

Las condiciones políticas y económicas de la época actual requiere una adaptación del Derecho administrativo. Los viejos conceptos de servicio público, legalidad y responsabilidad han de enriquecerse con los principios de transparencia, neutralidad y eficacia.

# REDEFINIR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Eficacia, transparencia y neutralidad

---

Por José María Michavila

**C**

omo dijera Huber, el Derecho Administrativo es el más político de los derechos, salvando al propio Derecho Político. O, en palabras de Prosper Veil, se podría decir, si estas palabras tuvieran significado, que es un derecho político y no un derecho jurídico.

El Derecho Administrativo es el instrumento a través del cual, el Estado, o más exactamente la Administración, se hace presente en la Sociedad y a través del cual -en un Estado democrático- la sociedad controla la actuación del Estado. Esto, al menos, reza la teoría.

De aquí que la evolución de los aspectos político-económicos tenga una notable incidencia en la mutación de los principios del Derecho Administrativo.

Las transformaciones político-económicas de los últimos años, no se han visto acompañadas por la necesaria modificación del Derecho Administrativo. Una vez más, como dijera Ihering, el derecho camina jadeante persiguiendo a la realidad; o, en más poética expresión de Goethe, grises son las teorías, verde el árbol de la vida.

---

Las transformaciones político-económicas de los últimos años, no se han visto acompañadas por la necesaria modificación del Derecho Administrativo

No debe el jurista, sin embargo, resignarse al ineludible destino y, como escribe Juan Iglesias, en su recientísima obra *Miniaturas Histórico-Jurídicas*, es preciso que al aspecto quijotesco que supone la conceptualización, acompañe siempre un Sancho Panza que aporte su impronta de realismo.

El edificio de nuestras categorías jurídicas en el Derecho Administrativo fue construido para un Estado con condiciones político-económicas bien distintas de las presentes, y se hace precisa una profunda tarea de adaptación. A este aspecto, quiere contribuir modestamente las reflexiones que a continuación se hacen.

## **Del Estado garante al Estado gerente**

Todos los que hayan pasado por las aulas de cualquier Facultad de Derecho española, recordarán, con facilidad, que la arquitectura de nuestro Derecho Administrativo descansa todavía sobre dos pilares básicos y clásicos: el principio de legalidad y el principio de responsabilidad.

La máxima de Haoriou -que el Estado actúe pero que cumpla la ley y que el Estado actúe pero que repare los perjuicios causados- formulada a principios de siglo, es, todavía, el eje de nuestra Constitución de 1978 nítidamente reflejada, en sus artículos 103 y 106.

Sin embargo, tales principios aparecen hoy claramente desbordados e insuficientes para vertebrar correctamente la actuación del Estado de nuestros días.

En efecto, cuando Hariou y Duguit -los dos grandes maestros en cuya doctrina se basa nuestro propio sistema- reflexionaban sobre las premisas que el Estado de Derecho impone en el concreto ámbito del Derecho Administrativo, tenían como referencia un modelo de Estado bien distinto del presente.

En aquel momento, el inmediato posterior a la Primera Guerra Mundial, se asistía al paso, permítanme un gráfico juego de palabras, de un Estado garante a un Estado gerente.

Del Estado liberal, cuya misión era garantizar la seguridad exterior mediante la defensa; la seguridad interior con la policía; y la resolución pacífica de los conflictos internos a través de la justicia, se pasó al denominado Estado prestacional o, en expresión de nuestra Constitución, Estado Social.

Como dijera Duguit, precisamente en nuestra Universidad Complutense en 1923, el Estado gendarme se transforma en un Estado providencia, en el que lo que se coloca en primer plano, no es el derecho de ordenar sino el deber de actuar mediante el servicio público.

Al Estado se le encomienda la red fluvial, ferroviaria y de carreteras; el suministro del gas y la electricidad; la asistencia social y la sanidad pública.

