

LA FRAGMENTACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

Por

ADOLFO SERRANO DE TRIANA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

SUMARIO: I. Introducción.—II. La apetencia de poder.—III. La involución del concepto de personalidad y los remedios procesales administrativos.—IV. La problemática de las técnicas de organización y responsabilidad.—V. El significado del interés en la organización y en el proceso.—VI. La ampliación de la nulidad como garantía de legalidad en los actos.—VII. La certeza en los comportamientos administrativos.—VIII. La presunción positiva y las potestades administrativas de prestación.—IX. La certeza en la coactividad.—X. Hacia un desapoderamiento selectivo de la ejecutoriedad de los actos.—XI. La certeza en las formas de acumulación de datos del ciudadano.—XII. La certeza en el contenido de los datos de información.—XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Se acusa normalmente un sentimiento de que el ordenamiento administrativo español no es sólo complejo, sino también confuso, y algo podría desmentirse ahora. Pues las aportaciones doctrinales son continuas y brillantes y el ordenamiento comunitario tiende a imprimir una nota de homogeneidad en el derecho español en numerosas áreas de gestión y actividad administrativa. Una y otra realidad se compadecen mal con el hecho, no ya de su imparable extensión, sino de la escasa vertebración lógica que, con los elementos constructivos que nos suministran las normas, puede acometer un jurista. Una serie de hechos colaboran a esta situación y en el análisis de ella pueden, si se admiten, existir algunos fundamentos de clarificación. No se trata sólo de comprender o no ser rebasados por el significado del cambio normativo. El cambio legislativo no puede producirnos alarma alguna, porque la vida colectiva fluye continuamente y en su vivir está la justificación del Derecho. Otra cosa hay que decir del cambio sin orden o con un orden de valores indetectable en una tradición jurídica consolidada.

II. LA APETENCIA DE PODER

Cada vez que se habla de una hipotética reforma en las estructuras de la Administración por obra del poder político, se encuentra el jurista con una prevención incontrolable. Pues la reforma cuando acaece ya no es reforma, y si está por venir pero no deviene, puede entonces hablarse mejor de una necesaria Revolución para efectuarla. KANT deploraba la fórmula de la Revolución aplicada al Derecho, y cantaba las excelencias de las reformas por tramos legislativos. Seguramente los reformadores ilustrados tenían un distinto entendimiento de las que hoy podemos contemplar, y por eso eran tan entusiastas de ellas. Hoy más bien el entusiasmo deja paso a un cierto abatimiento en el intelecto del lector o del intérprete de las normas administrativas más recientes. Pero como quiera que la reforma de las instituciones administrativas, o sus leyes, se presentan como tales nominalmente, es preciso ver si algunos aspectos cruciales del ordenamiento administrativo, han sido sustancialmente innovados.

No van estas líneas dirigidas para mantener la disolución del Poder administrativo del Estado, sino para reflexionar sobre la pasión administrativa de inquirir, de actuar y de ejecutar, y hacer una valoración por exceso o por defecto de sus repercusiones actuales en nuestro Estado de Derecho.

No sé si comenzar esta indagación, que no ha de resultar tranquilizadora, con el recuerdo de CASSIRER, que al hablar del mito del Estado insistía en la tradición agustiniana de su configuración como mal menor de la asociación humana (*remedium concupiscentiae*) (1); aunque no es un concepto fácilmente inteligible para la ciencia jurídica de hoy, tiene el mérito de rememorar que la Sociedad civil no es perfecta ni sus logros se contienen en una generación, así como que sus traumas saltan también y, desgraciadamente, de generación en generación, casi como una maldición homérica. De forma que los desaciertos impostados en las leyes por sus autores, han de sufrirlos sus aplicadores. Y es que, como advertía HELLER, hay que considerar que en la formación del poder del Estado —que sólo tiene su ser en cuanto que deviene— intervienen también las generaciones pasadas (2).

Esa *libido potestatis* que se denunciaba ya en el declinar del Bajo Imperio Romano puede anunciar hoy como ayer una decadencia de unas formas culturales de vida que suscitan la preocupación de su reproducción jurídica en épocas diversas.

(1) *The Mith of the State*, Ed. Yale University Press, N. Haven, 1946.

(2) Cfr. su *Teoría del Estado*, FCE, México, 1947, págs. 266 y ss.

Reclama vivamente la atención en nuestro ambiente, esa fluencia y apetencia de las normas por arroparse continuamente con el concepto de Estado de Derecho como forma de su propia presentación social, de su presentabilidad; pero menos, mucho menos, se acusa la misma apetencia por el espíritu democrático del comportamiento administrativo, fuera de las leyes que contemplan la seguridad pública o las libertades personales. Como si la ancestral incompatibilidad entre Poder y Pueblo debiera perpetuarse. Si el *démos* ha de gobernarse (*kratéin*), que tal es lo que significa democracia, esta reviviscencia de tal incompatibilidad no puede recibirse. Más es así, cuando la marginación del espíritu democrático parece establecida a través de un enmascaramiento técnico en la normatividad, armado con conceptos cajeados por la doctrina científica. Naturalmente, no me refiero a una postergación expresa de la inspiración democrática, sino empírica, pues rara es la norma de importancia considerable para el derecho público, especialmente el Derecho Administrativo, que no se acuerda de referirse al giro trascendental que la Constitución ha impuesto en nuestro ordenamiento y en nuestras leyes. O que en su Exposición de Motivos se cuida de decir que da cabal cumplimiento a tal o cual precepto constitucional, provocando ocasionalmente un ambiente de generalizada desconfianza para los lectores que la han de acoger (3).

Otra dolorosa circunstancia consiste en que los propios defectos o los silencios normativos, a modo de soledad sonora, ponen de manifiesto con estrépito las carencias que se vienen sufriendo en el proceso de la consideración de la ciudadanía ante las normas administrativas como la verdadera dueña del Poder y de su ejercicio; dejando esta inspiración relegada a los planteamientos generosos de los ilustrados del XVII y del XVIII, cuyas lagunas sólo pueden verse restablecidas a través de la articulación del derecho de petición o la *interpositio actionis* del Defensor del Pueblo, o ante mecanismos de poca

(3) Ejemplo de verdadero cinismo expositivo es la Ley de Presupuestos Generales del Estado 33/1987 para 1988, que so pretexto de cumplir las normas constitucionales interpretadas por el Tribunal Constitucional, dice realmente algo muy distinto de lo decidido en las SSTC 65/1987, 126/1987, donde no se admitía ni la posibilidad de deslegalizaciones indeterminadas de materias reservadas, ni la intemporalidad de los preceptos presupuestarios como norma general; y aunque la posterior sentencia de 8-3-1993 del Tribunal Constitucional ha admitido también la constitucionalidad de las reiteraciones sistemáticas de disposiciones temporales en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, lo hace dentro de un esquema de condiciones limitadas. Pero también un caso similar es el de la propia EM de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que en orden a cumplir la STC 99/1987, invocada en su preámbulo, la contradijo expresamente a través de una larga lista de excepciones en su articulado, acerca de los puestos de trabajo que pueden tener naturaleza laboral. Como siempre, la cuestión *qui custodiat custoditis?* permanece sin encontrar una contestación expeditiva. Cfr. mi estudio *La función actual de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional*, «RAA», núms. 31-33, 1988.

resolución efectiva. Ante una decisión burocrática se congelan en el tiempo todos los atributos dominicales del ciudadano y las tesis ilustradas de la soberanía popular parecen identificarse ridículamente y plenamente con las ocurrencias funcionariales.

Esta situación que se puede denunciar como crecientemente debilitada desde un punto de vista democrático, viene causada por una descomposición de un conjunto de conceptos firmemente asentados dentro de la doctrina científica del derecho español.

III. LA INVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD Y LOS REMEDIOS PROCESALES ADMINISTRATIVOS

Sobre ello se ha dicho tanto y tan cabalmente que abundar fuera fatigoso. Aún es de recordar la célebre polémica entre GARCÍA DE ENTERRÍA, LUCAS VERDÚ, y las observaciones hechas en su día por LÓPEZ RODÓ. También se ha pronunciado recientemente GARRIDO FALLA desde las páginas de esta REVISTA, cuando ha reivindicado la recuperación del Estado-persona jurídica como centro de imputación de la pluriformidad de sus órganos, rechazando una línea predominante que lo concibe de forma «panadministrativista», con base sobre todo a una argumentación procesal (4). Esa polémica de tal orientación doctrinal diversa, difícilmente puede ahora concluirse; pero sí es menester señalar que ni por exceso ni por defecto el dogma de la personificación jurídica de la Administración se presenta hoy como un mecanismo de referencia para garantizar sólidamente los derechos ciudadanos, y más bien acaece que se manifiesta como un privilegio más de enmascaramiento de la Administración Pública.

No es que con ello se quiera rehuir un problema central sobre la atribución de personalidad al Estado o a la Administración. Más bien lo que se ha de precisar ahora es que el núcleo de donde irradia la confrontación de derechos entre el ciudadano y el Poder político está en la indiscutible personificación administrativa. Pues ya advirtió HELLER, efectivamente, que el problema de la personificación como expresión jurídica de una matricial técnica de poder del Estado era algo más que una cuestión semántica.

Este recuerdo quizá obliga a una breve digresión. De hecho, DU-

(4) Cfr. las observaciones de L. LÓPEZ GUERRA, *Sobre la Personalidad Jurídica del Estado*, «Revista de Derecho Político», 6/1980, UNED, Madrid; L. LÓPEZ RODÓ, *Personalidad jurídica del Estado en el Derecho interno*, «Revista de Derecho Político», 11/1981, UNED, Madrid; GARRIDO FALLA, *Democracia y Estado de Derecho: Sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley*, núm. 128 de esta REVISTA, 1992, entre otras visiones contrarias a la pérdida de la personalidad jurídica del Estado.

GUIT criticó vivamente la idea de personificación del Estado formulada por el «panteísmo jurídico de KELSEN» como una ficción, una *Rechtssatz*, que enmascaraba el poder de dominación de los gobernantes. Y la existencia de un Derecho vinculado formalmente al Estado, como una suerte de confusión inadmisibles. El rechazo de la identidad entre el *Rechtsstaat* y el *Staatsrecht*, se debía entre otros motivos al rechazo de la personificación abstracta e hipostática de la institución estatal. Pues las normas a él vinculadas o atribuidas e identificadas, eran simple trasunto del esquema individualista del funcionamiento del Derecho, y por tanto de la figura del derecho subjetivo. Así como en lo físico existen las normas del ser (*sein*), el Estado y su personificación reclamarían para sí el deber ser (*sollen*). Pero la crítica de DUGUIT es liviana al lado de la que después se ha podido ver en algunos juristas conocedores del *Common Law*. Crítica hecha con relación a la filosofía jurídica alemana, o a su lenguaje, como un tanto ingeniosamente haría en nuestro tiempo ALLEN (5), o con más dureza expresaría él mismo con referencia a la Escuela Histórica y la función desempeñada por VON SAVIGNY, a los cuales obsequió con calificativos tales como el de «nacionalsocialistas antes del nacionalsocialismo».

Esa crítica de DUGUIT se apoyaba asimismo en lo que entonces parecía un defecto de formulación en la propia Ilustración política francesa; y ello es algo que el propio autor tuvo la honradez de formular, puesto que ROUSSEAU había expresado que, en verdad, el Estado era una persona pública: «*Cette personne publique, qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres..., est appelé par ses membres État quand il est passif, souverain quand il est actif, puissance en le comparant à ses semblables...*»; y había dicho igualmente que era confusión propia de los políticos, escindir al soberano como si fuera un ser fantástico formado de piezas adicionales, que primero se escinden y luego se reúnen sin perjuicio de la vida del cuerpo social. Esa soberanía es la que «*divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance exécutive; en droits d'impôt, de justice et de guerre; en administration intérieure et en pouvoir de traiter avec l'étranger: tantôt ils*

(5) Decía C. K. ALLEN, efectivamente, al estudiar la doctrina de KELSEN: «Como el idioma inglés no se ve afectado por el accidente filológico de que la misma palabra (*Recht*) signifique a la vez "derecho" (*right*) y "ley o derecho" (*law*), el jurista británico se interesará sólo ligeramente en los ataques de KELSEN contra la distinción tradicional entre *objektives Recht* y *subjektives Recht*...» Cfr. *Las Fuentes del Derecho inglés* (trad. de *Law in the making*), IEP, Madrid, 1969, pág. 79.

Criticando el despliegue del *Geist* de cada pueblo y el papel conceptual desempeñado por SAVIGNY, dice asimismo: «... es difícil no sentir que, inconscientemente (porque apenas podrá adivinar lo que se construiría sobre los cimientos que él había establecido), Savigny y sus seguidores fueron nacionalsocialistas antes de los nacionalsocialistas...» (*ob. cit.*, pág. 128).

confondent toutes ces parties, et tantôt ils les séparent» (6). Así que probablemente HEGEL no pudo hacer otra cosa que extraer las consecuencias de las formulaciones rousseaunianas aun criticando el aparente racionalismo francés: «El Estado, como actualidad de la voluntad sustancial, que ha elevado a su universalidad la autoconciencia particular, es lo racional en y para sí» que reclama una última unidad en una mismidad (*Selbst*), que justifique la permanencia de un poder o de una soberanía que supere la particularidad de una simple agregación o suma de voluntades. El propósito de este idealismo estaba claro: la permanencia de los poderes particulares o, dicho en términos contemporáneos, la tendencia para los propios intereses particulares, la permanencia para sí, supone con la ruptura de la unidad estatal que es orgánica, una auténtica enfermedad (*für sich bestehen*). El momento absolutamente decisivo del todo (*des Ganzen*) reclama una subjetividad. Pero la subjetividad es una abstracción que reclama un sujeto, y este sujeto una personalidad y por tanto una persona que pueda tener virtualidad real: «*Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, ... ist als die Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewußtsein hat, das an und für sich Vernünftige*»; pero al mismo tiempo es la actualidad de la libertad concreta donde la individualidad personal y sus intereses particulares tienen su total desarrollo efectivo reconociendo su derecho, de forma que lo universal del Estado se fusiona con lo individual en su totalidad: «*Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit*» (7). Esta concepción idealista

(6) La crítica a Kelsen se formuló ya en su día por DUGUIT con razón al mal pretendido carácter «realista» u «objetivista» de su Teoría, sobre la tesis de que todo era norma, y su distinción entre mundo físico, leyes causales (*Sein*), y mundo social, leyes de fin o normas (*Sollen*), claramente expuesto en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), *Allgemeine Staatslehre* (1925). De ahí su expresión: «... *l'Etat qui, en tant que sujet des actes étatiques, n'est que la personnification de l'ordre juridique*». Cfr. *Traité...*, cit., págs. 50 y ss.

Sobre los conocidos textos de ROUSSEAU, cfr. *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Liv. I, ch. 6 y 7, y Liv. II, ch. 2; Éditions du Seuil, París, 1971.

(7) Cfr. los párrafos 257 y ss. de la tercera sección de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de 1821 y ss., Verlag von Felix Meiner, Hamburg, 1955.

Sobre el reproche tantas veces imputable a esta concepción del sacrificio del individuo al Estado, véase la formulación conciliadora:

«*Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheiten; die konkrete Freiheit aber besteht darin, daß die persönliche Einzelheit und deren besondere Interessen sowohl ihre vollständige Entwicklung und die Anerkennung ihres Rechts (im systeme der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft) haben, als sie durch sich selbst in das Interesse des Allgemeinen teils übergehen, teils mit Wissen und Willen dasselbe, und zwar als ihren eigenen substantialen Geist anerkennen und für dasselbe als ihren Endzweck tätig sind, so daß weder das Allgemeine ohne das besondere Interesse, Wissen und Wollen gelte und vollbracht werde, noch daß Individuen bloß für das letztere als Privatpersonen leben, und nicht zugleich in und für das All-*

del Estado estaba extraída de una comparación que ha resistido el desgaste de los siglos: al modo con que un órgano del cuerpo no puede permanecer en su función particular sin enfermar irremisiblemente, así la parte que se empeña en permanecer idéntica a sí misma, crea un proceso patológico constitucional, pensamiento que había justificado todo tipo de pronunciamientos políticos. De ahí la expresión de HOBBS (*De cive*, V): «... *civitas, sive societas civilis, atque etiam persona civilis*».

Por muy metafórica que pueda entenderse tal comparación, no por ello deja de provocar una percepción profundamente exacta de lo que supone la personificación estatal respecto del todo que es la asociación compleja en que se articula el pueblo. No sé si puede verse la correspondencia que ello puede tener con la situación organizativa y constitucional de nuestra sociedad y de nuestro ordenamiento en el momento actual. En este orden de cosas debe de reconocerse, además, el débito que el constitucionalismo alemán, a la par que su propia filosofía política, tienen para con la Ilustración; los grandes pensadores de la *Aufklärung* como KANT (el cual se preguntó precisamente ¿qué es la Ilustración? en la edad de la Razón) y HEGEL, al cual en nuestra doctrina se le ha dado por muerto entre las ruinas del comunismo (8), y por supuesto, toda la tradición cultural posterior de la que JELLINEK y HELLER, entre otros, son exponentes, han aceptado expresivamente esa deuda, especialmente en su formulación francesa, y concretamente respecto de MONTESQUIEU y ROUSSEAU en su sacralización meridiana de la voluntad general. Es HELLER quien luminosamente ha dicho del Estado que «es la unidad de los actos que constituyen la instancia decisoria territorial, como unidad de decisión territorial universal, que se funda en la naturaleza social e indisociable del hombre». La unidad de decisión territorial hace captar según el, y muy hegelianamente, la esencia de un equilibrio «dialéctico» entre la unidad y la diversidad infinitas de actos sociales para el logro de la unidad ordenada (9).

Es esta apariencia de la mayor sistematización de aquellos juristas y la presentación dogmática de sus formulaciones las que han

gemeine wollen und eine dieses Zwecks bewuBte Wirksamkeit haben. Das Prinzip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und Tiefe, das Prinzip der Subjektivität sich zum selbständigen Extreme der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen um so dieses zu erhalten...» (ed. cit., págs. 207 y ss.).

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, en *El concepto de personalidad jurídica en el derecho público*, núm. 129 de esta REVISTA, año 1992.

(9) Cfr. su escrito *Democracia política y homogeneidad social (Probleme der Demokratie*, Roschild, Berlín, 1928), en *Escritos políticos (Ausgewählte Schriften)*, Alianza Univ., Madrid, 1985, págs. 257 y ss.

concedido más fortuna a algunas de sus definiciones hechas al modo germánico. Resulta además claro que las distintas interpretaciones que se hacen sobre la personificación del Estado y su vinculación o no con el Derecho de forma sustancial, obedecen frecuentemente a perspectivas distintas de formulación, antes que a concepciones incompatibles entre sí. Una definición como la de HELLER es desde luego de carácter material, pero se compadece perfectamente con el punto de vista de que el Estado, como organización es, al mismo tiempo, ordenamiento jurídico. De ahí que en la concepción dicha exista finalmente una identidad o una reconciliación entre Estado, Sociedad y Derecho (10).

En todo caso mantengo mi opinión, que uno a tantas otras, de que el Estado con personalidad o sin ella es conjuntamente organización jurídica que, como todas, procede del Pueblo, bien como momento constituyente o como momento constituido. Y desde un punto de vista material, procede de una asociación humana compleja, donde el Poder no es la suma de las asociaciones parciales o de las corporaciones e instituciones, sino la resultante de todas ellas, en gráfica y geométrica expresión de HELLER. Todo ello compatible, dinámicamente, con el complejo infinito de actos humanos que tal orden supone. Y si no fuera una obviedad decir que el único hecho social empíricamente comprobable es el pueblo y que todo deviene de él, en un plano fenomenológico y natural, se debería recordar este axioma constantemente para no dar a las normas o las organizaciones un aliento vital del que, fuera de los sujetos que las inspiran, ca-

(10) También GARCÍA DE ENTERRÍA, en réplica al trabajo de GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992, con apoyo del «convertido» constitucionalismo alemán al protagonismo del pueblo, y citando especialmente a HELLER, critica la «persona fantasmal» que condensaría la soberanía del Estado frente a ese pueblo como sujeto directo del poder soberano.

