

LECCIÓN 2.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCIÓN.

A) El Derecho Administrativo como ordenamiento jurídico.

De entrada sentamos la afirmación de que el Derecho Administrativo constituye un ordenamiento jurídico específico o, si se quiere, la parte del ordenamiento jurídico general que regula las secciones que han quedado dentro de la definición de Derecho Administrativo propuesta (las relaciones jurídicas típicas de la Administración, las funciones administrativas de las demás instituciones constitucionales y la responsabilidad patrimonial pública)..

Como afirma Santi Romano, el ordenamiento no es un agregado de normas sino que, en realidad, precede a éstas, las cuales adquieren valor de normas precisamente porque el ordenamiento jurídico las define como fuentes del Derecho dentro de un ordenamiento jurídico concreto. El ordenamiento jurídico administrativo va a definir como fuente del Derecho Administrativo el reglamento.

Reducir el Derecho a simples normas aisladas es el error en que incurre la teoría positivista. El ordenamiento jurídico resulta ser una unidad con vida propia, independiente y distinta de la de las propias normas. Esta aseveración explica que mientras que las normas cambian el ordenamiento jurídico permanece, en tanto permanecen sus principios fundamentales. Y, a su vez, cuando estos principios se alteran, v.gr., ante una nueva realidad constitucional, cambia el ordenamiento jurídico en su conjunto aunque materialmente las normas permanezcan. Así, en España, se están aplicando aún normas jurídicas que tienen su origen en el ordenamiento jurídico anterior a la CE de 1978, interpretadas según el modelo vigente, según los principios constitucionales.

Dentro de esa *unidad estructural* que constituye el ordenamiento jurídico, coexisten junto con las normas formales, otras fuentes tales como la costumbre y los principios generales del Derecho. Esa pluralidad de fuentes se integra, pues, en un sistema unitario que justamente es el ordenamiento jurídico, el cual regula el funcionamiento de esas normas en su conjunto, de tal manera que las lagunas que dejan las normas individuales han de colmarse a través de los principios que presiden el ordenamiento jurídico.

Hechas esas consideraciones descendemos a nuestro ordenamiento jurídico concreto. Su existencia queda reconocida en diversos preceptos de la Constitución:

Ya el Art. 1.1 reza España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores de su *ordenamiento jurídico* la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El Art. 9.1 expone que: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

El Art. 103.1 CE dispone que: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

A la vista de estas consideraciones, y antes de referirnos al conjunto de fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, habrá que analizar cuáles son las bases constitucionales sobre las que se asienta el ordenamiento jurídico administrativo vigente en España, esto es, cómo se articula el ordenamiento administrativo a luz de la Constitución Española de 1978.

B) La Constitución española y sus cláusulas.

Toda Constitución, en su condición de Norma Suprema o norma fundamental del ordenamiento jurídico, expresa una serie de principios y valores a los cuales han de adaptarse todas las normas jurídicas de ese ordenamiento.

Este imperativo lógico, común a todas las ramas del Derecho, posee una incidencia muy especial en lo que se refiere al ordenamiento de la Administración, y ello porque el Derecho Administrativo constituye esencialmente el régimen jurídico del poder público en su expresión más directa. Por ello, es natural que el impacto de la Constitución sea más enérgico en aquellas normas vinculadas directamente a las cuestiones relativas al ejercicio del poder público, que constituye el objeto directo y preeminente de un Texto constitucional.

Por otra parte, es lógico que un Texto constitucional de inspiración liberal y democrática inequívoca como el del 78, diese lugar a serias transformaciones con respecto al ordenamiento jurídico anterior, resultando un nuevo ordenamiento basado en principios históricamente muy distintos. Hemos pasado de un régimen autoritario a un régimen democrático, y el cambio es sensible.

= La construcción e interpretación del Derecho Administrativo ha de hacerse, pues, a partir de los condicionantes generales que se derivan de la Carta Magna. Son múltiples los preceptos de nuestra Constitución que de una u otra forma inciden en el Derecho Administrativo; no obstante, nos vamos a centrar en un marco general constituido por los grandes principios que estructuran el régimen político, que se contienen en los dos primeros artículos del Título Preliminar de la Constitución:

En el primero se proclama a España como Estado social y democrático de Derecho.

En el segundo se proclama la unidad de la Nación española, si bien se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Estas fórmulas o *cláusulas* (denominación tomada por el profesor Santa María del Derecho alemán), constituyen verdaderos principios del Derecho que, al contenerse en el Título Preliminar de la Constitución, adquieren una eficacia particularmente intensa. Esos principios se corresponden con otros tantos valores, de tal manera que a la libertad correspondería la referencia al *Estado de Derecho*, el principio de igualdad tiene correspondencia con el *Estado social*, el pluralismo político tiene su manifestación en el *Estado democrático* y, finalmente, los conceptos de unidad, autonomía y solidaridad se plasman en el *Estado autonómico*. Cuatro binomios que nos van a permitir analizar esas cláusulas contenidas en la Constitución.

Nos vamos a ocupar de las cláusulas de Estado de Derecho, Estado social, Estado democrático y Estado autonómico.

II. LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO. Introducción.

Hay que señalar que, a lo largo de la Historia, esta expresión ha tenido un significado cambiante y polémico, si bien el sentido que actualmente contiene se acuña de manera definitiva por la doctrina alemana. Nuestro constituyente lo toma para incorporarlo a la Constitución de 1978, y de acuerdo con esa concepción, el Estado de Derecho viene a ser aquel en que rige el **principio de legalidad de la Administración** (la división de poderes, la supremacía y reserva de la ley), la **protección de los ciudadanos mediante tribunales independientes** y la **responsabilidad del Estado por actos ilícitos**.

Los tres principios que se integran dentro de esta cláusula de Estado de Derecho y que afectan de modo directo a las Administraciones Públicas son: el **principio de legalidad**, el **principio de tutela judicial** y el **principio de garantía patrimonial**.

A) Principio de legalidad. Introducción.

El principio de legalidad constituye la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho. Nuestra propia Constitución en su Preámbulo establece como uno de sus objetivos consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular.

El Art. 9.3 proclama que la Constitución garantiza el principio de legalidad; el Art. 97 determina que el Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes y, por último, el Art. 103.1 expresa que la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Esta sujeción a la ley ha sugerido diversas interpretaciones que, en síntesis, se han canalizado en un doble sentido:

- Por una parte, se considera que la norma constituye el fundamento previo y necesario para realizar una acción, de tal manera que, en ausencia de tal norma, esa acción debe ser considerada como prohibida. Esta es la llamada **vinculación positiva**, en virtud de la cual lo que no está permitido se considera prohibido.
- Por el contrario, existe otra corriente que considera que la norma constituye un mero límite a la acción del sujeto, de manera que éste puede realizar cualquier conducta siempre que no contradiga a la norma en cuestión. Esta es la llamada **vinculación negativa**: lo que no está prohibido se entiende permitido.

Después de la época revolucionaria, Francia aceptó la vinculación positiva, mientras que Alemania, a finales del s. XIX, se decantó por la vinculación negativa. A lo largo del s. XX ha predominado la vinculación positiva, si bien, en los diversos sistemas políticos se adopta un sistema mixto, que es el que, con diversos matices, se incorpora a nuestra Constitución, al establecerse el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho y la necesidad de apoderamientos legales –teoría de la vinculación positiva– para la realización de actividades ablativas de derechos (Art. 53.1 CE) esto es, cuando se trata de una actividad administrativa limitativa o ablativa de derechos se requiere que esa limitación esté expresamente prevista en la ley.

• Postulados.

Bajo qué postulados se estructura este principio de legalidad:

a) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Este postulado de sometimiento pleno a la ley y al Derecho que se deriva del Art. 9.3 CE (garantía del principio de legalidad), referido a todos los poderes, encuentra una referencia expresa a la Administración en el Art. 103.1 CE.

Ese sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho tiene un doble contenido:

1.– En primer lugar implica un sometimiento de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico completo, a la totalidad del sistema normativo: normas con fuerza de ley, costumbre y PGD, y, naturalmente, también los reglamentos, es decir, las normas dictadas por la propia Administración, incluso las órdenes dictadas por órganos administrativos inferiores. La Administración queda, por tanto, sometida al ordenamiento jurídico en bloque.

2.- En segundo lugar, implica la plena juridicidad de la actividad administrativa, en el sentido de que nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho, no hay en la Administración espacios exentos de la acción del Derecho. Incluso cuando se trata del ejercicio de la llamada *potestad discrecional* de la Administración, ésta va a quedar igualmente sometida al ordenamiento jurídico.

* N.B. La actividad discrecional de la Administración – En algunas ocasiones, el cauce y las condiciones en que se ha de llevar a cabo la actividad administrativa, vienen rigurosamente detallados, prefijados e impuestos por la norma a la Administración, que, en consecuencia actúa de forma automática (actividad reglada). Pero junto a esa actividad reglada, existen supuestos en que la norma viene simplemente a definir alguna condición del ejercicio de esa actividad y deja que el resto de las condiciones las aprecie de forma subjetiva la Administración (actividad discrecional). Ej. La evaluación académica llevada a cabo por los profesores universitarios.

La Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998 alude a esta *actividad discrecional administrativa*: es el ordenamiento jurídico el que atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea el interés público. Por tanto, no hay discrecionalidad al margen de la ley sino dentro de la misma, y en la medida en que la ley lo permite. Incluso en estos casos de actividad libre, la ley ha tenido que regular, al menos, la existencia de esa potestad, su extensión, cuál es el órgano competente para llevar a cabo esa actividad y, por último, ha de estar previsto el fin, que es fundamental y que, aunque no esté expresamente establecido, será siempre el interés público.

Además, habrá que saber *cómo se controla esa actividad discrecional*, si realmente se ejerce dentro de esos límites mínimos que hay que respetar. Antiguamente, la actividad discrecional administrativa se consideraba como un *acto de imperio* no susceptible de control jurisdiccional. Así se configuró en nuestro Derecho positivo hasta que se publicó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 17-12-56.

· El Art. 70.2 *in fine* de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998 define ya el concepto de desviación de poder: se entiende por *desviación de poder* el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. El precepto establece, no que esa actuación sea ilegal sino que, basta con que sus fines sean distintos de aquellos que justifican el ejercicio de la potestad, para que se dé una desviación de poder.

· Otra técnica de control es a través de los *hechos determinados*.