Paulatinamente este estado benefactor, este estado del bienestar, se transforma en un Estado panadministrativista. A la Administración se le exige que garantice el derecho al trabajo, la educación y la vivienda; que proteja a los consumidores y usuarios; que regule el sistema financiero y la intermediación; que intervenga en los transportes aéreos, la industria y las telecomunicaciones, y un largo etc.

La confusa, difusa y hasta gaseosa figura jurídica del servicio público, se convierte en la panacea que todo lo resuelve. Bajo este amplio paraguas conceptual, el Estado, antes abstencionista, se transforma en el principal protagonista de la vida social y económica. Como dice Duguit en la citada conferencia *"los gobernantes están jurídicamente obligados a organizar en servicios públicos las actividades necesarias para garantizar la realización de la solidaridad social"*.

## Redefinir el Estado

Frente a este carácter expansivo del Estado, la década de los ochenta, presenta un panorama político-económico bien distinto. Es lugar común, hablar de la crisis del Estado Social y del servicio público.

---

## La categoría de servicio público está en crisis, y las de legalidad y responsabilidad son totalmente insuficientes

En todas las democracias avanzadas -sean regidas por liberales o socialdemócratas- se pasa de la regulación a la desregulación; de la estatalización a la privatización; de la integración a la desintegración. Detrás de toda esta jerga de palabras, algunas de dudoso castellano, se esconde una redefinición del papel que al Estado corresponde.

Asistimos a unos momentos que constituyen el inicio de una nueva definición del Estado, tarea que exige un importante esfuerzo conceptual. No basta con volver a los orígenes, replegando la acción interventora del Estado. En efecto, no se puede desconocer que ni siquiera las tres funciones tradicionales del Estado liberal, defensa, política y justicia, pueden cumplirse satisfactoriamente por una nación aislada.

La defensa es de alianzas, la policía se enfrenta como principal delincuente, a unos narcotraficantes organizados en redes internacionales y la justicia supone cada vez más, la aplicación de normas internacionales, y la cooperación que supere el viejo principio de territorialidad.

No es preciso detenerse más, en una realidad sobradamente conocida. Vayamos, por tanto, al núcleo que constituyen estas reflexiones, analizando la incidencia que la nueva situación político-económica, tiene sobre los tradicionales principios de legalidad y responsabilidad.

Podemos decir sin paliativos, que al igual que la categoría de servicio público está en crisis, las de legalidad y responsabilidad son totalmente insuficientes, y que es preciso introducir en nuestro ordenamiento, tres principios jurídicos ampliamente aceptados y progresivamente aplicados, en el Derecho Administrativo comparado, como son los de: transparencia, neutralidad y eficacia.

Veamos cada uno de ellos. El principio de eficacia viene a cubrir la insuficiencia del principio de responsabilidad, y los de neutralidad y transparencia a revitalizar el fin perseguido por el principio de legalidad.

## De la responsabilidad a la eficacia

Hoy al ciudadano no le basta con que el Estado actúe pero le indemnice el ocasional perjuicio. Esta es una garantía patrimonial de los ciudadanos necesaria, pero mínima. De manera muy expresiva se puede decir que de nada le sirve a un contribuyente saber que el Estado le indemnizará un posible perjuicio de dos millones de pesetas, pongamos por caso, si el mismo Estado no administra eficazmente los muchos millones de pesetas que a lo largo de su vida le ha transferido mediante sus impuestos.

Mayor garantía patrimonial supone, por tanto, la eficacia que la responsabilidad. Esta es una garantía individualizada y a posteriori; aquella una garantía general y a priori.

En este punto, no me es difícil imaginar que algunos, si no todos ustedes, estarán pensando que me muevo en un concepto jurídico utópico y de imposible aplicación cual es el de la eficacia ya, proclamado inútilmente en nuestra Constitución.

