

## *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*

**Eduardo García de Enterría**

Madrid, Civitas, primera edición, 2001

O autor reuniu neste volume tres estudos que abordan outros tantos temas importantes que o comezo do século nos presenta no eido do dereito público.

Por unha parte, a situación e os problemas pendentes aínda de resolver na institución básica da xustiza administrativa. Tralo nacemento desta especie completamente nova de xustiza institucionalizada, comeza unha evolución desta ante o reto da súa articulación coas esixencias de funcionamento do poder. Tematicamente desenvólvense as etapas desa evolución en toda Europa, e en España en particular, chegando á conclusión de que esta, nos seus dous séculos de historia, parece ter chegado a un punto de madurez.

A xustiza administrativa é unha creación xurídica completamente nova, sen raíces nos grandes fundamentos do dereito occidental, o dereito romano, o dereito xermánico, o *ius commune* medieval ou moderno, o *common law*, o dereito natural e de xentes. Xorde a finais do século XVIII, coa Revolución francesa; afirmase no XIX, coñecerá un espectacular despregue ó longo do XX e, aparece agora, ó comeza-lo século XXI, como un modelo universal, como unha das pezas centrais e ineludibles do que hoxe chamamos Estado de dereito.

A xustiza administrativa como institución e como técnica é un froito directo e inequívoco da Revolución francesa. Esta acolleu un dos principios básicos que, con base en Locke, formulara Rousseau. Trátase de instituír unha forma de go-

berno que poña a lei por riba do home. Esta concepción sobre o modo de articulación do poder cos homes libres, pasará á Declaración de dereitos do home e do cidadán de 1789. Ata entón a Administración fora un instrumento persoal do poder do monarca. Esta situación vai sufrir un cambio, a Administración pasará a ser unha organización regulada pola lei, mais é evidente que ese sometemento á lei necesita, para ser efectivo, algunha garantía.

Institúese non só o principio da vinculación da Administración á lei, senón tamén un correlativo sistema de control para que os administradores non poidan apartarse de tal vinculación. O sistema de control é o xerárquico e o efecto do control é a anulación dos actos contrarios á lei. Mais, estando excluídos os xuíces do control da Administración, só esta podería controlar internamente a efectiva observancia da lei polos seus membros.

A instauración definitiva do contencioso-administrativo será a obra de Napoleón. Xorde así o primeiro contencioso-administrativo confiado a un órgano especializado, anque na forma de xustiza retida: o *Conseil d'État* propón e é o Goberno quen decide.

O Consello de Estado organiza un verdadeiro sistema do contencioso-administrativo, que conclúe artellando un sistema de dereito administrativo. O primeiro recurso que se configura é o que se chamará máis tarde «de plena xurisdicción», no que se intenta substituí-lo xuíz que tiña prohibida a súa intervención, nas diferencias entre a Administración e os administrados, no seo de relacións patrimoniais nos que ámbolos dous son partes: contratos, relacións de propiedade, venda de bens nacionais, etc. A Administración non podía resolver esas contendas unilateralmente e ofrecía unha vía cuasi procesual, para que eses enfrontamentos puidesen ser resoltos con garantías de obxectividade.

Paralelamente a esa vía principal, o Consello de Estado vai comezar por tomar en consideración as denuncias que os cidadáns lle elevan de irregularidades graves cometidas pola Administración. Formarase así outro recurso, de «exceso de poder», e que consiste en atender a denuncia das irregularidades administrativas máis graves: incompetencia, violación de lei e desviación de poder. Na segunda posguerra do século XX póñense a punto novos motivos de fondo do recurso: violación dos principios xerais do dereito, error na apreciación dos feitos. Todo o dereito administrativo material conclúe por ser fiscalizado polo recurso de exceso de poder, que conclúe por un único pronunciamento: ou abxolución, se o acto fose legal, ou anulación, se se acredita a súa ilegalidade.

En 1872 Francia dá o paso decisivo de pasar dunha xustiza retida, aínda en mans do Goberno, a un sistema de xustiza delegada e xa independente. A xustiza administrativa institúese como unha verdadeira xustiza independente. Subsisten, non obstante, os límites do *excès de pouvoir* en canto recurso obxectivo.