· Una tercera forma de control es a través de los *principios generales del Derecho*. La Administración Pública está sometida en todo caso al ordenamiento jurídico y, por tanto, también a los PGD. Éstos tienen una especial relevancia en el Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, de equidad, el principio de buena fe, pueden servir de referencia como parámetros de control para evitar que la actividad discrecional se convierta en arbitraria.

· Y un último medio de fiscalización de la actividad discrecional es la obligación que existe de motivar los actos, de indicar las razones por las que se dicta el acto discrecional correspondiente. El **Art. 54.1.f) de la Ley 30/92** reza: 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho: f) los [actos] que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

- Diferenciación de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*.

Esta distinción, relativamente reciente, es fruto de la doctrina alemana, que la plantea a partir del siguiente razonamiento: cuando la norma regula la potestad reglada, o bien emplea conceptos claros y determinados (por ejemplo la cifra de la edad de jubilación), o bien utiliza conceptos indeterminados como pueden ser el concepto de orden público, de utilidad pública, adecuación estética, conceptos como el justo precio o

justiprecio –el que se paga en el procedimiento expropiatorio–, etc. Toda esta serie de referencias constituyen ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados pero determinables. A quien corresponda esa determinación emitirá un dictamen, de tal manera que una vez que se determina el concepto jurídico indeterminado sólo cabe una solución justa (pagar la cantidad que se haya determinado como justiprecio, por ejemplo), mientras que, por el contrario, cuando se trata de una actividad discrecional cabe toda una gama de posibilidades justas. Con esta teoría se han eliminado muchos supuestos que tradicionalmente se consideraban como actividad discrecional.

b) Necesidad de apoderamiento legal para las actuaciones limitativas.

La cuestión radica en si la Administración debe disponer de previa habilitación por ley para realizar lícitamente cualquier tipo de actividad.

Hay que admitir que existe una clara contradicción entre la posición que ocupa al efecto la doctrina y la realidad cotidiana. La doctrina afirma de manera uniforme que rige el principio de vinculación positiva (lo que no está expresamente permitido, se entiende como prohibido), sin embargo, la realidad demuestra que la Administración actúa en la práctica como si estuviera vigente el principio de vinculación negativa (lo que no está expresamente prohibido se entiende como permitido) salvo en los casos concretos reservados a la ley (la reserva legal –lo prohibido expresamente–).

Esa contradicción entre la doctrina y la realidad práctica se equilibra en un resultado ecléctico: cuando se trata de actuaciones ablatorias o limitativas de derechos se exige un previo apoderamiento legal, lo cual resulta razonable en un Estado de Derecho en que rige el principio de legalidad (cfr. Art. 53.1 CE). Sin embargo, cuando se trata de actuaciones administrativas que carecen de esa eficacia limitativa o ablatoria de derechos, v.gr., la llamada Administración prestacional, las medidas de fomento, o cuando se trata de una actividad o relación reflexiva autorregulatoria de la Administración, la regla general es la de la vinculación negativa, salvo que esas operaciones requieran el desembolso de fondos comunes.

B) Principio de tutela judicial. Introducción.

El segundo principio de la cláusula del Estado de Derecho es el principio de tutela judicial. La vigencia efectiva del principio de legalidad obliga a la existencia de un conjunto de mecanismos de control, pues de nada nos valdría el principio de legalidad si la Administración pudiera hacer caso omiso a la ley y el Derecho. En los países occidentales la técnica de control es el *control jurisdiccional de los jueces y tribunales*, y así aparece en nuestro propio ordenamiento jurídico.

Específicamente, encontramos en la Constitución dos preceptos fundamentales que garantizan este control: el Art. 24.1 CE dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, el Art. 106.1 CE establece que Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Hay que señalar que la potestad de fiscalización que corresponde a los jueces y tribunales con respecto a la Administración es más amplia e intensa que la que les corresponde con respecto la actividad privada. Cualquier actitud (positiva o negativa) de la Administración, incluso la mera pasividad cuando debió haber actuado y no lo hizo, debe ser sometida a enjuiciamiento a instancia de parte, por cualquier persona pública o privada que, como consecuencia de dichos actos u omisiones haya resultado lesionada en sus **derechos o intereses**. Incluso procede en diversos supuestos el ejercicio de la llamada *acción pública o acción popular*, es decir, aquella potestad procesal que puede ejercer cualquier ciudadano, solo o en unión de otros, sin necesidad de acreditar la titularidad de un derecho o interés legítimo, en beneficio de la comunidad.

Por lo tanto, esa potestad de control o de fiscalización de jueces y tribunales frente a la Administración es,

ciertamente, más intensa que la que les corresponde frente a los particulares. Ahora bien, la Administración Pública ostenta frente a los órganos jurisdiccionales un amplio elenco de privilegios y excepciones.

a) *Caracteres del control judicial de la Administración.*

1.º La Administración Pública es controlada por una auténtica potestad jurisdiccional, la de los órganos encuadrados dentro del Poder Judicial (Título VI de la Constitución).

La jurisdicción a la que se somete la Administración Pública varía según los países. En nuestro país se da un sistema mixto: cuando la actividad administrativa se lleva a cabo bajo el Derecho Administrativo, la Administración se someterá a la jurisdicción contencioso-administrativa; en otros casos, cuando la actuación administrativa tiene lugar bajo el Derecho común, la Administración se someterá a la jurisdicción ordinaria.