Permítanme, sin embargo, traer en mi ayuda una sencilla consideración: el jurista -y de esta profesión me considero aprendiz- no puede ser un mero técnico, artesano aplicador de normas de derecho positivo, sino que puede y debe impulsar la transformación del derecho vigente. Y el motor de toda transformación son las ideas. Después habrá que buscar las aplicaciones prácticas y concretas, pero es en los principios generales del Derecho, donde debe impulsarse la innovación normativa, y así lo reconoce el propio artículo 1 de nuestro Código Civil.

Desde esta consideración, quiero recordar que cuando Duguit o Forsthoff, formularon el principio de responsabilidad, aparecía como una vaga consideración que sólo tenía aplicación práctica en el limitado supuesto de los mutilados de guerra.

Sin embargo, en sólo cuatro décadas, primero por vía jurisprudencial y luego mediante formulación legal, encontró eficaz y universal consagración, hasta llegar en nuestro país al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que la consagra incluso con carácter objetivo, es decir, sin exigir concurso de culpa o negligencia en la administración actuante.

En este esfuerzo de concretas aplicaciones, existen ya notables aportaciones en el derecho o en la doctrina comparada.

---

La manifestación del principio de eficacia, debe aplicarse en la reducción de tiempos y en la reducción de costes.

Al primer aspecto se refiere, por ejemplo, uno de los más prestigiosos tratadistas alemanes, Martin Bullinger, quien proclama la vigorosa imposición de plazos de obligado cumplimiento en los procesos administrativos, recogida en la reciente legislación italiana. Es preciso superar definitivamente la figura del silencio administrativo como la del funcionario que más expedientes resuelva.

Por lo que hace a la reducción de costes, muchas son las obligaciones posibles. Baste recordar la propuesta del Profesor Buchanan - premio nobel de economía, como saben- de introducir límites constitucionales al endeudamiento del Estado y que suscribe plenamente en un año -92- en el que sólo el coste de los intereses de la deuda pública en nuestro país, se acerca a los dos billones de pesetas.

## **El laberinto jurídico**

Imposible es también, proclamar hoy, la plena vigencia del principio de legalidad, y ello por dos razones fundamentales: la confusión normativa y la imposibilidad de controlar plenamente la discrecionalidad de la Administración. De aquí que sea necesario introducir los principios de transparencias y neutralidad.

De confusión normativa, califico la situación de la legislación vigente, producto de lo que Warner llama el Estado Motorizado, y que provoca en los ciudadanos el sentimiento de angustia difuso, propio de encontrarse a menudo prisionero en un complejo laberinto jurídico.

No requiere gran esfuerzo, señalar algunas de sus manifestaciones y sus principales causas. Me ha bastado bucear un poco en el Boletín Oficial del Estado.

Para no aburrirles, más de lo que las normas de decoro permiten, les pongo algunos ejemplos de confusión normativa.

Así, lo que el francés Gantó llama logorrea legislativa, se traduce en nuestro país, en el hecho de que si en 1874 se aprobaron 14 leyes, en 1980 fueron 41 y en 1992 llevamos ya 66 leyes.

Existe una inflación normativa, del 200% sostenida y acumulada. El número de páginas del B.O.E. fue de 21.152 en 1979 y en 1991 de 42.061, exactamente el doble. Pero además, hoy hay 17 Boletines

## El afán de protagonismo de los Ministros incrementa innecesariamente los textos legislativos

Oficiales de Comunidades Autónomas y el de la Comunidad Económica Europea.

Existe también, una clara deflación en el período de vigencia. La L.P.I. y la L.O.T. de hace sólo unos años, están hoy en proceso de modificación.

Además de nadar en la abundancia nos hundimos en la densidad. La Ley de Presupuestos de cada año, es un acarreo de los elementos más dispares, que lo mismo eleva el gasto público que reduce la duración del servicio militar. La Ley que adapta el derecho español a la libertad de servicios de seguro, distintos al de vida, se aprobó en diciembre de 1990 y su disposición segunda declaraba que entró en vigor en julio: curiosa *vacatio legis*. La Ley de beneficios fiscales para la Expo (12/88 de 25 de mayo), declara en la disposición final que, cesará su vigencia el 13 de octubre del 92, pero se seguirá aplicando en algunos supuestos. Aplicar lo no vigente es inaplicable.

