hemos de atender primeramente al significado que esta importante concepción del Estado ha supuesto para el derecho Administrativo y las dificultades que todo esto supone para el proceso liberalizador.

“El riesgo de confiar el gobierno de la sociedad humana a una normación de esos caracteres es bien visible y no merecerá la pena insistir sobre ello. Los escritos de todo orden que describen “utopías del infierno” o “contrautopías”, un universo regimentado y concentracionario, donde se habrá evaporado todo espíritu, donde la fascinación de los instrumentos produce ‘une sorte d’effacement, de dissolution des buts’, parten justamente de ese fenómeno. La experiencia más obvia impone una obligada reserva a cualquier justificación o presunción general que pretendiese otorgarse a la legislación administrativa como expresión correcta del orden jurídico. A nivel de grandes unidades, más bien la presunción debe ser la contraria, la de expresar, tendencialmente al menos, una verdadera “corrupción” del orden jurídico que utiliza las formas jurídicas externas para revestir un contenido material donde los valores radicales de la justicia están ausentes, si no contradichos. No es ésta la Ley que la filosofía antigua glorificaba y alababa como expresión de la sabiduría de los padres (leges patrum) y como escudo de la libertad y del derecho. Es más bien la Ley como amenaza de la libertad”.

E. García de Enterría. “Legislación Delegada, potestad reglamentaria y control judicial”, p. 31.

II. LA RESPUESTA DE LA DOCTRINA A LA FORMULACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA FISIOLÓGÍA DEL ESTADO SOCIAL

2.1. Las bases del planteamiento

Las reflexiones se hacen, naturalmente, solo desde la perspectiva concreta que aquí y ahora interesa, el derecho Administrativo, haciendo abstracción de cuantas aportaciones se realizan desde otra perspectiva, lo que nos apartaría del objeto específico de estas ideas. Creemos, no obstante, que la reflexión merece realizarse porque, desde una perspectiva crítica, prácticamente está por realizar, al menos en términos completos.

En el Derecho Administrativo, hemos contado con la fortuna de que algunos de nuestros mejores teóricos han tomado el toro por las astas y han teorizado directamente la respuesta que cabe dar desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho. De esta forma, facilitan la labor al situar prácticamente todos los problemas y sus soluciones, permitiendo así ofrecer una crítica a tales resultados.

La idea básica consiste en afirmar que, la adjetivación como Social y Democrático del Estado, no es una mera acumulación sucesiva de exigencias que se

superpongan al Estado de Derecho³⁰, sino que las características de social y democrático, implican una alteración sustancial del contenido mismo del Estado que pasa a tener estructuralmente una componente distinta y diferente y que, en consecuencia, ello supone cambios esenciales y profundos en el esquema tradicional del Estado de Derecho.³¹

A la cabeza de este movimiento se sitúa, con nombre propio, en el derecho Administrativo, el profesor Luciano Parejo Alfonso, quien desde hace tiempo, con notables conocimientos y abundancia en el escribir, viene dedicándose a la construcción de un edificio administrativo que dé respuesta a las exigencias del Estado Social y Democrático.³²

³⁰ Vid Abendroth, cit. p. 19.

³¹ Algunos autores extraen consecuencias directa e inmediatamente ideológicas de esta fórmula, prohibitivas de una interpretación contraria al “ideario” constitucional.

Así, A. Garrorena, op.cit. p. extrae tal idea del propio Preámbulo de la Constitución, redactado por los profesores Tierno Galván y Raúl Morodo, que expresa la voluntad de conseguir una “sociedad democrática avanzada”.

Señala A. Garrorena que “la fórmula recuerda a la contenida en la reciente Constitución de la URSS, de octubre de 1977, donde se describe a la sociedad soviética como “una sociedad socialista avanzada”.... Aquí el Preámbulo de la Constitución española, el término “avanzada” parece hacer también referencia —ello es obvio— a una cierta concepción dinámica del proceso histórico. Pero, al no quedar esa mención respaldada —hablando, claro está, a nivel de régimen y no de grupos constituyentes— por una filosofía de la historia tan explícita como es la filosofía marxista, ello hace menos precisa la interpretación que a dicho término deba darse.

Aunque no tan imprecisa que no pueda ponérsela en relación con la tendencia a intensificar los progresos alcanzados por este país en el desarrollo económico y en el acercamiento de los procesos políticos a los ciudadanos. Ciertamente que pocos datos permiten definir con entornos más netos el modelo social o económico en que deba concretarse ese estadio superior de la democracia al que el Preámbulo declara aspirar; pero al menos parece evidente que este adjetivo debería considerarse radicalmente incompatible con cualquier política ayuna de todo sentido renovador. La fórmula “sociedad democrática avanzada”, dada su cierta imprecisión, podría operar así como una reserva constitucional utilizable tanto desde ciertas posiciones próximas a un “desarrollismo” tecnocrático como desde cualquiera de las diversas concepciones “progresistas” o “dialécticas” de la historia, las cuales siempre contarían a su favor con su mayor bagaje de sentido histórico. Lo que en ningún caso sería concebible es que pretendieran desvincularla de todo proyecto público de transformación de la sociedad, pp. 150-151.

Debo decir que es discutible que las bases en que se sustentaba este preámbulo, la Constitución de la URSS, fuera la más adecuada para transformar en ningún sentido democrático la sociedad. Y caída la sustentación ideológica de este tipo de “progreso”, se dan las circunstancias para entender caídas también las consecuencias interpretativas que se extraían.

Compárese lo establecido en el artículo 129.2 de la Constitución, “in fine”: (Los poderes públicos) también establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”, con su nula aplicación y escasísima teoría. Estas adherencias indudablemente marxistas de nuestra Constitución, se han convertido, afortunadamente, en un puro brindis al sol. Un caso de libro de obsolescencia de las normas, que simplemente decaen sin necesidad de abrogación expresa.

Véase en sentido contrario, desde una óptica de las consecuencias que este tipo de Estado tiene, en Jasay, A. “El Estado”, 1985. (Library of Economics and Liberty, first published 1985)

³² Vid de este autor “Estado social y Administración Pública: Los postulados constitucionales de la reforma Administrativa”. Madrid 1983. “Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Libro Homenaje al Prof. J. L. Villar Palasí. “Constitución y valores del ordenamiento”, Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Prof. E. García de Enterría. 1991. Y, más recientemente, “Crisis y Renovación en el Derecho Público”. Madrid 1991 “Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”. Madrid 1993.

2.2. Los asertos fundamentales de esta doctrina. Planteamiento general

Parte el citado profesor, como es obligado, de reconocer el enorme valor de la construcción jurídico-administrativa de la llamada “Generación de la RAP” (la conocida Revista de Administración Pública). Sitúa, sin embargo, a esta generación en un contexto de “combate contra el Régimen”, lo que en su opinión marcó inevitablemente el concepto de Derecho Administrativo.

Oigamos directamente al ilustre catedrático de la Universidad Carlos III:

“... por lo mismo, debiendo procurar dicho Derecho reconducir al máximo el Estado real al modelo de Estado de Derecho con los solos mimbres de la técnica jurídica, inevitablemente hubo de quedar vencida su perspectiva y planteamiento básicos del lado de la defensa del ciudadano frente al poder, desde el postulado de la potencia de la posición y de los medios de acción de éste y de una actitud de sistemática desconfianza en la observancia por el mismo de los límites marcados por el Derecho”

Hay que observar que el mismo Parejo ³³ recuerda la a su juicio.

“Espléndida labor desarrollada por la doble vía, de gran tradición entre nosotros, política y científico-dogmática; cumplida la primera, por los administrativistas —ejemplificables en L. López Rodó— que por ser más cercanos o compatibles con el régimen político, fueron administradores...”

Luego es dable entender que en realidad el derecho Administrativo que de aquella época procede, no solamente se alimentaba de esa desconfianza, sino que se construye, en gran medida, también desde la cercanía al Poder.

En mi opinión, la denominada “desconfianza” hacia el poder, hunde sus raíces en un pensamiento más profundo de García de Enterría que en la mera circunstancia de haberse generado en la época del General Franco³⁴. De hecho no lo ha cambiado, que se sepa, y su curso de Derecho Administrativo, en colaboración con T.R. Fernández, en línea directa de los viejos “Apuntes” de la Facultad en los que tuve la suerte de estudiar y que conservo, prácticamente se ha mantenido sin matizaciones.³⁵ Y es que, quizás, si partimos clásicamente de que el Derecho Administrativo es “la disciplina del equilibrio”, el resultado de privilegios en menos y privilegios en más, en fin, la visión aristotélica de quienes parten de lograr que el Derecho Administrativo sea a la vez tanto el Derecho propio de la Administración Pública como del ciudadano en sus relaciones con el poder —sintetizado en el concepto de relación jurídica adminis-

³³ op. cit. loc. cit.

³⁴ En la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 1947, el Estado se calificaba de “Estado Social”.

³⁵ Ripert, (en “Estado Social”), citado por Forsthoff, señalaba: “sans doute on continue à affirmer qu’il faut réaliser la justice mais on dit au jour’hui la justice social. Méfions nous de toute qualificatif donné à la justice”.

trativa— es probable que haya que abundar en esta línea de atención a ambos polos de la misma y no centrarse solamente en uno de sus extremos.

Parejo Alfonso, sintetiza espléndidamente las líneas esenciales del pensamiento de García de Enterría. Recordémoslas:

- a) Parte de la consideración del poder como un sujeto dotado de prerrogativas subjetivas exorbitantes, frente a un administrado en posición subordinada. Ligado todo ello a la diferenciación neta entre interés público y privado.
- b) Se deduce con toda naturalidad, así, la identificación de la misión primera de la ciencia jurídico-administrativa con el reequilibrio de la desigualdad posicional Administración-ciudadano.
- c) Administrativizar al máximo el poder público, con sujeción de la total acción del “poder ejecutivo” a las pautas del Derecho Administrativo.
- d) Sujetar progresivamente al poder público, desde la palanca del principio de legalidad, a la lógica del Derecho, luchando contra las zonas de libertad de acción y criterio (fundamentalmente la discrecionalidad) y de margen de apreciación (cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados) y enfatizando las exigencias procedimentales y cualesquiera otras garantías formales.
- e) Ampliar e intensificar sucesivamente el control judicial con la doble finalidad de eliminar las zonas exentas del mismo y de potenciar el papel del Juez administrativo.

Y concluye sobre este punto el Dr. Parejo Alfonso sobre el pensamiento de E. García de Enterría recordando que para este último “el control judicial constituía la pieza que cerraba el sistema si la reconducción de la organización y la acción enteras del poder ejecutivo al Derecho administrativo era indispensable para la efectividad misma de la institucionalización y “regularización” de aquéllas, la inexistencia de cualquier otro control judicial distinto del contencioso-administrativo hacía de la consecución de la complitud y plenitud de este control una operación insoslayable”.

Debo insistir en lo que antes he mencionado. El profesor García de Enterría no ha cambiado de criterio. No sólo no ha cambiado sino que ha lanzado una formidable campaña en términos literalmente militares para hacer del control judicial la pieza que cierra el sistema. Es más para cerrar con anticipación y provisionalidad, a través de una “**Batalla** por las medidas cautelares”, conflagración ésta que es continuadora de la “lucha por el Derecho” —nada pacífico el tema jurídico como se ve— de Ihering.³⁶

Y desde entonces su obra permanece en la misma línea.

Lo que critica el Dr. Parejo Alfonso no es la tesis de un momento, sino la tesis global del profesor Eduardo García de Enterría.

³⁶ IHERING, von. R. “La lucha por el Derecho”. Prólogo de Leopoldo Alas “Clarín”. Madrid 1976.

La concepción subjetiva del Derecho Administrativo, supone un avance en el sometimiento de la Administración a los parámetros del Estado de Derecho y otorga así un fuerte impulso al proceso liberalizador.

Como destaca E. Forsthoff:³⁷ “El Estado de Derecho”, al que se creyó honradamente muchas veces salvarlo así, (mediante adjetivaciones concretas), ha sufrido en realidad grandes daños. “El desguace de la Constitución Jurídica”, tan vivamente descrito por Kaegi, la constante innovación (inversión) de lo normativo en favor de la dinámica de las cambiantes situaciones políticas, encuentra en esos procesos un fundamento esencial. El intento de plasmar en la Constitución del Estado las cambiantes relaciones políticas y sociales, dándole así un sentido coyuntural, lleva en realidad a la disolución interna de la misma”.

En esta misma línea, adelanto, sin sorpresa posible para el amable lector, que me incardino sin género de dudas en esta concepción clásica del Derecho Administrativo y que intentaré fundar estas tesis y, con todo respeto y “comitas universitaria” criticar las contrarias. Más bien los datos de nuestra realidad política, en especial la crispación provocada por la corrupción cuyo fundamento no es otro que la ausencia de controles, obligan a revalorizar estas tesis y no a enviarlas al “baúl de los recuerdos”.

2.3. Construyendo su tesis

Continúa el Profesor Parejo Alfonso recordando que la preocupación y el esfuerzo del Derecho Administrativo hubieron de descuidar el objeto y finalidad de la ciencia de la Administración.³⁸

Es altamente probable que haya sido así. Y desde luego coincido con este autor en la absoluta necesidad de atender a tales estudios, y, aún más, a los de los economistas y sociólogos que nos informen sobre la realidad de la Administración.

Sucede, quizás como disculpa de ese lamentable olvido, que una cosa es atender a lo que dicen tales expertos y otra muy distinta es asumir directamente dicho papel. Faltan desde luego expertos en ciencia de la administración. Y faltan expertos sinceros y preparados, capaces de definirnos por ejemplo cual es la actitud de los sindicatos en relación con el acceso o con el reparto de puestos de trabajo, visto en relación con el principio de igualdad... Faltan expertos que nos digan cual es la realidad de los cumplimientos de horarios en la Administración y la actitud global de los directivos sobre este tema. Faltan expertos que nos indiquen como está funcionando el sistema de selección del funcionariado y empleo público en la realidad, si, por ejemplo, en época electoral y sin previo aviso se producen convocatorias masivas de ingreso en la función pública;

³⁷ Ob. cit. p. 82. Recordemos que no por acaso, Forsthoff era discípulo de Schmitt, C. Vid. su “Teoría de la Constitución”. Madrid 1982.

³⁸ op.cit. p. 33.

faltan expertos que nos indiquen cual es, por ejemplo, el gasto de utensilios y herramientas y medios en las Administraciones Públicas y como se puede controlar, en general el gasto ocasionado por abusos de bienes administrativos, faltan expertos que nos indiquen la justificación de los viajes de vacaciones, a Tailandia por ejemplo, con ayudas públicas para todos los funcionarios de un Ministerio durante el verano (“Acción Social del Ministerio de...”) O la continuación por otros medios de los viejos “Patronatos de casas para funcionarios”, realizados con préstamos blandos y ayudas públicas, acceso a líneas privilegiadas de créditos, franquicias cuyo mejor negocio para muchos ha sido especular con ellas vendiéndolas y proceder a comprar después otra mucho más barata en el mercado libre. Sin duda alguna nos faltan expertos.

Lo que sí me resulta extraño, y comienzan las discrepancias, es la afirmación hecha en el mismo sitio, al señalar como objeto de la Ciencia de la Administración: “la articulación y sistematización técnicas de la organización y el funcionamiento de la misma para el mejor cumplimiento por ésta **de sus fines propios**” además de la satisfacción del interés general y la más eficaz prestación de los servicios públicos.

No acierto a identificar tales “fines propios”. La Administración, en términos clásicos, es un “Poder vicarial” que tiene fines fijados externamente y nunca propios. Basta con la eficaz prestación de los servicios públicos y satisfacción —en aplicación de normas sin las cuales no puede actuar la Administración— del interés general, sin que se descubran ningunos otros fines propios. Es más, resulta preocupante que tenga la Administración, separada del Gobierno en la identificación del profesor Parejo Alfonso, ningún fin propio. La Administración no es en modo alguno un poder elegido por los ciudadanos. No tiene por sí ninguna legitimación. No hay un cuarto poder distinto del Ejecutivo. Es, su brazo articulado de actuación. Pero el único que tiene legitimación es el propio Gobierno. La Administración no goza de ningún elemento legitimador. El funcionario, en su actuación, no tiene ni puede tener ninguna superioridad legitimadora frente a la otra parte. Tiene el fin que le marca la norma. Esa es la fuente de su legitimación, sin perjuicio, naturalmente de un reconocimiento constante en su actuación de los derechos fundamentales que como individuo tenga, tema distinto.