2.º Este control constituye una potestad de ejercicio obligatorio que han de desempeñar los jueces y tribunales, si bien su ejercicio está condicionado a previa petición. Una vez que el proceso de control se inicia es obligatorio que se emita un fallo, bien estimatorio o desestimatorio de las pretensiones del actor, fallo que el juez no puede dejar de dictar (Art. 448 CP).

3.º Se trata de una *protección total a través de la jurisdicción*, en un doble sentido: en el sentido de que se puede ejercitar tanto con respecto a la potestad reglamentaria, como al resto de la actuación administrativa, y, además, se predica como total en cuanto que la fundamentación jurídica para esta impugnación puede basarse en cualquier motivo de ilegalidad (Art. 106.1 CE).

b) *Posición privilegiada de la Administración.*

Frente a la particular intensidad del control jurisdiccional con respecto a la Administración, ésta cuenta con ciertos privilegios. Esa plena sumisión de las Administraciones Públicas a la jurisdicción está compensada en nuestro sistema normativo por importantes contrapartidas o ventajas, de las que no gozan los particulares:

1. – Autotutela.

En virtud del privilegio de autotutela, la Administración Pública cuenta, en primer término, con la presunción de la validez de sus actos, por lo que no ha de acudir a un juez para que declare esos actos como válidos y, por tanto, vinculantes. Ésta es la llamada **autotutela declarativa**: la potestad de emitir declaraciones capaces de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas sin el concurso de un órgano judicial. El Art. 57 .1 de la Ley 30/92 reza: Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Por otra parte, en virtud de la **autotutela ejecutiva**, ejecutoriedad de los actos o ejecución de oficio, la Administración puede incluso emplear la coacción en caso de resistencia, sin necesidad de acudir al juez. Así queda recogido en el Art. 95 de la Ley 30/92, referido a la *ejecución forzosa*, a cuyo tenor: Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos [].

2. – Privilegios jurisdiccionales.

La Administración Pública cuenta, asimismo, con ciertos privilegios jurisdiccionales:

- Prohibición de formular interdictos contra la Administración Pública. El interdicto es un proceso judicial sumario que tiene por objeto evitar un daño que está produciendo un tercero. Esa posibilidad no procede contra la Administración Pública (Art. 101 Ley 30/92: No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el

procedimiento legalmente establecido). A sensu contrario, sí procedería el interdicto en el caso de que la Administración actuase fuera de sus competencias o contraviniendo el procedimiento legalmente establecido.

- También cuenta con un régimen privilegiado en lo que se refiere a la ejecución de aquellas sentencias judiciales en las que la Administración ha resultado condenada. Así, v.gr., diversas leyes prohíben a jueces y tribunales, en caso de impago, el mandamiento de ejecución de los bienes de la Administración.

- Además existen en nuestro Derecho una serie de técnicas que vienen a limitar de hecho el control jurisdiccional con respecto a la Administración. A título de referencia cabe destacar en este sentido el **carácter revisor del proceso contencioso-administrativo**. La Administración Pública no puede ser demandada sino cuando haya completado una actividad lesiva para su destinatario (no basta el mero riesgo, la mera presunción). Por tanto, salvo supuestos excepcionales, el recurrente tendrá que esperar a que la Administración haya dictado el acto en cuestión [es regla general en Derecho que los actos preparatorios son inimpugnables, sobre la base de que sólo se pueden impugnar los actos definitivos]. Pero este carácter revisor del proceso contencioso-administrativo obliga principalmente a que las partes, antes de acudir al juez, formalicen un *recurso o reclamación previa* ante la propia Administración, normalmente a través del recurso de alzada, con objeto de que ésta pueda llevar a cabo las gestiones que estime pertinentes para evitar el pleito (cfr. Art. 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). La interposición de un recurso ante el juez, normalmente no suspende la ejecución del acto recurrido, salvo supuestos excepcionales.

- Existe, por último, la llamada **regla de la preclusión procesal**, según la cual para acudir al juez existen unos plazos de observancia inexcusable (plazos fatales), de tal manera que si no se recurre dentro del plazo se produce la extinción del derecho, puesto que se presume el consentimiento tácito del contenido del acto, que deviene acto firme e intangible [*qui tacet consentire videtur si loqui dubisset ac potuisset*].

C) Principio de garantía patrimonial.

Este principio viene a significar el derecho que tienen los particulares de mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones singulares de que pueda ser objeto por parte de los poderes públicos. Estas privaciones pueden tener un doble origen: o bien porque se ha producido una expropiación forzosa de un bien, o bien porque se ha causado un daño o perjuicio de manera accidental. Ambos supuestos de lesión del patrimonio económico de los titulares de bienes y derechos, están contemplados en la propia Constitución:

Con respecto a la expropiación forzosa el Art. 33.3 CE establece que Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

En cuanto a los daños producidos por la actividad de los poderes públicos, hemos de remitirnos al Art. 106.2 CE: Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

– Desde un punto de vista subjetivo, causantes de la expropiación o del daño pueden ser cualquiera de los poderes públicos, si bien es cierto que la expropiación la va a ejercer normalmente la Administración. También es posible que se acuerde por ley (=Administración o Poder legislativo).

