

Juan Carlos
Cassagne

Catedrático de dereito
administrativo da facultade
de Dereito e Ciencias Sociais
da Universidade de Bos Aires

Presentación do libro sobre
Procedemento administrativo

(Bos Aires, 28 de abril de 1995)

Señor ministro de Xustiza da nación
Señor ministro de Goberno da provincia de Bos Aires
Señor rector da Universidade da Coruña
Señor director da Escola Galega de Administración Pública
Señor defensor do Pobo
Señor fiscal nacional de investigacións administrativas
Señores maxistrados e funcionarios
Señores profesores,

O director da Escola Galega de Administración Pública concedeume a honra de encargarme a presentación do libro *Procedimiento Administrativo*, que reúne os relatorios presentados ó "IV Encontro hispano-arxentino sobre dereito administrativo", levado a cabo no mes de febreiro de 1994 en Santiago de Compostela.

Estes acontecementos académicos, que congregan xuristas españois e arxentinos e que vimos facendo periodicamente desde 1986, non se limitan a un frío intercambio de cultura xurídica.

A súa transcendencia opera máis ben no plano da proxección das ideas, da exemplaridade persoal e das novas institucións do mundo xurídico. A cultura xurídica necesita recrearse constantemente na procura das mellores receitas para o ben común e, particularmente, para a dignidade dos homes. Nada mellor cá organización dos nosos encontros cos xuristas españois, onde se produce o achegamento e se consolida unha comunidade doutrinaria, aínda respectando a diversidade propia de cada pobo. Porque, como viu primeiro Ortega, con respecto ás nacións, e máis tarde T. S. Elliot no ámbito cultural, a universalidade non exclúe a diversidade nin os particularismos rexionais dunha determinada cultura.

Como é sabido, a cultura xurídica non se desenvolve nin crece na soidade dos gabinetes. Non é igualitaria. Necesita, como toda cultura (non nun sentido propiamente social senón cultural), un grupo de homes ou clase que a sustente e difunda, nun marco permanente e recíproco de interacción, onde se universaliza a doutrina á vez que florecen o pluralismo e as novas creacións. Estes grupos son os que van conformando a cultura xurídica de cada nación ou rexión e, aínda que non deberían recibila influencia directa da política (no sentido moderno), non poden tampouco desentenderse dela; deben manter con ela un bo sistema de vasos comunicantes.

En caso contrario, os gobernantes afástanse da cultura xurídica e corren o risco de imbuírse de falsas ou utópicas doutrinas que propician os que os rodean e que, no mellor dos casos, os conduce ó illamento, moitas veces por ese máxico microclima que se xera sempre en torno ó poder.

No mundo actual hai unha grande loita contra a decadencia cultural, e é evidente que un dos instrumentos que se poden usar eficazmente para combatela radica na transferencia recíproca de coñecementos e achegas científicas. No campo do dereito administrativo, a frase “queda moito por facer” resulta dunha vixencia cotiá pois, como sinala Xaime Rodríguez Arana no prólogo deste libro, a nosa disciplina e “a Administración en xeral están suxeitas á incidencia dunha serie de factores, tanto de índole económica coma social, que fan precisa a inmediata articulación dun proceso de cambio e mutación que a adapte ás necesidades modernas”.

O tema que eliximos para o encontro baseouse na necesidade de confrontar ideas verbo da regulación dalgúns aspectos centrais do procedemento administrativo e as súas institucións substantivas fundamentais, a raíz da entrada en vigor da LRXPAC.

Creo que a elección do devandito tema tivo polo menos o mérito de analizar un tema común. A unidade temática evita dispersións á vez que contribúe a favorecer-lo coloquio e o intercambio científico.

As distintas sesións do encontro realizáronse nun clima de recíproco respecto intelectual, tanto por parte dos relatores coma por parte dos que asistiron ás exposicións e ó coloquio final. Quero destacar tamén aquí o estilo de traballo, pois contra o que algúns poidan supor sobre os costumes españois, as xornadas foron un exemplo de puntualidade e asistencia, respectándose tódolos horarios establecidos. Máis ca hispanos parecíamos ingleses.