Por otro lado, dentro del maldito entramado del Estado de Partidos que nos toca vivir, éstos llegan a cualquier parte y acaban desplazando y aún laminando cualquier Institución. Y los técnicos, dentro de un Estado de Partidos, si llegan, alcanzan sus posiciones, también, por débito al Partido, no por méritos propios, en la inmensa mayoría de los supuestos. Y, a su vez, quienes desde los partidos dirigen a tales técnicos, ya domeñados, son las cúpulas dirigentes de los Partidos y, paulatinamente, también, los segundones y tercerones de tales Partidos, quienes en su puesto y local concreto tienen un poder absolutamente incontrolado (salvo que eventualmente ordene y mande el “jefe” de turno correspondiente, también del Partido). Y tales jefes y jefecillos no suelen ser, casi nunca, técnicos relevantes preparados, sino simplemente lacayos de su Partido (y de sus propios intereses y caprichos, cuando no corruptelas sin más).

En consecuencia, descrita esa situación, queda muy lejos de esa aristocracia bien pensante formada por técnicos iluminados que se desprende de las tesis del profesor Parejo. No son ni suelen ser los dirigentes y sub dirigentes de los partidos —desde luego tampoco de los Sindicatos, que son la otra moneda que se reparte gran parte del poder junto con los Partidos— sujetos especialmente preparados. No. Suelen ser devotos y fieles miembros de su organización a la que todo deben y de la que todo esperan. Y la técnica, con sus exigencias, suele ser más bien, vista con recelo, cuando no con hostilidad, por tales Partidos y Sindicatos. Nada que ver con esa “vanguardia” que puede ofrecer y dar una “orientación social permanente” basada en el conocimiento, técnica, solvencia y eficacia.

La realidad del Estado de Partidos es la de una democracia basada en pura mediocridad en la atribución de los cargos públicos, inclusive ya de los más técnicos y aparentemente importantes, en la que todo se debe al Partido.

La sobrevaloración de la técnica al servicio del poder burocrático pretendiendo recrear un mundo propio y aparte de la sociedad, a la cual, sin embargo, dominaría mediante una “orientación permanente”, es el sueño dorado del constructivismo administrativo, máximo obstáculo al proceso liberalizador que, justamente en las antípodas, confía directamente en la sociedad y en su espontánea creatividad.

A juicio de Parejo, el modelo tradicional está agotado.³⁹

Agotamiento del Parlamento “determinado por el corsé de la simultaneidad de la persistencia de su concepción clásica y las exigencias de nuevas funciones sociales que se ve dificultado de asumir”. Agotamiento del Ejecutivo “situación paradójica del poder ejecutivo, cuya realzada posición en el sistema se ve distorsionada por el cruce del lastre de la negativa imagen del poder concentradora de las críticas y los requerimientos de limitación, garantía y control, con el incremento continuado y exponencial de demandas de intervención y actuación ágiles y eficaces”. Agotamiento del Poder Judicial: “y la sobrecarga insoportable final del poder judicial, receptor obligado —por la imposibilidad de la traslación a otra instancia ulterior de las tensiones del sistema— de las disfunciones generadas en éste por el funcionamiento inadecuado de las dos anteriores piezas del mismo”.

La crítica al Parlamentarismo, aún revestida de “modernidad” y de “técnica” está en la base de todo el pensamiento del iluminismo burocrático, causa próxima de la creación de dificultades al proceso liberalizador, al sustituir el “cosmos” —regido por un “nomos” — por un “taxis” —regido por una “thesis”— dirigido a un fin preciso y no autoregulado.⁴⁰

Es completamente cierto que en el Estado de Partidos, no sometido a reglas sino a la voluntad momentánea de la mayoría circunstancial de cada instante en cada situación concreta, órgano concreto e institución concreta, es solamente la voluntad del poder partidista encarnado en la dirección política de turno, la

³⁹ op. cit. pp. 34-35.

⁴⁰ La distinción, ya clásica, en HAYEK, F. A, “The Confusion of Language in Political Thought”. Londres 1968.

que determina todo el desempeño organizativo e institucional de cada unidad de poder. Sea, ésta última, puramente administrativa o, inclusive, parlamentaria. También la judicial, y no hay más que observar al Consejo General del Poder Judicial —incluso sin excesivo estudio ya que por su grosería la exposición y exhibición de sus defectos es cada vez más evidente— para comprobar cómo las carreras de los Magistrados dependen en definitiva de la buena relación que cada uno de ellos tenga con el Consejo; en definitiva, con los Partidos Políticos.

Pero tanto en este caso, el judicial, como en el parlamentario, al menos se da una cierta estabilidad basada en la permanencia, más o menos temporal, de cada miembro en la Institución, aunque naturalmente, sabemos, en lo esencial se depende del partido político si se trata de asuntos de extrema importancia en el caso judicial (no digamos en el Fiscal) y siempre y en todo caso en el parlamento. Pero si ya lo comparamos con el entramado gubernativo-administrativo, entonces, la situación es exactamente inestable, ya que continuamente se cambia al titular del órgano administrativo (excluimos en este examen el análisis de las “Agencias Independientes”) ⁴¹

No parece pues que criticar al Parlamento o al Juez, a cambio de alzaprimar el del Gobierno y Administración, sea ni mucho menos, una tesis a seguir.

2.4. Algunas críticas a estas tesis

Resulta difícil aceptar estas tesis.

A) Por lo que se refiere al Parlamento, hay que decir públicamente que nunca en la historia española ha tenido tanto protagonismo y ha estado tan presente en la vida de los ciudadanos ⁴². Cumple ampliamente con todas las clásicas fun-

⁴¹ Ya no debe sorprender que en el análisis de las Instituciones Políticas se incluya al denominado Poder Judicial, en realidad, Poder del Consejo General del Poder Judicial. La carrera judicial solamente conserva de regla, por el momento, el sistema de acceso. Luego, ya, comienza una fuerte politización, que aumenta a medida en que se sube en la carrera y que culmina desde luego en los nombramientos más Altos. Y estos Altos Jueces, son en realidad, Altos Cargos en medida no desdeñable, que saben perfectamente bien que su mantenimiento y promoción depende, exclusivamente, de la simpatía con que sean considerados por el Partido Político de turno. Aun así, cuando se trata de situaciones más o menos lejanas al Poder, normalmente los Partidos no se entretienen en las pequeñeces ni están —ni pueden estar dado el altísimo número de litigios— al tanto de cuanto sucede dentro de los Juzgados.

Solamente cuando afectan al Poder, lo cual sucede de ordinario en el Contencioso-Administrativo, las cosas cambian. Y así el Poder dispone de privilegios expresos, también de los privilegios ocultos, y, finalmente.

⁴² La crítica al Parlamento ha estado siempre presente en todas las teorías que, de distinto signo incluso, han apostado por una visión técnica de la sociedad superadora de la crisis de identidad que, al parecer, le sobreviene forzosamente por elegir democráticamente a sus representantes.

En el ámbito de la izquierda, es claro en las tesis de Lenin y “tutti quanti”. Gramsci no obstante es un caso un tanto especial. En el caso de la derecha, ahí está todo el pensamiento de Carl Schmitt y su odio al parlamentarismo.

En ambos casos, y como resultado unitario de un combate desde las antípodas contra el enemigo común que es el parlamentarismo, el resultado es siempre el mismo, es decir, una visión “técnica” de la Ley, que ha de apoyarse en una aún más técnica visión de la norma administrativa, colocada así en el centro de reflexión de todo el sistema de fuentes. El papel central del Reglamento, su pretendida

ciones parlamentarias y, muy especialmente, con la de control del Ejecutivo. Las sesiones de las Comisiones llegan a ser filmadas y televisadas. Son noticia de primera plana. Los parlamentarios, ya experimentados y superada la bisoñez inicial obligada por la llegada de la democracia, con algún peso, sin duda apagado por el Estado de Partidos, pero indudablemente superior en transparencia a lo que realiza el Gobierno y la Administración. ¿De dónde ese momento histórico en el que al parecer el Parlamento sí cumplía con funciones que hoy no cumple y que están “agotadas” y le “hace perder identidad”? Tienen además las Cortes Generales un apoyo técnico notable, con un excelente cuerpo de Letrados de las Cortes Generales que producen unos importantes documentos utilizados por todos. La vida parlamentaria es bastante ágil y cargada de trabajo. En fin, no encuentro motivo alguno para aceptar tan genérica crítica y desde luego en lo que hace a la vida parlamentaria no es cierto que “cualquier tiempo pasado fue mejor”.

Otra cosa, nunca suficientemente criticada ni por el Profesor Parejo ni probablemente por nadie, es la imposición de un Estado de Partidos que anega todo, todo lo asfixia y acaba con todas las Instituciones, o al menos, lo intenta.

Efectivamente, este protervo Estado de Partidos ha arrasado con las Instituciones, elimina la técnica y con ella la calidad y la excelencia, y sustituye todos los principios generales del Derecho por el de la igualdad entendida como punto final de arribo de toda acción sea política, institucional, económica, profesional...⁴³

Es el Estado de Partidos, no suficientemente atacado ni criticado, el que definitivamente elimina, con su dogmática vulgaridad, las Instituciones, elimina la tradición, desplaza y humilla a quien pretenda actuar por sí mismo, en fin, es la clave del mal hacer de la democracia que está siendo, definitivamente, abandonada en la práctica por ciudadanos que cada vez más se resignan, encogen de hombros y abandonan todo intento de pensar y de actuar en el ámbito público, ante la imposibilidad de llevar a buen puerto ninguna actuación. Este es también, junto con los excesos de la descentralización territorial⁴⁴, la clave de la pérdida de poder

equiparación a la Ley, la búsqueda de espacios normativos propios, la desvalorización en fin del Parlamento, son lugares comunes en toda la ideología técnica y tecnocrática de la Ley.

Vid mi trabajo “Breve Reflexión sobre Carl Schmitt” en la Revista de las Cortes Generales, núm. 6.

Para una defensa racional pero con pasión de la Ley parlamentaria, vid. Weber, M. “Economía y Sociedad”, traducción española. Méjico 1976, pp. 234 y ss.

⁴³ La crítica se da también, en términos acervos, en otras latitudes. Vid Helena Kennedy, Baroness Kennedy of The Shaws, of Cathcart in the City of Glasgow” en su trabajo, “Just Law”. Vintage Books. London 2005.

⁴⁴ Incluso desde la perspectiva exclusivamente técnica las disfuncionalidades del Estado Autonomico son evidentes.

Así lo reconoce el propio Gobierno cuando en el Boletín Oficial del Estado del día 1 de abril de 2011, indica:

“DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

5837

Orden TAP/700/2011, de 17 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2011, por el que se aprueban los programas y políticas públicas que serán objeto de evaluación por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en 2011.

y de fuerza del propio Poder Judicial (piénsese solamente, para comprobarlo, en el lamentable estado de ejecución de las Sentencias, donde puede concluirse que la expresión constitucional de que corresponde al Poder Judicial “hacer ejecutar lo juzgado” es simplemente un pío deseo en el ámbito urbanístico, por ejemplo).

B) Sobre el Poder Judicial. Aquí, inevitablemente, surge la polémica entre T.R. Fernández y L. Parejo. Ciertamente ha pasado ya mucho tiempo de ella, y ha llovido mucho, tanto que hoy hay un aguacero, un diluvio provocado por la inmisión cada vez más fuerte, tanto del Poder Ejecutivo, como de los Parlamentos Autonómicos sobre la Justicia y sobre la ejecución de Sentencias y, en fin, de quienes puedan hacer ostentación de poder suficiente como para parar una Sentencia (en el caso de planes urbanísticos, basta que un Ayuntamiento cambie el plan para dejar sin efecto una Sentencia). Situación ésta que desde la perspectiva de la división de poderes y por ende del Estado de Derecho, supone su quiebra sin más.

En relación con aquella vieja polémica, en la que subyace en el fondo dos concepciones sobre el Estado de Derecho, tengo que decir que ya me he pronunciado públicamente sobre este tema. Vuelvo a hacer gracia de expresar por segunda vez mi opinión. Según creo, soy el único que hasta ahora lo ha hecho.⁴⁵

Pero algunos datos pueden ofrecerse en línea de lo que en ese lugar tengo escrito.

Por de pronto, en países como Alemania que son los que más claramente han practicado los postulados del Estado Social y a los que acude nuestro colega, tienen exactamente el mismo problema.⁴⁶ Y, curiosamente, este problema

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de marzo de 2011, adoptó el Acuerdo por el que se aprueban los programas y políticas públicas que durante este año serán objeto de evaluación por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.

ANEXO II

Informe relativo a posibles duplicidades, solapamientos e ineficiencias en el Estado Autonómico

En España, tras constatarse el éxito del modelo territorial previsto en la Constitución de 1978, se debate cómo mejorar la eficiencia del mismo para afrontar los nuevos retos. Otros países descentralizados, como Estados Unidos, Suiza, Australia, Alemania ó Canadá, han hecho este mismo ejercicio de reflexión sobre sus sistemas de organización territorial del poder en los últimos 15 años.

A pesar de que descentralización y eficacia van de la mano, siempre hay un margen para la mejora.

Bajo estas premisas, la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios elaborará un informe relativo a la mejora en el funcionamiento del Estado Autonómico, centrado en identificar las posibles duplicidades, solapamientos e ineficiencias del sistema e incluyendo las propuestas de mejora, en su caso, siempre desde la lealtad institucional, el respeto al marco constitucionalmente diseñado y a los Estatutos de Autonomía, y bajo el principio de que la descentralización debe estar ligada especialmente a la eficiencia y la calidad de la acción pública.

Sexto. *Publicación y entrada en vigor*.—El presente acuerdo tendrá efectos a partir de la fecha de su aprobación y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

(Nótese esta curiosa “anticipación” de los efectos de este Acuerdo sobre la fecha de publicación, basado simplemente en que la orden de elaboración de un informe no es una norma). “

⁴⁵ “Desregulación, privatización y derecho administrativo”, cit. “Addenda a la nota del autor”.

⁴⁶ Vid. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ “La Jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania”.

es bastante menor en países de distinta tradición, como es la anglosajona. En el Reino Unido y también en los Estados Unidos, los calendarios y retrasos tienen un cariz muy distinto.

¿No estará ahí más bien la causa de la diferencia? ¿No serán los cimientos profundos del “common law” frente a los del “derecho romano” los que realmente sean los que nos llevan a una concepción profundamente distinta del poder judicial y de su aplicación práctica?⁴⁷ ¿No es el sistema entero de justicia continental el que lleva imparablemente a la situación descrita? ¿No será la distinta y aún diferente concepción del principio de división de poderes a uno y otro lado del Atlántico la diferencia capital entre una simple separación estanca y un balance entre ellos en los que ninguno es soberano frente a los demás? ¿No es ésta la base de la inejecución de Sentencias?

Ciertamente hay que repensar, de arriba abajo, todo el orden judicial y el papel del Juez. Pero en la línea, doble, de exigir que cumpla con la Ley, nada más que con la Ley y con toda la Ley (y deje de inventar sobre lo que le parece que es el “interés general”) y desde luego obligarle a que actúe y se le den las armas para que lo haga. Y con petición de responsabilidades si sigue olvidándose de cuál es su verdadero papel.

Otro dato.

Desde posiciones claramente coincidentes con las que subyacen a la aproximación y concepción del Dr. Parejo Alfonso, se ha llegado a postular justamente lo contrario.

En una preciosa carta, el que fuera Primer Ministro de Francia, el socialista Michel Rocard, se dirigió hace ya bastantes años, pero conservando todavía el aroma y frescor, a las Señoras y Señores Ministros y Secretarios de Estado recordándoles que:

“Socavando la autoridad del Juez, pueden llevar a los ciudadanos a perder la confianza en la Justicia... las decisiones jurisdiccionales con autoridad de cosa juzgada son ejecutivas por ellas mismas. La Administración está obligada a someterse a ellas y a adoptar espontáneamente todas las medidas de ejecución

1993. No deja de sorprender que en todo caso, la línea destacada por gran parte de la doctrina alemana citada en este trabajo, a empezar por el profesor M. BULLINGER, camina hacia el que denominan “Estado de Derecho Perfecto”, superador en opinión de tales autores del contencioso francés (de antes de la reforma Braibant) **y que basan en unos mayores poderes de control judicial**. Justamente lo contrario de las tesis importadas por el profesor Parejo Alfonso del Dr. H. HILL y, en alguna medida, del Dr. W. R. SCHENKE.

