



El derecho del poder para la libertad

Descripción

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien representativo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: «la huida» del derecho administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del derecho administrativo como ordenamiento matriz a partir del cual debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añoraba la posición del derecho administrativo como derecho único sobre el que debía girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos, que con su manto trascienden la naturaleza del derecho de que se trate en cada caso.

La Constitución de 1978 dice, entre otras cosas, que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, que los poderes públicos deben fomentar la libertad y la igualdad y que se reconoce la tutela judicial efectiva. Principios que invitan a una tarea centrada en repensar algunos dogmas y principios que en su día rindieron grandes servicios a la causa, pero que hoy quizás no encajen en una democracia avanzada. Se trata, pues, de proyectar de una manera equilibrada los parámetros que presiden el nuevo Estado social y democrático de derecho sobre la realidad administrativa, teniendo bien presentes los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el derecho administrativo ha de tener presente esta consideración y adecuarse a los nuevos tiempos pues, de lo contrario, perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación de la actividad pública con arreglo a la justicia.

NO MÁS PERSPECTIVAS ÚNICAS

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el derecho administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del derecho público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al derecho administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el derecho administrativo del siglo XXI es distinto del propio del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien diferente,

como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece: es una manida y reiterada frase acuñada, según parece, por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. [[wysiwyg_imageupload:1874:height=213,width=200]]

En este contexto, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado derecho administrativo constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona, cuestiones que debe completarse desde la complementariedad. Quizás la perspectiva iluminista del interés público heredada de la Revolución francesa y que ayudo a la consolidación de la entonces clase social a cuyo cargo se puso la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su *status quo*, debe estar plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el derecho administrativo constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del derecho administrativo, sino repensarlos a la luz del ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución *in toto* de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el derecho administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del derecho administrativo. Más bien hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo derecho administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del derecho administrativo como el derecho del poder para la libertad.

UN PRECENTE Y JURISPRUDENCIA

En este sentido, siempre me ha parecido clarividente y pionero un trabajo del profesor García de

Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el derecho administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el derecho comunitario europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo derecho administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas.

Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el derecho administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo derecho administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, derecho administrativo.

REFERENTES CONSTITUCIONALES

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, que no analizar dada la naturaleza de este trabajo, los artículos 9, 10, 24, 31 y 103 de la Constitución, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del derecho administrativo encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra cómo la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta Magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

La Administración pública (estatal, autonómica o local, porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas) sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de derecho. Primero, porque la expresión «servicio» indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los

procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos.

Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el antiguo régimen. La referencia a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones, según la apliquemos a la organización administrativa en general o a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente in crescendo a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los tribunales de justicia. [[wysiwyg_imageupload:1875:height=306,width=200]]

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista clarísima sobre cuál pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el derecho administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, «orden y mando». Por eso, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo derecho administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración está sometida a la ley y al derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que manejemos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del derecho administrativo.

Por otra parte, la alusión al derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el derecho administrativo, el laboral o el civil o el mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre

está presente en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del derecho administrativo al derecho privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos, siempre que la Administración justifique racionalmente por qué en determinados casos acude al ordenamiento privado.

CON EL DERECHO PRIVADO

Seguramente, desde que se abren las puertas de la Administración pública al derecho privado con ocasión de la prestación de forma indirecta de determinados servicios públicos, la pretendida huida del derecho administrativo late sobre las diferentes explicaciones que podemos encontrar en la historia de nuestra área de conocimiento.

Para unos, que pueda siquiera mentarse en el ámbito de la Administración pública el derecho privado, o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas, constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el ordenamiento propio, privativo y específico de la persona jurídica Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública, prácticamente ausentes de un derecho administrativo de corte autoritario que bascula únicamente sobre los privilegios y prerrogativas, no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

Frente a ambas posiciones extremas, surge una nueva perspectiva, en mi opinión con base suficiente en el artículo 103 de la Constitución, según la cual lo determinante no es la naturaleza del ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El artículo 103 se refiere al sometimiento al derecho. Lógicamente, no dice a cuál, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión como esta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las ciencias sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el derecho privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al derecho privado debe explicar por qué lo hace puesto que, evidentemente, el derecho común sigue siendo el derecho administrativo.

Es bien sabido que en las décadas de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia y del *management* encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en orden a realizar las reformas normativas que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y eficacia; y lo público, sinónimo de

ineficiencia e ineficacia.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esa época: destierro del derecho administrativo, preferencia por el derecho privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del derecho administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al derecho privado.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esa época: destierro del derecho administrativo, preferencia por el derecho privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del derecho administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al derecho privado.