Precisamente la crítica del Estado-persona que arranca con virulencia en la doctrina francesa de DUGUIT (un «sindicalista», como diría después HELLER), con base a un escrito de GERBER, opera sobre el rechazo a un principio filosófico cartesiano: «*Le je pense, donc je puis*» de Descartes es el germen poderoso que engendra la *Déclaration des droits de l'homme et tout le Code Napoléon...*», dice DUGUIT en su *Traité du Droit Constitutionnel*. El atributo de la persona-Estado queda así exigido cuando se mixtifica este axioma con lo defendido por ROUSSEAU: un *moi commun* que expresara esa *volonté générale* parecía entonces de una lógica impecable. Precisamente la crítica hecha por DUGUIT a la teoría del derecho subjetivo en JELLINEK por lo significativo de su enfoque (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*), parte del mismo rechazo a las tesis metafisicistas jurídicas francesas del momento. Efectivamente, GERBER desde 1865 afirmaba que el Estado-persona era el mismo un sujeto de derecho subjetivo revestido de potestad pública. Por eso publica DUGUIT *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, en 1901, en su respuesta.

Su crítica a PLANIOL y MICHOD se hace por parecidos motivos. Sobre la conexión del dogma de la personificación con el derecho subjetivo, alababa la tradición racionalista y objetivista de PUFFENDORF y GROTIUS, pues que: «*Ils ne méconnaissent pas l'existence des droits subjectifs; mais loin d'être à la base du droit objectif, ils en dérivent.*» Cfr. su *Traité...*, cit., Tomo I, pág. 24.

recen evidentemente. Ahora bien, al margen ya de los concretos términos de esta polémica científica, que por su interés ha justificado estas reflexiones, debo aventurar mi parecer de que cuando se pone énfasis en la existencia de otras personalidades aparte de la personalidad de la Administración, no ha de verse hoy en ello atribución material a la organización administrativa de un hábito que planearía sobre el pueblo, como un epifenómeno monstruoso y sujeto él mismo del poder que atribuye, sino como una creación más del pueblo, en sus representantes, que hilvana entre los distintos poderes del Estado y frente al Estado exterior, un ente con atribuciones jurídicas, en suma un ligamen o una referencia de cohesión; una referencia también formal y jurídica que es el reflejo del objeto del conocimiento vulgar que expresamos con la palabra «Nación» como hecho social e histórico. Por otro lado, nuestro ordenamiento no sólo ha reconocido personalidad jurídica a las Administraciones locales o a las autonómicas, sino a los entes que las sustentan, es decir, las Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios. ¿Tienen ellos más sustancia jurídica que el Estado?

Fue CASSIRER quien recordó que el término *Lo Stato* apareció tempranamente en el alborar del absolutismo, en la baja Edad Media, en crítica a BURCKHARDT, quizá como nucleación del grupo dominante; pero esta génesis no implica que el aceptar el concepto de personalidad jurídica requiera conservar *naturaliter* su impregnación de contenido. Muchos conceptos vienen con los mismos nombres de ésa o de otras épocas, mudados enteramente de contenido, acomodados a las exigencias democráticas contemporáneas, por ejemplo el concepto de «pueblo». Lo mismo ocurre con el concepto de municipio, de provincia, y no digamos con el de Comunidad Autónoma, de cuño enteramente original de 1978. Y es también HELLER quien subraya que las relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambiando a cada momento, y no obstante este acontecer, no dan lugar al caos sino que engendran como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado, pues «toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace» (11).

No por el mérito de la originalidad, pues, sino por el de la sistemática, ha de recordarse también en esta materia a KANT, que definía, acogiendo la importancia de los mecanismos de atribución antes que Kelsen, que «persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación» (*Zurechnung*). Cosa es lo contrario. Toda esta distinción se hacía sobre la base de separar el aspecto psicológico de la personalidad moral —que es el que se encuentra frecuentemente

(11) Cfr. su *Teoría...*, cit., págs. 277 y ss.

rechazado bajo el velo de la personificación de las organizaciones estatales— con el aspecto jurídico, que es el que nos interesa aquí (12).

Con esta sencilla contraposición debemos entender, no sin ironía, que nuestra organización administrativa va siendo diariamente menos persona, si hemos de poner este concepto en línea con la posibilidad de imputación real de las actuaciones administrativas. Y por tanto, paulatinamente, la Administración se va *cosificando* más, como exigencia contraria de esta huida de la imputación. Imputación digo real y no formal, pues de poco sirven las construcciones formales del Derecho si la práctica se divorcia de ellas. GARRIDO mencionaba la necesidad de reconsiderar el dogma de la personalidad jurídica de la Administración en línea con la EM LRJPA, y quizá no está exenta la crítica relativa a un excesivo colonialismo administrativo de una base razonable. Sea cual sea la posición que se adopte, aunque el Estado pueda tener personificación, o cualesquiera de sus tres poderes, como otros han querido, la Administración no debe perderla, pues elevar excelsamente las técnicas jurídicas de organización a una suerte de personificación mayestática estatal, equivale a dejarlas sin proyección terrena, como aquellas leyes que se elevaban tanto que nadie podía leerlas. En contra del énfasis adverso puesto por la LRJPA.

Y es que ni con el reconocimiento existente del dogma de la personificación administrativa, como algo más modesto, más empírico y más inteligible por cualquiera que la sustancial personificación de la Nación-Estado, puede el ciudadano identificar fácilmente (13) el sujeto responsable de los actos de gravamen de su comportamiento, y reconducirlo a una condena efectiva.

(12) Cfr. *Die Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, de 1797, V. Bruno Cassirer, Berlín, 1922, págs. 24 y ss.

«... Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nicht anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesen unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloß das Vermögen, sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen der Identität seines Daseins bewußt zu werden)... Sache is ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist.»

(13) La LRJPA 30/1992 tiene el mérito de mencionar, por cierto, 48 veces la palabra «ciudadano», frente a dos veces la palabra «administrado», y esto obligada por el artículo 149 de la Constitución. Dado que la LRJCA y la LPA preferían la expresión «administrado», parece que la terminología sugiere una conversión del Legislador a mayores dosis de consideración de la dignidad jurídica de las personas, así como al contenido de sus derechos fundamentales; sin embargo, ya lo sabemos, en el desarrollo de la definición de esos derechos ante las Administraciones, es donde se mide la capacidad de encaje de las dosis constitucionales y democráticas de los tipos a que responden los derechos ciudadanos. Y desde luego no parece constituir esta ley una especie de Código de los derechos públicos subjetivos esperados por la ciudadanía en su relación con las Administraciones Públicas.

Es hora de meditar sobre el hecho de que, en la práctica, muy frecuentemente el dogma de la personalidad se aplica como un lema culto de los jurisperitos, con pocas consecuencias procesales. Difícilmente podríamos ver normalmente en la misma instancia procesal una condena al Ministerio del Interior, por un embargo autónomo ordenado por la Administración de Tráfico, pues aquél sería la consecuencia ejecutiva de un acto regulador «de fondo» que está siendo discutido en vía ordinaria, administrativa, o contencioso administrativa. Salvo que el ciudadano tuviera la fortuna de encontrar un magistral director técnico del proceso judicial, experto en todo tipo de litisconsorcios. Sin embargo, aquél es el presupuesto necesario de éste. Ya será el jurista el que con habilidad de plazos e instancias, podrá acumular las acciones contenciosas para debatir en un mismo proceso, lo que la práctica le impone como disperso, ello no obstante el dogma de la personalidad. De otro lado, los excesos semánticos conducen a conceptos nebulosos que se expresan en locuciones verbales y reglamentarias como «Administración de la Seguridad Social» (en verdad legalmente inexistente), o «Administración de Tráfico y Seguridad Vial» (para designar el conjunto de órganos que dispersamente confluyen en el ejercicio de sus competencias), o «Administración de la Hacienda Pública» como una «personificación» parcial de la Administración del Estado, en alguna importante sentencia (STC 206/1993) (14). Esta complicación práctica resulta aún más clara si son distintas personificaciones administrativas las que actúan autónomamente con base a unos mismos datos matrices, suministrados por cualquiera de las otras Administraciones. Esta actuación viene ahora favorecida por una dispersión incalculable de procedimientos, por cuanto que la LRJPA, DA 3.^a, ya ha visto generosamente ampliado no sólo su plazo de adecuación de procedimientos en doce meses más, es decir, dieciocho, sino quizá la posibilidad de ulteriores ampliaciones sin más que reiterar el uso del decreto-ley. También la Ley Orgánica 9/1992 de nuevas delegaciones de competencias del Estado, incluso de algunas «exclusivas», admite sin tasa

(14) «... En definitiva no es la posición preeminente de la Hacienda Pública, personificación sectorial de la Administración, como titular de potestades y prerrogativas, el dato determinante del diferente tratamiento respecto de los "intereses procesales" en la ejecución de sentencias».

dice esta Sentencia (FJ 4), que se dicta con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de Navarra respecto del artículo 921 de la LEC, en el cual se salvan las especialidades de ejecución previstas para la Hacienda Pública en la Ley General Presupuestaria, artículo 36, sobre intereses de demora. La expresión está justificada previsiblemente en la dicción del artículo 2.º de la LGP cuando establece que, «a los efectos de esta Ley», la Hacienda Pública está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde «al Estado» o a sus Organismos autónomos.

ni medida el desarrollo normativo de los procedimientos autonómicos, que vienen justificados por la existencia de poderes territoriales diversos y por la existencia previa de distintas personificaciones administrativas —derivados tales procedimientos de las «especialidades de la organización propia» autonómica, dice el art. 2.i)—.

Con todo ello un jurista sólo podrá conseguir la paralización de la actuación errónea de algunas de todas las administraciones implicadas en algún asunto que haya debido fragmentarse en su gestión por la concurrencia de varias de ellas, desplegando un prodigioso esfuerzo de coordinación de distintas acciones procesales y recursos, que, curiosamente, ha renunciado a conseguir el Estado. Cuenta así con una descoordinación radical que debe componerse individualmente en el tracto de la defensa de los intereses individuales enfrentados contra los poderes públicos.

El procedimiento deviene así reflejo de la atribución funcional o territorial del Poder, y por tanto de la propia personificación diferenciada en cada caso particular. Y es esta dispersión también la que provoca un fenómeno de diacronía y de dispersión procesal, que conocido por cualquier práctico del Derecho Administrativo, no deja de ser cada vez más creciente y menos preocupante. Estos casos que se cuentan desgraciadamente por miles pueden verse reflejados, por ejemplo, en los Informes del Defensor del Pueblo que explican muy bien cómo distintas Administraciones, enredadas en un maremágnum de privilegios y absortas en el mantenimiento de ellos, pueden conducir a la desesperación a un sinfín de ciudadanos amparados paradójicamente por todas las normas legales (15).

(15) El problema de fragmentación de la actividad administrativa, la cual se percibe por el ciudadano (o se debe percibir) unitariamente, sin embargo, aparece reflejado en las páginas del *Informe del Defensor del Pueblo* a las Cortes Generales de 1992, en varios casos. Uno es respecto de la Administración de Tráfico en materia de transmisiones de vehículos. Ahí puede verse cómo desde la ejecución de un acto inocente *inter privados* cual es la compraventa de un vehículo, se puede conducir a la desesperación a millares de ciudadanos que se ven enfrentados con una cosmogonía de Administraciones (Central, Municipal, Autonómica) donde cada una valora los defectos de tramitación a su modo, ejecutando los embargos patrimoniales con distintos criterios. Todo ello sin verdadero fundamento legal alguno, aunque, naturalmente, justificando tal proceder en interpretaciones especiosas de las normas legales. De otros ejemplos con otras Administraciones se puede hablar igualmente y que, por cierto, han sido objeto de nuevas transferencias: Defensa del consumidor y del usuario. De este aspecto, por ejemplo, y sobre las SSTC 71/1982 y 15/1989 en aplicación de la LGDCU, ya había adelantado una crítica Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en el núm. 126 de esta REVISTA, 1991, pág. 140: *Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores*: «... la diferencia en orden a las competencias fuerza a la dispersidad y a la dispersión de respuestas... ¿es que habrá que articular más de una docena —o incluso diecisiete el día que la esperada ampliación de competencias se haya producido— de estatutos para la defensa del consumidor?».

Finalmente, y en materias más graves (v. gr., la integración funcional de recursos en materia de salud, *Informe...* de 1991, pág. 342), está cada vez más saturada la vida administrativa.

Una legalidad suficientemente oscura para que no pueda defenderse por vía penal, suficientemente clara como para que cualquier funcionario pudiera cumplirla si no estuviese urgido o por requerimientos recaudatorios, o por instrucciones poco jurídicas del funcionamiento administrativo. No parece sino que la regulación administrativa actual deja por cumplir la primordial consecuencia jurídica de la definición de personalidad, que es justamente responder enteramente de los actos propios. Pero ¿qué decir de la solidez del instituto de la responsabilidad administrativa imaginado como complemento de la personificación?

Como pauta de reintegración de los perjuicios padecidos por una dispersión de personalidad sigue permaneciendo, desde luego, el instituto de la responsabilidad del funcionamiento administrativo, ampliado desde la entrada en vigor de la LRJPA, que con excepción de matizaciones procesales, sigue presentando las mismas características que la doctrina ha ido señalando, acentuando el aligeramiento de los obstáculos de identificación de los últimos responsables en toda actuación administrativa. Este es el caso de la reacción por el perjudicado del «levantamiento del velo», que en línea con la denuncia ya hecha por KELSEN en su día, se viene recordando recientemente (16). La cicatería con que la LRJPA admite la responsabilidad del Estado legislador, estaría bien en tiempos para los que, como en Francia, que desde 1838 hasta 1938 había transitado desde la irresponsabilidad del Estado Legislador (*Arrêt Duchâtelet*), hasta la admisión de tal responsabilidad con condiciones (C.E. *La Fleurette* de 1938, y posteriores *arrêts Ville d'Elbeuf* en materia de precios del gas, *Compagnie des tramways électriques de Limoges*, o *Société des chantiers d'Ajac-*

(16) Cfr. su *Teoría Pura del Derecho*, (*Reine Rechtslehre*), donde al hilo de sentar precisamente la cuestión de la personalidad el Estado reclamaba una ciencia «que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones» (Ed. Universidad de Buenos Aires, 1953, págs. 196 y ss.).

En esta problemática de la responsabilidad debe incluirse la invocación del comportamiento del Estado Legislador, pues la LRJPA resulta especialmente decepcionante cuando se remite a la voluntad incondicionada de las Cortes para fijar los propios límites de respuesta a la acción del particular, artículo 139.3. Sólo con buena intención puede hacerse inteligente el supuesto enunciado por la ley de indemnización al ciudadano por un acto legislativo cuando éstos no «tengan el deber jurídico de soportar», verdadera petición de principio allí donde las haya, puesto que quien define los deberes es precisamente el acto legislativo. A esto puede añadirse un defecto regulativo ulterior. No resuelve desde luego el carácter material del acto legislativo y su reflejo desconcertante en las facultades legislativas autonómicas, pues, como ha expresado R. PARADA V., la «multiplicación de los órganos legislativos del Estado a través de los Parlamentos autonómicos está llevando a la tentación de gobernar por leyes, con los beneficios de la irrecurribilidad y de la irresponsabilidad patrimonial, obviando los modos y formas de actuación de los órganos administrativos, esencialmente justiciables y responsables [aparte de que] el citado precepto carece de lógica institucional y además "se puede considerar inconstitucional por regular por una ley ordinaria" una cuestión semejante».

Cfr. su *Derecho Administrativo*, T. I, MP, Madrid, 1993, págs. 627 y ss.

cio), como en Francia, digo, podría suponerse que toda ley expresaba básicamente un interés general y preeminente. Pero donde la proliferación de leyes de casos únicos se viene consolidando y donde el Tribunal Constitucional ha debido hacer atención ocasionalmente de su falta de adecuación a la Norma Fundamental, parece claro que las normas de responsabilidad actuales siguen tributarias del esquema clásico de respuesta insatisfactoria. Es decir, que suponen siempre un acontecer *ex post facto* y que actúan como referencia genérica y residual de la falta de acciones rápidas y sumarias de protección de los intereses personales. Se podrá objetar que con funcionarios o autoridades bien instruidos y bien intencionados nada de esto ocurriría, y que las técnicas tradicionales de imputación de las actuaciones parecen suficientes y satisfactorias para con los derechos de Administración y ciudadanos. Sin embargo, las técnicas administrativas no es algo que se puede confiar al corazón de las personas. Aunque estas personas sean probos funcionarios, cuando no competentes autoridades políticas. Incluso el operador judicial del Derecho no resuelve, *coeteris paribus*, esta problemática de forma satisfactoria. No se compensa con la existencia de sujetos coactivos a los que acudir eventualmente de la naturaleza de los juzgados de lo contencioso-administrativo previstos por el legislador, pues lo que decimos es que la existencia del juzgado, con prometer una operatividad mayor para cuestiones de menor alcance que las suscitadas ante Tribunales colegiados, no resuelve *a radice* la inicial descompensación de posiciones jurídicas que padecen los ciudadanos frente a la Administración.

Cuando TOCQUEVILLE recordaba (*La democracia en América*) que los jueces son quienes, todos los días, enmiendan la plana al Poder político sin que tiemblen las estructuras estatales, en un entorno cultural donde la Administración significaba menos, y los jueces más, estaba lejos de imaginar los ominosos privilegios que la Administración contemporánea iba a consolidar, aliada de la masificación de funciones y de la manipulación de la información a través de los sistemas informáticos. Lo que se debe considerar ahora es si ni siquiera el juez debe intervenir tanto al devolver las iniciativas particulares retenidas en manos públicas. Y si una vez que interviene menos, debe reflejar aquel principio contenido en la *Crown Proceeding Act* de 1947 de que el Estado responde en las relaciones con los particulares, como un particular más. Principio extraído, como observaba ALLEN, de las deficiencias del sistema británico, y las ventajas del sistema francés en el control de los excesos burocráticos (17). También dijo WADE que así se había liquidado el centenario principio de la in-

(17) Cfr C. K. ALLEN, en su *Law...*, cit., págs. 852 y ss.

falibilidad de la Corona y de la irresponsabilidad por daños de la misma, precisamente por el carácter indirecto procesal que el particular debía asumir para conseguir una condena judicial de resarcimiento, acudiendo a la pintoresca solución del acusado funcionario «representativo» (18). Un juez pudiera ser un correctivo disuasorio en el siglo XIX para el Poder Ejecutivo, y aún hoy lo es afortunadamente, cuando el ciudadano consigue la sentencia favorable, y antes, si está bien aconsejado, la medida cautelar oportuna que presenta un singular interés litigioso.