Es claro que en Alemania, según nos informa el trabajo de González-Varas Ibañez, la línea mayoritaria tiende a reforzar los poderes del Juez.

En Francia el Código de Justicia Administrativa que hizo Guy Braibant logra que los Jueces tengan que dar verdadera preferencia y hacer justicia de verdad, y no continuar con una justicia teórica y cobarde que siempre es deferente y preferente con la Administración, con lo cual esta sabe que los Jueces no importan y que son impunes en sus decisiones e inmunes a cualquier acción del administrado que no sea la mera súplica o el ruego. En Francia se llega al punto de que se puede visitar por la noche al Juez en su casa si el asunto es verdaderamente urgente para que desde ahí dicte la medida cautelar puesta por el aumento de los poderes del Juez frente a la Administración.

⁴⁷ CANEGEM VAN, R.C. “The Birth of the English Common Law”. 2.ª Edición. Reimpresión 1994.

que conlleven estas decisiones. Ninguna Corporación Pública debiera, por negligencia o lentitud, sustraerse a esta obligación... La actitud observada por ciertos Departamentos ministeriales frente a las decisiones adoptadas por las jurisdicciones administrativas de primera instancia en contra del Estado, me lleva además, a dirigirles las directivas que siguen. La equidad, la seguridad jurídica, la saturación de los Tribunales deben incitar a no recurrir jamás en apelación con ligereza. La decisión de apelar está subordinada al cumplimiento simultáneo de dos condiciones: probabilidad suficiente para el Estado de resultar victorioso en apelación; realidad del ataque causado por la sentencia a los intereses materiales y morales del Estado.

En aplicación de esta regla se abstendrán de recurrir en apelación cuando, en el estado de la jurisprudencia, ésta no tenga más que probabilidades mínimas de éxito. Les pido pues que se conformen con la decisión del juez de primera instancia cuando la cuestión suscitada haya sido zanjada en otro asunto por el juez de última instancia”⁴⁸.

¡Igual que aquí! Las lúcidas y lucidas advertencias de L. Martín Retortillo en su nota introductoria, excusan de cualquier otro comentario. Y valga la pena el recordatorio, porque Francia, según sabemos, cambió de raíz su contencioso y ha ido dando pasos de gigante en pro de un Estado de Derecho en el sentido más clásico del término. Y ahí se incluye la re-valorización del Poder Judicial. Recordar la historia, la grande y la pequeña, no es solamente un ejercicio de lujo erudito, sino una joya de la más exquisita orfebrería jurídica, dispuesta a ser lucida, también, en ocasiones futuras.

Es, paladinamente, por confesión propia, la misma Administración la que abusa del poder de litigación atascando los Tribunales. No es una crisis inocente. Se obtiene una importante cuota de poder negociador al tener obturado el canal judicial.

Hay más. Lo ha reconocido “*expressis verbis*” el que fuera Ministro de Interior y Justicia, a la sazón sólo Ministro de Justicia, también hace muchos lustros, pero interesando rescatar aquellas viejas ideas a los efectos de este artículo.

En unas interesantes declaraciones realizadas a la Revista Jurídica del Colegio de Abogados “OTROSÍ”⁴⁹, el Sr. Belloch contestó:

“P. ¿Qué hará usted para que la Administración no siga pleiteando contra el criterio jurisprudencial consolidado, uno de los motivos del atasco judicial? R. Dar instrucciones específicas al Servicio Jurídico del Estado, que depende de esta casa. Será la primera instrucción política que dará al Director General, porque eso es verdad, no cuesta dinero y debe hacerse ya.”

⁴⁸ Con nota introductoria de L. MARTÍN RETORTILLO y traducción de A. FANLO LORAS. RAP 118. pp. 463 y ss. Creo recordar que Rocard era de religión protestante.

⁴⁹ Díez-PICAZO. “La doctrina de los Actos Propios” Bosch. Barcelona. pp. 61 y ss. J.E. SORIANO. “El principio general de no ir contra los propios actos”. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 23. (octubre-diciembre 1979) y “Non Venire Contra Factum Proprium”, en la obra colectiva dirigida por J.A. Santamaría Pastor “Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo”. La Ley. 2010. pp. 428 y ss.

No cabe mayor claridad. Confesión de plano. Reconocimiento absoluto. La voz más autorizada del Estado para decirlo lo reconoció en términos que no cabe matizar. Luego, que se sepa, no lo hizo, pero la confesión queda hecha. Sería recomendable que el actual Gobierno lo hiciera también dando instrucciones prácticas para conseguirlo. El monstruoso problema del atasco de la Justicia es la quiebra práctica más importante y flagrante del Estado de Derecho.

No hay ningún problema especial respecto de la teoría. Los jueces pueden perfectamente tomar y seguir tomando sus resoluciones.

Efectivamente resulta insoportable tener atascado el contencioso administrativo. Pero en medida nada desdeñable, por actitud de abuso de litigación de la propia Administración. Aquí, teniendo en cuenta la unidad global del Estado debería llegarse a aplicar la doctrina del estoppel. Es la Administración la que en gran medida no quiere que funcione el Poder Judicial. Lo dije, insisto, el propio Ministro de Justicia.

Resulta evidente que si los actos de la Administración Pública tuvieran una rápida fiscalización por los Tribunales de Justicia, se habría producido una “revolución silenciosa” que determinaría un vuelco completo en las relaciones de poder entre la Administración y los ciudadanos. Las empresas no tendrían que soportar inermes cualquier regulación o decisión, sino que podrían desafiarlas sin temor ante los Tribunales. Y el importante correctivo que éstos impondrían en las relaciones jurídicas y en las regulaciones administrativas, sería simplemente imponente. La descripción de la realidad sería completamente distinta.

*El abuso de litigación por la propia Administración Pública es una de las causas principales de atasco del contencioso-administrativo y una de las más graves dificultades al proceso liberalizador.*⁵⁰ _

2.5. El intento de una “Administración libre de la Ley”. La condena del garantismo. Consecuencias: escándalos y corrupciones. Volviendo a los controles. El Poder judicial como esperanza de recuperación y sus riesgos: mirádonos en el ejemplo de Italia ⁵¹. De vuelta a la ortodoxia: la renovada vitalidad del derecho Administrativo clásico.

2.5.1. *El intento de crear una Administración libre de la Ley. La tesis de la “vinculación estratégica”*

2.5.1.1. Notas sobre el verdadero objeto perseguido con esta tesis

⁵⁰ ¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía— Madrid. 1993. Vid pp. 85 y ss. En julio de 1994, el número de reclusos sin juzgar en situación preventiva, ascendía a 12700, un total del 26% de la población reclusa.

⁵¹ Hasta el día 29 de julio de 1994, el Primer Ministro Silvio Berlusconi no renuncia a la dirección y administración de su patrimonio empresarial, y ello consecuencia de la detención por “manipuliti” de su hermano por consecuencia de los escándalos de FININVEST (acusación de cohecho por importe de 30 millones de pesetas para evitar el pago de impuestos).

Si no se dan esos presupuestos en estos dos poderes, es decir, si no existe ningún motivo de cambio para entender que el Poder Judicial y el Parlamento han de modificar para nada su actuación **como tales**, hay que ir directamente a estudiar cual es el significado que se quiere dar a la liberación del Poder Ejecutivo respecto del judicial y que consecuencias tendría también respecto del parlamentario.

En realidad, lo que se pretende es, con toda claridad, ofrecer un espacio libre de actuación al Poder Ejecutivo, el cual no tendría que exigir habilitaciones permanentes del Parlamento ni someterse al control judicial, en gran medida.

Adelanto mi rechazo a la tesis. Y lo rechazo con las añejas y consolidadas palabras del Tribunal Constitucional, quien, además de calificar de “en cierto modo insuprimible potestad reglamentaria”, tiene perfectamente situado el papel que el Reglamento cumple en el sistema de fuentes desde su conocida sentencia de 14 de junio de 1982:

“La distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero la habilita”.

Y adelanto también que, a mi juicio, vuelve a teorizarse sobre una situación concreta, la de la década de los ochenta y principio de los noventa, en la que existía un poder supuestamente progresista basado en la mayoría absoluta.

El formidable pensamiento de L. Parejo, va recto y directamente dirigido a liberar a la Administración de los controles y garantías tradicionales, buscando para la Administración Pública una renovada fuente de legitimidad en el Estado Democrático que la flexibilice del, en su estima, viejo corsé legal del Estado de Derecho.⁵² *Sin duda alguna, la eliminación del principio de legalidad y la generación de reglamentos independientes, constituye una de las dificultades mayores para todo el proceso liberalizador.*

Parte este autor de que la pretensión de legitimación significa el rechazo de cualquier suspicacia, desconfianza o recelo frente a la acción estatal y, en particular, la administrativa, exigiendo una mera programación legal de su activi-

⁵² Llamo la atención sobre el dato de que teóricos del Estado Social, han admitido claramente la permanencia como tal del puro Estado de Derecho.

Así FORSTHOFF (op. cit. p. 102), señala que: “El mundo occidental ha mantenido el Estado de Derecho (que en su origen estaba vinculado a un siglo liberal como fue el siglo XIX y a su sociedad), en la realidad social actual, tan distinta en muchos aspectos sustanciales, y lo ha restablecido de nuevo allí donde había sido ésta destruida. Ello fue solamente posible porque se probó que las Instituciones del Estado de Derecho podían ser separadas de la realidad originaria donde nacieron”.

Me permito argüir que, justamente eso, es lo que no ha probado el denominado Estado Social y Democrático. Precisamente ahora que las pirámides de población ya no son tales pirámides sino figuras más bien abstractas, se pone en cuestión, absolutamente, la viabilidad misma del Estado Social. Este solo funciona con poblaciones jóvenes y en períodos de bonanza económica. No es atemporal sino, por el contrario, bien pagado a las circunstancias económicas.

dad (de la Administración) con una progresiva “flexibilización” de la posición y del margen de libertad de acción y decisión de la misma.

No niega, desde luego, que se exija paralelamente un efectivo control jurídico, social y político, de la Administración, pero, añade, que su realización aparece cada día más en entredicho, reclamando “modificaciones revitalizadoras” de ambos tipos de controles.

Veremos después hacia dónde conduce nuestro autor tal “modificación revitalizadora”.

En consecuencia, entiende Parejo, no resulta posible el mantenimiento de una teoría de la Administración cuya acción esté escorada del principio del Estado de Derecho, *“por un exceso de influencia de éste, que si tiene una explicación histórica, carece hoy de toda justificación y supone una anomalía y una disfunción injustificadas”*⁵³. En nuestra opinión, justamente las exigencias del Estado de Derecho, al apostar más por los derechos subjetivos que por los meros intereses, supone una mayor garantía de demostración de las bondades del proceso liberalizador. Este proceso encuentra desde luego muchas más oportunidades de lograrse en un contexto en que los derechos son poderes jurídicos atribuidos a las personas, a los sujetos de derecho, que en el supuesto en que las esferas de poder de los ciudadanos son meros intereses no protegibles en sede judicial, sino meramente presentables como simples hipótesis en las que las hipótesis representadas por otros intereses, valen exactamente lo mismo. La confusión en que se acaba cuando los derechos son meros intereses es un homenaje a la postmodernidad, rechazable absolutamente desde la teoría de los principios, que no son débiles valores situados en el mismo plano, sino elementos fundadores de todo el ordenamiento y guía de actuación⁵⁴.

La conversión de los derechos en meros intereses, paralela a la conversión de los principios jurídicos en meros valores, impide consolidar un estado jurídico en que los titulares puedan organizar en clave de Derecho las relaciones económicas, negociándose así todo el ámbito de situaciones, en las que todo vale, todos los valores son “igualmente dignos de protección” y carentes de ningún tipo de supremacía epistemológica. Con ello se produce un daño tremendo a todo intento de liberalización, proceso éste basado al final en la defensa de los derechos individuales, lo que impone límites precisos y resueltos a su negociación permanente frente a los intereses de los demás, pudiendo ser defendidos “unguibus et rostro” ante los Tribunales.

No hay pues jerarquía, a juicio de este autor, entre el Estado de Derecho, como valor superior, y su caracterización como social y democrático.

Son tres valores colocados en el mismo nivel y cuya ponderación mutua, sostiene Parejo, hay que alcanzar mediante consideraciones recíprocas.⁵⁵ La Democracia estaría en la base de cualquier situación, incluyendo las personales y empresariales, que se verían así envueltas en una permanente discu-

⁵³ Recuérdesse en este punto la admonición de E. FORSTHOFF (op. cit. p. 106): “Una radical tendencia social en el Estado terminará necesariamente en un Estado de Administración, que no puede ser ya Estado de Derecho”.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA op. Ci. Loc. Ult. cit.

⁵⁵ op.cit. p. 44.

sión en la que siempre triunfarían las mayorías circunstanciales de cualquier situación dada.

No existirían derechos propiamente tales, —salvo quizás los estrictamente fundamentales en una consideración estrecha de los mismos, sin incluir por supuesto ni la propiedad ni la libertad de empresa— puesto que la característica principal de éstos, frente a los meros intereses legítimos, es su “no compartibilidad forzosa”, su “estanqueidad” frente a los de los demás; su carácter estable asegurado, incluso contra la mayoría, por Tribunales independientes.

Y la Democracia, como fuente no solamente última de la organización política, sino permanente y actual de cualquier relación social, obliga a someter a discusión perpetua el carácter, ámbito y extensión de todo poder jurídico, que se convierte así en un mero interés a conjugar y delimitar con otros, igualmente dignos. Ninguna situación ni relación social, pues, puede pretender apoyarse en el mero título de legitimación jurídica para aspirar a producir efectos precisos y concretos en la realidad, sino que se tratarían de meras aspiraciones, meras expectativas, cuya influencia en la realidad de las cosas, dependerá principalmente, a su vez, de la capacidad de convencimiento e influencia sobre los demás que constituyan, en esa situación concreta, la mayoría de tales intereses. Así sólo el “consenso” y la transacción sobre los propios derechos, abocados a su permanente discusión, serían los medios de ejecución y desarrollo de las potencialidades jurídicas contenidas en ellos.

Debemos recordar aquí, y luego insistiremos, la conclusión a que llega E. Forsthoff⁵⁶ sobre la compatibilización en plano igual de tales formulaciones del Estado.

Decía así:

“Se puede plantear así otra vez la pregunta de si es posible la fusión de los elementos social y liberal en la unidad de una Constitución.

Para contestar a esta pregunta es preciso tener presente que —dicho en términos sencillos— no se consigue el Estado Social de Derecho con medio Estado social y medio Estado de Derecho. Es decir, no es posible una solución de compromiso que se escamoteara en una y otra vía lo que de cada una de ellas resultara incómodo. Muy por el contrario, se trata de tomar el Estado de Derecho en su más estricto sentido y, sobre la base de su sistema conceptual, formas e instituciones, de contrastar hasta dónde y en qué medida es compatible con los contenidos y exigencias del Estado Social, y, en consecuencia, pueda abrirse a éste. En la elección de este punto de partida se sitúa una opción en favor del Estado de Derecho. Tal opción no se asienta en una elección individual, se da en la misma Ley Fundamental. La opción en favor del Estado de Derecho efectuada por la Ley Fundamental es primaria y evidente, se manifiesta en el artículo 20 de la Ley Fundamental y se refuerza al máximo en el artículo 79”.

⁵⁶ Op. cit, p. 80.

No está mal este reconocimiento para provenir de uno de los teóricos del Estado Social. Por ello, cobra fuerza aquí las ideas de Hayek en sus “Fundamentos de la libertad”, cuando proclama que el Estado Social es la dinamitación de los principios constitutivos del Estado de Derecho. Es, al final, la justificación misma de la vulneración de los límites al poder. Es la consagración epistemológica del triunfo del fin sobre los medios.