Desde el punto de vista objetivo no toda afectación o daño de bienes o derechos da lugar a indemnización. Así, v.gr., un impuesto legalmente tramitado, que produce un daño en el patrimonio del particular, no da lugar a indemnización. Tampoco es indemnizable un comportamiento (activo o pasivo) de la Administración que afecte prácticamente a toda la sociedad (v.gr., la inexistencia de una red completa de autopistas para todo el territorio del Estado). Es preciso que el **daño** sea **antijurídico y singularizado**.

III. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL.

Esta expresión está tomada de la Ley Fundamental de Bonn del año 49, y guarda una estrecha relación con el llamado Estado del Bienestar, procedente de la doctrina social-demócrata, que expresa una concepción política del Estado según la cual éste no debe limitarse, como en el modelo de Estado liberal, a corregir disfunciones graves de la estructura social, sino que además, debe asumir la responsabilidad de conformar el orden social.

La proclamación genérica de este planteamiento se contiene en el Art. 9.2 CE cuando dice que: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Aparte de esta fórmula genérica y programática del Art. 9.2, el Capítulo III del Título I CE (De los principios rectores de la política social y económica, Arts. 39-52), desarrolla de forma pormenorizada una serie de mandatos referidos a sectores y aspectos concretos de la política social y económica (régimen social, cultura, medio ambiente, vivienda, etc.).

En cuanto al contenido material de esta cláusula, esta directriz entraña una serie de condicionamientos de orden jurídico, tanto positivos como negativos, dirigidos a la actuación de los poderes públicos, que se concretan en dos objetivos: el primero referido a la actividad normativa que han de realizar los poderes públicos y, en segundo lugar, mandatos referidos a la interpretación y aplicación de esas normas.

a) **Condicionamiento de la actuación normativa.**

El primer condicionamiento o mandato se concreta en el Art. 53.3, donde se determina que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos []. El legislador y la Administración Pública han de tener en cuenta este mandato, que implica una doble vinculación:

- Tiene, por una parte, una **eficacia positiva** en cuanto que, en virtud de ese mandato, ni el legislador ni la Administración tienen un poder normativo libre o incondicionado, sino que deben ejercerlo en el sentido de la cláusula del Estado social. No se trata de un deber jurídico en sentido estricto, sino de una orientación, una directriz cuya realización se encuentra condicionada a las concretas posibilidades económicas y técnicas del Estado y de la sociedad en cada momento.
- Pero, además, este mandato tiene también una **eficacia negativa**, en cuanto serán inconstitucionales aquellas normas que regulen una materia de forma abiertamente contraria al contenido de los Arts. 39 a 52 CE, o cuando se aparten de forma notoria e injustificada de los objetivos de libertad real e igualdad efectiva previstos el Art. 9.2 CE.

b) **Condicionamiento en cuanto a la interpretación y aplicación.**

Existe un segundo condicionamiento, según el cual, la interpretación y aplicación del Derecho ha de hacerse en función esos principios anteriormente referidos. El Art. 53.3 CE dispone que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Esta directriz de que se interprete y aplique el Derecho de conformidad con esos principios se establece en múltiples supuestos: así el TC se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha señalado que primará siempre la interpretación de la norma que sea más favorable a los objetivos de libertad real e igualdad efectiva.

Además este mandato obliga a rechazar esa concepción liberal según la cual los derechos fundamentales se reconocían como *situaciones jurídicas puramente formales*. Ahora se obliga al Estado a que intervenga de

forma directa para que esos principios se apliquen real y efectivamente (así, v.gr, a la hora de tributar, el principio de igualdad implica que todos han de sufrir la misma presión fiscal en proporción a sus bienes).

IV. LA CLÁUSULA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO. Introducción.

El Estado democrático se proclama como tal en el Art. 1.1 CE, siendo quizás uno de los valores o cláusulas que mayores dificultades plantea a la hora de su aplicación al campo del Derecho Administrativo por la ambigüedad de su contenido.

Se discute por algún sector de la doctrina si este principio, claramente aplicable al Estado legislador, afecta también a la Administración Pública. Hans Kelsen llega incluso a negar que el principio democrático se manifieste en la Administración Pública.

Sin embargo, no hay inconveniente en afirmar que la propia Constitución contiene determinadas previsiones que se refieren a la impronta del principio democrático incluso en la Administración, que afecta, o bien a la propia estructura de la Administración Pública, o bien a la función que ésta realiza.

De acuerdo con este planteamiento, procedemos a ver qué directivas se deducen del principio del Estado democrático relativas a la estructura de la Administración Pública y cuáles otras se refieren a sus funciones.

A) **Directivas estructurales.**

a) *Carácter vicarial de la Administración.*

Las directivas que afectan a la estructura aluden al carácter vicarial de la Administración Pública, queriéndose con ello indicar que está subordinada a las instancias políticas que representan formalmente al titular de la soberanía, como ejecutora de aquellos mandatos que provienen del Parlamento y, además, que constituye una estructura de apoyo del supremo órgano ejecutivo que es el Gobierno (Art. 97 CE).

b) *Descentralización y desconcentración administrativa.*

En segundo lugar, este carácter de Estado democrático se manifiesta también a través de los principios de descentralización y desconcentración administrativa. [*Descentralización administrativa* – transferencia de competencias de un ente público a favor de otro (diputación – ayuntamiento); *desconcentración administrativa* – transferencia de competencias de un órgano a otro órgano inferior dentro del mismo ente (decano – vicedecano)].