Sin embargo, esta acumulación imparable de privilegios administrativos y su fragmentación, que no guarda correlato con el lenguaje aparentemente democratizador de las normas actuales, recuerda cada vez más la imagen administrativa del pasado. Algo así como la imagen del Prefecto con sus hachas y su varas respecto al deudor determinado y conocido. Pero este Prefecto y sus lictores, que impresionaban profundamente al ciudadano romano, sólo conocían un aspecto limitado de la personalidad del apremiado y en tiempo, diríamos hoy, en tiempo diferido, sin auxilios de la electrónica de la información. Y así hoy, en términos empíricos, la justicia administrativa resulta un instrumento tardo, no paralelo a la línea de ineficiencia masiva y de ilegalidad general que la Administración despliega en muchos momentos de su acaecer social. De ineficiencia masiva, y no sólo de la descompensación producida por una forma de «demora inercial o institucional» a la cual se ha referido también en términos de censura nuestra jurisprudencia constitucional, percepción ésta muy lejana a la consideración de la Administración como institución con «privilegios en menos» (STC 206/1993). En frase conocida, si el juez ha de resolver sentado y la Administración de pie y con prisa, está claro que la ineficiencia originaria que la Administración provoca será frecuentemente irreparable, pues aparte de ser masiva, el ciudadano individualmente la percibe simplemente como una relación bilateral descompensada por el más fuerte. A ello no ayuda definitivamente la teoría de la *vía de hecho* pues aunque, como se reconoce ya pacíficamente (STS 1.^a de 8 de junio de 1993), es un concepto que debe admitirse desligado del derecho de propiedad y referido a otro tipo de derechos que generan o cubren estados o situaciones permanentes o estables, la *vía interdictal* o la *vía civil ordinaria*, no es menos carga para el ciudadano que el ejercicio del recurso administrativo y del contencioso-administrativo y la instrumentación de las medidas cautelares.

(18) Cfr. H. R. WADE, *Derecho Administrativo* (trad. de su *Administrative Law*), IEP, Madrid, 1971, págs. 407 y ss.

Tal y como se plantean las líneas de reflexión sobre la problemática del control administrativo, parece no tener fácil solución. Si la solución es incrementar el poder judicial en sus dotaciones y medios, ello contribuirá ciertamente a la mejora de la justicia, *ex post facto*; pero más se conseguirá en términos de justicia administrativa, antes que crear una contra-Administración paralela, con la dotación a los particulares de la autoadministración de sus propios recursos jurídicos, que nivelen su posición ante la Administración sin necesidad de intervención judicial o administrativa-judicial (órganos de consumidores, asociaciones de reclamaciones, etc.). Todo ello contando con que la interpretación progresiva del derecho a una tutela judicial efectiva, y la aplicación del principio de plenitud en la selección de las medidas cautelares más efectivas, lleguen a su perfección procesal, en orden al restablecimiento de una situación jurídica del ciudadano exigida contra la Administración, como apariencia de buen derecho, y como contra-balanceo del peligro del retraso procesal. Estas medidas del tipo de los *referé* establecidos en los Decretos franceses 905 y 907 de 1988, o como las peticiones de cautela u omisión alemanas ya sugeridas sobre la clara independencia judicial proclamada por la Ley Fundamental (*Unabhängigkeit der Gerichte, einstweilige Anordnungen, Unterlassungsansprüche...*), etc., brindan, sin duda, un instrumento precioso para evitar la exacerbación de la injusticia que todo proceso administrativo puede suponer por su dilación y la estrechez en el ajuste posible de la sentencia a las pretensiones formuladas; y ayudan igualmente a una postergación considerable del carácter revisor del acto («... *daB durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte...*», precisaba el § 123 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* de 1 de enero de 1960, previendo el detrimento del derecho de los actores a través de un cambio en el estado de las condiciones o circunstancias de la impugnación procesal) (19). Aunque el axioma jurisprudencial establezca que

(19) A este conjunto de medidas cautelares, como *numerus apertus* que configuran un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar, desde la aplicación del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que arrancan de varias resoluciones judiciales, especialmente desde los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 (que hace referencia a la sentencia *Factoritame* del Tribunal Europeo de Justicia) y 17 de abril de 1991, se han referido abundantemente GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. GARCÍA DE ENTERRÍA ha razonado extensamente sobre el particular en varias ocasiones al enjuiciar la llamada tutela sin cosa juzgada que opera conforme al *fumus boni juris*, y en cuanto al necesario equilibrio entre el privilegio de la decisión previa y la protección jurisdiccional. Entre aquéllas merecen especial atención las medidas cautelares que precisamente paralizan la denegación administrativa de la concesión de un derecho, a través del instituto de la suspensión de la denegación. Medidas que el Tribunal puede decretar con libertad de configuración adoptando de oficio las precisas para el restablecimiento del de-

la carga de accionar para restablecer la justicia no exige que haya de soportarse el daño por el accionante, y se reconozca generosamente el principio *pro actione*, no ofrece duda que más justicia se puede conseguir con la suspensión indiscutible de un acto administrativo sin necesidad de intervención judicial, sea este acto de contenido positivo o de contenido negativo; o lo mismo cabe decir respecto de un embargo administrativo a través de un proceso judicial y no simplemente automático por decisión administrativa. Más aún si lo que acaece es una *autodisposición o autorreintegración* de un derecho público subjetivo, que de otro modo quedaría comprometido en el comportamiento pasivo o negativo de la Administración, es decir, en una *no Administración* de los mismos. Además, si una vez que el ciudadano ha obtenido una sentencia de instancia favorable a sus pretensiones, puede no ser ejecutada por interposición del recurso correspondiente, puesto que el Tribunal *a quo* goza de facultades discrecionales en orden a acordar o no la ejecución provisional de lo sentenciado (SSTC 67/1984, 109/1984 y Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 11 de enero de 1993), puede decirse que sólo hasta que la casación administrativa se resuelve, la santidad de la cosa juzgada protegerá y muy tardíamente lo pretendido por el ciudadano.

El lema *in media arma ruamus* expresa muy bien que los instrumentos de defensa deben entregarse a quienes están en la lucha, no diferirlos para el momento de la victoria. No parece que una reforma de las leyes procesales, que no alzaprime los instrumentos preventivos del control de los actos administrativos y no sólo de ellos, sino de la matriz de las actuaciones que no sólo es la tutela judicial efectiva, sino *ex ante*, la *no Administración* de situaciones jurídicas o su *mala Administración*, y junto con esto todo el engranaje del funcionamiento de la Personificación ficticia de la Administración simultáneamente, puedan mejorar definitivamente la situación padecida. Cómo se haga esto no es algo que se pueda axiomatizar ligeramente, ni, menos aún, fluye de una fórmula magistral automáticamente. Pero ya será bastante si se camina en una seria reflexión sobre la necesidad del cambio de paradigmas en la definición de las posiciones del ciudadano frente a la Administración, que en verdad sigue siendo simplemente un «administrado». Término éste que, por su regusto tecnista, es tan querido del legislador y de cierta doctrina.

recho controvertido. Cfr. el *Curso de Derecho Administrativo II*, págs. 606 y ss.; «REDA», núms. 69-71; núm. 126 de esta REVISTA y en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo*, Cívitas, 1992, entre otros.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS TÉCNICAS DE ORGANIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD

A la idea de personalidad sirve la de jerarquía, en razón de la naturaleza de las cosas y, además, por obra de un mandato constitucional. VILLAR PALASÍ se encargó en su día de explicar cómo el artículo 1 LRJAE sirvió al privilegio antiguo de la jerarquía, y por tanto no condensaba tanto una técnica de organización, que lo es desde luego, sino también la expresión de una ordenación por grados que permitió descentralizar o desconcentrar las decisiones de la organización administrativa. JELLINEK había señalado además en su *Verwaltungsrecht* que la alternativa entre la centralización y la descentralización era algo que no podía desvincularse de la ordenación de la jerarquía. Y en su *Teoría del Estado* establecía dos correlaciones que se han revelado inalterables: que la descentralización como fragmentación cuestionaba el mismo concepto de Estado (*Staatsfragmente*), y que la Administración podía jugar un papel de *unidad en la unidad del Estado* como lo había demostrado la historia de Francia. La influencia recíproca de los conceptos de jerarquía, centralización y unidad, en la construcción del Estado se ve claramente desde la autoridad de JELLINEK, entre otros muchos teóricos del Derecho anteriores y posteriores al mismo, y es de recordar simplemente por la acabada sistematización hecha en sus descripciones de los tipos ideales del Estado.

Viniendo a este tipo de reflexiones hemos de señalar que una de las primeras concepciones conocidas de la jerarquía hecha como reflexión espontánea y formal se detecta en Plotino y en el Pseudo Dionisio precisamente como ubicación de rangos de seres diversos en una suerte de escala gradual de ordenación. Esta primera percepción ha permitido insuflar al vocablo griego *hierarchia* los contenidos más particularizados según las distintas ramas científicas. En el ordenamiento jurídico, especialmente por influencia del derecho canónico, se estableció desde antiguo claramente la vinculación entre grado y subordinación: «*non sunt omnes in eodem gradu, sed inter eos hierarchia, est in qua alii aliis subordinantur*» (20); pero ha habido sobre ello y hay distintas escuelas. SANTAMARÍA DE PAREDES concedió en nuestro país una extremada importancia a esa línea directa, *por grados* de presencia de la organización en todos los territorios del Estado, sin perjuicio de las atribuciones propias de cada nivel de decisión, pues se entendía que lo propio de una sola persona es la acción,

(20) Canon 108 del *Codex Iuris Canonici* de 1917.

y lo propio de muchas es la deliberación (21). El punto crítico más claro del principio contrario de mando directo por línea vertical, la desjerarquización aparente es, por cierto, la descentralización administrativa, la cual como nueva personalidad y nuevo centro de imputación requiere la separación de responsabilidades de comportamiento. En un sentido amplio, y como principio formal, la jerarquía conviene tanto a la teoría de la organización cuanto a la teoría de las normas, si bien, a mi juicio, es en esta última donde mayores problemas de comprensión diaria origina al aplicador del Derecho que se ha visto forzado a acuñar alambicados sistemas de justificación del juego vertical del principio jerárquico para, respetando su terminología, variar su eficacia propia estableciendo un modo circular de eficacia normativa, *gerarchia chiusa o circolare*, como síntesis de la inducción y deducción que el proceso jerárquico acarrea desde un punto de vista lógico-formal. Como bien señaló RUGGERI observando las aportaciones de ROSS, el proceso lógico sólo permite la evidencia del conocimiento del trabajo normativo (*Erkenntnis*) a modo de una dinámica y correspondiente correlación, pero no habla sobre el fundamento de la propia unidad normativa (22).

(21) Sobre la Jerarquía, que organiza la forma de representación del Poder ejecutivo, da SANTAMARÍA P. este concepto: «La palabra *jerarquía* filosóficamente considerada, expresa relaciones de subordinación y coordinación que mantienen la armonía entre la unidad y la variedad de un organismo. De acuerdo con tales conceptos podemos definir la jerarquía administrativa diciendo que es la *serie de órganos que ejercen el Poder ejecutivo, armónicamente subordinados y coordinados, para hacer compatible la unidad con la variedad del mismo*. Ella se extiende por líneas y grados. La línea realza el centro de autoridad con otros inferiores, el grado es un lugar determinado que corresponde a determinado centro de autoridad...» Y alude sí a la *delegación* y a la *representación* expresa... Y después al hablar de la unidad de acción y supresión de regímenes forales, comparando los órganos colegiados con los unipersonales, dice: «La ley de 22 de diciembre de 1789 que dotó a Francia de una nueva organización administrativa, justamente encomiada, pecó sin embargo por absorber la acción en asambleas deliberantes, con grave daño del principio de autoridad; la práctica de este sistema por la Convención, comprobó que la potestad de mando en órganos corporativos conduce a la anarquía, así como la falta del concurso de Cuerpos consultivos a la acción de autoridades unipersonales favorece la arbitrariedad. Dio solución al problema el Consulado, en la ley de 298 Pluvioso año VIII (17 de febrero de 1800) cuyo espíritu condensó ROEDERER, diciendo "Obra de uno sólo es la acción, el deliberar obra de muchos", frase que hoy es un axioma en la Ciencia.»

(22) Cfr. la exposición hecha por RUGGERI con ocasión de los problemas de articulación de las normas regionales, sobre una nota bibliográfica a la contraposición de concepciones entre KELSEY y PARESCHE en orden al despliegue de la normatividad desde la *Grundnorm*, que expresaba bien en su momento esta crítica indicada. Aun admitiendo la validez de esa jerarquía, el reproche es el de la unilateralidad del proceso dinámico con el que trabaja el principio. Es aquella «*per la quale nel System, come sintesi della deduktive ed inductive Zusammenordnung, si rinviene l'esclusivo fondamento delle fonti del diritto...*». Por eso afirmaba que la teoría jerárquica «*pura entra in crisi irreversibile, tanto nei suoi presupposti teoretici quanto nella sua essenza dommatica. L'unità del molteplice che nell'idealismo kelseniano aveva trovato la sua espressione esteticamente più raffinata, per perfezione geometrica, ed insiene la formulazione più idonea a rappresentare le esigenze dell'ideologia liberale, una volta affrancata dai suoi presupposti soggettivistici e ipotetici... ad qui, la necessità di procedere ad una revisione profonda della tradizionale ipotesi gerarchica, che ha condotto la dottri-*

Tenemos pues, como ocurre tantas veces, unas críticas condensadas sobre emisiones de pensamiento diferentes: el enfoque jerárquico formal, o el enfoque jerárquico material, que es el que justifica en la doctrina de la organización la atribución de potestades a través de la medida de la competencia. Constituye la LRJPA actualmente un ejemplo, quizá inspirado por la negociación o el espíritu de coordinación, en parte positivo. Pero es un ejemplo también de cómo pueden los conceptos claros, conservando los mismos nombres, tornarse oscuros, con claro detrimento de la seguridad jurídica de los ciudadanos, que son los sujetos para quienes se verifica internamente el reparto del trabajo en que la jerarquía consiste. Esta norma citada recoge paladinamente una regulación pormenorizada de la jerarquía sólo en un sentido fragmentado, atribuyendo a la coordinación o a la eficacia —sin perjuicio de recordar el dogma de la personificación— los fundamentos de la actividad administrativa. Dentro de esta pérdida de importancia de la regulación jerárquica, aparece la chocante figura de la jerarquía no jerárquica, o el desplazamiento por delegación de responsabilidad no vertical en el artículo 13. A esta conclusión y figura conduce la descripción de que cada Administración Pública puede acordar la delegación de competencias de sus órganos administrativos en otros, aunque «no sean jerárquicamente dependientes», cuando existan motivos de oportunidad («circunstancias... que lo hagan conveniente», dice la Ley). Quizá lo que quiso decir el legislador, no lo ha expresado afortunadamente. Lo que se quiso decir muy probablemente es que la delegación podría operar aunque los órganos no estuviesen jerárquicamente dispuestos de forma evidente o aparente. Pues si los órganos que reciben las competencias están dentro de la misma Administración Pública, aunque no dispuestos u ordenados verticalmente, la delegación no deja de ser jerárquica, por el mismo hecho que existe una sola cabeza (*einköpfige Verwaltung*) o por el mismo motivo que entre colaterales no existe jerarquía, pero sí entre el tronco común y los colaterales, según acrisolados conceptos del Código Civil. No hay jerarquía desde luego entre el Director General de Tributos del Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Régimen de la Seguridad Social del Departamento correspondiente, pero sí la hay entre éstos y el Gobierno o antes, de la Comisión Delegada del gobierno competente, por razón de la cual puede reajustar las atribuciones de otros órganos dependientes, con los límites formales que la ley establezca. Como no hay jerarquía entre un Ministro y otro en tanto que Jefes

na nettamente dominante ad accostarsi, sotto varie guise ed in misura diversa, al criterio della competenza...». *Gerarchia, Competenza e Qualità*, Giuffrè, Milano, 1977, págs. 85 y ss.

de la Administración y Ramo de los servicios correspondientes, pero sí entre ellos y el Presidente del Gobierno en las materias marcadas por las leyes de organización. Mas si los órganos delegados no son ya de la misma Administración, y por lo tanto caen fuera de su personalidad, carece de sentido esa jerarquía ajerárquica, pues lo que acontece es un traspaso de competencias entre personalidades jurídicas distintas, por mecanismos que la delegación simplemente administrativa no puede explicar (v. gr., las Leyes de delegación de competencias, o los RR.DD. de Transferencias a las Comunidades Autónomas, o los RR.DD. que redefinen competencias de atribución material de distintas personificaciones tuteladas por la Administración matriz). Dicho de otro modo, si no está una decisión de atribución en la línea jerárquica, no puede ser, en un sentido estricto, y prescindiendo de la elasticidad del término, delegada. Si es atribuida, es porque está o tutelada la atribución, o redefinida por un traspaso, o por un acuerdo, a través de la forma jurídica correspondiente. Si la jerarquía es lo que debe seguir siendo antes y después de la ley: ordenación de poder según grados de superioridad o inferioridad, por tanto verticalmente dispuesta, lo mejor que puede hacerse en casos como éste es prescindir del sentido literal del precepto, y atenerse al sentido figurado. A ello conspira también el principio de seguridad jurídica del administrado, ese saber a qué atenerse con la Administración Pública. Si ya de por sí es compleja la atribución de responsabilidades a órganos administrativos en función de la personificación definible, más complicado resulta seguir las delegaciones anómalas, como reduplicadamente más fatigoso es combinarlas además con las sucesivas variaciones, muchas veces insustanciales, de las designaciones orgánicas, de las que las de la Administración del Estado ofrecen un ejemplo continuo admirable por el esfuerzo semántico de sus maquilladores, pero en modo alguno imitable desde el punto de vista de la racionalidad gestora y desde la seguridad jurídica del administrado. Ese continuo nacer y morir de Departamentos y órganos para volver a gozar de nuevas vidas administrativas, en una suerte de transmigración corporativa en la que, por ejemplo, el Ministerio de la Presidencia constituye un caso notable, los organismos tributarios, o determinados entes públicos de la legislación presupuestaria, no es indicativo de un dinamismo eficaz de la Administración, sino manifestación de la inconsistencia de cada nueva organización transmutada. El defecto de la Administración matriz ha sido además legado a las Administraciones Autonómicas.

En este universo de entropía creciente, una delegación jerárquica puede seguirse con fatiga. Una delegación jerárquica colateral, ¿quién puede saber dónde termine y a quién convenga? Una delega-

ción ajerárquica absolutamente, ¿qué significa realmente? Puede dudarse, creo que con suficiente fundamento, de que la técnica propuesta pueda servir de ayuda alguna a la transparencia del funcionamiento de la Administración y a la seguridad jurídica del administrado, y aún más a la deteriorada noción de personificación, ejemplarmente expuesta en el superviviente artículo 1 LRJAE, desde donde no ha desaparecido el término «órganos jerárquicamente ordenados» en el momento en que esto se escribe.

Esta delegación espúreamente alumbrada ahora o se transforma en reorganización de competencias administrativas, o rompe el sentido interno de la reordenación jerárquica cuando sea necesaria.

Para esa primera solución en nada ayuda la «Encomienda de Gestión». Esta técnica de organización, de rancio sabor terminológico, donde las actividades o las personas se «encargan», o se mandatan, tiene una explicación original en las relaciones de confianza entre el tráfico mercantil de los individuos, o diversas misiones jurisdiccionales que los gobernantes en el derecho antiguo imponían o cedían a los encomendados y sus funcionarios. La voz «comisario» sugiere algo parecido. La configuración actual supone un último esfuerzo de imaginación para no perder la titularidad de las competencias administrativas que se ceden a órganos diversos cuando aparentemente el observador jurídico ya las había dado por perdidas. Realmente la idea de «comenda», o «mandado», propia de la legislación medieval, que conoció un extraordinario desarrollo en la legislación indiana, ha ido manteniéndose residualmente y aparecía prácticamente desterrada de la legislación organizativa de nuestros días (23). Hoy parece claro que ninguna de las razones que en su día explicaban el surgimiento de las encomiendas aparecen aquí con claridad. Si el órgano administrativo no tiene recursos, lo propio es dotarlo para el cumplimiento de sus actividades; de otro modo se consagra el aberrante criterio de la multiplicación de entes innecesarios. Y además si lo que acaece es una dificultad transitoria en la gestión, el arrendamiento de servicios, o el convenio, cuando no el contrato administrativo, cubren esas necesidades, como advierte el propio articulado de la ley. Pero el peligro latente de la Encomienda lo sugiere el artículo 15 de la LRJPA cuando rehúye de forma elegante la posible acusación de puesta en venta de las competencias públicas, mas sin llegar a generar un convencimiento pleno en el lector de la inexistencia de tales riesgos: así lo expresa cuando dice que en tanto que la realización de actividades materiales, técnicas o de servicios

(23) Cfr. especialmente las Leyes XXI y ss. del Título XII de la *Quinta Partida*, y los Libros 2, 4, 6 de la *Recopilación de las leyes de las Indias*, de 1681, ICH, Madrid, 1973.