Una visión finalista de las tareas del Estado que haga abstracción de los medios, es un ariete lanzado contra el proceso liberalizador, al prescindir de las formulaciones que deseen realizar los sujetos privados, encargados precisamente de cumplir y hacer cumplir todas las tareas económicas propias de una sociedad libre en la que, por definición, no se conocen los fines últimos ni la actuación de las personas ni de las normas con las que se dotan, ni está dirigida a lograr “un fin”, sino a poner los medios necesarios para ir consiguiendo sus fines particulares, propios y modestos.

2.5.1.2. Estado Social. Algunas ideas

Para ir preparando mi respuesta, que construiré más globalmente, señalo que estoy bien lejos de esta construcción. El Estado de Derecho, “law no men” sigue siendo a mi juicio el valor fundamental y nuclear del Estado.

En su análisis sobre el “Estado Social”, quiero recordar las ideas de Forsthoft⁵⁷, sobre la aplicación de este concepto en Alemania.

Decía así:

“La cuestión que se plantea es si dos Estados tan distintos (Estado de Derecho y Estado Social), con estructuras jurídicas tan diferentes como la del Estado social de prestaciones y las del Estado de Derecho de libertades pueden ser acoplados en una misma Constitución... La idea central... puede ser resumida así: El Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles en el plano constitucional y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una Constitución Liberal”.

Puede haber Estado Social sin que para nada exista el Estado de Derecho⁵⁸. El ejemplo, bien claro del franquismo, es un caso de libro. Para acallar todo intento de crítica por parte de los ciudadanos, en el franquismo se concedió una protección laboral absolutamente rígida que hoy ya hemos tenido que revisar, pese a la defensa a ultranza que de tal legislación se hizo, épicamente, desde una cierta izquierda ligada a una visión sindical. Para acallar las exigencias de los ciudadanos, se concedía una legislación de alquileres, que hoy estamos verificando,

⁵⁷ En “El Estado Social”. Madrid. 1986, pp. 45 y ss.

⁵⁸ LORENZ VON STEIN fue precisamente quien acuñó este concepto. Vid sobre este autor recientemente mi trabajo citado, pp. 127 y ss. Su defensa de la Monarquía absoluta como reformadora social, ilustra el objetivo final del autor, bien que siga siendo uno de los pensadores a los que hay que volver siempre que entramos en el terreno de la historia de la disciplina.

justamente para hacer mercado y que es necesario volver a revisar. Para silenciar a los ciudadanos se creó una monstruosa Seguridad Social que mañana tendremos que escrutar; incluso quien fuera por antonomasia el Ministro de Economía y Hacienda socialista, Sr. Solbes, advirtió que el pago de pensiones está puesto en entredicho, al mismo tiempo que todos los indicadores económicos y los propios titulares del Ministerio de Seguridad Social en sucesivas ocasiones han reconocido ya la quiebra técnica de la Seguridad Social y es una de las causas más graves de la falta de competitividad de la economía. Las regulaciones corporativas, de protección industrial, sobre los servicios, fueron realmente enormes, coincidiendo desde luego con las propias de un “Estado Social”. A decir verdad, el franquismo fue el “más social” de todos los regímenes políticos.⁵⁹

El franquismo, como mucho antes Bismarck, sabía lo que se hacía para apostar por el Estado Social como componente fundamental de la acción del Estado⁶⁰.

Es cierto que existe además una línea ingenua que partiendo de la izquierda radical pretende también apostar por el Estado-Beneficencia. Tal fue el cometido de los radicales en la Tercera República Francesa⁶¹, inspirados en el redentorismo social y en las propuestas alemanas de reformismo social de Von Stein y seguidores y de algunos liberales ingleses de principios de siglo, como Green y Hobbhouse influenciados por la obra de Hegel.

En ambas direcciones, sin embargo, se acaba propugnando la pura estatización, en los términos descritos⁶².

Como señala Forsthoff⁶³, “Adaptando una expresión humorística sobre el Romanticismo está uno tentado de decir: social es un” indefinibles definiens. Bajo estas consideraciones, estimo que las afirmaciones generales sobre el Estado social son de escasa utilidad”. Y añade: “Se pueden trazar límites al Estado, en

⁵⁹ La notable obra del Instituto Nacional de Previsión, que fundado por Eduardo Dato, recorre todo el siglo XX con inclusión expresa del franquismo, muestra a las claras como en aquella Dictadura se conocía bien lo que supone, como otrora hiciera Bismarck, garantizar salud, desempleo y pensiones a los trabajadores.

⁶⁰ A. GARRORENA MORALES, cit. pp. 39-40, tiene escrito sobre este punto:

“Primero fueron los movimientos fascista y nacionalsocialista, es decir, los autoritarismos de derecha, quienes asumieron intensa y polémicamente la calificación de “social” para sus regímenes de dicha calificación —y de la política social aplicada desde la autoridad en que la misma se tradujo— hicieron una profusa utilización táctica al esgrimirla como supuesta superación dialéctica del socialismo y del capitalismo, superación cuya entidad meramente semántica quedó tanto más al descubierto cuanto que distó mucho de desembocar en un desmantelamiento de las estructuras capitalistas. Véase, por ejemplo, la significación que adquiere el adjetivo “social”, como punto de referencia desde el que entender al Estado de Benito Mussolini, diferenciándolo de los modelos liberal, democrático y socialista, en los Principios de Derecho Constitucional del Estado Fascista de Pietro Garofalo, en igual sentido el artículo 31 de la Constitución de Portugal salazarista, o la paradigmática fórmula del artículo 1 de nuestra pasada Ley de Sucesión.

⁶¹ E.K. BRAMSTED Y K.J. MELHUSH, cit. p. 124.

⁶² Observó Gervinus, un demócrata liberal sin tacha en el tormentoso mundo alemán que “la lucha por la igualdad en todas las circunstancias, por la libertad del hombre frente al hombre, se basa forzosamente en la importancia del individuo”. Vid su trabajo “Introduction to the History of the Nineteenth Century”. Londres 1853, p. 126.

⁶³ op. cit. loc. ult. cit.

cuanto Estado de Derecho: pero dentro de esos límites sigue siendo poder de dominación. El Estado puede ser democrático, y fundar el poder público en la voluntad popular: el Estado sigue siendo poder de dominación y sólo queda sometido al principio democrático el modo de su constitución y de su ejercicio. El poder del Estado en cuanto tal, en todas las Constituciones, es el mismo”

Otra cosa será que a un nivel derivado de la Constitución, pueda y deba exigirse que la orientación de la acción estatal sea, justamente, la de conseguir siempre y en todo caso y como objetivo único la consecución del interés general. La consecución permanente de objetivos públicos y la actualización constante de los principios generales y derechos fundamentales, muy a tener en cuenta el principio de igualdad, sí es cometido absoluto del Estado. Es más: es su justificación. No habría Estado sin interés general entendido éste como la definición de los bienes públicos que necesita una sociedad. Es, precisamente, el ente encargado de localizarlo y aplicarlo, implantándolo por encima de los intereses particulares contrarios, llegado el caso.

Cuando se defina un bien como público y existan intereses particulares contrarios al mismo, es el Estado quien debe abatir esos intereses contrarios, mediante técnicas justas.

Ahora bien, este es el cometido ordinario del Estado de Derecho. Para eso crea una maquinaria judicial y no confía en la pura autocomposición de intereses. Para eso define los objetivos a través de un proceso plural que se determina en el Parlamento y cuya ejecución encomienda a un aparato de ejecución. La lucha por el Derecho es la lucha por lograr el respeto de los contratos, combatir el fraude, el temor y la coacción, evitando que el miedo insuperable y la violencia sean parte de la organización social.

“Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en realidad un Estado total, como no lo llegó a ser el Estado Nacionalsocialista. La dominación convertida en una función social supone la más perfecta dominación que en las presentes circunstancias se pueda implantar”.

Este es un resumen ofrecido por E. Forsthoff⁶⁴, que conviene tener presente a la hora de enjuiciar el Estado “Social”.

2.5.1.3. Estado Democrático

2.5.1.3.1. Vías de caracterización

En cuanto al Estado Democrático, es sabido que no ha tenido tanta teorización y que más bien ha acompañado a la cláusula del Estado Social, probablemente para distinguirlo de la fórmula autoritaria descrita anteriormente. Es

⁶⁴ op.cit. p. 51.

un comodín que permite hacer la conjunción hacia el Estado Social, evitando así la crítica al mismo. El verdadero sentido de la expresión “Democrático”, es proteger a la expresión “Social”.

En realidad, como señala A. Garrorena Morales ⁶⁵, de lo que se trataba era de superar históricamente el Estado censitario y luego, mediante una inflación semántica, se utilizó en las denominadas “democracias populares” ⁶⁶ (República Democrática de...), “uso indiscriminado de dicho adjetivo en las Constituciones del “Tercer Mundo”, incluso en aquellas que arropan auténticas dictaduras militares... a cuyo “debe” habría que cargar una no menos sensible depreciación del valor que, como significante, corresponde dicho término” ⁶⁷.

En la expresión “democrático”, como señaló Alf Ross ⁶⁸, pueden encontrarse con facilidad gobiernos cualificados después por una práctica antidemocrática. ⁶⁹.

En, la idea de “Estado Democrático” descriptivamente, señala Garrorena que pueden ubicarse en esta expresión: a) la radicación popular de la soberanía b) pluralismo c) Participación ⁷⁰.

Respecto de las dos primeras notas, poco más cabe añadir a las exigencias tradicionales del Estado de Derecho. Tanto la soberanía como expresión popular como el pluralismo, son básicas en esta concepción ⁷¹.

En cuanto a la participación, nos atenemos a lo que se expresará inmediatamente y que, realmente, es un elemento como se verá que ha quedado reducido a un nivel prácticamente de técnica jurídica, en un segundo nivel, pues.

⁶⁵ “El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho”. Madrid 1984, pp. 109 y ss.

⁶⁶ El paso hacia la democracia popular está totalmente teorizado en el pensamiento de la izquierda tradicional. A. Gramsci en “El Grito del Pueblo” (7/setiembre/1918), afirmaba que en Italia “Democracia era únicamente una palabra, una frase hecha, un figurín a la moda angloamericana, porque no existían partidos políticos organizados, esto es, partidos **orgánicos**, disciplinados en torno a un programa vivo que respondiese a intereses difundidos, morales y económicos”. Señala Mastellone (op. cit. p. 340), que Gramsci no creía que fuesen válidos los sistemas de las democracias liberales occidentales; habrían sido necesarias nuevas formas representativas a través de las cuales ejercitar la soberanía popular: una minoría partidaria habría debido ejercitar “la dictadura para permitir a la mayoría efectiva organizarse, volverse consciente de sus necesidades intrínsecas e instaurar su orden al margen de todo apriorismo según las leyes espontáneas de esta necesidad” Gramsci, A. “Scritti giovanili”. Torino 1975, pp. 161 y 302)

Sería un ejercicio interesante comparar el pensamiento de este italiano con su compatriota Pareto en cuanto a la teoría de las élites. La vanguardia parece un concepto elitista. Y en ambos casos, antidemocráticos.

⁶⁷ A. GARRORENA MORALES. op. cit. p. 116.

⁶⁸ La cita en A. GARRORENA. cit. p. 119.

⁶⁹ Sobre los dos orígenes del pensamiento democrático, el que apuesta por un sistema colectivo concentrado en el Estado (Grocio, Pufendorf, Hobbes) y el que sostiene al individuo como fundamento de todo pacto social (Altusio, Milton, Locke, Wolf), vid E.K. BRAMSTED Y K.J. MELHUISE “El Liberalismo en Occidente” Madrid 1982, pp. 25 y ss.

⁷⁰ Aquí la cita de GLADSTONE, uno de los grandes políticos liberales, es obligada: “Detesto cuanto ha dicho el honorable miembro del Parlamento... pero daría mi vida para que pudiera seguir diciéndolo...”. Vid A. Garrorena op. cit. p. 133.

⁷¹ En todas las distintas versiones, sea Sieyes, Constant o Lincoln. Vid A. GARRORENA, cit. pp. 118 y ss.

No obstante el carácter un tanto tautológico de la expresión “Estado Democrático”, hay que señalar que, ante lo mayúsculo de la expresión, que acompañaba nada menos que a la definición misma del Estado, se ha intentado buscar un espacio interpretativo propio al principio democrático.

Fundamentalmente por dos vías: la vinculación a objetivos populares y la teoría de la participación.⁷²

2.5.1.3.2. Vinculación a objetivos populares

De un lado, teorizando que el Estado ha de fundarse en el lema “Todo para el pueblo y por el pueblo”.^{73 74}

La primera parte de la expresión hunde sus raíces en el Despotismo Ilustrado. La actitud “lustrada” coincide en esto con la moderna formulación del principio y está en la base de la pretendida revalorización “técnica” del Estado, justamente revalorizada por coherencia por el profesor Parejo.⁷⁵

Es la última parte de la expresión la que acentuaría en esta tesis el principio democrático. “Todo por el pueblo”. Pero salvo que se entienda que hay que dar un paso potenciando los mecanismos asamblearios, la expresión se diluye directamente en el propio principio de Estado de Derecho, el cual no concibe en modo alguno la norma sino es emanada de un Parlamento elegido democráticamente.

La Constitución escrita más añeja de la Historia, la de los Estados Unidos de Norteamérica, que es la expresión misma del Estado de Derecho ejemplarmente mantenido durante más de doscientos años sin marchas atrás como ha sucedido aquí en Europa, comienza justamente con el conocido “We The People of The United States do ordain and stablish This Constitution...”.⁷⁶

Y desde luego para nada se teoriza ahí sobre el carácter democrático del Estado de Derecho como un valor nuevo y añadido al puro y simple Estado de Derecho.

Por consiguiente: si lo que se quiere decir con la expresión democrático es que la Ley tiene que proceder de un Parlamento elegido democráticamente, concedido sin paliativos. Pero para ese camino no es necesaria esta alforja. Ya está incluido, sin matizaciones, en el propio concepto de Estado de Derecho. Y por tanto es un añadido innecesario, irrelevante y, en cuanto oscurecedor del

⁷² Santori, “Teoría de la Democracia” 2.Vols.

⁷³ Conviene recordar que en el famoso discurso de 5 de febrero de 1794, Robespierre señalaba la moral pública y la igualdad como las dos virtudes propias del Estado Democrático. Lincoln, en su discurso de Gettysburg de 19 de noviembre de 1863 ya hablaba de la consecución de objetivos. Véase lo que sucedió con esta idea y con el dictamen de la UNESCO en A. Garrorena Morales, cit, p. 119

⁷⁴ PAREJO ALFONSO. op.cit. p. 58.

⁷⁵ op. cit. p. 39.

⁷⁶ Sobre la relación entre esta Constitución y los derechos de propiedad y libertad, vid, E.K. BRAMSTED y K.J. MELHUISE, cit, p. 26.

verdadero y prístino Estado de Derecho, es un adjetivo desorientador y por tanto, peligroso.

El Estado de Derecho es un Estado de razón. Y de razón jurídica, basada en una cultura política democrática⁷⁷. No existe ninguna teorización del Estado de Derecho que no parta, en su raíz misma, desde su base, desde su más elemental ontología, de que la Ley es consecuencia de una voluntad democrática. Sin democracia no existe, siquiera por aproximación, nada que se parezca al Estado de Derecho. Es grotesco, sencillamente, pretender que exista un Estado de Derecho en una sociedad no democrática. Es, la sociedad la que tiene que tener una organización política democrática⁷⁸. Esa es la base más elemental y cualquier paso dado en otra línea, es un puro espantapájaros de lo que puede ser un Estado de Derecho como resultado de su expresión.⁷⁹

⁷⁷ Desde otra perspectiva, absolutamente superada por la historia tras una inacabable serie de sufrimientos y horrores para quienes sufrieron la aplicación de esa teoría, Lenin —a quien hoy no es de buen gusto citar por lo que tiene de raíz en el pensamiento de un buen sector de la izquierda que sin embargo se ha dado cuenta ha tiempo de la necesidad de silenciarlo— señalaba como la expresión de la democracia burguesa, el parlamentarismo, servía a la burguesía para oprimir al verdadero pueblo. Como señala S. Mastellone en su “Historia de la Democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen” cit, p. 335, Lenin “quería transformar las instituciones representativas de molinos de palabras en organismos que trabajan verdaderamente. La democracia proletaria sustituye al parlamentarismo venal y corrompido de la sociedad burguesa con otras instituciones representativas **sin división de trabajo entre el Legislativo y el Ejecutivo**” (Lenin: “un passo avanti, due indietro. La crisi del nostro partito”. Génova 1904, traducción italiana. Roma 1970) Obsérvese como de siempre, la distinción entre Ejecutivo y Legislativo, en la más tradicional línea de la división de poderes es una garantía de la Democracia y del propio Estado de Derecho, y que quienes la ponen en cuestión, trabajan, justamente por el autoritarismo y la falta de libertad.