Unha presentación desta índole non pode abordar en profundidade o contido dos relatorios que integran esta publicación. Por esa razón, optei por comentar algúns aspectos doutrinarios de cada traballo invitando os xuristas aquí presentes a que lean este excelente libro.

O primeiro dos relatorios correu a cargo dun dos grandes xuristas que impulsou o moderno proceso de actualización que reclamaba o dereito administrativo español na década de 1950, como dereito garante dos particulares, estruturado basicamente en leis de grande transcendencia no ordenamento administrativo español, como son a de expropiación forzosa de 1954, a Lei da xurisdicción contencioso-administrativa de 1956 e a Lei de réxime xurídico da Administración do Estado de 1957.

Nesa oportunidade, Laureano López Rodó formulou unha severa crítica da LRXPAC, as normas da cal cualificou de extravagantes e atentatorias contra o principio constitucional de seguridade xurídica. Fixo especial fincapé na crítica ó precepto que derroga a facultade que tiñan os directores xerais para delega-las súas atribucións, que estimou contrario ó principio de desconxestionamento consagrado no artigo 103.1 da CE de 1978, e á norma que regula a certificación dos actos presuntos, que traduce unha involución no sistema do silencio administrativo. En apoio da súa postura severamente crítica, mencionou comentarios doutriniais de

Garrido Falla e García de Enterría, que á parte de revelar unha actitude non moi común cara ó recoñecemento intelectual ós seus colegas demostra, en definitiva, a unidade doutrinaria existente entre os xuristas españois verbo da nova lexislación de procedemento administrativo.

O segundo relatorio versou sobre os actos regrados e discrecionais, a súa problemática e o seu control. Foi exposto por Rodolfo C. Barra, un dos xuristas máis destacados do dereito administrativo arxentino e sobre o que, por comprender en certo sentido as xerais da lei, non podo estenderme en valoracións, máxime nesta circunstancia en que nos recibe como o dono da casa que tivo a atención de apoiar e auspiciar este acto.

O autor deste relatorio abordou un tema que, no seu momento, espertou unha agre (non sei ben como cualificala) polémica no dereito administrativo español, e a súa opinión oriéntase, en definitiva, a aceptar unha certa marxe de discrecionalidade con fundamento na virtude da prudencia. E salienta que a discrecionalidade se relaciona co exercicio daquela virtude, en canto esta esixe decidir entre opcións e require, polo tanto, unha marxe de posibilidades de actuación.

Pero esa discrecionalidade, as formas de exercicio da cal son por certo diversas, non configura unha zona exenta do control xudicial, aínda que este asuma modalidades típicas que no deixan espacio para os procedementos automáticos de control ós que se encontra sometida a actividade regulada.

Segundo Barra, o que se controla na actividade discrecional non é tanto en realidade o exercicio mesmo da decisión discrecional senón os seus presupostos, entendendo por tales tódolos elementos do acto administrativo ademais da lexitimación do impugnante, respecto da que formula interesantes achegas a necesidade de que o prexuízo sexa concreto, particularizado e directo.

En suma, para Barra, o control xudicial dos actos discrecionais formula un problema, primeiro de esixibilidade, que demanda a necesidade dunha lexitimación suficiente e, por outro lado, de intensidade do control no proceso contencioso administrativo, é dicir, tal como se vén sostendo nun sector da doutrina, tanto comparada coma vernácula, un problema que atinxe á densidade do control.

No seu traballo sobre "O chamado procedemento administrativo común", Francisco González Navarro formula

unha serie de interesantes reflexións, como son as que concernen á súa relación coas competencias das comunidades autónomas na Constitución e nos estatutos de autonomía.

A tese central, que é ó mesmo tempo a síntese e conclusión da súa postura, consiste en soste que, malia a desafortunada redacción do texto constitucional (art. 149 1.18 CE), “o Estado e as comunidades autónomas teñen competencias concorrentes, en materia de procedemento administrativo, o que implica que o Estado retén a competencia básica e as comunidades autónomas poden dicta-la súa propia lei do procedemento administrativo no marco, naturalmente, da lei básica estatal”. Esta interpretación, que non podería soste en nun réxime federal coma o noso, onde as provincias conservan todo o poder non delegado á nación e, especificamente, os seus poderes inherentes (que non son os implícitos) e que lle atribúe, en principio, natureza local ó dereito administrativo, é, sen embargo, sustentable no sistema da CE de 1978.