(que, por cierto, parecen ser todas las imaginables de una Administración Pública) haya de recaer en personas de derecho privado, se ajustará la Administración en lo que proceda a la legislación de contratación del Estado. Si alguna virtud positiva cabe imaginar para esta posibilidad organizativa, suerte de convenio público de gestión de competencias intraadministrativas, es que, por lo menos, podrá evitar la continua proliferación de Agencias, Entes u Organismos que separándose del tronco matriz competencial enrarecen cada vez más las relaciones del ciudadano con las Administraciones públicas adornándose de variadas vestes normativas (24).

Muy en contra de lo que pueda opinarse en un primer momento de reflexión, la encomienda y la desjerarquización, así como la desvertebración de cualquier organismo de funcionamiento eficaz o legal, puede suponer el impulso contrario del espíritu democrático y la pulverización de las competencias de decisión y de responsabilidad de la gestión propia, en un sinfín de laberintos de órganos encomendantes y encomendados. Una consecuencia añadida será además que las leyes organizatorias y los decretos de organización serán cada vez menos significativos para el público acerca del encuadre de competencias, confiados sus redactores a los desarrollos futuros a efectuar por encomendadores y encomendados del contenido de dichas competencias sugeridas normativamente. Y así parece enteramente que la doctrina de la competencia se presenta como un mercado donde, puestas a subasta haces de facultades sustanciosas, los encomendados se apropiarán indefinidamente de poderes que residían según normas fundamentales en otros órganos.

Algo así como una reaparición de los viejos privilegios de mayorazgos, vinculaciones, o privanzas de cualquier clase, pero referidas a bienes jurídicos abstractos y de la mano de la propia dinámica interna administrativa.

Ciertamente, la crítica al *modus operandi* de las pautas organizativas que se reflejan en el reciente Derecho Administrativo español no es, por supuesto, achacable solamente a la regulación contenida en la LRJPA; pero en pocos ejemplos como en ése se ve un desencan-

(24) Se cita siempre como caso límite la Agencia Tributaria, caso muy luminoso de la huida de los controles propios administrativos. O mejor dicho, del sistema administrativo guarda el espíritu de control político interno, como se ve por la composición de su Consejo de dirección, según la LPGE 1992, dotado de relevantes cargos políticos ministeriales. Del derecho privado escoge el régimen externo de funcionamiento, y el revestimiento de Sociedad estatal le procura un desenvolvimiento igualmente *sui generis*. Se trata de una descentralización de una función de autoridad tributaria, inherente sin embargo a la organización del Estado desde los primeros balbucesos de su constitución. En tal sentido la justificación de agilidad y necesidad de medios materiales y técnicos, si es muy intensa, termina condensándose en una verdadera descentralización. Si es insuficientemente intensa, parece que debe caminar a través de la tentativa de la encomienda de gestión.

to entre los esfuerzos de fijación de unos principios técnicos de organización exigidos por nuestro Estado —Estado ya hipercomplejo— y las novedades reflejadas por la ley, que, por cierto, deja en buena medida en vigor las anteriores.

Se trata de un modo general de hacer en nuestros gobernantes que merece un toque de atención. Esta falta de respeto por la tradición de las pautas organizativas consolidadas, y esta proyección de las modas políticas sobre la actividad de la Administración, es un reproche que no es sólo de hoy, sino que debe ser consecuencia, o formar parte, desventuradamente del carácter patrio que se imposta en nuestras normas. Pues ya decía POSADA sobre la Administración del Estado en 1892, en su prólogo a la obra de MEYER, que en España, más que en otras partes, la Administración del Estado se desarrollaba empíricamente sin continuidad ni tradición, sin cohesión orgánica, viviendo al día, sin ideal, sufriendo todos los embates de la política violenta, sin haber logrado oponer su carácter técnico frente al meramente *voluntario y variable* de la política pasional de los partidos: «... este empirismo práctico que domina en la función administrativa [se refleja en una idea que] no es otra que la de una omnipotencia arbitraria de un lado, de otra un cúmulo desordenado, variable, de reglamentos, decretos, órdenes, disposiciones sobre todas las cosas, y algunas más, especie de caos que es la desesperación del ciudadano honrado que con la Administración tiene que habérselas». No sé si es amarga la cita de COSTA, que en uno de sus *siete criterios de gobierno*, contemplando los embates de las nuevas figuras de organización y de las normas, decía: «no necesitamos leyes: con las que tenemos ya hay bastantes... lo que necesitamos en vez de leyes, es gobernante de tripas, de entraña, de coraje, penetrado del oficio, que las haga cumplir sin contemplación y sin misericordia» (25).

(25) Cfr. el prólogo de Adolfo POSADA al libro de J. MEYER, *La Administración y la organización administrativa*, La España Moderna, Madrid, 1892.

Seguramente se disculpará una cita no estrictamente legal, aunque sí profundamente jurídica. Con ese talante inspirado, aunque encendido, Joaquín COSTA denunciaba esta tónica confusa de funcionamiento de los poderes públicos:

«... Gobernantes, que al verse enfrente de la enfermedad nacida de las infracciones sistemáticas y acumuladas y hechas cosa normal... dejaban en su cobarde abandono a la ley... y se engañaban articulando un proyecto de ley nueva que sustituyera a la incumplida o bordeada, a sabiendas de que no vale en política, más que en medicina, cambiar de postura; de que quien no había sabido asegurar la efectividad de la primera ley, tampoco había de saber hacer efectiva la segunda; de que si la una, por falta de hombres, había sido letra muerta, letra muerta había de ser por falta de hombres, la segunda. Hombres, hombres, no papel mascado es lo que necesitan los pueblos en disolución, que se han quedado sin resorte interior, que han perdido el rumbo...» Cfr. sus *Siete criterios de gobierno*, B. Costa, Madrid, 1914, págs. 138 y ss.

Esta generalización de la complejidad organizativa y de la confusión de competencias, no es solamente padecida por los propios ciudadanos. Las propias leyes o los reglamentos son muchas veces inconsecuentes en la asignación de responsabilidades administrativas, y el mal hacer se traduce en consecuencias procesales prácticas.

Tal ocurre cuando, por no seguir rigurosamente el dogma de la personalidad jurídica unitaria, una misma Administración Pública puede ser responsable de la ejecución de las sentencias judiciales con contradicción de órganos incorporados: es el caso de la negativa de un órgano administrativo a emitir un informe de trámite que impide la ejecución de una sentencia judicial por la Autoridad competente en el área de Hacienda (26), ya que ambas autoridades son responsables en el ámbito presupuestario. De hecho, la vigente Ley de Procedimiento Laboral sujeta al Estado y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a una ejecución efectiva judicial (salvo en materia de apremios pecuniarios y multas coercitivas), ordenando la constitución del capital a ingresar a favor del asegurado, sin más que remitir el juzgado copia certificada de la sentencia y el capital a ingresar (27).

El peligroso mal entendimiento de las exigencias que deseablemente pide la descentralización y aquellas otras que se derivan de la desconcentración, condensadas en una suerte de aliento de atomización, parecen ser las responsables del exagerado predicamento del artículo 103 de la CE, como opuesto precisamente al hilvanamiento de la jerarquización como elemento aglutinante del comportamiento

(26) De esta problemática, que desde el punto de vista financiero se resolvería doctrinalmente en una reforma legislativa por mandamientos de ejecución contra la cuenta del Tesoro en el Banco de España (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., II, pág. 648), tenemos ejemplos continuamente.

Así, la Orden 1096/1993 del Consejero de Hacienda de la Comunidad de Madrid, regula la tramitación de transferencias y redistribuciones de crédito para la cobertura de obligaciones de pago de cantidades derivadas del cumplimiento de resoluciones judiciales firmes en desarrollo del artículo 8.4 de la Ley autonómica de Presupuestos Generales 8/1992 para 1993, y en ella se dispone que todo pago de una sentencia judicial condenatoria para la Administración en materia de créditos del Capítulo I se verificará haciendo todo tipo de redistribuciones o transferencias de crédito necesarias. Sin embargo, en el complejo mecanismo de gestión presupuestaria puede existir un informe «desfavorable» de la Dirección General de la Función Pública, a pesar de que la resolución judicial es firme. Cuando ése, entre otros varios obstáculos, es superado por la no emisión de un parecer desfavorable, el abono o el reconocimiento del derecho al beneficiario se hace a través de una Orden del Consejero correspondiente en cada caso. Lo curioso es que no se prevé el supuesto de que no exista remanente de crédito respectivo en la Consejería afectada. Cabe suponer que, aplicándose la normativa general supletoria, podría subsanarse la imprevisión por la Autoridad de Hacienda, con cargo a sus propios créditos centralizados. Pero indudablemente ello dará lugar, si no a una negativa de abono, sí a una tramitación aún más compleja. Con lo que en todo caso vemos continuamente cómo el principio de diligencia en la ejecución de las sentencias es soslayado por la normatividad administrativa.

(27) Artículos 285 y 286 *Ley de Procedimiento Laboral*, RDL 521/1990.

administrativo. El último ejemplo de complicación de conceptos lo constituye el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, RD 1398/1993, que, desarrollando la LRJPA, es enteramente inconsecuente con las definiciones de conceptos fundamentales sobre atribución de competencias, ya que ahora vemos que una desconcentración admite una transferencia jerárquica de la titularidad de una competencia, siempre que se haga normativamente, o vemos también que, en defecto de procedimientos especiales, ha de acudir a éste general, para lo cual hay que atender no sólo a la definición de lo exclusivo en la competencia estatal, sino también a la competencia normativa «plena»; lo cual remite otra vez a una interpretación laboriosísima *per casum* del bloque competencial, que dependerá en buena parte del entendimiento del aplicador y de sus perspectivas doctrinales de interpretación (28).

No es ajeno a esta confusión el hecho de que la reacción ante la alianza del espíritu jerárquico con la apetencia del poder, haya preparado una fisión en cadena de referencias ciertas y seguras de lo establecido normativamente. Ahora bien, esta propensión está ligada con un «interés» determinado, pues el interés en términos kantianos es una determinada y cierta tendencia volitiva del intelecto humano. Por eso una y otra propensión se traducen en la vida política y en potestad organizativa de los poderes públicos, y actúan de forma recurrente. Tenemos así un interés político y un interés organizativo, y la propia legislación se hace reflejo de ello.

(28) Así resulta de los artículos 10.3 y 1.º, respectivamente, del citado RD 42/1993:

Artículo 10.3: «... En defecto de previsiones de desconcentración en las normas de atribución de competencias sancionadoras y en el ámbito de la Administración General del Estado, mediante una disposición administrativa de carácter general se podrá desconcentrar la titularidad y el ejercicio de las competencias sancionadoras en órganos *jerárquicamente dependientes* de aquellos que las tengan atribuidas. La desconcentración deberá ser publicada en el "Boletín Oficial del Estado". Los órganos en que se hayan desconcentrado competencias no podrán desconcentrar éstas a su vez...»

Y el artículo 1.º establece:

«La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas, en los supuestos siguientes:

- a) Por la Administración General del Estado, respecto de aquellas materias que el Estado tiene competencia exclusiva.
- b) Por la Administración de las Comunidades Autónomas respecto de aquellas materias que el Estado tiene competencia normativa plena.
- c) Por las Entidades que integran la Administración Local respecto de aquellas materias que el Estado tiene competencia normativa plena.»

V. EL SIGNIFICADO DEL INTERÉS EN LA ORGANIZACIÓN Y EN EL PROCESO

Poco puede decirse más sustancial de un «interés», abstractamente hablando, como no sea definirlo como una tendencia humana suscitada por cualquier motivo impulsivo. Por la misma razón que antes se recordaba a KANT en la definición del concepto de personalidad, puede traerse ahora de nuevo al definir el concepto de interés. El es también una suerte de *propensio*, representada para el legislador por un estímulo regulativo. Es en este aspecto donde la legislación parece ser más sensible a la mejor aspiración que está en la base del artículo 24 de la CE, siguiendo las sugerencias de la doctrina judicial y constitucional. Del interés directo que aún refiere el artículo 28 LJCA, al interés legítimo, cuando no al interés difuso, se ha reducido considerablemente la obstaculización en la activación de los procedimientos administrativos. Una explicación de esta generosidad del legislador es que, junto al marchamo de la orientación doctrinal, está asimismo la desaparición *ex lege* de la posibilidad de impugnación de reglamentos en vía administrativa, donde ya no se necesita exacerbar la definición de «interés» para restringir la capacidad subjetiva de impugnación administrativa y contenciosa. Ahora, en cambio, se obliga generosamente siempre a un proceso contencioso particular para conseguir lo mismo que se podía conseguir antes en vía administrativa, bien que limitada la idea de interés. Sin embargo, este avance indudable queda fuertemente comprometido por el hecho de que la presencia de los interesados en el procedimiento administrativo queda entregada en buena medida al arbitrio del comportamiento administrativo por vía de la sacralización de la inoperancia legal, a través de las técnicas de la desestimación presunta, ahora con la nueva vestidura y renominación de la certificación administrativa. Y con la pintoresca e irritante carga de avisar a la Administración de la interposición del juicio contencioso. Esa consagración de la paralización administrativa se refuerza con el siempre eterno privilegio de ejecutoriedad y con un sistema cicatero de recursos, que dejando a salvo la multiplicidad de ellos (v. gr., los tributarios), o que prescindiendo de los impracticables (v. gr., reclamación de responsabilidad contra funcionarios públicos), confían la suerte de los ciudadanos a abogados y procuradores, si el funcionario no es bienintencionado en el ejercicio de sus competencias, como se ha dicho antes. No cabe imaginar mayor decepción ahora también ante unas normas que se presentan como básicas respecto de la Administración del año 2000; pues nos presentan más de lo mismo conocido, maquilladas con una suerte de nueva fraseología jurídica.

Más elasticidad del concepto de interés, más rigidez en el objeto de impugnación administrativa. ¿Tiene el interés procesal alguna virtud que no pueda adquirirse más que por medio de gravísimas cargas?

Pero veamos si el concepto de interés cuando no se sitúa del lado del administrado en confrontación con la Administración, sino del lado de las administraciones respecto del administrado, tiene una virtud mayor.

Esta idea de «interés», efectivamente, y como concepto polisémico, no viene sujeta a un solo contenido, sino que conduce al legislador por caminos diversos cuando no se sitúa en la óptica de la impugnación procesal, sino en la del funcionamiento de una Administración con otras Administraciones Públicas. En un sentido profundo del concepto de interés, más allá del simple y manoseado interés impulsivo y práctico de cualquier tipo de objeto externo a la voluntad individual, en el autonómico, no se cumple la formulación kantiana: «máxima de generalización como ley universal». Pues la diferencia sólo con relación a lo semejante cobra sentido, siendo tanto más diferente en tanto que menos se resalte la semejanza. En tal sentido es digna de encomio la máxima de funcionamiento contenida en el artículo 4 de la LRJPA cuando establece el deber jurídico de las Administraciones Públicas de reconocer la diferencia al mismo tiempo que la semejanza, ya que junto con el deber de respetar la propia atribución competencial, sin la cual no puede existir funcionamiento administrativo coherente, impone también el deber de ponderar en tal bagaje de competencias propias la totalidad de los intereses públicos implicados, y en concreto aquellos otros cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones Públicas. Precepto éste que, por su ubicación en el texto legal y por su significado de coordinación en el Estado de las Autonomías que es España, no puede disolverse como uno más en el océano de disposiciones insustanciales que tanto padecemos. Este ponerse en la situación del ejercicio de las competencias del otro es, desde luego, a la par que una exigencia de la legalidad y de la racionalidad gestora, una exhortación funcional trascendental. Este criterio, que ya se recogió en la legislación local, no parece tener más fuerza que los mecanismos de construcción de las infracciones de conducta, y no supone una obligación específica de funcionamiento de unas Administraciones con otras. Sin embargo, respecto del administrado, la ignorancia o la descoordinación frecuente de las mismas, se traduce ahora por la vía de los «intereses» territoriales o competenciales, en una violación de la legalidad escrita.

Las relaciones recíprocas no son, pues, solamente una cuestión organizativa interadministrativa, sino una cuestión refleja de los de-

rechos de los ciudadanos. Y en mi opinión, separándome cautelosamente de una cierta y autorizadísima jurisprudencia constitucional, la autonomía organizativa no debe predicarse más que como una forma regulativa que sea proyección del encaje que, con toda seriedad, quiera darse en el ordenamiento a los derechos de los ciudadanos.

Claramente se conecta esta dimensión con la función que las Comunidades Autónomas representan en nuestro ordenamiento.

A la concepción mítica de los derechos históricos y demás evocaciones transracionales es imputable ese acrecer incesante de competencias dispersas de regulación. Es evidente que, aunque la jurisprudencia constitucional ha efectuado un equilibrio esforzado sobre el alcance del principio de igualdad y su compatibilidad con la desigualdad estatutaria de las Comunidades Autónomas, escudriñando intensamente las implicaciones de los artículos 14, 138, 139 y 149 de la Constitución, no deja de estar sin resolver satisfactoriamente la trascendental tautología que podríamos enunciar del modo siguiente: *si para obviar el reproche de desigualdad constitucional, basta con que un Estatuto o norma legal efectúe la atribución desigual correspondiente*. Se comprende perfectamente que la invocación de igualdad de trato encubra muchas veces una pretensión de uniformidad de situaciones administrativas que, por naturaleza, son diversas; pero es de notar también que la violación esgrimida frecuentemente como igualdad no pretende tanto la nivelación de hechos naturales diversos, cuanto que el ciudadano ante cualquier Administración Pública que se encuentre goce de niveles de contenido material atributivo de derechos, de estándares de vida protegibles, de condiciones de existencia. En suma, de una respuesta administrativa que consolida la percepción de que el ciudadano se mueve en un mismo y general territorio articulado por un Derecho universalmente aceptado. Ello es indisoluble del Poder de decisión territorial que cada una de las Administraciones presenten de forma efectiva, pues para ello no bastan ni medios escritos de garantía constitucional, ni jueces constitucionales. Pues aquéllos sin capacidad coactiva territorial no sirven jurídicamente, aunque sean muy estimulantes moralmente. Y éstos no son ahora más que antes, suficientes *ex post facto*, ni siquiera posibles *ex ante facto*.

Esta minusvaloración de la función de la coacción general sobre el territorio particular es la que se padece en algunas sentencias del Tribunal Consitucional que se refieren a la nivelación de las condiciones de igualdad para los residentes en diversos territorios autónómicos, en aquella fundamentación ya aludida que se hace con

base a los artículos 14, 138, 149.1 y 158 de la Constitución española (29).