Lenin continuaba señalando que “Nosotros no auspiciamos la llegada de un ordenamiento social en el cual sea observado el principio del sometimiento de la minoría a la mayoría. Pero auspiciando el socialismo tenemos la convicción de que se transformará en comunismo y que acabará con la necesidad de recurrir en general a la violencia contra los hombres, la sumisión de un hombre a otro, de una parte de la población a otra” (op. cit. p. 429). La democracia proletaria no consiente la disensión; no se puede entonces prever que el partido comunista pueda entrar en conflicto con una parte de la clase obrera. (S. Mastellone, cit, p. 336)

Si la sociedad comunista será “una gran oficina y una gran fábrica con igualdad de trabajo e igualdad de salarios, todas las instituciones de tipo representativo parlamentario resultarán inútiles y, únicamente el grupo de dirigentes comunistas estará para vigilar la buena marcha de la sociedad comunista” (op. ult. cit. p. 336).

La idea de monopolio absoluto y de dirección social permanente son fundamentales para este pensamiento.

⁷⁸ Lo cual no significa que la sociedad tenga que ser democrática. La sociedad es como desea en cualquiera de sus múltiples rincones y recovecos, sin que necesite para nada que sus múltiples organizaciones (familia, empresa, organizaciones, clubs, sociedades, etc) tengan para nada que ser democráticas.

Ese es el intento postmoderno de la cultura de lo “políticamente correcto”, basada en la “discriminación positiva”. Y ésta no es otra cosa que una penetración del Estado (Parlamento y Ejecutivo) y sus agentes, dentro de la sociedad. Es decir, presupuesto, gasto público y poder público, para “orientar” a la sociedad, para dominarla, en definitiva.

⁷⁹ Ese paso, pura grosería intelectual, lo dió en nuestro país el franquismo en un ejercicio que algunos calificarán de cinismo y que otros sencillamente se reirán de ese intento por su monumental insensatez. La insensatez de un régimen inmaduro y poco seguro de sí mismo como son todos los regímenes autoritarios.

Es historia conocida que la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra publicó un conocido informe “El Imperio de la Ley en España” (1962). El Estado franquista respondió con un ridículo contrainforme “España: Estado de Derecho” (1964).

Pero no vamos a estas alturas a molestarnos a desmontar una tesis tan grotesca. Que sepamos es el único intento de pasar de contrabando una dictadura por un Estado de Derecho, muestra de la debilidad conceptual del régimen franquista, a diferencia de las tesis nazis y fascistas que jamás pensaron en camuflar su barbarie tras la fachada del Estado de Derecho. Eso que hemos ganado, al menos.

Si lo que se quiere decir es que hay una percepción radical de la democracia a ejercer asambleariamente, es peor todavía. Supone desconocer sin más al Estado de Derecho, al crear alternativas de decisión fuera del proceso legal debido, que no es otro que el Parlamento. Y supondría también que hay que estar siempre a la vociferante expresión de quien más eco social o popular tuviera, lo cual es, literalmente el primer paso hacia la demagogia y el totalitarismo.

Por tanto, apurando esta primera línea de razonamiento, se llega a la conclusión de que el único cometido de la expresión “Democrático”, no es otro que hacer de puente hacia el Estado Social para evitar la contaminación de este último concepto con las adherencias “sociales” tan practicadas por los regímenes autoritarios, sea la Italia fascista, la Alemania militarista de Bismarck o el Régimen del General Franco.

2.5.1.3.3. De vueltas de la participación

Hay otra línea más técnica que ha pretendido localizar en el Estado Democrático algunas virtudes concretas que no se darían en el Estado puro de Derecho.

Es la línea de la “**participación**” en la Administración Pública y que tiene en M. Sánchez Morón su defensor más ardiente e inicial.⁸⁰

No es exagerado calificar al Dr. Sánchez Morón de “padre teórico”⁸¹ de la teoría de la participación en nuestro país.

De ahí la importancia de su ulterior reflexión sobre este tema, en la que, a no dudar, da un giro copernicano a sus tesis iniciales.⁸² En realidad el tema de la participación, que luce auxiliariamente en algunos aspectos de nuestra legislación, no tiene entidad suficiente para construir nada menos que la fórmula definidora del Estado. Y, consecuentemente, la expresión “Estado Social y Democrático de Derecho”, hace del concepto “Democrático” exclusivamente

⁸⁰ “De la opción de la Ley Fundamental en favor del Estado Social de Derecho se ha querido derivar que el derecho de participación está garantizado constitucionalmente. Esto es inexacto”. E. Forsthoff. op. cit. p. 52.

⁸¹ “La participación del ciudadano en la Administración Pública”. Madrid 1980. También en su trabajo, “El principio de participación en la Constitución española”. RAP núm. 89, 1979.

Otros autores han tocado este tema, pero desde perspectivas mucho más concretas y a efectos específicos.

Vid así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en Homenaje a S. ROYO—VILLANOVA. Madrid 1977; S. MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”. RAP núm. 84, 1977, G. ARIÑO “Democracia y Administración. Notas sobre participación ciudadana en los procesos de decisión”. Estudios sobre el proyecto de Constitución. 1978.

⁸² BENIGNO PENDÁS GARCÍA, en su reciente trabajo “Una confianza audaz en el Derecho”. A propósito del Libro-homenaje a E. García de Enterría” RAP núm. 133, pp. 244 y 245, señala a propósito de M. Sánchez Morón que ha matizado, a partir de un cierto escepticismo, sus tesis de apenas hace diez años... En este contexto, las reflexiones de Sánchez Morón adquieren todo su valor como reflejo de un auténtico cambio de sentido: la euforia por la participación ha derivado en una “práctica de tipo neocorporativista”, la participación es un tema pasado de moda. La práctica neocorporativa es paraconstitucional y, en todo caso, no puede ni debe sustituir a la genuina representación política

la percha en la que colgar el Estado Social, pero sin éste último concepto, no significaría nada. Por así decir que no tendría ninguna entidad ni significaría nada hablar de “Estado de Derecho y Democrático”; Estado Democrático, a secas, está incluido en el concepto Estado de Derecho y si no fuera por su vocación de establecer un puente justificador del Estado Social, el concepto “Democrático” se caería de la expresión por pura redundancia, por constituir, por sí sólo un mero “flatus vocis”. Salvo que lo que se pretenda sea, justamente, otorgar a los grupos organizados cuotas superiores de poder a la hora de definir las normas, Estado corporativo en definitiva, *lo cual sería a su vez otra dificultad añadida al proceso desregulador y de liberalización*. Algo así como Gulliver atado por los liliputienses, en expresión ya utilizada.

Tras recordarnos el momento constitucional, a su juicio fundando la participación en una reacción frente al autoritarismo del régimen político precedente⁸³ y el clima ideológico de la época, señala que la base de tal participación se encontraba en la percepción crítica de las insuficiencias de la democracia representativa para satisfacer las aspiraciones de libertad e igualdad materiales que reconocen los textos constitucionales. Se estimaba, continúa el profesor Sánchez Morón, que la sujeción del poder público a la voluntad del pueblo, titular de la soberanía, no queda suficientemente asegurada mediante elecciones periódicas para la designación de las asambleas representativas, habida cuenta de la extensión y complejidad del aparato público y su interrelación permanente con intereses sociales organizados.

La idea del autor era, dicho textualmente, superar el Estado liberal, puesto que los fundamentos ideológicos del constitucionalismo liberal no cumplen ya, en el período del Estado intervencionista y de la “sociedad organizacional” la función legitimadora del poder que le es propia. Por eso, concluye en su diagnóstico Sánchez Morón, se propugna una relación diversificada y más intensa entre las instituciones públicas y los ciudadanos, una mayor apertura de la burocracia al medio social, un interesamiento más permanente de la ciu-

⁸³ Como siempre sucedía en aquél “Régimen” existían caricaturas de las fórmulas propias de los Estados de Derecho existentes en aquél entonces.

El Régimen era un Estado de Leyes. No un Estado de Derecho. Pero, justamente, dentro de lo grotesco con que se producía en sus planteamientos de imitación a otros países democráticos —siempre el eterno complejo de inferioridad del fascista frente al demócrata— lo cierto es que tenía bien fundada la teoría de la participación, como elemento constitutivo de su entramado. Toda la llamada “Organización Sindical”, basada en la adscripción forzosa a los Sindicatos (“closed shops” por la que ha suspirado más de un sindicalista en la época democrática), constituía un ejemplo de participación en el Régimen en el proceso legiferante de la época. Tenía esta monopólica organización pseudoburocrática enormes resortes de poder en todas las actividades económicas y sociales y su capacidad de influencia en la sociedad, a través de procedimientos rechazables, era considerable.

Desde esta perspectiva limitada, no coincido con el autor en que la participación orgánica fuera un ansia basada en una aspiración democrática. Más bien la veo como una herencia subconsciente del Régimen anterior, mezclada indebidamente con la importación de ciertas técnicas concretas que sí existían en la práctica de los países democráticos.

Este debate, es conocido, es muy anterior a la formulación del Estado Social y Democrático.

Véase Merkl, A “Teoría General del Derecho Administrativo”. Madrid 1935, pp. 31 y ss.

dadanía en el ejercicio de las funciones públicas. A este fin responde la idea de participación⁸⁴

Se parte, así lo recuerda nuestro autor, de que “la mediación institucional de los intereses sociales ha desplazado su centro de gravedad desde el Parlamento al área de Gobierno y de las burocracias administrativas. El llamado Poder Ejecutivo goza de un amplísimo margen de discrecionalidad, mientras que se debilitan las posibilidades de un control político efectivo de la compleja maquinaria administrativa, y se hacen evidentes los límites inherentes al control judicial de legalidad de las decisiones administrativas”⁸⁵

Comienzan las matizaciones: “Más allá de la crítica negativa del sistema de democracia representativa, el discurso teórico de la participación **es impreciso y ambiguo**”.⁸⁶ El mismo concepto de participación, lejos de clarificarse, se convierte en un comodín utilizable para justificar las más variadas pretensiones.

El tema, está “pasado de moda” (sic)⁸⁷. De un lado las tendencias “neoliberales”, que “es evidente al menos que ha calado de forma significativa en el plano de las costumbres y actitudes sociales”. Hay, además problemas más inmediatos (esto siempre es así, salvo que el problema sea inmediato, lo que quiere decir que la participación, sencillamente, no lo es). “Por último, la explicación debe buscarse también en las contradicciones de la propia dialéctica de la participación y en las características de los cauces y fórmulas de participación que se han experimentado hasta el momento. Varios años de debate doctrinal han venido a poner de relieve que es difícil encontrar no ya una alternativa a la democracia representativa —lo que, en general, no se plantea— sino tan siquiera un esquema o modelo de participación que complemente de manera eficaz ese mismo sistema político, en el desarrollo de los valores de libertad, igualdad y pluralismo”. Y añade muy significativamente: “Por otra parte, los ejemplos de participación en acto generan muchas veces desconfianza y escepticismo, pues o bien sus resultados son limitados desde la perspectiva de los ciudadanos que intentan influir en las decisiones públicas, o bien constituyen un espacio más para la acción de poderosos grupos de presión y de sus respectivas élites organizacionales, cuyos intereses y posiciones no aparecen siempre ante la opinión pública con la necesaria claridad”. In claris non fit interpretatio!

En la práctica, sigue Sánchez Morón, “en no pocas ocasiones los agentes de la Administración aceptan de mala gana la participación, como un trámite más, frecuentemente enojoso, del procedimiento de elaboración de las decisiones”, ... “desde el punto de vista de los interesados...muchas veces dichas Asociaciones rechazan o minusvaloran la audiencia con efectos puramente consultivos y pretenden arrogarse el derecho a una verdadera negociación, til-

⁸⁴ op. cit. pp. 3944 – 45.

⁸⁵ Obsérvese el paralelismo de las ideas de esa época (finales de los setenta) con las tesis que viene sosteniendo en estos momentos L. PAREJO ALFONSO en su obra citada. op. cit p. 26.

⁸⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, op. ult. cit. p. 3945.

⁸⁷ op. cit. p. 3946.

dando de poco democrática cualquier decisión administrativa no concertada o pactada de antemano”.⁸⁸

Añado por mi cuenta que esta es una consecuencia lógica de la idea de la participación: una democracia “fragmentada” en intereses concretos y capturada por los consiguientes grupos de interés, que representan solamente a unos cuantos.⁸⁹

Continúa autor, recordando que existen contactos informales, intervención oculta, canales reservados...

¿Quién participa? Esta es, con toda razón, la pregunta capital para este autor en sus últimos trabajos sobre este tema que ayudó a crear con sus obras anteriores. Y responde, con todo acierto (ahora) por demás: “...una simple lectura de las normas en vigor que regulan los mecanismos de participación y un atento seguimiento de las informaciones que dan cuenta de las conversaciones, consultas o intentos de concertación que la Administración viene manteniendo en los últimos años suscitan la impresión de que los agentes sociales de la participación son sobre todo las grandes organizaciones y asociaciones representativas —o mejor más representativas— de los intereses sectoriales. El ciudadano como tal participa poco y también ha disminuido hasta extremos impensables hace algunos años la influencia de organizaciones portadoras de un conglomerado de intereses más amplios, como las que integran lo que, en su momento, se denominaba el movimiento ciudadano. Incluso en el ámbito municipal, la presencia institucional de las asociaciones vecinales ha decaído, mientras que se halla en alza la participación de asociaciones que defienden intereses mucho más concretos”.

A esto le llamo yo el efecto perverso de las buenas intenciones o como el aprendiz de brujo siempre se quema.

Lo que el Dr. Sánchez Morón acaba de describir, no es otra cosa que lo que se viene denominando hace ya mucho tiempo en Sociología y en Ciencia Política, la “lógica de la acción colectiva”⁹⁰.

En esta lógica, el problema del “free rider” o polizón, es con mucho el primer problema a resolver y explica claramente porqué en el caso de los intereses colectivos solamente un grupo organizado es capaz de presentarlos, y no el común de los mortales⁹¹.

Continúa en su demoledora “auto-contrarreforma” el profesor Sánchez Morón, concluyendo que: “Para ser exactos, los sujetos privilegiados de la participación son las grandes organizaciones económicas, sindicales y profesionales”⁹².

⁸⁸ op. cit. 3948.

⁸⁹

⁹⁰ Vid M. OLSON. “La lógica de la acción colectiva. Bienes Públicos y la teoría de los grupos”. 1971. Hay versión en castellano de 1992.

⁹¹ Vid las consideraciones del Premio Nobel de Economía 1993, D.C. North en su obra citada, p. 12.

⁹² loc. ult. Cit.

Todo ello, además, en un contexto que reconoce poco representativo de quienes “representan”⁹³.

Continúa recordando que el concepto de participación u otros equivalentes encubre en realidad una práctica neocorporativista⁹⁴ con, a su juicio, algunas consecuencias positivas (estabilidad y reducción de conflictos) y muchas negativas, entre otras la a su juicio coincidente política negativa sobre medio ambiente, en la que, a su juicio también, coincide con la política neoliberal pese a que ésta es totalmente contraria a la participación y por tanto al neocorporativismo⁹⁵.

Basándose en la brutal pero real expresión de que “los votos se cuentan, mientras que los intereses se pesan” Sánchez Morón recuerda, dando marcha atrás, que la participación contribuye a legitimar la desigualdad del ciudadano ante los poderes públicos, quizá el logro democrático decisivo de nuestro siglo; limita el pluralismo; bloquea la dinámica política; desmoviliza y desideologiza la sociedad y crea una colusión entre elites político-administrativas y sociales que favorece el clientelismo, parcelando el aparato estatal⁹⁶.