Tódolos estados europeos que construíron as súas administracións sobre o prestixioso modelo administrativo francés, inclúen neste a peza do Consello de Estado, e con ela, a súa función contencioso-administrativa. É o caso español, a partir de 1845, que inaugura así a historia administrativa específica.

Unha vez vencida a pretensión de inmunidade absoluta que a Administración, como todo poder, pretendeu inicialmente, este vai despreparar construíndo amplos círculos de inmunidade fronte ós xuíces, nos cales pretendía conserva-la súa preeminencia indiscutida.

O sistema contencioso-administrativo español, con base na lei xurisdiccional de 1956, conta entre as primeiras que anoa a posibilidade dun recurso impugnatorio lexitimado no simple interese coa consecuencia dunha sentenza que restableza a situación xurídica individualizada, isto é, que restituía ó recorrente na integridade dos intereses que, ó abeiro da legalidade infrinxida pola Administración, viña gozando lexitimamente.

Esta corrección non fai senón adaptarse á situación do recorrente, que se enfronta coa Administración e sostén o seu recurso non pola efectividade abstracta do dereito obxectivo, senón en defensa e protección do seu propio interese particular.

Como unha manifestación máis do proceso de subxectivización resolta da xustiza administrativa, pasou a primeiro termo na última parte do século XX a cuestión da dispoñibilidade polos recorrentes dun amplo sistema de medidas preventivas fronte á expeditividade da actuación administrativa. A lei española de xurisdicción contencioso-administrativa de 1998 operou unha transformación paralela aceptando medidas preventivas positivas e medidas provisionalísimas adoptadas *inaudita parte*.

As xurisprudencias constitucionais de toda Europa impuxéronlle un substancial cambio á caracterización das medidas preventivas. Xa non se trataría de medidas excepcionais, que poñerían en cuestión o principio xeral da ordenación pública, senón de darlle cobertura á tutela xudicial efectiva a que os cidadáns teñen dereito.

Esta progresiva depuración do proceso contencioso-administrativo non sería completa se non se aludira á tendencia cara á eliminación das vías previas administrativas como condición de admisión dos recursos contencioso-administrativos. A lei xurisdiccional española de 1998 dispensou da reposición previa preceptiva o acceso á vía contencioso-administrativa, pero mantén a alzada, e por outra parte, mantendo a obrigatoriedade destas vías previas na materia tributaria e sancionatoria.

De todo o anterior, vese a tendencia cara á madurez plena do proceso contencioso-administrativo como unha vía xudicial plenaria e efectiva para que a Administración, como xestora fiduciaria que é do pobo, faga efectiva a súa responsabilidade ante os cidadáns.

O segundo traballo especifica un punto dese sistema da xustiza administrativa, a súa consideración como unha técnica obxectiva de protección da legalidade, que é como se configurou en Francia, ou como unha técnica subxectiva de protección de dereitos e intereses lexítimos, que aparece claramente na fase final da súa evolución, e que en España impón o artigo 24 da Constitución.

Todo o sistema da xustiza administrativa formouse durante o século XIX sobre o modelo francés, que é o froito de dúas concepcións xurdidas das ideas que motivaron a Revolución francesa. A primeira concepción era que o goberno humano se entendía ata ese momento confiado por Deus ós reis para que gobernasen os pobos segundo os seus criterios persoais. Mais esta idea vai sufrir na Revolución a influencia da filosofía ilustrada. Así a situación natural do home é a liberdade. Pero o característico deste poder era que a súa función sería preservar-la liberdade orixinaria. Ser gobernados polas leis e non polos homes, pasa a se-la idea do novo sistema. Esta concepción leva á legalización do poder e tódolos actos do poder deberán lexitimarse nunha lei. Postúlase un control sobre a actuación dos axentes para controlar-la legalidade dos seus actos, mais en Francia non podía ser encomendado ós xuíces, xa que tiñan prohibido mesturarse nos asuntos administrativos. Así, esta función concretábase na institución do Consello de Estado, que no ano 1806 crea a Sección do contencioso-administrativo que vai se-la creadora desta xurisdicción e do dereito administrativo.