Realmente lo que está en crisis, antes que una competencia legislativa determinada, es la misma concepción de carácter cooperativo del Estado, y del poder general, que deviene fragmentado en las distintas Administraciones Territoriales, con la diamorfía que ello provoca jurídica y materialmente en los ciudadanos. Con esa crisis, y la entronización de la particularidad, crece la depreciación de la capacidad general para asegurar las condiciones de vida no sólo necesarias, no sólo entendidas como estándares mínimos de subsistencia, sino aun suficientes, para cada español, en cualquier punto del territorio nacional. No se conjura tal desprecio con la puesta en escena de la garantía de un nivel básico en los servicios públicos fundamentales, como también ha querido otra visión constitucional, puesto que, de un lado, muchos de esos servicios han sido ya fragmentados a través de la legislación particular, y en cuanto a los que permanecen sin fragmentar, la doctrina de la igualdad ante la ley, entendida de manera formal, se encargará de fisionar aún más las dosis prestacionales entre las distintas categorías de ciudadanos. Basta con remitir el concepto sustancial de la igualdad a un mundo donde las diferencias legales o estatutarias hayan echado con todo el estrépito legal definitivamente todos sus cerrojos. Pues aunque deliberar es cosa de muchos, ya lo sabemos, ejecutar es cosa de uno.

(29) Se trata de una orientación muy distinta de la aplicación del principio de igualdad entendido como derecho fundamental, que puede verse tempranamente en las SSTC de 10-7-81, 22-3-81, 18-5-82 y toda la corriente posterior; v. gr., la STC 14-10-91, que se construye sobre el apoyo de justificar la desigualdad del tratamiento legal sobre la base diferencial del hecho real y sobre conflictos preferentemente individuales. Así se nos presenta, por ejemplo, la igualdad como derecho meramente «relacional», pero no «sustancial» entre dos sentencias judiciales (SSTC 76/83, 133/89). En este otro tipo de jurisprudencia es el tratamiento formalmente diferenciado de la norma competencial o territorial el que justifica inicialmente la diferenciación sustancial, puesto que de un lado se observa que todo tipo de regulación estatutaria prácticamente tiene que ver con las condiciones de igualdad, y que la autonomía territorial debe ser sin embargo protegida. Así se ha dicho, en materia de paro agrícola, que no atenta al artículo 14 CE la desigualdad de situación o desventaja territorial y su reflejo en la norma (art. 158 CE), o que el artículo 14 CE no implica la uniformidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos, abstracción hecha de su residencia (STC 90/89). O similar enunciación en materia de la Reforma Agraria Andaluza y Extremeña con relación a las reguladas por el Estado frente a las Comunidades Autónomas (SSTC 37/1987, 186/93), donde pueden admitirse supuestos de ampliación expropiatorios (STC 17/90). Realmente los diferentes matices que pueden verse en otras sentencias, según las distintas perspectivas (STC 71/82 sobre la ley vasca de los Consumidores y Usuarios, o la STC 14/86 sobre la «colisión» entre el «interés gallego» o el «interés general» en materia de asistencia social, o STC 19/87 sobre Haciendas Locales, o la STC 15/89 sobre la ley estatal de Consumidores y Usuarios), demuestra esta oscilación interpretativa. El propio Tribunal Supremo ha utilizado la diferenciación estatutaria territorial, bien para negar las mayores dosis de reclamación de subvenciones educativas (STS 20-4-88) con base al principio de igualdad, bien para establecer una «solución armónica» contrariamente, y a favor del administrado, en materia de los intereses de demora distintamente regulados en la legislación estatal y local de contratación administrativa (STS 4.ª 1-12-87).

A la infravaloración de estos aspectos se debe el hecho de que la Ley 30/1992 haya consignado derechos puramente formularios, ciertamente valiosos en cuanto tales, pero que son ajenos a toda pretensión de contenido material ante tantas y distintas Administraciones Públicas. En cambio, otra Ley del mismo año, de 1993, Ley Orgánica de Transferencias de competencias exclusivas, no ha tenido empacho en fragmentar, no sólo los ámbitos materiales de poder de cada Administración, y por tanto los derechos materiales de los ciudadanos dentro de un entorno general, que es sesgado por los territorios autonómicos, sino entre los específicos derechos del procedimiento, también el mismísimo *derecho al procedimiento* (centenares de procedimientos distintos), siguiendo la tónica marcada por los Estatutos de Autonomía y los precedentes de las normas sobre Transferencia o Delegación de competencias estatales. No pensamos, por cierto, que la garantía del concepto de «bases» materiales que cabe predicar del procedimiento administrativo sea suficiente y satisfactoria para contrarrestar el efecto centrifugo y pluriforme de tal legislación masiva. Mas he aquí, empero, que ante una Administración democrática donde el *démos* gobierna lo más universalmente posible que el territorio general le permite, no fragmentado ni constreñido a un territorio o grupo de territorios particulares, antes que unos derechos formularios, los ciudadanos esperan ver reconocida una libertad formal y material de circulación administrativa ante todas las Administraciones Públicas. Esperan cobijarse bajo el mismo techo, brille o no el mismo sol de la justicia en nombre de su propio título jurídico, perfecto y pleno, de ciudadanos españoles. El *cives* del derecho romano apreciaba tanto su título que sólo era conservado y adquirido como un don preciado al que otras clases sociales no podían acceder. ¿Podría decirse lo mismo de nuestro *status civitatis*?

Como muy bien señalaba JAEGER, la *isonomía* no es simplemente formal en la historia de la creación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino que habla de contenidos sustanciales. Y no sólo interroga sobre la posición de cada cual *ante la ley*, en terminología consagrada, sino sobre *el qué* de la ley. Una atención más profunda al alcance universal de la cláusula de progreso que nuestra Constitución contiene en su artículo 9 como igualdad sustancial, es siempre necesaria para no perder la clave adecuada de comprensión en la crítica que haya de hacerse de las nuevas realineaciones de intereses territoriales y corporativos. Una realineación que se hace a través del enredo semántico a que nos conduce, forzada por la política protectora de lo particular, la recalificación de las competencias «exclusivas», ya cedidas a las Comunidades Autónomas por mor de los pactos de troceamiento de las competencias estatales.

Ha de notarse que en la dialéctica ciudadano-derechos de las Comunidades Autónomas puede reproducirse un esquema dualista de opresión de clases sociales que querríamos ver teóricamente olvidado con el materialismo histórico y dialéctico; pues como decía E. BLOCH, no puede hacerse una analítica de las normas que nos evidencie simplemente las ventajas o desventajas de un sistema de imputaciones formales, o de responsabilidades, sino que el análisis efectuado debe poner de manifiesto qué es lo que viene servido a través de ellas y en detrimento de quién. La trascendental cuestión de cómo se administra «lo tuyo y lo mío», que está en la base de todas las grandes obras creadoras del Derecho, y que se designa como origen o fundamento mismo del contrato social, debe interrogar también al reparto competencial hecho y al entrecruzado interpretativo efectuado hasta el momento con el principio y el derecho de igualdad.

Aunque la doctrina (FERNÁNDEZ R.) (30) ha hecho un considerable esfuerzo para inyectar inteligencia y armonía al cuadro ordinal compuesto por los brochazos jurídicos de los artículos 149 y 150 de la Constitución y su prolongación con los Estatutos y Pactos de troceamiento competencial, no deja de ser intensa en el espectador la sensación de que las leyes generales que inyectan sustancia en las relaciones de los administrados con la Administración saben menos, cada vez menos, qué es lo «general» del interés, y cada vez más, «lo particular» que hay en ellas, se exprese así o no a la vista de la ciudadanía. Recientemente se ha propuesto también salir al paso de la atormentada interpretación sobre el «troceo» de competencias con una tipificación de las competencias que obedezca a una clasificación distinta (GARRIDO FALLA) (31). De todo ello resulta posible un

(30) Cfr. el *Curso...*, cit., vol. 1, 5.ª ed., págs. 346 y ss. Siempre he pensado modestísimamente que lo que es exclusivo es excluyente, y que como excluyente no se puede transferir ni siquiera por el titular de la exclusividad. Y que las expresiones del artículo 150 (competencia estatal, titularidad estatal) no admiten por su propia naturaleza el realineamiento de posiciones de salida para la caza de funciones «exclusivas» del Estado. Si el constituyente acertó o no en listar unas materias y excluir otras, es cuestión que no debió repararse sino por vía constitucional. Sin embargo, el llamado «bloque competencial» ha actuado desde la doctrina constitucional como una suerte de factor interpretativo *auténtico* de lo que el constituyente quiso, a mi juicio, incorrectamente. Y al admitir la paridad de distintas leyes con distinta adherencia constitucional cada una de ellas (Estatutos, Leyes de Transferencia o Delegación, y con los matices establecidos por el Tribunal Constitucional, los RRDDT de Traspasos y Servicios), y al abrirse la veda para la caza y captura de competencias a través de interpretaciones semánticas, en perjuicio de lo reservado estatalmente, es evidente que el interés particular territorial gana cada vez más pujanza sobre el general. Sin que pueda conocerse, desgraciadamente, el término de este tipo de interpretaciones particularistas.

(31) Cfr. *La Administración Única, problemática de una obviedad*, núm. 130 de esta REVISTA, 1993. Con base a la crítica de lo confuso del concepto de competencias concurrentes propone la distinción entre el concepto de competencia funcional, material y territorial, es decir, el eterno concepto de competencia. La crítica dirigida hacia lo unívoco del

cambio de criterio interpretativo al socaire de una pregunta más. Esta pregunta es si en España hay más isonomía o no que en épocas normativas anteriores, y por tanto, si hay un solo tipo de ciudadano, o en verdad, según qué Administración Pública, estamos ante ciudadanías dispersas que quizá alguien con suficiente frialdad jurídica podría jerarquizarlas entre sí, en comparación con los viejos estatutos personales y demás formas de vasallaje. Y si, por tanto, de la isonomía sustancial se ha caminado a una *heteronomía* contemporánea bajo la especie de la modernización del Estado autonómico y sus Administraciones Públicas.

Realmente es imposible silenciar una cuestión que debe ser puesta de manifiesto por el jurista, cuya función no puede renunciar a sugerir a una explicación de las instituciones, y no limitarse simplemente a una descripción de su desenvolvimiento en las normas escritas. Se me disculpará que me apoye en la autoridad de VON KIRCHMANN, que se quejaba justamente de este abandono hecho por los científicos del Derecho en ganancia de otros sectores del conocimiento. La clave de interpretación es justamente la pérdida de interés (ahora sí como propensión simplemente impulsiva y personal) en lo general, y el descrédito de la totalidad, en beneficio de la particularidad y de la individualidad en el entorno fenomenológico y social de nuestros días. Bien a las claras lo ha concretado la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando ha concedido su «sí» al proceso de integración política y jurídica de la Unión Europea advirtiendo que siempre habrá de contarse con el factor decisivo de la soberanía nacional del Estado asociado en vigilancia de un ulterior desarrollo más fuerte de la Unión Europea («*Der Vertrag von Maastricht... errichtet eine neue Stufe der europäischen Einigung... Zugleich achtet die Union nach Art. F Abs. 1 EUV die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten... Aus diesem Sinnzusammenhang kann sich eine weitere Entwicklung der Europäischen Union nicht lösen...*») (32). Y en parecido sentido parece consolidarse nuestra jurisprudencia constitucional cuando sitúa la Constitución como pieza de cierre frente a otros ordenamientos supranacionales o internacionales fuera, claro

concepto de concurrente es desgraciadamente exacta, pues es un contrasentido *in concepto* invocar la concurrencia de una competencia en el mismo sentido de contenido. Yendo un paso más allá, en mi opinión, los males interpretativos que se padecen constantemente con base al atormentado y proceloso océano de obstáculos jurídicos existentes en el Título VIII de la Constitución, quedarían atenuados sin más que advertir que, frecuentemente bajo una misma vestidura semántica, emplea el constituyente diversos conceptos materiales. De la confusión entre materia y forma, confusión recibida en términos como «exclusiva», «competencia», «bases» y otros de semejante calado, derivan las conclusiones jurídicas tan dispares que padecemos sobre aspecto de tan grande trascendencia social.

(32) El fundamento último *in fine* de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, publicada el 21 de octubre de 1993, así lo expresa.

está, de las remisiones normativas de la propia norma fundamental que le autorizan para aplicar el derecho exterior. Este fenómeno, que o bien protege la autonomía política de entidades territoriales menores o, desde otra óptica más amplia, las soberanías nacionales, tiene el mismo regusto de particularidad y varía sólo el punto de vista desde el que se proyecta la exclusión de normas jurídicas más amplias. Es posible que, además, no sólo sea cuestión de una falta de maduración momentánea de nuestro pensamiento jurídico y político occidental, dicho sea en términos culturales, y sea imposible pedir un esfuerzo general de elevación, de educación (*élève élever*), hacia la universalidad del comportamiento y de la cooperación social que formas políticas más amplias exigen.

En esta concepción hay —sigue persistiendo por motivos bien diferentes de los de antaño— un cierto entendimiento peyorativo del concepto de Estado como síntesis jurídica y coactiva de la generalidad de los ciudadanos y de su voluntad. Pero en todo caso es evidente que la concepción de BACHOFEN de que el Derecho y el Estado son frutos del inconsciente colectivo, concepción propia de un momento escolástico historicista, y que por ello el Estado no es jamás creación de la política, ha sido desmentida por la misma Historia que se ponía en la base de esa afirmación. No es sólo el Estado lo que se crea por la política, sino también los fragmentos de Estado. No se puede crear, por ejemplo, un idioma por Decreto (aunque el nacionalsocialismo introdujo un vocabulario indígena en la lengua alemana erradicando todo tipo de latinismos, y en tal sentido es un contraejemplo) (33), pero sí se puede crear artificialmente un Estado, y no puede desdeñarse el influjo, el proceso de mimesis, que sigue a un establecimiento normativo como el que se ha seguido de la regulación autonómica en España (34). De forma que parece que presenciáramos la condensación paulatinamente más consistente de nuevos *Volksgeister* provincianos pero miméticos y con una indudable

(33) En la crítica al racionalismo naturalista, decía BACHOFEN en 1841, como ilustre romanista, siguiendo la inspiración de RANKE y SAVIGNY, que nadie se «ha atrevido a afirmar que un pueblo se da arbitrariamente su idioma, o se fija por libre convención los dogmas de su religión. El Derecho, empero, es concebido por ellos como algo totalmente externo, como una creación del libre arbitrio, como resultado de una reflexión consciente, resultado que puede modificar o anular la misma voluntad que lo creó...», y como el crecimiento silencioso de las plantas, así surge el Estado, como manifestación del espíritu del pueblo, como necesidad históricamente inmanente y colectiva. Cfr. su *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen*, de 1841, ed. en 1927, en la versión trad. al español, CEC, Madrid, 1978, págs. 50 y ss.

(34) Ya tuve ocasión de señalar, en su día, que ni siquiera los RR.DD. de establecimiento de los regímenes preautonómicos se habían esforzado en justificar en sus EE.MM. la singularidad del hecho autonómico, ejemplo éste palmario de la frivolidad legislativa en la creación de las formas políticas regionales. Cfr. *Lecturas de la Constitución Española*, UNED, T. II, Madrid, 1978: *La Constitución y la Administración Autonómica*.

apetencia jurídica a su propia autoidentificación. En este contexto, la interpretación del signo de los tiempos jurídicos debe venir arropada por la vieja denuncia de BACHOFEN, nada sospechosa de padecer una concepción antinacionalista, al defender el estudio del Derecho Romano contra quienes defendieron a ultranza el Derecho nacional germánico: «esta inculpación sólo puede encontrar oídos en aquellos que no tienen reparo en sacrificar el desarrollo de la humanidad entera ante el altar de la propia nacionalidad. En aquellos que, presos de una limitación nacional, no quieren comprender que cada pueblo es sólo el eslabón de la gran cadena que une a todo el género humano, y que por tanto, el desenvolvimiento de la propia nacionalidad no puede ser, en absoluto, la meta última de la existencia de un pueblo» (35). En este plano de observación en que nos situamos, ha de reconocerse que los conflictos lingüísticos son simplemente el epifenómeno de un sentimiento más radical que es el que hay que regular por el Derecho, pues que el Derecho, como depósito cultural de valores, también tiene su función primordial en la política de los pueblos. En fin, lo que se viene expresando aquí, dicho sencillamente, es que el paradigma del Estado como forma política y jurídica de la Nación es un factor de progreso ideológico y valorativo frente a la particularidad de los intereses simples en que la voluntad regional se concreta. Pero dando vuelo incesante a la normatividad particularizada sólo puede ella misma desplegarse haciendo presa en lo general que la normatividad estatal lleva inherente. Si el punto de equilibrio se ha alcanzado ya en el ordenamiento español, o por el contrario, no hay horizonte o referencia cierta de su término, es algo que el jurista no puede aventurar penetrando sólo con sus instrumentos de análisis en la densa niebla de cierta política.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LA NULIDAD COMO GARANTÍA DE LEGALIDAD EN LOS ACTOS

Es difícil saber si realmente el legislador ha querido poner racionalidad lógica y sistemática en las definiciones clásicas de nulidad que gozábamos o padecíamos. Inexistencia o nulidad son categorías que se reconducen en la práctica a la privación de efectos constatables en la vida social y resultan ser definiciones útiles que, en la perspectiva del Derecho Administrativo, tienden a componer la contradicción de valores que se expresan en el mantenimiento del principio de legalidad y los intereses generales, de un lado, y los derechos ga-

(35) En su *Das Naturrecht...*, cit., págs. 66 y ss.

rantizados a los ciudadanos, por otro. La doctrina ha ido señalando el origen pragmático de la noción de nulidad así como el juego nuclear que se concedió jurisprudencialmente al vicio de incompetencia como vicio matriz de una ulterior tipología de nulidades (36). Normalmente, la nueva redacción resultante del cambio legislativo parece poner énfasis en la importancia de los valores constitucionalmente protegidos, y por ello sólo sería digno de encomio. Nótese, empero, que al referirse a los derechos susceptibles de amparo constitucional la LRJPA en esta ocasión ha extendido ampliamente el vicio de nulidad. Ello está bien si se piensa en la posición del administrado que pretende algo frente a la Administración. Mucho mejor es aún imaginar desde su posición particular que la ley *no ha dicho* «recurso de amparo constitucional», sino, en frase jurídicamente clásica, aquellos derechos susceptibles «de amparo constitucional», que naturalmente son todos los que directa o indirectamente sean protegidos por la Constitución. Es de suponer que el legislador se ha sentido arrastrado por la dicción del Título III de la LOTC, que invariablemente resume la perífrasis constitucional a través de un «recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» —arts. 53.2 y 161.b) de la Constitución—, por la expresión sincopada derechos y libertades «susceptibles de amparo constitucional». Si bien en la LOTC puede tener explicación esta sincopación *ex contexto*, pues se trata de una ley procesal y es claro a lo que se refiere la norma descriptiva, tal sentido preciso se pierde en una ley que define categorías sustantivas de ineficacia o invalidez de los actos, porque el contexto procesal se diluye, y sólo puede integrarse la definición del tipo de derechos protegidos, en un sentido riguroso, con los propios términos que el legislador, legislador posterior, emplea. De acoger esta interpretación literal, resultaría que la figura de la nulidad se ha convertido, en verdad, en la norma general de invalidez de los actos administrativos contradiciendo palmariamente lo dispuesto en el artículo 62, que parece seguir consagrando la regla general de anulabilidad, sobre el pie forzado del derogado artículo 48 de la LPA. Esta visión regocijante para el ciudadano tendría por consecuencia dos importantes resultados: uno, que la suspensión de eficacia estaría prácticamente justificada en cualquier caso conforme a la nueva regla del artículo 111 LRJPA, puesto que en él se dispone justamente como motivo de solicitud de la suspensión del acto la circunstancia de incurrir en esa nulidad; y sólo por esto la crítica que con toda justicia hace la doctri-

(36) Cfr., respectivamente, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, y T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970.

na sobre la postergación de leyes que disminuyen la tutela cautelar sería así atenuada, irónicamente en contra de lo previsto por el legislador, ya que la suspensión de los actos sería la regla general (37); otro resultado es que desde el punto de vista de otros ciudadanos interesados directamente en el mantenimiento del acto administrativo que se impugna (v. gr., en materia de nombramientos, pensiones o contratación), quien tenga interés en mantenerlo, vería amenazada continuamente su situación jurídica individualizada, la cual entraría en un proceso de continua revisión, y por tanto raramente se podría hablar de situaciones jurídicas consolidadas. La afectación de la seguridad jurídica parece, pues, determinada por esta genérica extensión e imprevisión de los derechos y libertades susceptibles de «amparo» constitucional si se acogiera este tipo de interpretaciones.