Estos principios están recogidos en el Art. 103.1 CE: 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.

Estas operaciones de reasignación de competencias como consecuencia de la descentralización o de la desconcentración administrativa, tienen su origen en la propia organización del trabajo. Pero, sobre todo, cuando se utilizan esas técnicas de descentralización y desconcentración se están acercando los centros de decisión a los destinatarios de esas decisiones que adopta la Administración.

Estas son las **consecuencias estructurales** que tiene, con respecto a la Administración Pública, la cláusula de Estado democrático.

B) **Directivas funcionales.**

Pero también existen directivas funcionales que se deducen del principio del Estado democrático. Estas

directivas funcionales se manifiestan a través de los principios de objetividad, imparcialidad y publicidad.

a) **Objetividad e imparcialidad.**

El Art. 103 CE establece en su inciso primero que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [] y, por otra parte, en su apartado tercero dispone que la ley establecerá las garantías necesarias para asegurar la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

- El **principio de objetividad** se refiere a la actividad administrativa

objetivamente considerada, que debe manifestarse cumpliendo un doble requisito:

- 1.º Que esa actividad o potestad administrativa se ejercite de acuerdo con los fines que la justifican (que no exista una desviación de poder –Art. 70.2 *in fine* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 13-7-98).
- 2.º Esta objetividad obliga a ponderar todos los intereses en juego que la ley ordena proteger, utilizando para ello aquellos criterios técnicos de congruencia o razonabilidad que sean adecuados para el cumplimiento del fin perseguido.

- **Imparcialidad.** Desde el *punto de vista subjetivo*, la imparcialidad

obliga a que cada servidor público actúe de tal manera que no existan preferencias o disfavores, lo que en definitiva no es sino una consecuencia del principio de igualdad ante la ley.

La observancia obligatoria de estos principios, además de para cumplir los fines aludidos, sirve también para regular el régimen estatutario de los funcionarios que justamente van a realizar la actividad de la Administración. Así, si observamos el Art. 103.3 CE, la selección de los funcionarios se efectúa con arreglo a criterios objetivos, tales como la igualdad, el mérito y la capacidad, lo cual es manifestación del **principio de objetividad**.

La observancia de estos principios comporta también ciertas limitaciones para esos funcionarios, como pueden ser el *régimen de incompatibilidades* (no poder realizar otras actividades que menoscaben la objetividad), la imparcialidad a la hora de actuar, etc.

Pero la objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa, se pone de manifiesto, sobre todo, cuando la norma obliga a que la actividad administrativa se realice de acuerdo con unos criterios y siguiendo un *iter* preestablecido: el procedimiento administrativo. A ello se refiere el Art. 105 CE en su apartado c), cuando obliga a la regulación por ley de este procedimiento, estableciendo, asimismo, este precepto, el *principio de audiencia* que tienen todos los administrados para ser oídos antes de que la Administración resuelva; el *deber de abstención* que tiene el funcionario cuando en el procedimiento en que está interviniendo concurren circunstancias que pongan en duda su objetividad, incluso el *derecho del administrado a recusar* a esa persona si no se abstiene de oficio.

b) **Publicidad.**

El principio de publicidad se suele expresar gráficamente con los términos de luz y taquigrafía. Quizás sea este principio una de las notas más características de la Administración Pública democrática, pues constituye la antítesis de los regímenes autocráticos, en los que impera el secretismo. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y éstos deben conocer el funcionamiento interior de la Administración.

Pese a la claridad de este planteamiento, la consecución y aplicación del principio de publicidad a la actividad administrativa ha costado mucho. Esta tendencia hacia la transparencia en la actividad administrativa se

plasmó ya en nuestro Derecho positivo en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que, a pesar de formar parte de un régimen personalista, reguló de forma muy avanzada el procedimiento administrativo, impidiendo que éste se desarrollase de espaldas a los derechos e intereses concretos del ciudadano que comparece en un procedimiento administrativo.

Hoy día, la propia Constitución, en esta línea de apertura propia del Derecho comparado, se ha ocupado también de plasmar este principio en su Art. 105.b), que reconoce el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas (en el mismo sentido, cfr. Art. 20.4 CE). El principio se encuentra además desarrollado de forma puntual en el Art. 37 Ley 30/92 y en diversos preceptos de otras leyes sectoriales.

V. LA CLÁUSULA DEL ESTADO AUTONÓMICO.

El Texto constitucional de 1978 ha supuesto transformaciones capitales en nuestro ordenamiento jurídico público y quizás una de las más relevantes sea el cambio producido en lo que se refiere a la estructura interna o estructura territorial del Estado, después de más de 150 años de un modelo de Estado unitario y centralizado. En efecto, la Constitución española de 1978 ofrece un modelo organizativo plural y descentralizado, basado en la distribución efectiva del poder político entre las distintas entidades públicas territoriales, y en la autonomía de todas ellas.

Estas líneas organizativas del Estado se contienen en dos preceptos de la Constitución:

En el Art. 2 CE se proclama que La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Por su parte el Art. 137 determina que El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Estos dos preceptos configuran de forma explícita la cláusula del Estado autonómico, conformada por los principios de unidad, autonomía y solidaridad. Dos de estos principios poseen carácter estructural (se refieren a la estructura del Estado): la autonomía y la unidad, que representan respectivamente aspectos centrífugos y centrípetos de esa estructura estatal. El tercero de los principios citados, la solidaridad, posee más bien naturaleza funcional en cuanto alude a la necesaria convergencia de autonomía y unidad.