La disposición final de la Ley 15/87 de tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España, declara en su disposición final, que la Ley entrará en vigor, el día siguiente a su publicación y surtirá efecto el 1 de enero de 1988. Tan sutil distinción, no habita en el mundo del Derecho.

Ante tamaña confusión normativa el ciudadano no sabe a qué atenerse, incluso nos encontramos con alta frecuencia, que muchas de las normas no cumplen lo que impone nuestra legislación de derecho positivo, y es que contengan una cláusula derogatoria que explicité cuales son las normas previas que quedan derogadas por la vigente.

Las causas de tal logorrea normativa son, algunas de ellas, tradicionales y permítanme destacar alguna nueva. Las tradicionales son: 1º.- La mayor incidencia del Estado en las actividades económicas. 2º.- La internacionalización de la vida política que supone la aprobación de tratados que se incorporan a las normas vigentes. 3º.- La presencia de grupos de presión que requieren, del legislativo o de la Administración, la producción de normas de cobertura propia y 4º.- Los movimientos de concentración y descentralización territorial, ampliamente difundidos, en el ámbito del derecho continental.

---

Existe una nueva razón por la cual, se dictan con más frecuencia de la debida algunas leyes, y es la capacidad o el afán de protagonismo de los Ministros. No hago con esto, la crítica a nuestro país, puesto que recojo la idea del último **“Rapport d’Etudes”** del Consejo de Estado Francés de 1991, publicado hace tan sólo dos semanas. Se señala, en efecto, que un Ministro de nuestros días, cuando alcanza la cartera, tiene como misión trascendental y prioritaria, dejar constancia de su paso por el Gobierno, rubricando dos o tres leyes al menos, lo cual supone de una parte, un recuerdo histórico, pero de otra, una oportunidad de acceder a los medios de comunicación. La impronta de los medios de comunicación en nuestra abundancia normativa, es evidente.

El Ministro que proyecta una Ley, se encuentra con que, cuando la plantea ante el Consejo de Ministros puede dar una rueda de prensa y explicar los motivos de esa normativa propuesta. También cuando se debate en el Consejo de Ministros. De igual modo lo hace el Ministro o la Ministra, en su caso, portavoz del Gobierno, cuando lo presenta como resolución aprobada del Consejo de Ministros con naturaleza de anteproyecto de Ley. De nuevo acude al Parlamento, a explicar a los señores diputados y, por tanto, a la opinión pública ese proyecto normativo y luego lo hace cuando se aprueba. Pero no acaba ahí su figura de protagonismo ante los medios de comunicación, sino que también lo puede hacer cuando presenta cada uno de los Decretos de desarrollo de esta propuesta normativa.

## **Una administración transparente**

Ante tal confusión normativa, es necesario proclamar vigorosamente el principio de transparencia en la actuación de la Administración. Transparencia, que exige, de una parte la existencia de Secretarías Generales Técnicas interministeriales, que tengan como misión verificar si la norma que se va a dictar es necesaria, y en segundo lugar, verificar como incide la norma que se va a dictar en la normativa previa, de tal manera, que se clarifique perfectamente en ese ámbito normativo, cuales son las normas a aplicar. Baste un ejemplo muy significativo: hoy no se sabe si la “Ley Fraga” de Prensa e Imprenta está vigente. La derogación de la Ley de Ayudas Estatales a la Prensa, mo-



tivada por la incorporación al mercado común, ha derogado explícitamente algunos de sus preceptos, pero muchos otros no lo han sido formalmente derogados. Llegamos al punto de que incluso una reciente compilación normativa en el ámbito del derecho de la información, llega a poner como apostilla que, en virtud de la Constitución, deben de entenderse desenganchadas del ordenamiento jurídico -la figura del desenganche no sé que naturaleza jurídica tiene- de los restantes preceptos de la Ley de Prensa e Imprenta.