La ley comentada invita a este tipo de cábalas y a otras aún más complicadas. Otra de esas cábalas es la que debe hacer el operador cuando intenta luchar contra esa invalidez predicada en cualquier forma, a través de la inactividad en que pueden concretarse los *actos presuntos*. El mecanismo de reacción a través de los actos presuntos se ha complicado extraordinariamente y aún es pronto para ver qué juego puede dar de sí la nueva regulación del silencio positivo. Pero desde ahora se puede compartir la afirmación (PARADA) de que se ha construido un tortuoso camino que viene a conducir al punto de partida donde estábamos: la posibilidad de que la Administración tenga siempre la última palabra no aceptando las situaciones consolidadas por silencio positivo so reproche de nulidad, como quiere el artículo 62.f) de la LRJPA (38). El círculo, efectivamente, se cierra de for-

(37) Se puede comprender que una interpretación semejante llenaría de recursos de nulidad absoluta a los distintos órganos de la Administración Pública, ya que es raro el valor o el derecho que no sea objeto de protección constitucional, sea o no reforzada. Con la nueva regulación el administrado alegaría siempre vicio de nulidad; la Administración, en el caso de la revisión de oficio, vicio de anulabilidad, para desligarse de los controles del Consejo de Estado. Naturalmente, la existencia de la jurisprudencia constitucional tiende a ser restrictiva en esta interpretación (v. gr., la primera sentencia, STC 1/81), identificando el «amparo constitucional» con los «derechos susceptibles de recurso de amparo», y la correspondiente «acción de amparo» (asimismo el Auto TC 22/80, que identificó tales derechos con los «derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»). Del mismo modo existe la tradición jurisprudencial que relativiza considerablemente el concepto indeterminado de «contenido esencial» de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Así se condiciona al intérprete en el sentido de limitar la figura de la nulidad para no invertir la tradicional regla general de ineficacia sobre los actos administrativos. Ello no obsta, como se dice en el texto, para que la imprevisión terminológica sea grave, contaminando la precisión del concepto, y que en su día no pueda actuar como una categoría de nulidad distinta según se determine en la jurisprudencia. Nótese que el propio Tribunal Constitucional ha empleado la expresión «derechos y bienes constitucionalmente protegidos» como categoría más amplia que los derechos de protección constitucional reforzada, v. gr. en orden a proteger el derecho de huelga, o en orden a definir la naturaleza de los servicios esenciales (SSTC 51/86, 27/89, 43/90, 8/92, entre otras muchas).

(38) Cfr. su *Derecho administrativo*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 118 y ss.

ma fatal en contra del ciudadano, que esperanzado contemplaba un nuevo horizonte de posibilidades de impugnación a las que se le reconocía paradójicamente con toda seriedad su santidad constitucional. ¿Es un vicio imputable de esta ley debido a su «elaboración puramente burocrática», como se ha dicho recientemente, que haga urgente una Ley de Modificación parcial para salir al paso de otros defectos en materia de previsión de recursos, revisión y revocación de actos, entre otras? (GARCÍA DE ENTERRÍA) (39).

VII. LA CERTEZA EN LOS COMPORTAMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Es normalmente admitido que, aunque la seguridad jurídica presenta distintos aspectos, como tal valor único, debe ser reconocible por el ciudadano en cualquiera de sus manifestaciones. En este sentido podemos decir también que no puede fragmentarse. La batería de conceptos que aparecen ligados con este principio general del Derecho (derechos adquiridos, publicidad, retroactividad, jerarquía, la certeza y la propia concepción material de la justicia, entre otros) ha venido siendo desgranada por la jurisprudencia y por la doctrina. En cualquier caso, parece también un *desideratum* permanentemente inalcanzable para las tareas que la Administración tiene encomendadas. Pero alguno de sus defectos de realización resulta particularmente enervante porque demuestra la posibilidad del Gobierno y de su Administración para descomponer el sistema de equilibrio entre las relaciones de poder con el Parlamento. En algunas ocasiones se ha criticado con cierta dureza esta autodegradación de las leyes que, yendo más allá de un problema formalmente jerárquico, daña la atribución material de tareas que la propia Administración Pública tienen encomendadas. El caso digno de contemplar es ahora también el de la Disp. Ad. tercera de la LRJPA. Aparentemente, parece decir que todas las leyes o reglamentos reguladores de procedimientos administrativos deben ajustarse a dicha ley si hemos de hacer estricto caso a la expresión «cualquiera sea su rango», en un plazo generosamente prorrogado por el RDL 14/1993, como es sabido. La preocupación del legislador en el particular descubrimiento de las nuevas técnicas de silencio administrativo le ha conducido en esta Adicional a mencionarlo expresamente como una especie de salvaguardia particular sobre la regulación general sometida a adecuación. Sin embargo, porque las palabras hablan según son ellas mismas, y no como

(39) Cfr. *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992*, núm. 130 de esta REVISTA, pág. 206.

las buenas intenciones quieren hacerlas decir, resulta que el Gobierno, o cualquier otra autoridad (pues no designa el poder público correspondiente), puede ejercer la potestad reglamentaria, puede alterar ahora incluso «los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca». Cualquier autoridad administrativa con poder reglamentario, sea o no estatal, podrá desde luego hacer las menciones específicas que tenga por conveniente en torno a los prometidos y generosos efectos del silencio. Claro que es el Consejo de Ministros quien parece habilitado en la Disposición Final de la ley para su aplicación y desarrollo, pero parece que la DA 3 es perfectamente compatible y no excluyente con ésta. Entre otras cosas, porque difícilmente pueden domeñarse las Administraciones Autonómicas en la actividad de adecuación de procedimientos a la ley estatal, aunque ésta sea precisamente «básica», en los plazos fijados al efecto. De otro lado, no debe olvidarse que los propios Estatutos de Autonomía, así como el sistema de atribución competencial (cuya última pieza de cierre es, por el momento, la Ley 9/1992), hacen definitiva la transferencia del procedimiento administrativo derivado de las especialidades de organización propia autonómica, con carácter de transferencia de competencia exclusiva, y por tanto, legislativa; y en otros grados, la defensa del consumidor y del usuario, o la gestión de prestaciones «sociales» del sistema de la Seguridad Social, o directamente «materias» como la educación o las Corporaciones profesionales, que sin duda presentan cuestiones de regulación adheridas de tipo adjetivo o procedimental, junto con la propia sustancia material transferida.

Desde el punto de vista que aquí se mantiene, parece forzoso hacer una interpretación sensata donde se deje en manos de la Administración del Estado efectivamente la potestad de completar la presente Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común, exclusivamente, pues dado que las normas de desarrollo deberán conectarse con ellas, gozarán también de la definición de «bases» reguladoras del procedimiento. La cuestión sobrevenida es si el propio reglamento estatal o el autonómico podrán mencionar caprichosamente el elenco de procedimientos o el tipo de resoluciones donde el silencio será negativo o no. El sentido común de los juristas dice inmediatamente que, si ello fuera así, no hubiera necesitado alforjas el legislador en su aventurado viaje. Pero las alforjas serán necesarias, pues aventurado o no el viaje legislativo, lo cierto es que normas como el RD 803/1993, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios, señalan que la inactividad de la Administración viene afectada en más de un centenar de procedimientos por la nueva regulación de la LRJPA. Y ello sólo en el ámbito restringido a que

la norma se refiere. Así parece siempre que las «bases» reflejadas en la regulación de supuestos en que el silencio es positivo o negativo, deben respetarse como contenido mínimo, si no queremos llegar a desconocer totalmente cuál es el carácter de la inactividad administrativa de los poderes públicos en el territorio español. Y eso teniendo en cuenta que, de momento, ya ha incurrido el legislador estatal en vaguedades peligrosas. Vaguedades peligrosas como la posibilidad de que no excluya la legislación especial el silencio positivo como opción de comportamiento administrativo, a que se refiere el artículo 43 de la LRJPA, y la «relación» publicada de procedimientos que cada Administración «podrá» elaborar, para conocer de los efectos estimatorios o desestimatorios de esos mismos procedimientos —art. 43.2.c) y 5 LRJPA—.

Este laberinto de posibilidades de huida al carácter positivo del silencio administrativo, sin verdadero hilo conductor, se complica aún más con la alusión al concepto de facultades correspondientes al servicio público.

VIII. LA PRESUNCIÓN POSITIVA Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE PRESTACIÓN

Qué sea el servicio público es algo realmente difícil de establecer en la mente del legislador. Se trata ahora en la LRJPA de uno de esos enunciados globales y omnicomprendidos de todo sentido preciso, designando más bien por su propia falta de concreción técnica, toda la forma de comportamiento administrativo. El ordenamiento jurídico nos tiene acostumbrados a estas formas de expresión en orden a definir la competencia jurisdiccional o el alcance de la responsabilidad administrativa, o la finalidad de comportamiento de los funcionarios públicos, pues que toda la Administración, efectivamente, es también un servicio público ampliamente entendido. Sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico que tradicionalmente conocemos ha acudido a este tipo de fórmulas generalísimas, estaba justificado en la tentativa de establecer fórmulas paralelas globales de atribución de competencia jurisdiccional concreta o de declaración de responsabilidades. Pero ahora tal paralelismo de intenciones no existe ya que, para resolver un problema preciso, se acude a una declaración imprecisa. Más dado que con esta vaguedad no podría atribuirse ningún efecto positivo a la técnica de la estimación presunta de una petición del ciudadano ante la Administración, es forzoso interpretar de otro modo la nueva regulación del silencio positivo. Ciertamente, en tanto que la Administración debe establecer una presta-

ción para el particular perceptible en forma de ventaja por éste, constituyéndose en titular de derechos funcionales, tenemos un servicio público estricto, con distintos niveles de coercibilidad en la prestación acreditada, según la definición material de la actividad a que se refiere la intervención prestadora (40). Ello restringe el círculo conceptual de la expresión utilizada por el texto legal y por tanto su alcance negativo. Quiere decirse, por tanto, que sólo cuando se den las notas de esta definición estricta podrá entenderse que se transfieren facultades propias del servicio público al particular (v. gr., la organización libre de líneas de transporte en un ámbito municipal) y restringirse por tanto el efecto positivo del silencio administrativo. Y dentro de la regulación de cada servicio podrá existir una solución de presunciones positivas, empero más permisiva que la regla general de silencio negativo que la ley establece en esta enunciación, ya que lo permite la gran indeterminación que tienen las Administraciones para establecer los listados de excepciones, según la regla del artículo 43.5, que es algo más que una regla inocentemente enunciativa de enumeración de procedimientos administrativos con efectos de silencio negativo o positivo.

Respecto del dominio público, la vaguedad es menor, pero deja por establecer la no despreciable precisión de si los bienes patrimoniales deben entenderse referidos en el concepto preciso o no de bienes de dominio público, quizá porque el legislador esté pensando en que el tráfico privado sobre los bienes demaniales sea imposible, y sobre los patrimoniales sí. Realmente, si éste es el supuesto, tenemos necesidad de hacer otra salvedad interpretativa, pues por un lado la frontera entre los bienes patrimoniales y los demaniales no es en la práctica todo lo determinada que debiera ser; además, los bienes patrimoniales pueden también servir fines públicos (la historia común de la Hacienda patrimonial y la Hacienda tributaria lo demuestra, aunque ya las leyes tributarias han establecido un tipo de procedimientos *sui generis*), y finalmente, los bienes demaniales también pueden funcionar a veces como bienes privativos (casos de ciertas reservas). No podemos dejar de entender que otro tipo de patrimonios no sean ni siquiera aludidos aquí como los que integran los bienes comunales, o los que presentan una escala de demanialidad gradual (Montes o Patrimonio forestal, entre otros).

A pesar de estas graves indeterminaciones en una norma tan determinada, la descripción hecha legalmente de que el silencio debe

(40) Cfr. más extensamente la definición y características del servicio público en mi libro *Fundamentos del Servicio Público*, Facultad de Derecho, U. Complutense, Madrid, 1990, págs. 39 y ss.

entenderse positivo en todas aquellas solicitudes «cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes» —art. 43.b) LRJPA—, casi sugiere un planteamiento radicalmente democrático y sin duda innovador dentro del comportamiento de la Administración con el ciudadano. Pues aunque el enunciado evoca las definiciones típicas de la llamada actividad de policía, o de limitación, en que aparecen las autorizaciones o las constataciones regladas (con remoción de límites de un derecho preexistente), ciertamente el enunciado no limita los efectos del silencio positivo al ámbito del círculo imaginario de actividades susceptibles reglamentariamente de licencia o autorización reglada, sino que lo abre más al despliegue de definiciones de derechos subjetivos que hace la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Si, como ya se dijo en su día (41) —citando la conocida definición de Federico DE CASTRO—, un derecho subjetivo es una «situación de poder concreto» confiada a la titularidad de una persona, no cabe duda que este precepto desbloquea una situación práctica y una tradición reglamentaria, donde el divorcio entre la titularidad y su ejercicio, intervenido por las más variadas técnicas de policía, era un hecho incontestable. ¿Ha querido el legislador dar un alcance tan radical a esta orientación legal? Verdaderamente ahora nos parece indiferente la intención del legislador, pues lo que cuenta es la voluntad de la ley, y la ley presenta tal radicalidad que si no se reforma o se contradice de los mil modos que la Administración sabe hacer, imprimirá un cambio de dirección fulminante en las reacciones entre particular y Administración. Así, la Administración estará obligada a resolver expresamente siempre de forma negativa si quiere evitar el efecto positivo. Sin duda también, en todos los casos que deba resolver expresamente de forma negativa, es de temer una pérdida sustancial en la calidad y fundamentación jurídica de los actos administrativos denegatorios que se producirán estandarizados para evitar el reproche de ausencia de contestación expresa. Pero eso ya nos conduce a otro género de problemas que no son de analizar aquí, pues responden a un fenómeno eternamente conocido.

IX. LA CERTEZA EN LA COACTIVIDAD

Antes ha quedado comentado que existe una verdadera fragmentación de potestades sustanciales gubernativas de la Administración.

(41) Cfr. J. A. MANZANEDO, *Curso de Derecho Administrativo Económico*, IEAL, Madrid, 1970, págs. 691 y ss.

En este panorama sin duda complejo de la *diversitas potestatis*, la posición del ciudadano y administrado tropieza con un indicador de aparente coherencia del entramado de actividades gubernativas. Se trata de la pervivencia de la siempre inalcanzable eficacia administrativa, plasmada en una muestra tradicional: la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Los tiempos de la democratización del ciudadano ante la Administración Pública española no han arrojado variación alguna, como no sea la de aquella que la ley no ha acertado a domeñar la generosa expansión de las presunciones de certeza allá donde quiera que el observador pase la vista por el ordenamiento jurídico. La ejecutividad ya no es sólo del acto principal, sino aun de las circunstancias accidentales de las medidas de apremio, como ocurrentemente mencionó el Reglamento General de Recaudación vigente, cuando afirmaba que las diligencias suscritas en el procedimiento de apremio que consignent hechos presenciados por el órgano o agente de recaudación en el ámbito de sus competencias, se presumen ciertas en cuanto a los hechos, su fecha y manifestaciones de los comparecientes; consecuencia natural de que absolutamente «todos» los actos de gestión recaudatoria gozan de la presunción de legalidad (42). Esta técnica aparece generalizada por doquier y entre los casos más conocidos merecen recordarse los supuestos de las actas de defraudación tributaria o los de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las actas levantadas en los atestados de la policía en la vigilancia de la circulación de vehículos, o las contenidas anteriormente incluso en leyes procesales específicas, como las que se referían no sólo a las certificaciones base del procedimiento ejecutivo del orden social (art. 131 LPL) sino a las simples afirmaciones de hecho de carácter técnico de las llamadas Comisiones Técnicas Calificadoras del antiguo artículo 120 LPL (43).

En verdad, poco habría de contradecirse si la Administración Pública sentase con toda exactitud los hechos objeto de controversia, pero es precisamente la desviación estadística altísima en porcentaje de inexactitud, la que aconseja el cercenamiento no de las posibilidades de afirmación de los hechos por la Administración, sino de su reconducción al equilibrio más escrupuloso entre las partes. La carga recae hoy, por diversos acontecimientos históricos, sobre la esfera ju-

(42) Cfr. artículo 93 del RD 1684/1990, que aprobó el *Reglamento General de Recaudación*. El artículo 42 del propio Reglamento extendió desmedidamente la presunción sobre la determinación de las bases y deudas tributarias, establecida en el artículo 8 de la *Ley General Tributaria*.

(43) Cfr. actualmente los artículos 147 de la *Ley de Procedimiento Laboral*, RDL 521/1990, sobre el procedimiento de oficio, o el 52 de la *Ley 8/1988*, sobre *Infracciones y Sanciones en el orden social*, que redujeron en parte, por transformaciones de organización, los citados privilegios.

rídica y patrimonial del administrado, que difícilmente puede discutir con los ordenadores y sus afirmaciones, más raramente aún instruir un expediente paralelo de contradicción de los hechos sostenidos por la Administración, y más difícilmente soportar los gastos financieros que ello supone. Es hora de reajustar la inversión de la carga de la prueba, o si se prefiere, según terminología de la jurisprudencia, la carga de recurrir, y esta hora es la que ha pasado silenciosamente por el texto de las leyes generales administrativas, con la excepción honrosa de algunos de los principios contenidos en la Ley reguladora de la Defensa de los Consumidores y Usuarios; no sabemos si con la necesaria reforma de la tantas veces reformada LJCA pasará lo mismo. La Sentencia Constitucional 76/1990 ya recuerda justamente que estas presunciones no eximen de la necesidad de la prueba, ni desplazan su carga, sino que lo que desplazan es la carga de recurrir, aunque en abundante jurisprudencia puede verse también lo contrario. Un criterio ponderado, es además, el que se contienen en la STS de la Sala 3.^a de 27-1-1992 cuando afirma que, con base al principio probatorio general del Código civil, cada parte, ciudadano y Administración, han de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas se invocan a favor de cada una de ellas (44).

JELLINEK refería que el duocentrismo entre los poderes intermedios y canónicos había servido de base para el surgimiento de *lo Stato*, pues el factor de limitación en el poder del *Princeps* había servido de causa material para transferir después lo limitado con esos poderes duocéntricos al Pueblo (45), pero recordaba también la existen-

(44) El artículo 10.8.º de la LGDCU 26/1984 dispuso, efectivamente, con visión claramente contractual, que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general se aplicasen a la oferta, promoción o venta en productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deben cumplir entre otros requisitos el respetar la buena fe y justo equilibrio entre las contraprestaciones, lo que incluye no imponer la «inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario». Y también con carácter general si las cláusulas subsistentes determinan una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual es ineficaz el contrato mismo (art. 10.Cuatro).