No relatorio que presentou Comadira verbo do “Sistema de nulidades do acto administrativo”, hai moita miga e unha boa descrición de practicamente toda a problemática esencial da teoría das nulidades, óptica desde a que o autor aborda a análise do sistema arxentino, sen excluí-lo estudio comparativo da regulación do instituto no dereito español.

Apunta o dito autor, con acerto, que: “Se o ben común, en efecto, é o conxunto de condicións da vida social que lles permite a asociacións e individuos o logro máis fácil e máis pleno da súa propia perfección, é indubidable que unha desas condicións é a vixencia non restrinxida da orde xurídica. E se a Administración, dentro do Estado, ten ó seu cargo a xestión directa e inmediata dese ben, tamén é indubidable que esta debe actuar incondicionalmente suxeita ó ordenamento xurídico”.

E agrega algo que non deben esquecer os funcionarios nin os xuíces, á hora de exercer-lo control da actividade administrativa, no sentido que “a suxeición que impón o ordenamento é, ademais, positiva, no sentido de que a acción do órgano administrativo só pode concibirse validamente habilitada con base nunha norma ou principio pero non libre *a priori* e só limitada negativamente por aquela”.

Fernando Garrido Falla, unha das glorias viventes do dereito administrativo español, ilústranos co seu relatorio so-

bre "A obriga de resolver: actos presuntos e silencio administrativo". Aí formula unha severa crítica contra a regulación, na nova lei, do acto presunto e da súa certificación. A súa principal obxección radica en que non se lle pode atribuír idéntico tratamento xurídico ó silencio positivo ca ó silencio negativo.

Sostén Garrido Falla que: "a) o silencio negativo é unha simple *fictio iuris* (como se houbera acto administrativo) para que o particular teña contra qué recorrer. É a consecuencia obrigada que se desprende do aínda residual carácter revisor da xurisdicción contencioso-administrativa. b) O silencio positivo estimatorio arrinca de moi diferente base de partida, a saber: que a dispoñibilidade sobre a actividade de que se trata lle pertence ó suxeito que se dirixe en petición á Administración e que o que a esta lle compete é un poder ou facultade de veto que responde ó seu papel de vixilante do interese público; que dispón dun determinado lapso de tempo para exercelo e que se non o exerce a actuación do petionario produce plena eficacia xurídica. Este é, polo demais, o silencio administrativo positivo que configuraba o art. 95 da LPA: as entidades ou organismos sometidos a certo tipo de tutela ou fiscalización superior (obsérvase o réxime acusadamente centralista e xerarquizado vixente na data en que se dicta a LPAX) actuaban no exercicio da súa competencia, polo que o principio era o da validez e eficacia dos seus actos (anque sometidos á condición suspensiva e resolutoria de que non fosen desautorizados pola autoridade superior). Obviamente, se a desautorización no se producía, tiñan plenamente os seus efectos. Niso consistía a técnica do silencio positivo. E este é cabalmente o réxime do silencio positivo na Lei 30/92. ¿Que significa, se non, falar de dereitos preexistentes? Pois se o dereito preexiste, é dicir, se é anterior a que a Administración o conceda, está claro que o que a esta lle pode conceder-la lei –no mellor dos casos– é un dereito de veto a utilizar durante un prazo determinado e o non uso do cal –igual que ocorre con outras institucións do dereito público e constitucional– determina automaticamente a eficacia xurídica dos actos do "petionario".

Prescindo, agora, por razóns obvias, de comenta-lo meu relatorio, e paso ó presentado por unha das figuras máis grandes e queridas do dereito administrativo español, que tanto loitou por consolidar esta vella e estreita relación que existe entre os xuristas españois e os arxentinos.

Trátase, como é obvio, de Jesús González Pérez, que aborda o tema de "A revisión dos actos administrativos".

Coa súa metodoloxía característica, non aforra críticas contra a LXPAC, en canto á regulación da revisión de oficio e ó sistema de recursos administrativos, á luz dos principios que informan o ordenamento xurídico español.