Sánchez Morón, con increíble acierto en esta su segunda fase sobre la participación, en las antípodas de la primera, recuerda que la creación del “Consejo Económico y Social”, se convertiría en la expresión institucional más acabada del neocorporativismo español⁹⁷. Así se ha convertido en un organismo sometido al régimen de derecho privado. Y aprovechando el Pisuerga de la confu-

⁹³ Por otra parte, tampoco es alto el número de afiliados a los sindicatos de clase y otras organizaciones profesionales libremente creadas. Pero unos y otros suelen tener mayor capacidad de movilización de los colectivos sociales cuyos intereses defienden, es decir, más capacidad para promover un conflicto. En términos generales podría entenderse que su accesibilidad a los cauces de participación es directamente proporcional a su respectiva capacidad para generar y encauzar conflictos sociales”. op. cit. 3950.

⁹⁴ op. cit. loc. ult. cit.

⁹⁵ Se necesitaría mayor explicación a mi juicio. Si los neoliberales, que centra el autor en el Reino Unido, y los neocorporativistas, el resto de los países europeos que cita, y ambos son dañinos contra el medio ambiente, hay que explicar cual sería el remedio. Confiar sin más, como parece proponer el autor, más participación ecologista, es volver a repetir el ritornello de la participación.

En mi opinión, una cosa es dar esa posibilidad, y otra es volver a empezar.

No está nada claro que la facilitación de un cauce de participación sea en modo alguno la forma de reivindicar los intereses colectivos y difusos. Por el contrario, puede ser, justamente, la técnica de “captura”. Nada hay más oficialista que las Asociaciones de consumidores, de juventud, etc que viven literalmente de los presupuestos. No son molestos ni tienen verdadero espíritu reivindicativo. Son, más bien, burócratas de la participación, de la que viven y muy bien en ocasiones. Si se suprimieran las subvenciones oficiales a tantas organizaciones, veríamos inmediatamente como subiría exponencialmente el tono de la reivindicación. Hoy, “Green Peace”, por poner un ejemplo, cumple más radicalmente con su vocación de preservar las ballenas en Noruega, que las asociaciones ecologistas de tan limpio país.

Véase sobre estas ideas el trabajo de LAVILLA RUBIRA, J. J. “La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América”. Madrid. 1991.

⁹⁶ El neocorporativismo reduce la autonomía del mercado, refuerza la tendencia a la concentración empresarial y al oligopolio y puede coartar el desarrollo de nuevas iniciativas económicas, que no siempre cuentan con capacidad para asumir los compromisos sociales de la concertación. P. 3954.

No está nada mal para quien fue el mayor valedor de la participación, ya que toda la obra primera de este autor es un monumento a la participación.

⁹⁷ op. cit. p. 3973.

sión administrativa —coincidente en el tiempo y en las ideas con la participación— se ha colocado, “pro domo sua” en la tierra de nadie de Organismos que con potestades públicas se someten al derecho privado.⁹⁸

¡No está nada mal para un órgano constitucional!. Véase una muestra más de a dónde conduce la tercera vía tan cara al “mixtum” público-privado teorizado por los autores que defienden este modelo de Administración “estratégica” y la desaparición de fronteras entre lo público y lo privado.

Por cierto que, estratégicamente también, a la hora del reparto de cargos y prebendas, no han desaprovechado su oportunidad las Comunidades Autónomas, y apostando por lo que parece va a ser el destino colectivo de su actuación sobre la vida económica —una sociedad fuertemente corporativizada y gremialista y capturada por intereses locales concretos— han sido pioneras en la creación de estos Consejos donde las fuerzas vivas autonómicas —antes diríamos provinciales— se ponen a participar. Las viejas fuerzas vivas, otra vez redivivas.

Concluye Sánchez Morón, a mi juicio acertadamente, recordando que “aquellas asociaciones (sindicales, empresariales y profesionales), no tienen atribuido el monopolio de la defensa y promoción de aquellos intereses ni el de la representación de estos colectivos. Antes bien, son las Cortes Generales las que representan en su conjunto, mientras que la propia Constitución atribuye también a los poderes públicos la tarea de velar por los intereses propios de unas y otras categorías sociales, de acuerdo con los principios rectores de la política económica y social. Por tanto, la imagen, recurrente en la dialéctica política, según la cual las asociaciones patronales y sindicales son representantes genuinas, cuando no exclusivas, de empresarios y trabajadores **es falaz y constitucionalmente ilícita**. ..esas fórmulas de participación no pueden menoscabar la potestad legislativa de las Cortes Generales ni la del Gobierno”.

Me parece admirable lo que nos relata ahora Miguel Sánchez Morón. ¡Lástima que no haya tenido esta percepción en su primera obra! Es cierto, y lo tengo dicho por escrito⁹⁹, que todos tenemos el “right to be wrong”. Pero me parece, por tanto, que es un buen espejo en el que mirarse antes de proceder, como aprendiz de brujo, a enfatizar modas y predicar ideas de las que luego, a la postre, hay que acabar desdiciéndose. La modificación de los bien asentados principios clásicos, exige algo más que seguir la fuerza de un momento, como sucedía claramente con el tema de la participación.

La evaluación de los riesgos de poner en marcha esta técnica, exigía abordar las técnicas, bien conocidas, de la dinámica de grupos. He aquí, una vez más, el acierto a mi juicio de una metodología que, sin perder pureza jurídica, tenga

⁹⁸ Vid artículo 1.3 de la Ley de creación, de 17 de junio de 1991 y el Reglamento, aprobado por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo (art.1.º) de 31 de marzo de 1993. Tiene así la misma naturaleza que: ICEX, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; SEPESIDAE; CEDETI; Enatcar, etc, (Vid la Resolución la Circular de 24 de febrero de 1989). El texto en E.GARCÍA DE ENTERRÍA Y J.A. ESCALANTE “Código de las Leyes Administrativas”).

⁹⁹ En el Prólogo a la Edición de las Legislación de Régimen Local. Edit. Tecnos 1993.

presente las aportaciones de otras ciencias, singularmente de la Sociología y de la Economía.

Lo que ha pasado con la teoría jurídica de la participación, era perfectamente previsible en el análisis sociológico de los grupos, su lógica de acción colectiva y su dinámica. Desde la obra de Harold Laski¹⁰⁰ y Talcott Parsons¹⁰¹, es lugar en común entre los sociólogos, el análisis de las condiciones en que los grupos sociales pueden satisfacer sus propios intereses y como se gestionan éstos cuando son puramente colectivos.

La participación no cualifica pues al Estado. Es, como mucho, un elemento absolutamente secundario y, muchas veces, muy capaz de generar efectos perversos.

Por consiguiente no puede fundarse para nada en la idea de participación la cualificación de Democrático de un Estado. Puede ser bastante más democrático —lo acabamos de ver— sin necesidad de teorizar sobre la participación en la Administración o en fórmulas distintas de las tradicionalmente ofrecidas por el Estado de Derecho, versión pura. Este sí que es un Estado participativo e igualador. El Estado participado puede ser la peor fuente de organización de grupos que se repartan el interés general como si de una tarta se tratara. La generación de clientelas, intereses sectoriales, camuflajes, es la consecuencia obligada de un Estado “participativo”.

En resolución pues: el Estado de Derecho no gana nada con el apellido de Democrático. Lo es por naturaleza. O el derecho se apoya en la democracia o no es nada. Y por tanto, en la expresión Estado de Derecho lo encontramos todo. El resto, como tal, son puras adherencias históricas y cualificaciones poco relevantes que en nada añaden a la grandeza propia del Estado de Derecho.

Como señaló Bruno Heck en el Prólogo al trabajo de K.Doehring¹⁰²:

“Lo que a los demócratas les debe unir es la aceptación común de la democracia liberal, que no solamente confiere iguales oportunidades a las diversas fuerzas políticas de la sociedad dentro del Estado, sino que las conserva y mantiene”.

En resolución pues, el atrapamiento del Estado por la participación es una dificultad añadida al proceso liberalizador. Se elimina la igualdad de oportunidades cuando unos cuantos son llamados al proceso de toma de decisiones y otros no. El Estado Lobista no es necesariamente un Estado más democrático. El loby es una actividad lícita, pero de ahí no se desprende que deba estar dentro de la norma, sino competir con otros lobbys en defensa de sus lícitos intereses. Lo cual es enteramente distintos a incorporarlos dentro del Estado, ya que eso es puro corporativismo, democracia orgánica y captura del regulador o secuestro del legislador.

¹⁰⁰ “A Grammar of Politicis”, 4.ª. Londres. 1939.

¹⁰¹ “Economy and Society” Free Press. 1954 (en colaboración con N. Smelser).

¹⁰² “El Estado Social”. Madrid 1986, p. 109.

2.5.2. Consecuencias sobre la teoría de la Ley. Ley-medida y espacio libre de la Ley

2.5.2.1. Ley-medida

La crítica, alcanza, para quienes han intentado teorizar el Estado Social y Democrático como un Estado distinto del Estado de Derecho, a la propia Ley.¹⁰³

Esta no respondería ya a la separación Estado-Sociedad, sino que el Estado Social se imbricaría en un “continuum” con la propia Sociedad.

No habría que buscar la protección legal de la libertad y la propiedad¹⁰⁴ como elementos básicos del cometido legal, sino que habría una función de orientación social permanente encomendada al Estado como condensador del bien común, el interés general y la protección social. La sociedad no sería pues libre de decidir por su cuenta, sino que cesaría de buscar la libertad puesto que ésta le vendría otorgada “en su justa medida” por la Administración, en representación viva y carnal del poder ejecutivo. *La dificultad para el proceso liberalizador, sería pues enorme en esta teoría de la Ley.*

La ley, no sería así la ley general para todos. Sería, más bien la Ley-medida, concreta, para cada caso, para grupos e intereses específicos, que realizarían así los intereses programados por la Administración cuando la ley medida necesita implantación; intereses, no fiscalizables por los Jueces al establecerse amplios espacios de libertad para el actuar administrativo.¹⁰⁵ La Administración sí que sería “libre de la Ley”, mientras que la sociedad sería “sujeta a orientación administrativa”. Libertad para la Administración, sujeción para la sociedad, pues.

La ley-medida puede producir, ocasionalmente, efectos directos e inmediatos sin necesidad a veces de implantación ejecutiva.

Pero las más de las ocasiones, la medida contenida en la Ley, exigirá su aplicación e implantación administrativa, y, para ello, se otorga en esta teoría un lugar propio a la Administración, independizada del Ejecutivo, que se caracterizaría por conseguir un espacio libre del Derecho, un puro actuar administrativo no fiscalizable.

2.5.2.2. Espacio libre de la Ley. La Ley como simple Directiva. Un breve análisis de este concepto en la Unión Europea. Hacia la recuperación del tejido normativo

La ley, definiría así, un espacio libre para la Administración, su reserva propia, inabordable por el Parlamento. Habría una pura “vinculación estratégica”,

¹⁰³ En este capítulo, sigue siendo fundamental la obra de HAYEK, “Derecho, legislación y libertad”, Tomo I.

¹⁰⁴ Vid W. RÖPKE. “Más allá de la oferta y la demanda”. Madrid. 1979, pp. 32 y ss.

¹⁰⁵ Quiero recordar expresamente que el autor que conceptuó y acuñó el término “Ley-medida” es el inolvidable Carl Schmitt, teórico jurídico del Estado nazi.

En una entrevista, que he recogido en mi trabajo sobre este autor con ocasión de su muerte, (Revista de las Cortes Generales n.º 6), reconocía públicamente su pertenencia a este partido y su devoción por el Führer. También es Carl Schmitt quien teorizó el “Führer – Prinzip”, revalorizado por y fascinador de, una buena parte de la izquierda neohegeliana.

con definición de fines sin que se pudieran controlar los medios para llevarlos a cabo. La ley es no sólo “*constitutio* sino *actio*”. Y como tal ley, indiscutible por los particulares. Fuerza de Ley para los actos administrativos en que en realidad se traduce la medida. Ese es el resumen de la teoría. Nadie podrá discutir la ley. *Dictum legal* para situaciones concretas. *Mixtum* “Ley-Administración”.

Junto con estas primeras consecuencias, y coincidiendo con ellas en una consolidada tramazón, la tesis que sostienen quienes predicán esta “Administración libre de la Ley” o Administración con espacio propio, apunta hacia el concepto de “Directiva”, esto es logro de fines y libertad de medios.

Conozco bien el concepto. No en vano dediqué uno de mis libros a su exposición¹⁰⁶. Conviene examinarlo ya que, justamente, ese es el modelo a que conduce una de las aplicaciones teorizada en las tesis que establecen una “vinculación estratégica”, que puede darse además perfectamente incluida y junto con la Ley-medida. Puede, en efecto, suceder que la Ley se adopte para conseguir un objetivo concreto, abatiendo toda resistencia de los particulares no considerados en tal medida y que a su vez la medida otorgue una amplitud enorme de poder discrecional a la Administración encargada de ejecutarla. Es más, eso será lo que normalmente suceda cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, no baste la Ley para conseguir el efecto directo e inmediato buscado por el legislador de la medida por no ser “*self-executing*”.

A diferencia de lo que sucede con las Directivas, es conocido que los “Reglamentos” constituyen la verdadera Ley de la Unión. Son normas completas, generales, obligatorias, que gozan de aplicabilidad inmediata y de efecto directo.

En el caso de las Directivas, las cosas cambian sustancialmente. Tal como he explicado, en el caso de las Directivas comunitarias, existe en principio una mera obligación de resultado por parte del Estado miembro destinatario, si bien se ha llegado a un mayor control sobre la implantación efectiva de tales Directivas a través de técnicas como el efecto directo¹⁰⁷, de forma tal que la evolución natural de las Directivas ha conducido a una mayor actualización de los poderes de la Comisión de la Unión, la cual, frente a la libertad de actuación inicial de los Estados, ha concluido estableciendo claros parámetros de exigencia de actuación, llegando a permitir a los particulares (efectos vertical y horizontal), deducir derechos públicos subjetivos de Directivas no ejecutadas.

El camino es, con toda claridad, el de una mayor fiscalización de los medios de los Estados para implantar y ejecutar Directivas, otorgando así derechos a los particulares y estableciendo en muchos aspectos un paralelismo entre los Reglamentos y las Directivas. El camino es pues el de una mayor juridificación de la Directiva, controlando la actuación no solo por sus fines sino por los derechos que el propio material en bruto de la Directiva otorga al particular. Es un camino que intenta circunscribir.

¹⁰⁶ “Reglamentos y Directivas en la Jurisprudencia comunitaria”. 2.ª Edición. Madrid, 1988.

¹⁰⁷ Vid SORIANO, J. E., “Reglamentos y Directivas en la Jurisprudencia comunitaria”, cit. pp. 115 y ss.

En el caso del Derecho Administrativo, el término Directiva ha hecho referencia tradicionalmente al poder discrecional. Que es lo que en la tesis de la “vinculación estratégica” se trata de generalizar.

Allí donde existía una Directiva, previamente existía una Ley que abría el espacio concreto¹⁰⁸, como una excepción y siempre dentro de ámbitos domésticos o, todo lo más, de relaciones interadministrativas¹⁰⁹. Es el caso típico de las directivas económicas entre entes públicos. Por extensión se ha expandido este concepto al ámbito de las **relaciones de sujeción especial**¹¹⁰.

Y de esto justamente es de lo que se trata. De convertir el ordenamiento en un haz de relaciones de sujeción especial, cada una con su ordenamiento sectorial propio. A esto es a dónde conduce la “Administración libre de la Ley”: eclipse de la Ley, reglamento independiente, limitación al final de los derechos fundamentales al ser su “inserción” en cada situación concreta, distinta y diferente de la de los demás sujetos de derecho que por definición no están en situación de igualdad, sino de discriminación, al parecer justa y positiva según la concreta definición del interés general que el “intelecto supremo” de la Administración acierte a definir en cada caso singular y concreto también. Una modulación variable y singularizada, “ad hoc” para cada situación concreta. No un ordenamiento general, como queríamos y creíamos que teníamos desde la Revolución francesa, sino a un cosmos de privilegios, situaciones, singularidades, discriminaciones, diferencias. Interés general de contenido variable. Y cada uno con su fuero concreto. La vuelta a los Fueros pues. Esta es la bella conclusión de la aplicación en que acaba desembocando estas doctrinas.