Respecto del reforzamiento de los privilegios ejecutorios con base al principio de eficacia administrativa, cfr. STS 3.º de 26 de marzo de 1986, Auto TS 3.º 14 de noviembre de 1987, y respecto de que la presunción de legalidad no desplaza la carga de la prueba, sino sólo la de recurrir, es afirmación ya dicha en su día por la STC 76/1990, de 26 de abril, con motivo de la presunción de certeza contenida en las declaraciones de las Actas de la Inspección Tributaria. En un sentido diverso, rebajando las presunciones de los atestados de Tráfico, pero admitiéndolos como medios contradictorios de prueba, cfr. cfr. la STC 201/1989, de 30 de noviembre. Además, la STS 3.º de 27-1-1992, cit. en el texto, con ocasión de la discusión de una notificación defectuosa que servía de base o no para abrir la vía de apremio, es precisamente la que sienta el principio general de la prueba, equilibrando las posiciones de ciudadano y Administración.

(45) Cfr. su *Teoría...*, cit., págs. 244 y ss., 480 y ss., entre otras. El mismo autor analiza exhaustivamente el dualismo entre el Rey y el pueblo, la lucha entre la Iglesia y el Estado

cia de reductos de poder feudal en los residuos autonómicos personales (*Gutsbezirk*) como los mayorazgos. Pues bien, no es fácil designar un poder mayor que el de la coacción del gobernante, como algo no transferido al Pueblo, más que a través de la vigencia de las leyes aprobadas por el Parlamento. Pues jueces y Administración retienen lo sustancial en toda pretensión jurídica: su posibilidad de imposición física. Con ser importante la pérdida de autosatisfacción jurídica que tiene para el ciudadano la enajenación de la coactividad de sus pretensiones en otros individuos (bien por causas justificadas como la heterotutela judicial, bien en los casos claros de interés colectivo, como en las decisiones de la Administración general), es en la ejecutoriedad de los actos donde la proliferación de los apremios reglamentarios, y a veces extrarreglamentarios, cobra una extensión preocupante. De modo que hoy en día cualquier institución que no acude al apremio administrativo, aun siendo privada, es o porque lo ignora como posibilidad, o porque no ha tenido suficiente capacidad de presión para verlo reconocido normativamente.

Esta contaminación generada por una expansión de las normas de presión se explica en algunos casos por la pervivencia o reconocimiento de una autonomía histórica o territorial: es el supuesto de las potestades ejecutivas de las Corporaciones Locales o de las Autonómicas que se extienden indiscriminadamente a actividades de escasa cuantía individualizada; v. gr., desde los impuestos municipales, aun por ínfima significación económica (impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica), hasta los autonómicos, también en ocasiones de escasa cuantía (por ejemplo, en materia de Tasas y Precios Públicos). Aun cuando a veces no se ejecuten realmente estas liquidaciones en vía de apremio, ello no dice nada del reconocimiento de estas potestades, sino de la capacidad concreta de gestión, o de la picaresca po-

y los poderes intermedios. Así, en el principio germánico hay una limitación egoísta que se expresa en el derecho del Rey y el derecho del pueblo, y por esa razón el Estado es dualista. Mas el poder real es contradicho por la feudalización y por la constitución municipal romana en las ciudades en que pervivió, alumbrando nuevas ciudades-estados. Se separaba JELLINEK así de las teorías que contemplan el Estado como una reunión del príncipe y sus estados o brazos y mantenía que hubo más bien un doble Estado en la evolución de esta institución. *Rex* y *Regnum* son cosas distintas, Rey y Cortes tienen sus funcionarios, tribunales, cajas y embajadores independientes. Posteriormente el Estado moderno requiere unidad y una constitución sobre la dualidad Rey-pueblo. El Estado gana la batalla gracias a la Reforma protestante frente a la Iglesia y los estados o brazos logran papel activo en Inglaterra o Alemania, pero no así en Francia o en España. Y es precisamente el Absolutismo el que, aniquilando el feudalismo, hizo la primera gran unificación histórica. El Estado uno e indivisible pone las condiciones para que todos los «ciudadanos, en principio, gocen de igual capacidad jurídica», como en España y Francia, Prusia y la Monarquía Habsburgo. Donde no hubo absolutismo sin concentración, no hubo unidad del Estado. A pesar de los excesos de ese Absolutismo, se ha conservado en él la «convicción de que el individuo es un ser de derechos frente al Estado».

pular para eludirlas. Esta situación conduce, además, a resultados perversos. Si consideramos que aun siendo escasa la cuantía de lo exigible, la legislación de Haciendas locales puede establecer las definiciones de sujetos pasivos que crea conveniente, sin atender a veces a razones de buen sentido, aliadas con preceptos tributarios estatales interpretados abusivamente, puede darse perfectamente el caso, como acaece en numerosas ocasiones, de apremiar liquidaciones que se saben a ciencia cierta no corresponder a sus verdaderos sujetos pasivos o titulares del tributo (46). Lo escaso de la cuantía cede el paso a un conjunto de procedimientos de apremios disparatados, que leves en su exigencia patrimonial concreta, son gravísimos en cuanto a su constancia, repetición en el tiempo, y cargas de recurrir que se arrojan naturalmente sobre las espaldas de los ciudadanos, integrantes del pueblo soberano. Pero estas situaciones se hacen más sangrantes en casos donde la coactividad se adjudica jurídicamente a otras Entidades. Son los casos de las Entidades urbanísticas privadas, constituidas como Entidades de conservación o mejora, sobre las cuotas de sus asociados, a los que ya se refirió el Reglamento de Gestión Urbanística (arts. 24 y ss. RD 3288/1978); las Comunidades de vecinos en régimen de Propiedad Horizontal, que pueden emitir las certificaciones suficientes para el embargo preventivo de los bienes del deudor (art. 20 Ley 49/1960-2/1988), que aunque sin reconocimiento de personificación administrativa, se comportan como los acreedores privilegiados, sin mediar título pactado especial; o es también el caso de los servicios administrativos descentralizados, los Organismos Autónomos, incluidos o no en la Ley de Entidades Estatales Autónomas; la Administración de la Seguridad Social, con su Tesorería General; los Entes Públicos Estatales, las Sociedades Estatales y otro sinnfín de organismos, con base a los precedentes históricos de considerar «tributos» las tarifas de tasas de un sinnúmero de

(46) Una de estas interpretaciones leoninas es la que se cimenta sobre el artículo 95 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales, cuando establece que se consideran sujetos pasivos del impuesto de vehículos las personas «a cuyo nombre conste el vehículo en el permiso de circulación». Extraemos este caso por su continuidad con lo explicado antes respecto de la disparidad de personificaciones. Pues bien, como la Ley General Tributaria establece que la posición del sujeto pasivo no puede ser alterada por actos «o convenios de los particulares y que tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas», sucede que muchos Municipios, entre los que se encuentra el de Madrid, ejecutan por vía de apremio contra quienes no son realmente titulares, puesto que el nuevo adquirente no cumplimentó todos los trámites en los servicios de la Jefatura Provincial de Tráfico correspondientes. Lo más inaceptable es que no se admite más medio de prueba en Derecho que la constancia en un certificado emitido por los servicios generales de Tráfico.

La misma gravedad por escasa cuantía revisten las posibilidades de apremio que recoge la Ley 1/1992 de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aunque por no ser operativa la vía de apremio, ha tenido pocas consecuencias prácticas.

precios insustanciales (como el de los telegramas por teléfono que, llegado el caso, se ejecutaban por la Recaudación de Hacienda, por el importe del paso mínimo de contador calculado por el Servicio de Correos, aun por cantidades absolutamente despreciables). Bien es verdad que también existe una legislación que ha intentado imprimir un cambio de rumbo, y es el caso de la regulación contenida en la Ley estatal 8/1989 de Tasas y Precios Públicos, pues como se ha razonado recientemente la calificación de «precios públicos» a las cuantías fijadas para la financiación de actividades colectivas antes consideradas como tasas, significa una separación conceptual que repliega el fenómeno tributario al orden coactivo, y sitúa este tipo de precios en el orden dispositivo, en el ámbito contractual en el que la Administración no aparece actuando en vía de imperio, sin que por ello quede al margen de la subsunción de su fijación y elaboración en el principio de reserva legal (47). Del mismo modo, cuando lo que es preciso para nutrir correctamente el derecho controvertido frente a la Administración requiere de una alimentación de datos que reside en una base monopolizada por la Administración, puede ser tardía la satisfacción judicial que reconozca el derecho constitucional al acceso de la información contenida en las bases de datos. Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el derecho del actor a que las autoridades administrativas comuniquen «sin demora» la información solicitada (STC 20-7-1993), es una sin demora necesariamente demorada por mor de la naturaleza temporal del proceso, que puede llegar a dar una contestación tardía ya desdichadamente sin utilidad alguna. Así se determina que un acto administrativo nulo flagrantemente, cuando no los actos cuasi colectivos, de entes privados y colaboradores, no puedan ser ignorados jamás por el administrado, pues la huida de notificaciones y la pasividad ante las actuaciones ilegales administrativas, terminan volviendo por la traba y embargo de su patrimonio dinerario o singularizado, abstracción hecha de los problemas que plantea la bipartición posible de jurisdicciones en vía civil y contencioso-administrativa, si los actos apremiados no son exaccionados por la Administración de Tutela, y se encomiendan, incorrectamente o no, a la jurisdicción civil (v. gr., Ayuntamiento que rechaza la Recaudación de una Entidad de Conservación Urbanística, y se reclama por vía civil).

(47) Cfr. Auto del Tribunal Superior Justicia Sta. Cruz. Tenerife de 8 de agosto 1993. «Revista de Actualidad Administrativa», núm. 8 de 1993.

X. HACIA UN DESAPODERAMIENTO SELECTIVO DE LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS

De esta absurda y peligrosa proliferación, nada ha dicho la legislación administrativa democrática, especialmente la LRJPA, pues su filosofía es justamente *nunc et semper* la de la *praesumptio pro se*. No puede imaginarse mayor desamparo posicional del ciudadano ante una potencial ilegalidad del comportamiento administrativo. Pues la vía de protección sigue siendo su capacidad económica de reacción, bien por vía administrativa, civil o penal, llegado el caso. Por supuesto, no estamos diciendo que los intereses generales se confíen a la ejecución de los particulares, lo cual es, desde un punto de vista de la conservación de los intereses públicos, histórica y socialmente absurdo; el ejemplo contrario es ahora el caso del estudiante que consigue una revisión de su calificación de selectividad y obtiene una condena de la Administración docente, la cual ha de convocar de nuevo al Tribunal calificador al objeto de volver a ser examinado, aunque, eso sí, claro es, varios años después del suceso (STS 3.^a de 25 de junio de 1993). Es impensable la autotutela privada al margen de los órganos judiciales, y en tales casos la realización de la justicia administrativa pasa primero por una decidida y seria competencia de revisión por el Ejecutivo y después por un proceso fulminante ante los jueces. La coactividad viene justificada como remedio jurídico en todos aquellos actos que la Administración actuando por vía de interés general, en verdad general, debe imponer las decisiones de la colectividad al individuo discrepante.

Pero el sacrificio de lo particular que la *civitas* exige y reconoce, no pasa por la atribución de semejante poder político de coacción a grupos de presión organizados *simple y formalmente* como entes públicos; y aun dentro de los que son *sustancialmente* públicos, sólo conviene esa atribución a la decisión ejecutiva que implica realmente la satisfacción de una pluralidad de intereses que quedan estancados de forma individualizada en un grupo de personas que no los pueden volver a poner en la circulación o en el tráfico colectivo, en caso de parálisis de la voluntad particular de un ciudadano. Sin retenerlos para sí, *estancados*, apropiados, en suma *amortizados* indefinidamente como lo fueron antaño los bienes de gran trascendencia colectiva. La coactividad se comporta así como la pieza perfecta de cierre del rompecabezas en que se desparraman las distintas vías jurídicas del desapoderamiento del ciudadano. El sujeto se hace víctima de la relación jurídico-pública establecida de este modo por la entrega primera y paulatina de sus propios poderes originarios de

decisión, y por la entrega de su expectativa de verla sólo revisada por su propia voluntad particular, en un Estado democrático de Derecho, por un juez vigilante frente a la Administración. Aquel viejo principio de no atribuir excesivos poderes al Rey, precisamente porque el Rey sí puede equivocarse, resulta hoy de indudable interés especialmente para ese microcosmos de «actos pequeños» que no justifican para la colectividad el sacrificio en que consiste ese quebrantamiento impuesto a la voluntad particular.

Podrá entenderse que puede ser absurdo un movimiento de despojo de la ejecutoriedad administrativa justo cuando en el ámbito privado, o en el ámbito intermedio entre lo público y lo privado, aparecen comportamientos miméticos con el privilegio de ejecutoriedad administrativa. Efectivamente, ya hemos visto que la presunción principesca es algo apetecible para la mayoría de agentes sociales, incluso en el ámbito del derecho civil o mercantil. El caso de los títulos de crédito que abren la vía del juicio ejecutivo y ahora, con la reforma procesal civil, sin más que certificar la entidad acreedora la cantidad líquida existente sin intervención del deudor, es un caso más; y más de lo mismo supone el proceso «notarial» sin intervención judicial seguido en ejecución de garantías hipotecarias, en exacerbación de la idea de propiedad que ya se ha criticado hace tiempo (48). Para ello no es objeción total, aunque sí creo debe apreciarse parcialmente, que estos privilegios vengan por vía paccionada, porque en muchos casos se trata de pactos estandarizados con cláusulas de adhesión. Aunque ya la Directiva 93/13/CEE, de 15 de abril, acogiendo un concepto amplísimo de consumidor y de profesional que actúa en el marco de la actividad privada o pública, establece como cláusula abusiva «prever un compromiso firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad», y establecer la «adhesión» de una parte a las cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad real de tomar conocimiento antes de la celebración del contrato. Regulación ésta que es la conocida civilmente con el enunciado de que el pacto no puede dejarse única-

(48) Cfr. mi comentario jurisprudencial en la «Revista de Derecho Político», UNED, núm. 14/1982, Madrid, sobre la STC 18-12-1981 relativa a una indefensión producida en aplicación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En una línea de mayor sensibilidad hacia las posiciones de igualdad en el proceso judicial sumario se expresa la STC 6/1992, precisando que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe comprender una lesión efectiva, produciendo un resultado material.

Cfr. igualmente el comentario jurisprudencial de Silvia Saz, en el núm. 129 de esta REVISTA, 1992: *La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados*.

mente al arbitrio de uno de los contratantes. En otros, en cambio, ni siquiera se cubre el pretexto del pacto, sino que el injusto desequilibrio relacional se introduce con ignorancia plena de lo expresado en los pactos. Este es el caso de la existencia de la ejecutoriedad por impago de cuotas contenida en los estatutos de las entidades urbanísticas de conservación, ya aludidas, cuando se compra directamente un inmueble perteneciente a la urbanización que constituye dicha entidad.

Pero éstos como otros supuestos no plantean la duda en términos de emulación de una deseabilísima conducta administrativa por los particulares, sino que lo que en verdad plantean es si la particularización del Estado en todas sus formas jurídicas y sustanciales de funcionamiento, se expresa a través de un sálvese quien pueda, a través de procurarse cada cual sus propias armas; lema que se apoya sobre un claro darwinismo social, o si se prefiere, en términos de JELLINEK, en una reviviscencia de los poderes intermedios en versión contemporánea. Todo ello con el correspondiente reflejo en las normas administrativas. Poderes intermedios que renacen hoy como antes, cuando la autoridad del «príncipe» no puede ser ya mantenida. Aquí tiene también su lugar, que habrá de analizarse en otro momento, el hecho de que al ser hoy el Pueblo, y no el príncipe, el depositario de la soberanía, o si se quiere, el soberano es el pueblo y su parlamento, la autoridad resquebrajada del soberano y del príncipe es la autoridad resquebrajada del parlamento. Y el hecho es asimismo de algún modo, que en el defecto de articulación de la autoridad del parlamento general con otros parlamentos particulares, cada operador jurídico quiere asegurarse la efectividad de sus propias decisiones, «sin levantar mano», porque precisamente ya no existe aquel brazo general que afianzaba la seguridad general de las decisiones del Poder político de los gobernantes.

Y la reflexión de que el principio de igualdad padece gravemente, no puede ser tampoco silenciada desde este punto de vista ahora de nuevo. Ya no la igualdad política a la que se refiere el artículo 14 de la Constitución, malentendida a veces como la simple igualdad formal ante la ley, en donde basta la introducción de una regulación distinta para obtener así una discriminación justificada y razonable, cosa sobre la que ya se ha reflexionado aquí; sino la primigenia igualdad de las partes que sugiere la idea de justicia en todo tipo de coincidencia de voluntades y que nuestro Código Civil contempla como el equilibrio de posiciones contractuales. Claro es que la posibilidad de autotutela privada se ha admitido siempre (el caso de la retención en el derecho de prenda se ha explicado frecuentemente como ilustrativo), pero ello no va de la mano ni del traslado de presunciones jurídicas, ni del despliegue de fuerzas irresistibles por el

acreedor contra el deudor, que debe actuar a través de los tribunales ordinarios.

Una atenuación en clave democrática de la *praesumptio pro se* parece por tanto muy conveniente, no sólo desde la oportunidad de modernización de las técnicas de relación administrativas con el público, sino como exigencia elemental de la justicia democrática. Máxime cuando la presunción no es unitaria, sino que se expresa desparamada en un policentrismo de presunciones. A una servidumbre antigua de los ciudadanos, justificada generalmente en el interés público servido a todos ellos, ha de añadirse ahora una pluralidad de señores que deben ser servidos sin la generalidad de los intereses legitimadores, o sin la misma intensidad de cargas, limitaciones o gravámenes establecidos. El *mane, tecel, fares* de las presunciones de validez parece declarado con voz fuerte, desde que la posición del ciudadano ha sido redefinida jurídicamente, y desde que la igualdad sustancial garantizada por las Administraciones Públicas como poderes ejecutivos, se ha visto fuertemente comprometida por todas las causas que venimos denunciando.

XI. LA CERTEZA EN LAS FORMAS DE ACUMULACIÓN DE DATOS DEL CIUDADANO

Conseguida de mil modos la apropiación del conocimiento sobre el patrimonio y la personalidad de los súbditos en otras épocas, con auxilio de los censos y registros, después con el papeleo, los ficheros y los expedientes, reviste hoy la manipulación jurídica de la información una importancia excepcional. Pocas veces ha podido ver reunida la Administración en sus manos más capacidad de conocimiento individualizado, que con el advenimiento de las presentes técnicas de tratamiento y procesamiento electrónico de la información de los ciudadanos y sus equipamientos cibernéticos. Si cuando PLATÓN expresaba sus preocupaciones en sus famosos diálogos con Protágoras sobre la *Polis* —afirmando que no era la reunión de los hombres y la aparición de la técnica las que habían liberado a éstos de la edad oscura, sino la observancia de la ley en el Estado— hubiera sentido tal capacidad de intervención masiva, hubiese devuelto la autoridad del Areópago a los clanes privados. Hoy, cuando ni la ley ni la justicia son entes vivientes, sino formulaciones democráticas de los ciudadanos, resulta altamente inquietante que frente a la inexorabilidad de la acumulación mecánica y cibernética de la información, sólo existan respuestas legales, si bien importantes, muy insatisfactorias en cuanto a su eficacia. Pues la LRJPA no ha regulado tampoco

tan espinoso tema, como antes la LPA sólo había contemplado las «máquinas adecuadas, con vistas a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas» (art. 30); aunque tal propósito iba diestramente encaminado sobre todo a la normalización de procedimientos o a la racionalización de los trabajos administrativos. Ahora, en cambio, como recuerda la STC de 17 de octubre de 1991, se trata de una acumulación de la información que afecta a la dignidad y a la intimidad de la persona, y que exige un ámbito de reserva frente al tercero. Pero la legislación de la LRJPA ha cedido una de las facetas del complejo poliedro del tratamiento jurídico de la Administración a una Ley especial —otra más— con la creación de una Agencia de control —otra más—, cuya admisión entre los comensales de las competencias autonómicas promete una impugnación de inconstitucionalidad (49), en línea con la tradición desdichada de buen número de leyes que no nacen concebidas conjuntamente por los distintos intereses parlamentarios, sino huérfanas de padre o madre o de patrocinamientos institucionales. Esta Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD, de 31 de octubre de 1992) debe entenderse, desde luego, completada por normas internacionales o supranacionales, como el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, normas posteriores así como por la jurisprudencia judicial y constitucional que se viene dictando al efecto (50). La EM de la LORTAD, un tanto filosóficamente, dice que las fronteras de lo que es privado estaban diferenciadas antaño por el espacio y por el tiempo, pero que la informática con sus variadas técnicas hace necesario dibujar una nueva frontera de protección, puesto que los límites materiales han desaparecido ya. Sin compartir con el narrador esta pintoresca búsqueda de una nueva frontera inmaterial, sí ha de coincidir en que el «poder del fichero» de los poderes públicos y sus funcionarios ha sido catapultado *ad infinitum*, gracias al tratamiento electrónico de la información. Aunque la LORTAD sea merecedora de fuertes críticas tanto por la especialidad de los procedimientos que renuncia a regular como por lo general de su renuncia y los conceptos indeterminadísimos en los que incurre, ha sentado una serie de principios generales que posibilitan la captura masiva de la información por los poderes públicos, que deben también ajustarse a un

(49) Tales son los recursos de inconstitucionalidad 201/93, 226/93 de la Comunidad catalana, el 219/1993 del Defensor del Pueblo y el 236/1993 planteado por el Grupo parlamentario popular.