A) El principio de autonomía.

Con respecto al ***principio de autonomía***, la primera cuestión que se nos plantea es el carácter problemático inherente al propio término, ya que la Constitución no nos dice en qué consiste esa autonomía y los criterios interpretativos son muy dispares.

Desde el punto de vista etimológico autonomía significa capacidad de autonormación, sin embargo la autonomía que concibe la Constitución no puede reducirse a esa capacidad de autonormación, sino que va más allá. Por ello, y al hilo de las doctrinas más recientes, el concepto de autonomía debe entenderse referido a la capacidad de un ente de orientar y dirigir política y administrativamente su propia comunidad. En efecto, esta perspectiva es exacta, aunque tampoco cubre las necesidades que la interpretación jurídica del concepto requiere: y es que una interpretación formal del concepto lleva a resultados desconcertantes, puesto que la propia Constitución y otras normas de desarrollo emplean este término con respecto a órganos muy distintos, para los que el concepto no puede tener la misma significación. Así, la Constitución reconoce la autonomía no sólo a las Comunidades Autónomas, sino también a los municipios y provincias (Arts. 137, 140 y 141 CE) a las universidades (Art. 147.10 CE), a las Cámaras legislativas a efectos presupuestarios, etc. A más de esto, la

legislación ordinaria y la propia doctrina emplean el término en referencia a otros tantos órganos públicos o actividades (v.gr., la autonomía de los órganos autónomos, la autonomía que tienen las personas para contratar, etc.).

A la vista de estas dificultades, el concepto ha de ser construido *ex novo*, partiendo de los elementos que nos ofrece la Carta Magna, la legislación de desarrollo y la jurisprudencia constitucional, de lo que resulta que el concepto de autonomía equivale a la titularidad conferida a los entes territoriales inferiores al Estado (Comunidades Autónomas, provincias y municipios), de potestades públicas que revistan las siguientes características:

1.- Se trata de **potestades públicas superiores, que revistan la mayor intensidad**, tales como la potestad normativa, la potestad tributaria, la autotutela, la potestad expropiatoria o la sancionadora, entre otras.

Su titularidad les corresponde por tratarse de entes políticos, primarios o territoriales que han de gozar de las competencias necesarias para la gestión de sus respectivos intereses.

2.- **Estas potestades operan, en principio, sobre un ámbito material indeterminado a priori**. Mientras que los órganos autónomos nacen para un fin concreto, estas potestades de los entes territoriales van a actuar sobre una multiplicidad de materias sobre las cuales son competentes. Son potestades que gozan del *principio de generalidad* y, además, son potencialmente expansivas. Si bien, tanto los fines perseguidos por esas potestades como las propias potestades en sí, han de ser determinados normativamente.

3.- Constituyen **potestades públicas diversificadas**, lo que viene a significar dos cosas:

– Que las funciones y competencias de que es titular cada ente autónomo serán diferentes según los niveles territoriales.

– Significa además que la forma de atribución de estas potestades es, asimismo, diversa: así, las competencias de las CCAA se establecen por su propio Estatuto, mientras que, por el contrario, los municipios y las provincias reciben sus competencias mediante leyes sectoriales, bien del Estado, bien de las CCAA.

4.- Tales potestades **no son de carácter exclusivo**, en el sentido de que cada una de las autonomías tengan asignadas un conjunto de materias con absoluta independencia y sin injerencias de ningún tipo. En efecto, las CCAA gozan en muchos casos de competencias compartidas con el Estado y, en el caso de los entes locales, es frecuente que tales competencias sean compartidas con el Estado y con las CCAA, de quienes las reciben mediante leyes o normas de desarrollo.

B) El principio de unidad.

El principio de unidad se encuentra recogido en el Art. 2 CE con un claro contenido jurídico y constituye un lógico correlato del principio de autonomía (no hay autonomía posible sin que exista unidad). El contenido del principio de unidad se concreta en el establecimiento de una serie de límites al principio de autonomía, límites que enumera como tales la Constitución y que son: el *interés general*, la *igualdad* y la *unidad de mercado*.

a) El interés general.

Se infiere del Art. 137 CE, en virtud del cual la autonomía se atribuye a cada entidad para la gestión de sus respectivos intereses, lo que supone:

· 1.º La existencia de un conjunto de intereses comunes del Estado, que trascienden a los de las CCAA y entes locales, y cuya satisfacción y garantía corresponde, en principio, al propio Estado.

· 2.º Supone, igualmente, una jerarquía de intereses, lo que impone a cada ente una actuación compatible con los intereses del escalón territorial superior.

Ese interés general, aparte de servir de pauta para atribuir al Estado competencias exclusivas, constituye una fuente de poderes conferidos por la Constitución al Estado para hacer frente a situaciones excepcionales. Así, por ejemplo, el Art. 150.3, permite al Estado dictar leyes de armonización cuando así lo exija el interés general. Y, según el Art. 155 CE, cuando una Comunidad Autónoma no cumpla las obligaciones que le impone la Constitución u otras leyes, o actúe poniendo en peligro el interés general de España, el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento de tales obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

b) *La igualdad.*

Tiene su punto de arranque en los Arts. 1 y 14 CE, y queda reforzada con el Art. 139.1, a cuyo tenor: Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

Ahora bien, esa igualdad no puede suponer la necesaria uniformidad de las funciones normativas de las CCAA y entes locales que afecten a cualquiera de los derechos o deberes de los particulares, porque ello sería incongruente con la propia idea de autonomía.