2.5.3. *Consecuencias sobre la Administración*

2.5.3.1. La creación de un derecho público-privado en el campo de la organización

La creación de un “mixtum” público-privado, es la consecuencia conceptual, nada despreciable, de esta tesis por lo que hace a los aspectos organizativos. Y sin duda, la erección de este tipo de Minotauros, mitad públicos, mitad

¹⁰⁸ M. HAURIU, señalaba que: “por directiva hay que entender la intención de actuar de una manera determinada dentro del poder discrecional, es decir, una regla que el poder se impone a sí mismo” (“Nota al arrêt del Consejo de Estado de 17 de julio de 1925” en Recueil notes d’arrêts. Tít. II. año 1925, p. 90)

Obsérvese que las claves que determinan para Hauriou la directiva son: el puro autocontrol y el ámbito discrecional de actuación. Antes, pues, en su aplicación de que el poder se tropiece con el principio de legalidad.

¹⁰⁹ D’ALBERGO, “Direttiva” en Enciclopedia del Diritto. Vol. XII, p. 605. A. PREDIERI “Pianificazione e Costituzione” Milano 1963. BACHELET. L’Attività de coordinamento dell’Amministrazione pubblica de l’economia. Milano 1962.

¹¹⁰ Vid I. LASAGABASTER HERRARTE “Las relaciones de sujeción especial” Madrid 1994, pp. 96 y ss. R. GARCÍA MACHO “Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española”. Madrid 1992.

privados, es una de las mayores dificultades al proceso desregulador y liberalizador de la economía.

Consecuencia que se desplegaría por dos lados.

A) De una parte, privatizando el Estado, para conseguir mediante fórmulas ágiles de funcionamiento actuar sobre la sociedad, pero sin renunciar para nada a los instrumentos del poder, a la autoridad, a la ejecución, cuando sea necesario.

Ahí está la base de todo este conglomerado de Organismos autónomos de carácter industrial, mercantil, sociedades estatales, etc, que utilizan los métodos públicos y sus poderes para lo que les conviene y los privados, para lo que les conviene también. Mezcla de poder y dinero que, “pro domo sua”, permite a quienes disfruten de esa situación encontrarse en el mejor de los mundos jurídicamente posibles. Ni las responsabilidades, controles, rendición de cuentas del Derecho Público, ni su escasez, austeridad y rigor presupuestario.

Pero tampoco el puro hacer privado, que para eso se es distinto.

La consecución de unos poderes, explícitos e implícitos, el otorgamiento de monopolios —en la más rancia tradición hispánica exponencialmente incrementada durante el franquismo, por lo que hace a nuestro país— la eliminación de todo competidor, la creación de canales de información privilegiados, el disfrute de privilegios —ayudas, exenciones, presupuestos públicos, contratos, etc, etc,— son la otra cara de esa moneda, sin la cual no sabrían ni podrían actuar nuestros gestores de este tipo de entes mixtos. La autonomía de la voluntad privada, ejercida sobre la base de una potestad pública. El ligazón y entramado se justifica sobre el **principio de eficacia**. El denominado, principio de eficacia, es el fundamento teórico desde una óptica de resultados de todo este entramado extraño. Sería la fórmula mágica que, como pócima transformadora, una vez ingerida convertiría al funcionario en empresario¹¹¹.

B) En la medida en que se desea no prescindir de los particulares, de los sujetos privados, por coherencia con el postulado social y se les incorpora a la acción colectiva estatal, mediante la idea de que también, debidamente orientados, pueden conseguir la realización del bien común, creando así clientelas particulares que conectan directamente con las élites burocráticas. Habría así “agentes sociales y económicos” que podrían conseguir los fines de la Administración por cauces distintos de los tradicionales del derecho Administrativo.

Justamente los preferidos o favoritos de la Administración serían elegidos por su inequívoca voluntad de cooperar a la realización de los fines de ésta. Habría así un proceso selectivo en función de la mayor o menor cercanía a los postulados definidos por cada Administración y ello, teorizan, no sería al parecer, en detrimento del principio de igualdad. Lo que sucede es que éste, según entienden, no significa aplicación igual de la acción administrativa para todos,

¹¹¹ Vid mi crítica en “Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo”, cit, pp. 4 y ss.

sino capacidad de acierto y definición de la voluntad administrativa expresada discrecionalmente y que siempre acierta.

2.5.3.2. La discrecionalidad como forma normal de actuar. Liberación de la Ley. La ética como alternativa al derecho

La discrecionalidad sería la base de la actuación normal de la Administración Pública y nadie va a pedir —si no no sería discrecional precisamente— que se enjuicie la concreción de esa voluntad administrativa en la designación del interlocutor social o económico elegido ¹¹². Habría así una sabiduría innata en el gestor público, quién podría escoger libremente al agente social o económico que mejor concretase, a su ilustrado e inimpugnable parecer, el interés general subyacente tras la formulación discrecional de su ilustrada e incontrovertible opinión. Y, discrecionalidad también, para el propio actuar directo de la Administración, es decir, “flexibilidad” ¹¹³, adaptación concreta a circunstancias específicas sin contraste legal.

La discrecionalidad no sería así ningún tipo de mal. Todo lo contrario. Es la fórmula ilustrada para que la Administración pueda incorporar a quienes mejor concreten el interés de todos, o para realizarlo ella misma sin la insostenible carga de someterse a un juicio en derecho por parte de un Juez que no entiende para nada lo que se está haciendo y porqué se está haciendo. La Administración es así, ilustrada. El Juez, ignorante. ¡Y no vamos a confiar la cosa pública a un grupo de ignorantes!

Así la interpenetración “Estado-Sociedad”, fruto de la modernidad, requeriría, exigiría, un nuevo concepto de Ley y un nuevo concepto de Administración. Y, como corolario obligado, un nuevo tipo de control judicial ¹¹⁴.

Sin duda, para conseguir ese objetivo, hay que generar una ética y una identidad de la función pública. La ética sería el nuevo paradigma de control. “En este último orden de cosas se impone una dirección de la Administración (y en definitiva de sus recursos humanos) más que por reglas abstractas, por valores, principios y objetivos” ¹¹⁵ Control moral, pues de la Administración, no control jurídico.

La sustitución del Derecho por la Ética, sería desde luego algo revolucionario. La ética como fuente de autocontrol, su impulso revolucionario ¹¹⁶, su origen —¿quien define esa ética? ¿el director de la oficina, una asamblea, el

¹¹² En realidad, habría que hablar como hace FÉRNANDEZ, T.R. de “arbitrariedad”, más que de discrecionalidad.

¹¹³ Señala E. FORSTHOFF, cit, p. 83: “El derecho constitucional del Estado de Derecho, si es que se desea éste, puede ser aislado en un alto grado de los vaivenes ambientales. En esta realidad se funda la posibilidad y la existencia del Estado de Derecho en las condiciones presentes, tan distintas de las del siglo XIX; no en cambio, en que sea necesaria y tenga que conseguirse la flexibilización de su armazón jurídico-político para acomodarlo a las exigencias de los nuevos tiempos”.

¹¹⁴ BUCHANAN, J. M. “La razón de las normas”.

¹¹⁵ L. PAREJO ALFONSO, op. cit. p. 51.

¹¹⁶ Vid la teoría del buen revolucionario en “Les Institutions politiques...”

partido político gobernante, los propios funcionarios?— y más grave aún ¿Hay una ética de Estado? Las consecuencias de afirmar una moral estatal son, sencillamente, terribles. En nombre de la moral se construye un fundamentalismo de Estado, propio de sociedades en situación revolucionaria o religiosa.

La ética es un valor imprescindible en toda sociedad. Pero en la **sociedad**, en los individuos, nunca en el Estado. Este no es un ente moral que imponga unas reglas no jurídicas. El avance de la civilización, en el mundo occidental, es y consiste en definir parámetros objetivables en forma de puras reglas jurídicas por cuanto al Estado hace. Es bueno, sin duda, que existan otras reglas no jurídicas, las de la educación, las religiosas, las morales, las éticas también. Pero nunca como parámetros de actuación para exigir conductas a terceros en el manejo de la cosa pública. Solamente el Derecho, con mayúscula, es la base de la actuación exigible y objetivable. Si además existe una ética complementaria, igual que una educación, como forma incorporada al quehacer cotidiano de los individuos, mejor sin duda. Pero esa es labor de la sociedad en su conjunto, no del Estado. Un Estado ético es un Estado en situación no jurídica. En la historia, en nombre de la moral y de la ética se han cometido las mayores atrocidades y no hay que repetir las. Me asusta un Estado “ético”. Me parece imprescindible, por el contrario, una sociedad ética. Esta, la sociedad, formula de manera cambiante esa ética, de manera autónoma e imperciblemente voluntaria. No debe sorprendernos que el “Estado ético”, proyección multiplicadora de la entidad moral hegeliana, fuera la definición utilizada por Gentile para definir el Estado mussoliniano.

Los conceptos más abiertos del derecho (abuso, equidad, proporcionalidad, etc) siguen siendo conceptos jurídicos. No conceptos éticos. No hay una ética del Estado separada de la general ética social. Hay cumplimiento puro de las leyes establecidas para el manejo de la cosa pública. Confiar exclusivamente en la ética y no exigir el control judicial en términos de Derecho, es un camino seguro para impedir colocar a la Administración en su posición vicarial tradicional, y por el contrario es el mejor atajo para suprimir “enojosos estorbos jurídicos” que hacen “ineficaz la voluntad administrativa”, logrando así constituirse en verdaderos instrumentos contrarios a cualquier intento liberalizador. Estos elementos subterráneos que están asociados a la liberación jurídica de la Administración, constituyen uno de los elementos más difíciles de combatir desde una visión liberal del Estado de Derecho, al otorgar legitimidad a los burócratas para imponer libremente regulaciones, barreras, obstáculos al libre desenvolvimiento de la propia sociedad. *Constituyen de esta manera un obstáculo tremendo al proceso liberalizador de la economía.*

Dicho todo lo anterior, no se niega, ni se puede negar, que existen con naturalidad actividades administrativas discrecionales.

Desde siempre hemos aceptado la existencia de la discrecionalidad y ésta existe en el ámbito administrativo, como una de las clasificaciones ordinarias de las potestades administrativas.

Pero, en la lucha contra las inmunidades del Poder¹¹⁷, como en la aporía de la carrera de Aquiles y la tortuga, el Estado de Derecho siempre ha tenido como misión, justamente, avanzar milimétricamente en esa carrera. Micrométricamente, si se desea. Esa es, justamente, la lucha por el derecho Administrativo. Y nuestro viejo y buen derecho, tiene afinadas las técnicas para delimitar el ámbito de actuación de esas potestades discrecionales. Me remito aquí la clásica monografía de F. Sainz Moreno, que sigue siendo en mi opinión, el trabajo clave sobre este importante tema.¹¹⁸

Pero una cosa es aceptar que limitadamente existan esas potestades y afi-nemos los instrumentos de control, y otra muy distintas es teorizar el derecho Administrativo desde la discrecionalidad como manera ordinaria, común y corriente de acción de la actividad administrativa. Lo excepcional no es lo normal. Esa es una perversa inversión. La existencia en determinadas circunstancias perfectamente calculables con anticipación a través de un ajustado cálculo jurídico de potestades discrecionales no justifica en modo alguno la inversión del sistema..

La discrecionalidad existe y existirá. Y bien distinguida de la pura arbitrariedad¹¹⁹. **Y tiene que seguir existiendo de conformidad con las ideas bien establecidas en el derecho administrativo clásico.**

Pero el mundo de lo discrecional es rigurosamente excepcional. No es en absoluto el mundo normal de las potestades administrativas y, además, cuando existen tales potestades discrecionales, ello no significa que no aparezcan técnicas de control. Limitadas, posiblemente, pero efectivas, incluso como mera prevención que el Poder ha de tener muy en cuenta.

También es cierto que existen casos en que los Jueces, indebidamente, han invadido el campo en que la Administración actuaba lícitamente una potestad discrecional. Pero, como ocurre en derecho Penal, más vale que un culpable salga absuelto que condenar a un inocente.

Errores judiciales existen. Errare humanum est!. Pero de la existencia, sin duda cierta, de algunos errores judiciales no cabe apoyarse en esos errores para invalidar una teoría que proporciona mayor seguridad, estabilidad y sobre todo coherencia con el Estado de Derecho.

Si toda la aportación de la doctrina combatida consistiera en establecer fórmulas de discrecionalidad dentro del ámbito acotado tradicionalmente, nada habría que oponer. Se trataría, por así decir, de un problema de segunda derivada.

Es la lucha por el Derecho —vuelvo al eterno Ihering— la que preocupa. No que dentro de un supuesto concreto de potestad discrecional exista una u otra calificación.

¹¹⁷ Es obvio el origen de esta expresión. Me remito como el lector sabe al clásico trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹¹⁸ Sainz Moreno, F. "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa". Madrid 1976.

¹¹⁹ Vid T. R. FERNÁNDEZ, cit, loc, cit.

La tesis que combatimos, sin embargo, ha dado el salto cualitativo descrito de apostar por la discrecionalidad como forma común y corriente de resolver los problemas, las formas de acción administrativa y la base misma de las potestades públicas. Y esa, y no otra, es la discrepancia. Si se quiere enfatizar, la discrepancia epistemológica.

La pretendida existencia de potestades discrecionales como expresión habitual del quehacer cotidiano de la Administración Pública es uno de los obstáculos más fehacientes al proceso liberalizador. Se pretende con ello ocupar libremente un espacio de poder indiscutible por parte de la Administración en el que colocar las regulaciones discrecionales también, que ésta estime simplemente oportunas o convenientes, sin justificación necesaria en aras de un interés en conexión con objetivos públicos contrastables jurídicamente en un proceso judicial.

2.5.3.3. El enjuiciamiento por resultados. La liberación de los medios jurídicos de actuación. La justificación de la acción administrativa por la consecución del fin

La liberación de la Administración de los insoportables controles que de toda índole al parecer la atenazan en el Estado de Derecho, algo así como un Gulliver atado por los liliputienses jurídicos, es uno de los objetivos confesados de esta tesis de la “vinculación estratégica” entre la Ley, la Administración y el interés general.

Habría un fin: el justo interés general. Y a ese fin, bueno, ético y necesario, habrán de sacrificarse los medios que estorben el resultado de este objetivo que resume en sí mismo toda la bondad que el Estado, en su infatigable marcha para conseguir nuestra felicidad, tenga a bien disponer.

Así, citando a Schenke y Hill¹²⁰, nos recuerda el Dr. Parejo Alfonso que esta tesis lleva a

“Una cada vez más frecuente intercambiabilidad, así como posibilidad de combinación entre sí (apoyándose, en su caso, recíprocamente), a criterio, incluso, de la propia Administración, de las formas de actuación, lo que significa, en último término una relativización o adjetivación de las mismas. **Es el fin u objetivo de la acción el que pasa a primer plano (lo que se corresponde con lo antes dicho acerca de la sustitución de la jerarquía única a priori de los sujetos o entre Estado y ciudadanos por una jerarquía diversa y sustantiva o material entre el interés general y el privado, o mejor, particular) con flexibilización de los medios a emplear, respecto de los cuales se otorga a la Administración, por tanto, una mayor libertad de elección**”

¹²⁰ La mayor parte del opúsculo del profesor Parejo Alfonso se basa, justamente, en la obra de estos dos autores.

Y, también a propósito de la acción administrativa y en concreto de la acción o actuación informal —necesariamente revalorizada en esta tesis—, añade que

“no puede menospreciarse el argumento de la legitimación o justificación por razón del mejor cumplimiento del fin legal, es decir, del interés general”

Es decir, el fin, sin duda bueno y justo, es un elemento de justificación de los medios empleados.