(50) Cfr. las modificaciones sugeridas en la propuesta modificada de *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (92/C 311/04)*, «DOCE», 27-11-92, relativa a la *Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos*.

mínimo de regulación puesta en función de las garantías de los derechos que enumera el artículo 18 de la Constitución (art. 1.º). De esta renuncia que la LORTAD hace a una regulación general del tratamiento de la información resulta la excepción de importantes sectores como los ficheros electorales, los del Registro Civil o Registro Central de Penados y Rebeldes, los de Estadística Pública; pero, en fin, sobre todo es digno de ponderar que quedan también fuera de su ámbito «aquellos datos que en virtud de intereses públicos prevalentes, no deben estar sometidos a su régimen cautelar» (EM 2 y art. 2), lo cual nadie acertaría a definir bien. Además, resulta que el objeto que se protege es limitado por el artículo 1 a la garantía del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas, lo que es también claramente insuficiente, debido al amplio espectro de potestades que ejerce la Administración sobre los administrados, entre las cuales, por su relación con la informática, no pueden dejarse de señalar las tributarias, las del orden sancionador y, en general, todas las de gravamen.

De ello resultan consecuencias importantes para reequilibrar el papel del ciudadano ante la Administración, entre las que escogería tres: Primera, la existencia de un verdadero derecho a la autodeterminación informática (pues todo hoy se autodetermina), que no obstante la peculiar terminología, ya relacionada en la STC alemán de 15 de diciembre de 1983 al relacionar la manipulación de los datos de la información con la autodeterminación en la decisión individual, tiene el mérito de resaltar la soberanía natural del sujeto sobre toda la extensión de su personalidad, de la que la información programada o almacenada no es sino su puro reflejo. Como más rotundamente expresó la modificación a la propuesta inicial de la Comisión Europea hecha por el Consejo de las Comunidades (propuesta de *Directiva CE 92/C 311/04*), los sistemas de tratamiento de datos «están al servicio del hombre», y no el hombre y su reflejo informático, su actividad y su imagen estereotipada fragmentaria y electrónicamente, al servicio de la Administración. Segunda consecuencia es la existencia de una eficacia horizontal frente a terceros, y de una eficacia vertical frente a las Administraciones Públicas de este tipo de determinación o, si se quiere llanamente, la consecuencia es la existencia de una autodisposición de la propia información personal almacenada por el Poder Público, vista como un derecho al control del uso de los datos insertos en los programas informáticos, como un redivivo mandamiento de recuperación judicial (*habeas data*). Ya que la Administración, a diferencia de los particulares, no puede gozar del derecho fundamental a la libertad de expresión, y la recogida de datos y su captura sólo puede servir a unas finalidades legítimas,

lo que determina el nacimiento en los administrados no sólo de facultades puramente negativas, sino positivas, como ha señalado muy adecuadamente el Tribunal Constitucional (SSTC 110/84, 185/89, ATC 21 enero 1993). Tercera consecuencia, la prioridad absoluta del principio de veracidad en el mantenimiento de los datos capturados por la Administración o suministrados por el sujeto, sobre otros principios no menos desdeñables, pero exentos de la sustancia moral absoluta con que éste se adorna. Ello no es cosa liviana de mantener en este sector de la actividad administrativa, pues existe una espesa corriente doctrinal que se ha ceñido más bien a la prioridad de otros criterios alternativos, como el de la prevalencia de los datos noticiables o el de la superioridad del uso «adecuado» a efectos de gestión o práctica interna administrativa de los archivos y registros públicos.

XII. LA CERTEZA EN EL CONTENIDO DE LOS DATOS DE INFORMACIÓN

Una infravaloración del principio de veracidad parece tradicional en el mundo del tratamiento de la información. Ahora ya no con sesgo de adecuación a la realidad (principio de exactitud), sino además desde una vertiente moral, se expresa en la jurisprudencia constitucional que, en materia de medios de comunicación social, ha impuesto, más bien en razón de la libertad de expresión e información, así como del pluralismo informativo, un *canon* distinto al de verdad: la rapidez en la difusión o de la puesta en circulación de los datos privados, aun por medios públicos de difusión. Por un lado, pues, con la vista fija en la compatibilización de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del artículo 18 de la Constitución, y por otro, con la vista fija en la libertad de expresión y comunicación de la información «veraz» por cualquier medio de difusión, a que se refiere el artículo 20 de la misma norma fundamental (51); sin embargo, ha precisado que de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 6/88). La exactitud es, pues, compatible con las afirmaciones erróneas en la transmisión de los datos noticiables. Pero esta línea de interpretación no puede extrapolarse en el sentido de entender generado un principio que ponga en entredicho esa «veracidad» querida constitucionalmente, sino que deviene establecida como la expresión o composi-

(51) Cfr., v. gr., las SSTC 110/84, 170/87, 231/88, 9/90, 171/90, 197/91, AATC 257/85, 588/85, 159/86, 300/89, respecto del artículo 18 de la CE, y las SSTC 165/87, 105/90, 143/91, 220/91, entre muchas otras, en relación con el artículo 20 de la CE. Cfr. además mi libro *Fundamentos del Servicio Público*, cit., págs. 227 y ss.

ción de un compromiso entre una colisión de intereses distintos, en el especialísimo mundo de la actividad de los medios de comunicación social, cuando éstos dependen de alguna Administración Pública. Otra vez el privilegio de la actividad aliado con otros fundamentos jurídicos distintos (pluralismo informativo, la opinión pública como institución a proteger, la libertad de transmisión de la información inmediata), reaparece desplazando sobre el ciudadano la carga añadida de soportar una noticia inexacta o inveraz. Se refería BULLINGER perplejamente a esta problemática señalando que todo periodista o responsable de programas informativos puede invocar el interés general en su nombre propio, paradójicamente como expresión particular (52). Es un caso más, compartido en nuestro ordenamiento, que refuerza la impresión de que en esta proliferación de privilegios, el agente de información pública también gozaba de la presunción de validez, cosa que no se podría poner por escrito sino hasta este momento, donde el sesgo general de la desvertebración administrativa dibuja, sobre el fondo del atardecer de las potestades públicas, un resurgir de los poderes medievales intermedios y privados execrados por la Ilustración. Este tema es desde luego complejo, y no ha de elucidarse aquí exhaustivamente.

Desde la reflexión del sesgo general que toma la errática legislación administrativa, no es de desdeñar el que se reivindique la exactitud de los datos cuando ellos caen fuera del derecho estricto de la libertad de informar al público por los medios estatales de comunicación, sino también en el círculo interno del movimiento de ese tipo de información. Esta asunción de privilegios por los nuevos señores debe ser contrabalanceada con nuevas cargas para encontrar un punto de equilibrio aceptable y específico para la propia actividad de comunicación masiva. Pues la exactitud en todas sus especies, como reflejo del principio absoluto de veracidad, es aceptada en distintos sectores del ordenamiento jurídico de forma tradicional, y se consagran los correspondientes instrumentos de adecuación a la realidad social de la configuración registral (v. gr., en los datos hipotecarios o en los de identidad personal, o en los de seguridad vial, o en los de estado civil de las personas...). La práctica existente en las Adminis-

(52) Es decir, sobre la base de que las leyes de los Estados federados alemanes en materia de medios de comunicación masiva, cumplen una función de interés público (*öffentliche Aufgabe*), cuando en asuntos de la misma índole difunden información o contribuyen a la opinión, la invocación de un interés público como «interés legítimo» en el sentido del parágrafo 193 del Código Penal alemán, legitiman *a priori*, al decir de BULLINGER, la difusión de informaciones que posteriormente se revelan falsas o inexactas. Cfr. su ponencia *El servicio público de los medios de comunicación y la protección jurídica de la personalidad*, Universidad Complutense, Conferencia en el Departamento de Derecho Administrativo, Madrid, 1988.

traciones Públicas, donde a veces se ignoran los actos de la realidad de los administrados, aun alegados por todos los medios de prueba en Derecho, con base a subterfugios y torcidas interpretaciones legalistas —en expresión de la EM LORTAD, de la «posible utilización torticera» de la informática—, manipulando la información al antojo de las prácticas internas de la Administración, aparte de ser prácticas atentatorias al buen sentido, constituyen comportamientos directamente antijurídicos, en pugna con las más nobles esencias del tratamiento público de la información, y en buen número de casos constituyen sendas violaciones de varios derechos fundamentales. Pero en la base de este comportamiento está la inaplicación del principio jurídico de veracidad, bien como principio positivizado en la ley, bien como principio absoluto y general del Derecho. Aun en esta rehuída de todo lo que puede sugerir un contenido de valor, por lo menos queda recogido el criterio general de que la «exactitud» del dato es derecho que puede imponerse con base a una efectiva rectificación. Es incomprensible en cambio que, al tratarse de un dato permanente, quede limitado reglamentariamente a veces este principio de rectificación a un plazo de ejercicio, como dice v. gr. el artículo 15 de la LORTAD, sin atender a la distinta sustancia de la inexactitud corregible. Puesto que una interpretación rigorista determinaría una situación por la cual, cambiada la realidad, no habría forma de rectificarla a efectos públicos, lo cual conduce desde el punto de vista de lo que es la exactitud del dato, al absurdo lógico y absoluto, y desde el punto de vista de los derechos fundamentales, a un despojo no indemnizable del reflejo informático de la imagen, de la intimidad personal o familiar o del honor personal del ciudadano.

Pero esto que se ha expuesto hasta el momento no es más que una ligera evidencia del mismo acontecer administrativo con distinto compás jurídico, en la constante melodía del divorcio entre la insatisfactoria gestión administrativa y los verdaderos intereses a servir del administrado.

XIII. CONCLUSIONES

A modo de una recapitulación final de lo que se ha venido manteniendo hasta el momento, hay que resaltar los siguientes extremos:

1. La legislación desaprovecha una ocasión histórica para redefinir una idea de privilegio administrativo más acorde con los tiempos actuales de diálogo con el administrado; y olvida marginar definitivamente el pretexto de la minoría de edad administrativa, en lí-

nea con la reviviscencia de la «ciudadanía» ilustrada, o si se prefiere, con la intuición de «coordinación» jurídica que KANT defendía certamente.

2. No ayudan en nada a la reducción de los procesos contenciosos las «nuevas» técnicas de resolución incorporadas por la LRJPA, sino que se presentan como un indiferente jurídico, aunque habrá de esperarse a las sucesivas Memorias de la judicatura, para corroborarlo. Recordando otra vez los términos kantianos, se ha dicho ya que las tres potestades de la *civitas* (*potestas legislatoria, rectoria, judiciaria*) se corresponden, desde un punto de vista práctico, con un silogismo donde la premisa mayor es la ley, la premisa menor el precepto de conducta derivado de la ley o subordinación a la ley, y la conclusión, el derecho particular recogido en la sentencia en cada caso. Triple manifestación de una triple persona (*tria persona*), recogida en la idea de Estado. No parece sino que la premisa menor haya salido de la concatenación práctica, y se haya situado en una esfera perfecta donde ella en sí misma va logrando su propia autoalimentación. Un proceso así, sin reconversión efectiva, conduciría indefectiblemente a la identificación del Ejecutivo y su Administración con el Estado, y ello a pesar de leyes que regulen semánticamente de forma separada en el futuro el «gobierno» y la Administración. A esta identificación habría de adherirse finalmente el Partido o facción dominante. En nuestro caso, además, con un universo en expansión, pero de imparable entropía organizativa de las Administraciones Públicas. Nada más lejos del sueño ilustrado, y de la invocación democrática. Si se quiere transitar del principio de *subordinación* que inspira la actual legislación a unas mayores dosis de *coordinación* entre los gobernantes y gobernados, no cabe duda que el rumbo ha de ser distinto, puesto que de la única coordinación que suele hablarse en las normas es de la coordinación política, de los tres poderes, o de la propia coordinación interadministrativa. El ciudadano, allende su *nomen*, permanece *subiectus*. Sea dicho esto sin la menor ligereza, y sin la menor ingenuidad tampoco; pues hoy no creemos que de la reunión o composición correcta de las tres funciones, devolviendo a la Administración su lugar correcto con una actividad limitada, pero segura y efectiva, pueda derivarse automáticamente la felicidad o el bienestar de los ciudadanos, ya que, desgraciadamente, el estado natural es, a veces, más satisfactorio que el jurídico, como bien advirtieron otros; pero con ellos se ha de compartir también la creencia de que la salud pública consiste realmente en la mayor congruencia de la constitución orgánica con los principios del Derecho, como un estado, al cual por un imperativo categórico, se nos obliga a aspirar.

3. La litigiosidad no se reducirá con la técnica del silencio positivo y negativo, sean cuales fueren sus nombres, pues de una lado la positividad se entiende referida a conceptos categoriales (servicio público, dominio público) que, más que indeterminados, corresponden a concepciones globales del acaecer administrativo. Se debe, empero, reconocer que el intento sería loable si el desarrollo reglamentario no lo dejara en entredicho, como presumiblemente acaecerá. Pues no es dado pensar que las Administraciones Públicas por vías reglamentarias han de asumir gratuitamente nuevas responsabilidades personales para sus trabajadores o funcionarios. Y, menos aún, para sus autoridades políticas realmente responsables.

4. Tampoco acierta a dar la legislación general administrativa actual, especialmente la LRJPA, con una equilibrada idea de la eficacia administrativa. Una ejecutoriedad ciega es una eficacia a corto plazo, pero a largo plazo acaba provocando un más fuerte rechazo y una mayor ocultación y resistencia de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. La problemática de la eficacia, además, no se centra en la idea de poder general con relación a los ciudadanos, los cuales siempre serán desbordados por la Administración, sino, como reconocía JELLINEK, respecto de los poderes intermedios. Si lo propio de la Administración es la generalidad de la ejecución, es a la acción material general a donde debe dirigir su potestad ejecutiva. Grandes instituciones públicas o privadas deben ser los sujetos pasivos propios de la ejecutoriedad, ya limitada objetivamente, pero en la mayoría de los casos, apenas ha de serlo el individuo aislado. En tal aspecto es un fracaso *media via* la exhortación hecha mecánicamente por las leyes sobre el lugar y competencias que las distintas Administraciones Públicas deben representarse del que otras tienen, pues ninguna consecuencia jurídica parece deducirse de su infracción, y pertenece esta exhortación al mundo de los manuales de gestión o de la moralidad organizativa, lo cual no deja de ser chocante. Es en las técnicas de coordinación fundamental y territorial donde la Administración General puede, como vehículo de la igualdad general de trato de los españoles, propiciar esa eficacia de comportamiento, con la colaboración de las Administraciones autonómicas o en contra, en su caso, de las mismas Administraciones. Y ambos niveles territoriales han de hacer lo propio respecto de las Administraciones Locales.

Como articulación de lo que se viene expresando, ha de notarse que un reforzamiento de la noción de personificación viene vinculado con una extensión de la idea de interés, dentro de la cual los llamados intereses competenciales no son sólo cuestión organizativa, sino también material con trascendencia para el círculo de derechos de toda especie de los ciudadanos.

Sin revelar, pues, ningún misterio oculto hasta el momento, el ordenamiento debe revestirse de un espíritu nuevo en el sistema de relaciones entre los particulares y los poderes públicos sobre la orientación del término relacional más débil, no del más poderoso, pues en ello está el mejor hábito original de la justicia material en una tradición occidental de progreso social. Este revestimiento exige una acción horizontal de igualar entre las relaciones de los ciudadanos y las Administraciones Públicas, sin que pueda olvidarse que los intereses territoriales se realían con nuevas formas de distribución de los bienes económicos, para los que las formas jurídicas estatutarias presentan eventualmente una vestimenta inadmisibles. Puesto que no se cumple con la constitución orgánica respetando la atribución formal de derechos, sino que se cumple, a la vez, respetando la atribución sustancial. Ello requiere también una igualación tendencial de carácter vertical decidida y efectiva entre los ciudadanos y la Administración que ponga en manos de los primeros, también de modo material, las consecuencias prácticas de sus propias decisiones, sin perjuicio de la intervención judicial en sus litigios contra la Administración. La autotutela de ejecución sólo puede convenir en aquella tipología de situaciones donde se compromete irremisiblemente la generalidad de los intereses defendidos por la Administración en nombre de la colectividad, lo cual verdaderamente ocurre en supuestos sensiblemente menos numerosos de los que nos tiene acostumbrados la evolución de las instituciones jurídicas, a través de las normas legales de reciente aparición.

Esta recomposición debe respetar en la debilidad de uno de los términos, el ciudadano (que es el factor de coincidencia de la recomposición horizontal y vertical de las relaciones con las Administraciones Públicas), las dosis de sustancialidad que la igualdad bien entendida exige dentro de un territorio general. La generalidad del territorio y la universalidad de fines que reclama el pueblo soberano que en él reside, reclama junto con esa sustancialidad igualitaria, una ley general verdaderamente alérgena a todo tipo de excepción privilegiada del ciudadano ante su comportamiento con las Administraciones Públicas; y de las Administraciones ante cualquier grupo de ciudadanos, o a sus privanzas, pues como KANT decía en su proyecto de la *paz perpetua*, lo característico de la ley no es la generalidad, sino la propia universalidad del concepto.

En la expresión de esta universalidad corresponde una función irremplazable al parlamento general frente a los parlamentos de territorios particulares. Con ello se puede evitar la percepción de que el Estado próximo a su descomposición material, no subsiste sino como una apariencia escrita en los textos; y se puede evitar quizá la

sensación letal de que los ciudadanos aceptan pasivamente cualquier disposición legal, como si el Estado no hubiese existido jamás, de manera que cualquier producto normativo, por aberrante que sea, se hace disfrazar con la apariencia del interés general que toda ley apeetece: «... *on fait passer fausement sous le nom de lois des décrets iniques qui n'ont pour but que l'intérêt particulier...*».

Este es el panorama que, en decir de ROUSSEAU, conviene al Estado próximo a su ruina (53).

(53) Cfr. *Du Contrat Social...*, ed. cit., pág. 564.

JURISPRUDENCIA