Precisamente na eliminación, mesmo con carácter potestativo, do recurso de reposición, atopa González Pérez un dos puntos obxectables que ofrece a nova lei e formúlanos unha serie de reflexións dignas de ter en conta á hora de modificar ou corrixi-las deficiencias da lei.

Recorda que "A doutrina criticara con unanimidade que constituíse presuposto procesual a interposición dun recurso administrativo, fose cal fose a súa natureza e o obxecto do acto. Dictado un acto administrativo, sexa cal sexa o órgano administrativo do que proceda, hase de admiti-la posibilidade de acudir ós tribunais en defensa dos dereitos e intereses lexítimos que por el resultasen lesionados. Con todo, débese admiti-la posibilidade de que o interesado poida, se o desexa, interpoñer contra el os recursos administrativos que, en cada caso, se prevexan, o que dependerá da confianza que se teña en obter por esta vía plena satisfacción das pretensións. Se o administrado, en razón da natureza do asunto, evidencia a infracción do ordenamento xurídico en que incorre o acto ou circunstancias persoais do titular do órgano competente para resolver, considera posible unha resolución estimativa por esta vía, sen ter que acudir ó proceso, sempre máis lento, complicado e custoso, hase de admiti-la posibilidade de recurso. Pero se ten a convicción de que nada logrará por esta vía, non ten sentido demora-lo momento de acudir ó proceso, coa esixencia dun recurso que constituirá un trámite inútil. Sen dúbida, en atención a esta crítica os redactores da LRXPA eliminaron o recurso de reposición –mesmo con carácter potestativo–. Pero mantiveron como preceptivo o recurso de alzada –que se chama recurso administrativo ordinario– sempre que o órgano que dictou o acto administrativo contra o que se vai interpoñer-lo contencioso teña un superior xerárquico, agás os supostos exceptuados. Deste xeito, volveuse á situación anterior á LX. En consecuencia, ante o proceso administrativo existen dous tipos de actos: uns, respecto dos que non é posible incoa-lo proceso sen interpoñer-lo recurso administrativo previo que lle poña fin á vía administrativa; outros,

respecto dos que non é posible ningún recurso administrativo e non existe outra vía de impugnación ordinaria cá contencioso-administrativa. Que é, xustamente, o contrario ó que demanda a tutela xudicial efectiva, tal e como sinalara a doutrina”.

En fin, estamos ante unha obra de grande calidade doutrinaria onde cada xurista fixo unha importante contribución científica ó dereito administrativo dos dous países, presentando a problemática da institución sobre bases realistas e, polo tanto, tamén xustas.

E é que a xustiza segue sendo, para moitos de nós, esa estrela que ilumina o camiño do dereito. Se a crítica ó dereito positivo acusa, en certas pasaxes do libro, unha certa dureza doutrinaria, hai que pensar que, fronte ó dilema que se nos presenta ós xuristas, a dúbida non ten cabida, pois por máis metódica que esta sexa, os principios da xustiza, a través das clásicas e tamén modernas concepcións, obran como válvulas de peche das interpretacións propias do positivismo e daquelas concepcións que pretenden reduci-lo dereito a un sistema de lóxica formal. Non desexo rematar estas palabras sen agradecerlle ó señor ministro de Xustiza a xentileza de aceptar que se leve na sede do ministerio este acto de presentación, e aproveito tamén a oportunidade para presentarlle-lo traballo sobre a reforma do Estado elaborado polo Dr. Barra, unha especie de síntese sobre as ideas e os principios que inspiraron o proceso de transformación do Estado de grande utilidade para tódolos que sentimos unha verdadeira paixón polo dereito administrativo e a súa realidade práctica.

Quero, por último, expresarlle-lo noso profundo agradecemento ó coordinador das xornadas D. Jesús González Pérez e ó seu director D. Xaime Rodríguez Arana-Muñoz, que fixeron posible que esta coidada edición saíse á luz como froito maduro da reflexión xurídica e reflexo dos sentimentos de irmandade entre españois e arxentinos, que esperamos manter e acrecentar no futuro, coa axuda de Deus. 