En segundo lugar, la transparencia exigirá que se motiven las razones por las cuales dicta una norma. El famoso preámbulo o Exposición de Motivos, según se hable de Decretos o de Leyes, se ha visto drásticamente reducido en nuestros días. Si antes, las Exposiciones de Motivos, eran prácticamente una pieza no sólo literaria, sino de alto valor jurídico, hoy este trámite, salvo en algunas leyes, se despacha con unas muy pocas líneas.

En tercer lugar, hay muchos aspectos de lo que se denomina buena técnica normativa, que si se atendieran -bastaría con aplicar las numerosas indicaciones que anualmente hace el Consejo de Estado- harían más transparente e inteligible nuestro ordenamiento jurídico.

También supone, y ya en el ámbito de la actuación de la Administración, un principio aplicativo concreto de la transparencia que la Administración se vea obligada a motivar sus propios actos, siempre que no resulten de una potestad estrictamente reglada. Muy frecuentemente, la Administración dicta resoluciones sin explicar a los ciudadanos o al ciudadano afectado, cuales son las razones que le han llevado a adoptar esa decisión, lo cual genera una opacidad que, sin lugar a dudas, da lugar a la indefensión del propio ciudadano.

## **El principio de Neutralidad**

Nos referíamos también, a la imposibilidad de controlar la discrecionalidad de la Administración y la necesidad de complementarla, por lo tanto, con el principio de neutralidad. Es esta una interpretación, ampliamente desarrollada en el derecho alemán y en el derecho fran-

---

Asistimos a unos momentos que constituyen el inicio de una definición del Estado, tarea que exige un importante esfuerzo conceptual

cés y que sin embargo, va introduciéndose muy difícilmente en nuestro propio ordenamiento jurídico. En efecto, si la Administración interviene en la economía, lo vigoroso, lo rápido, lo acelerado de los cambios económicos, no permiten que el principio de legalidad se vea cumplido con exquisitez, toda vez que, necesariamente, la Ley es rígida y cristaliza unas decisiones políticas. La aplicación de la Ley a la realidad supone dejar en el ámbito económico un amplio margen a la discrecionalidad de la Administración.

Por lo tanto, y en determinados sectores en los que esa crisis del servicio público y la contracción del ámbito de expansión de la Administración no sea necesaria, es preciso aplicar el principio de neutralidad, que supone, en primer lugar, definir claramente, qué es lo que legitima que la Administración actúe en un ámbito económico o social determinado.

En segundo lugar, establecer con nitidez si es necesario o no que esa actividad sea declarada de servicio público, es decir, de titularidad estatal. Muy diferente es la posición del ciudadano que ejerce un derecho propio de la del que ejerce un derecho de la Administración como concesionario, este es por así decirlo, un inquilino en la casa ajena, que es la del Estado.

En tercer lugar, supone distinguir Administración de Estado. El Estado panadministrativo ha tendido a confundir el Gobierno con el Estado, cuando el Estado puede y debe regular determinadas actividades con independencia de la propia Administración.

Para ello, aparece la figura de las Administraciones independientes, es decir, órganos altamente cualificados por su profesionalidad, y de carácter colegiado y participativo, que conciertan autonomía e independencia respecto del ejecutivo, y regulan una actividad económica, manifestación de ello puede ser por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el Consejo Superior de Energía Nuclear.

---

## ENSAYOS

Pero debería serlo, a su vez, un Consejo de lo Audiovisual, como existe en Francia, para regular el delicado tema de las comunicaciones en el ámbito de la radiodifusión o debería serlo un Consejo Superior en el ámbito de las libertades frente a la informática o debería serlo también la formulada en la tantas veces prometida Ley de funciones del Banco de España, que necesariamente deberá garantizar la independencia de un órgano, cuya actuación es tan delicada en la vida económica. ■