El fenómeno se manifestó, pues, en el gusto por la gestión de lo público a través de la flexibilidad y eficiencia del derecho privado, bien sea relajando los sistemas de control de la intervención del Estado, bien sea creando toda suerte de sociedades y entes públicos sometidos al derecho privado, o bien asumiendo *in toto* los paradigmas de la gestión privada para la dirección y gestión de lo público.

La proliferación de entes instrumentales para la gestión de actividades públicas con sometimiento al derecho privado no sólo debe entenderse como un notable aumento de influencia del derecho privado en lo público, que lo es; sino, sobre todo, como algo profundamente paradójico, en la medida que a través de esta vía se ha producido un sobresaliente incremento de la presencia de los poderes públicos en la sociedad. Es decir, mayor intervención de los poderes públicos en la vida social con el concurso del derecho privado. En este sentido, puede comprenderse bien la afirmación de algunos analistas sociales cuando señalan que ha sido precisamente el Estado de bienestar, en su concepción clásica, quien más ha tenido que ver con la desafortunada invasión de lo privado en lo público. Claro que muchas actividades económicas que están en manos públicas debieran pasar al sector privado. Claro que es necesario un razonable proceso de simplificación y refundición normativa y, si se quiere, un proceso de revisión de la normativa existente en muchos aspectos. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que de lo que se trata es que se presten mejor los servicios de interés general y que, a la vez, se promuevan los derechos de los ciudadanos. [[wysiwyg_imageupload:1876:height=229,width=200]]

La introducción de los sistemas de gestión privada en el ámbito público, siempre que se produzca de manera coherente con la propia esencia y naturaleza de la gestión pública, no ofrece mayores problemas. Es más, me atrevería a afirmar que existe un núcleo básico de la gestión y dirección de organizaciones e instituciones que es común a la dimensión privada y a la pública. Lo que, sin embargo, no siempre se tiene presente es que el ciudadano no es el cliente a modo empresarial privado, que la concurrencia y transparencia tiene una caracterización singular en lo público y, sobre todo, que la selección del personal debe hacerse en un contexto de mérito y capacidad.

PODER AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS

Otra característica, a mi juicio relevante, de las nuevas tendencias observadas en las ciencias

sociales, se refiere al pensamiento compatible o complementario que, ciertamente, se encuentra en las antípodas de lo que hemos llamado pensamiento único. Sistema que, en el caso que nos ocupa, reclama la existencia del derecho administrativo clásico como único ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración pública como tal o en perspectiva instrumental.

Para esta manera de contemplar la realidad administrativa, la Administración, en cuanto dueña del interés general, requiere un derecho construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan la existencia de la Administración pública y que le permiten la gestión de los intereses generales. Desde este punto de vista, la unilateralidad del privilegio y la prerrogativa se extiende sobre todo el amplio mundo de la acción administrativa originando un conjunto de relaciones jurídicas peculiares que han tenido en la exorbitancia la nota más característica. Es decir, lo importante y relevante del derecho administrativo en esta concepción es la Administración y sus privilegios.

Sin embargo, la llegada de la Constitución y del sistema democrático a España en 1978 han abierto quiebras bien grandes en toda esta construcción, de forma que, al entenderse el interés general hacia los ciudadanos, nos encontramos con que, efectivamente, el nervio que ha de discurrir por todos los conceptos, categorías e instituciones del derecho administrativo pasa de la prerrogativa a la garantía de los derechos de los ciudadanos, particulares o administrados. No es que se anulen, sólo faltaría, las potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración, sino que precisamente esas potestades se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, el derecho administrativo, como ha señalado agudamente González Navarro, es el derecho del poder para la libertad, sintetizando certeramente el sentido del derecho administrativo en el marco constitucional y teniendo presente el sistema del pensamiento compatible o complementario.

Desde esta metodología del pensamiento moderno puede entenderse bien que entre conceptos que enfrentó en su día el pensamiento ideologizado, variante del pensamiento único, como público y privado, hoy, más que barreras infranqueables, encontramos puentes que ayudan a entender en clave de complementariedad dichas realidades. Es más, me atrevería a firmar que incluso el concepto moderno de libertad lleva grabada, en su misma esencia, la idea de solidaridad.

LIBERTAD Y SOLIDARIDAD, VALORES CONSTITUCIONALES

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Más adelante, el artículo 9.2 dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en su artículo 10 atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente

las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el derecho administrativo en cuanto ordenamiento regulador del régimen de los poderes públicos tiene como espina dorsal la contemplación jurídica del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del derecho administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, pero complementarios. Es más, en el Estado social y democrático de derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del derecho administrativo.