Así, ese Art.139.1, lo que quiere decir es que existe la necesidad de garantizar la uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio (como formula de manera orientativa el Derecho alemán), y ello significa que las entidades territoriales dotadas de autonomía no pueden establecer un marco de derechos y obligaciones de sus respectivos ciudadanos, que les sitúen en una posición de ostensible ventaja o superioridad respecto de los que habitan en otros ámbitos territoriales.

c) *La unidad de mercado.*

Este límite tiene un contenido claramente económico, y se postula en el Art. 139.2 CE, según el cual ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Esta idea se reitera en el Art.157.2 CE que prohíbe a las CCAA adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.

C) El principio de solidaridad.

Ya aludimos anteriormente al hecho de que el carácter centrífugo de la autonomía se compensaba con el carácter centrípeto del principio de unidad, y a la necesidad de convergencia de ambos principios sobre la base del principio de solidaridad. Pues bien, a esto se refiere el Art. 2 CE cuando hace mención al principio de solidaridad.

El contenido de este principio se orienta a la búsqueda de un *equilibrio económico interterritorial* (Art. 138.1 CE) como objetivo, pero supone también una actitud y un modo de actuar, que es lo que se viene llamando *lealtad autonómica*. Además, cuando la actuación de los entes autónomos es bilateral o multilateral, la solidaridad se manifiesta bajo la técnica de la *cooperación*.

• Medios para la consecución del principio de solidaridad:

• *Equilibrio económico.*

El Art.138.1 CE determina que: El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad

consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

Por tanto, observamos cómo pesa sobre el Estado el deber de corregir las desigualdades territoriales en el nivel de desarrollo económico y la distribución de la riqueza. Para alcanzar este objetivo, la Constitución pone en manos del Estado dos instrumentos básicos:

- La *planificación económica*, uno de cuyos objetivos es, como establece el Art. 131.1 CE, equilibrar y armonizar el desarrollo interterritorial.
- Por otro lado, el Art. 158.2 CE prevé el *Fondo de Compensación interterritorial* que pretende allegar fondos para, mediante una política de inversión, corregir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

Pero este principio de solidaridad, especialmente en su vertiente económica, no se limita a un mero apoderamiento al Estado, sino que se configura en la propia Constitución como un deber constitucional impuesto a los entes territoriales dotados de autonomía. Así se desprende claramente del Art.156.1 CE y de las leyes de desarrollo.

• ***El deber de lealtad autonómica.***

Acudiendo al Diccionario de la RAE, el término de solidaridad también significa adhesión a la causa de otro u otros, lo que supone, en definitiva, un deber jurídico que la Constitución impone a todos los entes territoriales (incluido naturalmente el propio Estado) a fin de que tales entes se comporten de acuerdo a criterios de buena fe y fidelidad al sistema.

Según se desprende de los Arts. 137 y ss. CE, el Estado está obligado a aceptar el carácter plural del modelo territorial y, además, con un trato igual para todos, lo que impide emplear potestades que discriminen de algún modo a un ente territorial respecto de otro.

Igualmente, los entes territoriales inferiores están obligados a aceptar sin reservas el hecho de su pertenencia a un sistema superior de organización. De ahí que no baste con un mero reparto de competencias entre los distintos entes, sino que es necesario un mandato dirigido a que cada ente guarde una conducta amistosa y cooperadora, tanto con los demás entes como con el conjunto, lo que implica también poner límites a su conducta discrecional.

• ***La técnica de cooperación.***

Pero para que el principio de solidaridad sea eficaz hace falta que se implante una serie de técnicas de colaboración entre los entes, con objeto de conseguir el ejercicio armónico y coordinado de sus respectivas competencias.

Existe una realidad: la creciente ampliación del ámbito de incidencia de problemas originariamente locales o regionales, que ahora serán objeto de entendimiento por parte de las CCAA o del Estado.

Pero, además, observamos un incremento de los costes de los servicios públicos, lo que unido a las circunstancias anteriores, obliga a una cada vez más necesaria intervención de los poderes centrales.

Ello va a dar lugar a la observancia del deber de cooperación (colaboración) que va implícito, como ha reconocido la jurisprudencia del TC, en el propio reparto de competencias.

Es un hecho por el que prácticamente la totalidad de las materias atribuidas a competencias de las CCAA y

entes locales, son frecuentemente ***potestades concurrentes***, en el sentido de que, a veces, la potestad normativa sobre esas materias corresponde a ambos entes y, otras veces, la ejecución se reparte entre los entes locales y las CCAA, lo que obliga a establecer unas técnicas de cooperación, sin las cuales, el sistema resultaría imposible. La puesta en funcionamiento de esa técnica de cooperación se puede realizar, y de hecho se realiza, a través de instrumentos de muy distinta naturaleza, pudiendo servir de punto referencial los Arts. 4 y ss. Ley 30/92.