En esta misma línea, y coincidente con toda la filosofía de enjuiciamiento por resultados —otra versión del principio de eficacia en esta tesis— se señala:

“Se hace preciso y urgente, pues y más allá de posibles reformas en el propio sistema de dicho control (el judicial), complementarlo con otros ya existentes y disponibles, pero desvalorizados e infrautilizados. De una parte está el control administrativo interno de eficacia o por resultados, que ofrece enormes posibilidades para un permanente perfeccionamiento de la acción administrativa y su continua realización. Pero tampoco deben olvidarse el papel y las virtualidades del control parlamentario, siempre que se articule asimismo desde la perspectiva del examen de los resultados. Por último, no cabe duda que la intervención ciudadana, articulada en forma de participación orgánica, a través de grupos o asociaciones o mediada por instituciones (significativamente el Defensor del Pueblo y homólogos), puede contribuir también significativamente a cerrar el perfeccionamiento del sistema de control”

Hay que realizar varios comentarios.

Aparentemente, así leída la tesis, es en primera visión bastante correcta, puesto que se trata de “complementar” el control judicial.

El problema está en que, como hemos venido relatando, en esta tesis se niegan prácticamente, las posibilidades de control judicial hoy vigentes. No vamos a repetir lo dicho. Recuérdese lo que se dice en esta tesis sobre la discrecionalidad, la flexibilización de la acción administrativa, la Administración libre de la Ley, la vinculación estratégica al fin, la insoportabilidad de la situación judicial, la falta de adecuación del Juez para juzgar de la acción administrativa, el garantismo suicida de las tesis clásicas, la reserva de Administración, la Ley-medida, la sustitución de la vinculación positiva por la dirección estratégica de la Ley, la incorporación de determinaciones propias por la Administración no previstas legalmente...

¿Qué queda así del papel del Juez?

Si lo que queda es, en el plano material el control de la interdicción de la arbitrariedad, prohibición del abuso / desviación de poder, y la exigencia de conformidad al “sistema” de la acción administrativa concreta y en el plano

formal el control por los fines y la garantía general de objetividad¹²¹, hay que decir que desde luego se puede llegar a un acuerdo con esta teoría. Pero para este viaje, no hace falta esas alforjas.

Si se permite desarrollar todos esos principios, llegamos recto y por Derecho al control judicial clásico del Estado de Derecho en su versión más ortodoxa. Y sobra todo el resto de esta literatura.

Pero, pese a esas palabras aparentemente justificadoras de una vuelta a los clásicos, parece que el resto del texto se mantiene. En cuyo caso, sumado todo lo que se dice, no hace falta hacer un análisis semiótico para concluir que lo que se pretende no es, precisamente, dar desarrollo a esos principios tal como han sido expuestos por la literatura clásica, sino establecer un enjuiciamiento por resultados —que también se desprende literalmente de esas expresiones— coincidente con el enjuiciamiento por resultados que se predica del Parlamento y del control administrativo interno.

Lo que se pretende es un enjuiciamiento por el resultado. Sea en el caso del Juez, del Parlamento o de la propia Administración.

Sobran los controles jurídicos. Ese es, cabalmente, el resultado final y global de esta tesis. Al menos, menguan y palidecen, se encuentran eclipsados.

Veamos las consecuencias de estas tesis en la realidad; veamos que ha pasado, aquí y fuera de aquí, cuando se han suprimido los controles; veamos que ha sucedido cuando el Derecho ha dejado de estar en el centro de las preocupaciones de los gestores de la cosa pública. Y veamos también cómo están reaccionando esos poderes, Parlamento y Tribunales, cuando la vinculación estratégica ni ha vinculado ni ha impedido que estos estrategias de la eficacia hayan hecho irrisión y escarnio de la cosa pública sino que se han aprovechado dolosa y torticeramente de los caudales públicos, poniendo en riesgo a todo el sistema.

2.6. Consecuencias palpables del abandono del garantismo. Escándalos y corrupciones. Volviendo al derecho clásico

A no dudar, en todos los países que han abandonado las técnicas garantistas se han visto inmersos en una serie terrible de escándalos que han llegado a dar al traste con todo un sistema político.

Y quienes han dado fin a tal sistema, han sido los Jueces, bien que al final, ante el fracaso del contencioso-administrativo al suprimir su ámbito de control, por supresión de los mecanismos internos de fiscalización que determinaban los actos administrativos enjuiciables (muy señaladamente la intervención), han acabado siendo los Jueces penales quienes han tenido que abordar, en gran medida este tema, con daño notable para el sistema. El ejemplo de lo que ha sucedido en Italia es justamente el de un caso de falta de controles previos, apoyados en una literatura administrativa que ha hecho del “manage-

¹²¹ Así Hill, citado en op. ult. cit. p. 52.

ment”, de la eficacia, del “mixtum” público-privado, el eje de su reflexión en los últimos quince años¹²².

Lo peor, desde esta perspectiva, que le puede pasar a un país, a un sistema político y a su derecho administrativo es que tenga que ser el Poder Judicial Penal, el que acabe sustituyendo con sus garantías a las garantías que debe ofrecer, y ofrecía, el sistema administrativo.

En lo que se refiere al ámbito más precisamente administrativo, la creación de ámbitos de discrecionalidad no fiscalizables de acuerdo con los controles clásicos, preventivos, ha supuesto, sin duda, la creación de uno de los mayores focos de corrupción y desconfianza ciudadanas. No confiar en el sistema administrativo, en línea directa con lo que se teoriza por los antigarantistas, ha supuesto dañar gravemente el sistema político.

Así ha sucedido en el ámbito de la contratación administrativa.

La elevación enorme de los umbrales para la adjudicación directa, la inmensa discrecionalidad rayana con la arbitrariedad en la adjudicación de criterios y el papel menguante de la Intervención, se han traducido en uno de los mayores escándalos políticos que recuerda nuestra historia administrativa.

El sistema político no soporta esta falta de controles administrativos.

Hay que recuperar el garantismo. Y para empezar el garantismo administrativo. Veremos que cabe decir después sobre el principio de eficacia. Pero, adelante, que no hay eficacia administrativa posible fuera del marco estricto legal. No basta confiar en la “ética”. A la vista está en que concluye esa ética cuando alguien no la tiene. El Derecho se ha vengado.

Cuestión absolutamente distinta es la urgente recuperación del prestigio de la cosa pública y del orgullo de pertenecer a la misma. El “esprit de service” clásico, absolutamente capital para que quienes han sentido la vocación de servicio incorporándose a la Administración, se sientan legítimamente orgullosos de su pertenencia a ella y de su cometido. Espíritu de servicio y prestigio de pertenencia a la función pública que existía tradicionalmente en muchos cuerpos del Estado y que ha dado lo mejor que ha tenido nuestra Administración y que, un lamentable mal trato consciente ha depauperado a extremos inconcebibles. Con la acusación de “corporativismo”¹²³ se ha maltratado a numerosos funcionarios integrantes de prestigiosas ramas de la función pública, mermando sus funciones; manipulando los mecanismos de acceso; alterando el sistema de selección; devaluando su cometido; recelando de su actuación; sustituyéndoles por designados políticos a dedo (organizaciones paralelas de miembros de partidos, especialmente grave en el ámbito local); politizando absolutamente la función pública —muy grave, especialmente en algunas Autonomías—; laboralizando gran parte de las organizaciones, reclutando a dedo a los incorporados en función de simpatías políticas o sindicales; igualación de

¹²² La literatura es inmensa. Me remito a las lúcidas reflexiones que el profesor EVELIO VERDERA hace sobre este punto en el Prólogo a mi libro “Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo”.

El fenómeno venía incubándose hace tiempo y ha saltado por los aires con todo el sistema con él.

¹²³ Vid T. R. FERNÁNDEZ “De la arbitrariedad de la Administración”. 5.ª Edición. Madrid 2008.

funciones entre cuerpos de distinta titulación, con desorientación y pérdida de sentido de la titulación superior; vaciamiento de algunas organizaciones cubriendo precariamente a título meramente provisional instituciones enteras —gravísimo en el caso del personal médico en la Seguridad Social— hasta cambiando conscientemente su propio nombre haciéndoles perder identidad sin causa que lo justifique.¹²⁴

Es sin duda urgente dignificar la función pública y recuperar el espíritu de servicio.

Pero eso es algo que no tiene que ver con la ética como forma de actuación alternativa a la norma. Eso es teoría pura de la organización y como mucho, dignidad en el trato al servidor público por parte de quien le ha de dar las órdenes.

Lo que hay que recuperar son las técnicas de control y fiscalización. En el dilema, falso dilema como después señalaré, entre eficacia y legalidad, sin dudar es buena para la salud del sistema decidirse por esta última.

Hay que combatir por el Derecho, en los viejos términos de Ihering.

Hay que rechazar, totalmente en mi opinión, el “reblandecimiento”¹²⁵ de la vinculación legal de la Administración, el “reblandecimiento” de sus exigencias clásicas (sic). Hay que volver al buen y viejo Derecho, en expresión del constitucionalismo Británico. Nada de “vinculaciones estratégicas”. Principio de legalidad puro y duro. Nos va mucho en juego en este asunto. La propia confianza en el sistema.

Los Jueces deben volver a su sitio, no hay que confiar sólo en ellos. Los Jueces han de ser la última esperanza del sistema pero **no** la única esperanza del sistema. Hay que confiar en que funcionarán los mecanismos preventivos. Hay que recuperarlos a toda costa. Hay que someter la acción administrativa, a empezar por la contratación y el urbanismo y la regulación económica (muy especialmente la del comercio), a esquemas clásicos. La Administración no debe tener ningún espacio libre de la Ley. La Administración es en la Constitución un brazo ejecutor, puro poder subordinado y ordenado por el principio de legalidad. La protección jurídica tiene que ser “sin lagunas”. La escuela de la “Public Choice” nos ha enseñado mucho al respecto de la confusión terrible entre interés privado e interés público, confusión ésta que acaba haciendo funcionario al comerciante y... comerciante al funcionario.

Es a mi juicio rigurosamente falso que la Administración tenga por sí misma la menor legitimidad. No existe ningún apoyo en la Constitución. Los funcionarios no conectan por sí solos con la realización de objetivos que marque el Estado de Derecho. La cadena de mando debe estar bien establecida y

¹²⁴ Estos problemas no son sólo de nuestro país. En los Estados Unidos, se ha producido un fenómeno semejante, pero han tenido la valentía civil y el coraje político de reconocerlos públicamente. Vid el Informe de la “National Commission on The Public Service” conocida como Comisión Volcker, informe denominado: “Leadership for America: Rebuilding the Public Service”. 1989. Y el durísimo informe, que detecta prácticamente los mismos males antes descritos en nuestro texto: “Hard Truths/Tough Choices: AN Agenda for State and Local Reform” (Comisión Winter, 1993)

¹²⁵ la expresión en L. PAREJO ALFONSO. op.cit. p. 61.

ser ejercida por los responsables políticos, estos sí, como Gobierno legítimo, perfectamente legitimado.

Es inexacto en mi opinión que:

*“El Gobierno y la Administración integran un poder público que no es sin más un poder dotado de un específico régimen jurídico caracterizado por determinadas exorbitancias del Derecho común. Son ciertamente eso, pero lo son en función de que, además y primero, constituyen un poder articulado sobre la base de una propia, por más que indirecta, legitimación democrática (funcional e institucional). La Administración es, consecuentemente, un poder cuya actuación (al mismo tiempo deber y facultad) tiene un fundamento democrático indiscutible, que se refuerza por su entronque con el órgano deliberante de representación democrática directa presente en el subsistema al que pertenezca en cada caso la organización administrativa, a través de la subordinación de ésta a la instancia de gobierno sujeta al control político de aquél órgano deliberante (en su caso, Parlamento). Si a ello se une, desde la perspectiva asimismo irrenunciable del Estado Social, la mayor idoneidad de la Administración —por sus características propias— para la decisión y la acción en contextos sociales complejos y variables, ninguna duda ofrece que a la recomposición en curso de los ámbitos respectivos de la Ley y de la actividad administrativa ningún obstáculo se opone (antes al contrario) de la parte del orden último y superior de valores y principios configuradores del Estado. En definitiva, la Administración debe considerarse no sólo habilitada sino incluso vocada y llamada —en el conjunto sistemático de estructuras de poder del Estado actual— para contar con un ámbito sustantivo propio de decisión (comprensivo de la determinación de lo que sea el Derecho en el caso concreto; lo que los alemanes llaman Rechtsfindung), justamente por ser la pieza del poder público más idónea para ello en atención a la complejidad y variabilidad de las situaciones precisadas de la regulación/resolución estatal”*¹²⁶

La Administración no tiene la menor legitimación¹²⁷. En nuestro sistema no al menos. Y no la va a tener mientras no se cambie la Constitución. No hay ninguna superioridad de legitimación en la actuación burocrática. Ni es deseable tampoco. Todo el contencioso-administrativo está montado sobre esta base, que además es la que recoge nuestra Constitución. El sometimiento **pleno** a la Ley y al Derecho, albarda sobre albarda, que impone el artículo 103 1 de la Constitución a la Administración, no tiene en modo alguno la idea de liberar a la Administración, sino de someterla¹²⁸.

¹²⁶ L. PAREJO ALFONSO, op. cit. p. 62.

¹²⁷ Hablo por abstracción situándome además en el contexto en que se sitúa también esta idea. En el caso de la Administración Local, hay otro tema distinto, sin perjuicio de lo cual, los funcionarios al servicio de la Administración Local, tampoco tienen como tales la menor legitimidad.

¹²⁸ Vid los trabajos de WELZEL y la explicación de la reacción frente a la legalidad nazi.

Por demás, en muestra saludable de que el buen y viejo Derecho está comenzando a reclamarse enérgicamente por sus fueros, quiero hacer hincapié en que tanto la práctica parlamentaria como la judicial, caminan por esta línea.

En el caso del Parlamento ¹²⁹, a la vista está que en las Comisiones de investigación creadas, aplicando el derecho parlamentario, no se ha limitado el Parlamento a preguntar por los resultados. Ha controlado, desde su perspectiva, el “due process”; es más, tal es la base de su investigación y de su crítica. No le basta con conocer si tales adjudicaciones sobre la que investiga los casos de corrupción, se hacen con resultados económicamente eficaces, sino que indaga los términos en que se realiza la gestión. No es un mero control de fines, sino, también de medios.

En el caso de los Jueces, los asuntos que están llegando a los Tribunales también están siendo detectados a través de los medios de adjudicación de las contratas.

En algunos casos, pese a que la Intervención actúa al final, consigue alertar a los Jueces, si bien, para fiasco del sistema, la alerta interna que tantas veces ha dado la Intervención no ha merecido, para nada, el menor interés del gestor superior. ¹³⁰

Recuperar el garantismo es recuperar la confianza en el sistema jurídico. No hacerlo es poner en grave riesgo a la cosa pública, al sistema político y a la propia democracia.

Así pues, los controles preventivos, han de ocupar un muy primer lugar en la fiscalización de la Administración y sus agentes. Este tipo de controles, facilita el proceso liberalizador de la economía, al someter a parámetros de legalidad la acción administrativa, impidiendo que se nos sitúe ante hechos consumados en los que el iluminismo administrativo se haga realidad, se encarne, sin discusión posible.

¹²⁹ La desvalorización del Parlamento, poniendo acento en su inadaptación a “los nuevos tiempos” a su “falta de conexión con la realidad” o su “deficiente capacidad técnica”, es típica del pensamiento ilustrado de corte socialdemócrata.

La despectiva expresión de “teatro” para referirse al Parlamento en M.S. GIANNINI “Diritto Pubblico dell’ Economia”. Bolonia 1985, pp. 337 y 338.

¹³⁰ Estas son las consecuencias de desvalorizar los controles administrativos. Al final, la Prensa destapa el escándalo, que un mínimo sistema de derecho administrativo, no ya “eficaz”, sino elemental, habría evitado a tiempo. Claro que habría que haber tomado ciertas decisiones, al parecer poco gratas políticamente.

Poco importa al parecer a determinados gestores de la cosa pública el control administrativo. Y sorprende que, en esta misma línea, no se hayan exigido responsabilidades administrativas por omisión.

No deja de resultar curioso que, quienes más vocean como gestores el principio de eficacia, sean los primeros en olvidarse, no ya de la eficacia sino de la más mínima y elemental diligencia, cuando de sus propios controles se trata.

Es irónico y causa vergüenza que sea el Parlamento Europeo (Informe Auken) quien nos coloque en el desgraciado puesto de ser el país más corrupto de la Unión Europea en urbanismo.