No Consello de Estado organizouse o recurso de plena xurisdicción para que ós titulares de dereitos patrimoniais, incuestionables fronte á Administración, non se lles privara de tutela. Empezou a coñecer e a resolver-las denuncias sobre o funcionamento irregular da Administración, primeiro por incompetencia, e logo por vicios de forma e infracción material da lei. Aparece así o recurso por exceso de poder, que pasará a se-la peza clave do contencioso-administrativo. Este recurso non se artellou como un recurso entre partes, xa que se lle esixía ó recorrente acreditar un interese. O proceso remataba cunha sentenza que se pronunciaba sobre a conformidade ou desconformidade do acto axuizado coa lei, e correspondíalle á Administración autora del extraer tódalas consecuencias que puideran derivarse dese xuízo.

A relevancia no sistema de xustiza administrativa das situacións xurídicas subxectivas dos cidadáns, situacións nas que se pretende obter-la súa tutela ou protección, foi unha cuestión á que outros sistemas nacionais achegaron unha preocupación e unhas técnicas que contrastan coas do sistema francés.

Pasou logo o autor a analizar-la xustiza administrativa en España. A Lei do 27 de decembro de 1956, da xurisdicción contencioso-administrativa acertou a configurar un sistema contencioso-administrativo eficaz, e que foi substituída pola Lei do 13 de xullo de 1998.

O obxecto da lei de 1956 eran as pretensións que se deducían en relación cos actos da Administración pública suxeitos ó dereito administrativo, e estas pretensións podían ser de dúas clases: declaración de nulidade dun acto ou regulamento, ou o recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción das medidas adecuadas para o seu pleno recoñecemento, entre elas a indemnización dos danos e perdas.

A Constitución do 1978 no seu artigo 24 impuxo a cualificación de todo o sistema xurisdiccional como un sistema chamado a outorgar-la tutela efectiva

dos xuíces e tribunais no exercicio dos dereitos e intereses lexítimos de tódalas persoas, incluíndo a pretensión por obter esa tutela xudicial como un dereito fundamental, dentro da táboa de dereitos fundamentais que proclama a Constitución como un dos seus valores superiores. Con esta regra constitucional desaparecieron tódalas vellas inmunidades do poder.

Este carácter subxectivista do sistema español de xustiza administrativa quedou confirmado pola Lei xurisdiccional do 13 de xullo de 1998, que volve insistir en que o obxecto do proceso é sempre axuiza-las pretensións que deduzan os recurrentes. Pero as pretensións que as partes poden exercitar foron ampliadas. Ademais da simple anulación dun acto ou dun regulamento e do recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e o seu pleno restablecemento, aparecen dúas novas: no caso de inactividade da Administración pública, quen teña dereito a esa actividade pode pedirle ó Tribunal que a imponha por sentenza e no caso de vía de feito, para pedi-lo cese da dita actuación e que se restableza a situación xurídica afectada. Engádesse tamén un sistema efectivo de execución forzosa polos propios tribunais das súas propias sentencias estimativas ou condenatorias.

A subxectivización plena do sistema español de xustiza administrativa quedou establecida no artigo 24 da Constitución.

O contencioso-administrativo, de ser un medio de orde pública de protección da legalidade da Administración, pasou a ser neste fin de século, en varios países da Unión Europea, un sistema de tutela ou protección de dereitos e intereses lexítimos dos cidadáns. O século no que acabamos de entrar faranos ver se esta tendencia se confirma e nos fai iniciar un novo período, período en consonancia coa primacía dos dereitos fundamentais que caracteriza o sistema de Estado de dereito do noso tempo.

O derradeiro estudo trata do valor normativo directo da Constitución española, sobre a base dunha distinción entre as dúas concepcións diferentes que da Constitución ofreceron as dúas grandes revolucións do século XIII, a americana e a francesa. Vencéllase á concepción americana, con base en Locke, o carácter normativo da Constitución e explícase o momento «lockeano» da Constitución de 1978 no pacto social básico de conclusión definitiva da Guerra civil. Especificanse finalmente, as consecuencias técnicas dese valor normativo nas respectivas funcións de xuíces e tribunais na súa aplicación.

**M<sup>a</sup> del Carmen Silva López**  
*Avogada*



## NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### **Libros:**

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### **Artigos:**

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegarase o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

### **Revista Galega de Administración Pública**

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.