Más intensa todavía es la tarea de garantía y aseguramiento de los principios rectores de la política económica y social. En este sentido, el artículo 39 de la Constitución señala en su párrafo primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es decir, el conjunto de los valores y principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la familia, deben ser garantizados por los poderes públicos, ordinariamente a través de la actividad legislativa y, sobre todo, desde la función administrativa, pues la ley está para lo que está, y no se puede pedir al legislador que contemple todos los supuestos habidos y por haber. Protección de la familia, promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (artículo 40). Garantía de un sistema público de seguridad social (artículo 41), protección de la salud (artículo 43), derecho al medio ambiente (artículo 45), derecho a la vivienda (artículo 47)...

En todos estos supuestos se vislumbra una considerable tarea de los poderes públicos por asegurar, garantizar, proteger y promover estos principios, lo que, pensando en el derecho administrativo, supone un protagonismo de nuestra disciplina desde la perspectiva del derecho del poder para la libertad, insospechado años atrás.

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y derechos fundamentales: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Pienso que para un profesor de derecho administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está recogido bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cual nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales por parte de todos los españoles.

Esta reflexión empalma perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de derecho, en la medida en que, como señalé con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas.

VOCES DE NUESTRO ENTORNO

La consecuencia de los cambios viene, insisto, de la mano de la realidad y de la fuerza de la libertad solidaria en el contexto del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Por ello, en el marco de la Unión Europea, el concepto tradicional de servicio público al que acompañan los dogmas de la titularidad pública y la exclusividad tenía poco que hacer porque el espacio europeo hoy es un espacio que no comulga ni con los monopolios ni con una consideración unilateral del interés general. Probablemente por eso, cuando se alumbra el concepto de servicio de interés general para caracterizar los nuevos servicios públicos europeos susceptibles de explotación económica, una parte significativa de la doctrina científica pensó que el cielo se nos venía encima, que había que preparar ya un digno funeral al derecho administrativo y que tendríamos que defendernos con uñas y dientes frente a un invasor dispuesto a desmontar, uno por uno, todos los conceptos, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, nos encontramos con una mayor regulación administrativa consecuencia de la necesidad de garantizar las denominadas obligaciones de servicio público de dichos servicios de interés general.

Lo que está pasando en este sector demuestra, a mi juicio, que estamos ante un nuevo derecho administrativo más sensible a la realidad y más comprometido con la libertad. En el caso europeo, es bien sabido que cuando se estaba buscando una denominación adecuada para configurar el concepto de los nuevos servicios públicos en un mundo de libre competencia, no pareció oportuno ni mantener la expresión francesa, porque ya no respondía a la realidad, ni tampoco el término anglosajón *public utilities* en la medida en que tampoco se era partidario de la regulación mínima. Se encontró un concepto que recogió la mejor de la tradición francesa y lo mejor de la tradición anglosajona y, así, desde una perspectiva de integración apareció el nuevo concepto.

Es verdad que al principio la jurisprudencia comunitaria se dejó guiar quizás por una interpretación demasiado economicista para, más adelante, emprender un camino, espero que sin retorno, en el que el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación.

CONCLUSIÓN

En el derecho administrativo español nos encontramos, en materia de sectores regulados, además que con la existencia de Administraciones independientes encargadas de velar por la competencia en el sector, con normas administrativas que establecen obligaciones de servicio público. Esto es, derecho administrativo para preservar el interés general.

En la medida en que se abren a la libertad espacios antes dominados por el monopolio, el derecho administrativo está llamado a jugar un importante papel. En la medida en que ahora la Administración, y todos los poderes públicos tienen la misión constitucional de hacer posible la libertad y la igualdad, aparece un nuevo derecho administrativo. En la medida en que la autotutela administrativa ha de ser compatible con la tutela judicial cautelar, nuevo derecho administrativo. En la medida en que la autonomía y la unidad, junto a la integración y a la solidaridad, caracterizan nuestro modelo de Estado, nuevo derecho administrativo. En fin, en la medida en que la acción pública ha de estar impregnada por la promoción de los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, nuevo derecho administrativo.

Vuelve el derecho administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que

deriva de la Constitución española y europea. La huida del derecho administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el derecho privado como ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación.

Sí, nuevo derecho administrativo, pero desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Fecha de creación

11/01/2005

Autor

Jaime Rodríguez-Arana

Nuevarevista.net