

Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Administrativo.

Resumen

El trabajo analiza las previsiones que incorpora la Constitución sobre las Administraciones Públicas y el Derecho Administrativo.

Palabras clave: constitución, derecho administrativo, potestades administrativas, jurisdicción contencioso administrativa.

Resum

El treball analitza les previsions que incorpora la Constitució sobre les administracions públiques i el Dret Administratiu.

Paraules clau: constitució, dret administratiu, potestats administratives, jurisdicció contenciosa administrativa.

Abstract

This work analyzes the forecasts that the Spanish Constitution incorporates about Public Administrations and Administrative Law.

Key Words: Constitution, Administrative Law, administrative powers, contentious administrative jurisdiction.

Sumario

- I. Planteamiento general.
- II. Una aproximación al contenido que la Constitución incorpora sobre la Administración y el Derecho Administrativo.
- III. Constitución y Derecho Administrativo: un marco abierto y flexible delimitado por principios y reglas firmes e indisponibles.
 1. La Constitución establece un marco de regulación general abierto y flexible, que permite la adopción, en cada momento temporal o político, de regulaciones diversas, que tienen plena cabida bajo su manto.
 2. La Constitución establece principios y reglas firmes e indisponibles que delimitan y constriñen el ámbito de actuación de los poderes públicos.
 3. El modelo de organización de las Administraciones Públicas.
 4. La Constitución establece un régimen de Derecho Administrativo caracterizado por la juridificación del ejercicio del Poder Público.
 5. El control judicial pleno de la actuación administrativa.
 6. La formulación del principio de responsabilidad de los poderes públicos.
 7. El principio de transparencia.
- IV. Una consideración conclusiva.

I. Planteamiento general

1. La amable invitación que Les Corts me cursó para participar en este libro colectivo con motivo del cuadragésimo aniversario de la Constitución me brinda la oportunidad de reflexionar, incluso con la brevedad que permite la extensión máxima establecida, sobre la regulación constitucional de las Administraciones Públicas y sobre el régimen jurídico de las mismas.
2. La regulación constitucional sobre la Administración se comprende en los artículos 103 a 107, en los que se incluyen los aspectos que, para el Constituyente, resultaron más relevantes o esenciales. Por un lado, la caracterización de la posición jurídica de las Administraciones Públicas (artículo 103.1); por otro, una previsión sobre los órganos de la Administración (art. 103.2) y sobre la regulación de los funcionarios públicos (art. 103.3). Tras una previsión sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104) se contempla el trámite de audiencia en los procedimientos de elaboración de reglamentos y actos (art- 105 apartados a y c) y el derecho de acceso a la información (art. 105.b). El control judicial de la actuación administrativa y el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se contemplan en artículo 106. La regulación se completa con la regulación del Consejo de Estado (artículo 107).
3. Una regulación cuantitativamente reducida, pero que ha permitido construir nuestro Derecho Administrativo dentro del orden constitucional, permitiendo no solo revisar reglas y criterios establecidos en el Ordenamiento preconstitucional que resultaban contrarios a las nuevas reglas (aunque en mi criterio la tarea no está definitivamente completada) sino también incorporar modificaciones y nuevas regulaciones derivadas de diferentes circunstancias, motivos y justificaciones, entre las que pueden destacarse las no precisamente menores consistentes en la adhesión a la Unión Europea y la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyos efectos llegó a prestar atención el artículo 10.2 de la Constitución.

Pretendo efectuar seguidamente un análisis, necesariamente resumido, de los 4. Administrativo, señalando igualmente algunas insuficiencias apreciables en la realidad actual.

II. Una aproximación al contenido que la Constitución incorpora sobre la Administración y el Derecho Administrativo

Previamente al análisis sugerido, es conveniente poner de manifiesto que no todas las previsiones sobre el Gobierno y la Administración quedan recogidas en los artículos 103 a 107 del texto constitucional, a los que acabo de aludir, aunque constituyan el contenido del Título IV, rotulado en tal forma. Por el contrario, son numerosas las reglas y determinaciones del texto constitucional que presentan un protagonismo indiscutible en la construcción constitucional del Derecho Administrativo.

Destacan, en mi criterio, de entre un numeroso contenido, las siguientes previsiones constitucionales:

1. El diseño constitucional del modelo de Estado («España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho» – art. 1.1–) resulta esencial para la determinación de la posición que corresponde en el Ordenamiento constitucional a las Administraciones Públicas, conforme a los criterios que establece el artículo 9.2.
2. El reconocimiento de los derechos fundamentales, con el sistema de protección y de garantías que establece el artículo 53 así como el artículo 10.2 (subrayando la relevancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como del Convenio Europeo; por razones cronológicamente obvias, no existe referencia expresa en la Constitución a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) sitúa y delimita el régimen jurídico de la actuación de las Administraciones Públicas.
3. Se contiene una regulación sobre el régimen de los bienes públicos, identificando el artículo 132 los bienes de dominio público y los

comunales, así como el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional.

4. La Constitución identifica una Administración servida por funcionarios públicos, aunque no de forma exclusiva, sujetos a un régimen jurídico estatutario, aún con especificidades con respecto al modelo inicial, con características propias, en particular con el principio de inamovilidad, que se justifican exclusivamente en la garantía de los principios de imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones. Preciso es recordar que tanto el acceso como la provisión de puestos de trabajo, así como el propio ejercicio de las funciones atribuidas, se integra en el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2.
5. Las previsiones sobre la distribución territorial del Poder mediante el sistema de descentralización política que admite y comprende amplios márgenes de regulación (parece elemental constatar que en la actualidad el diseño es tan intenso que se ha equiparado materialmente al modelo federal) produce consecuencias muy relevantes sobre el diseño del Derecho Administrativo y por supuesto sobre el régimen de las Administraciones Públicas. Que produce consecuencias desde muy diferentes perspectivas: por un lado, sobre el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (la referencia al artículo 149.1.18 es obligada para ilustrar lo que se indica); por otro, sobre los modelos de Administración que tienen cabida en la Constitución. También, las peculiaridades que derivan del reconocimiento constitucional del principio de autonomía local, caracterizado entre nosotros como una garantía institucional, y respaldado por la Carta Europea de Autonomía Local. Por supuesto, y además, sobre el régimen de relaciones entre Administraciones Públicas.
6. Las previsiones contenidas en el Título VII (Economía y Hacienda) presentan una relevancia extraordinaria para el análisis que nos ocupa. La construcción del «Derecho de la regulación económica»,

central en la vertebración de la actividad administrativa, encuentra gran parte de sus mimbres en esta regulación (sin perjuicio, obvio es señalarlo, de las determinaciones del Derecho de la Unión Europea): el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, la planificación de la actividad económica general, la potestad tributaria y la ordenación de los presupuestos generales, constituyen buenos ejemplos de su protagonismo.

III. Constitución y Derecho Administrativo: un marco abierto y flexible delimitado por principios y reglas firmes e indisponibles

1. La Constitución establece un marco de regulación general abierto y flexible, que permite la adopción, en cada momento temporal o político, de regulaciones diversas, que tienen plena cabida bajo su manto

Caracteriza al texto constitucional su inequívoca intención de establecer un marco de regulación suficientemente abierto y flexible para que dentro del mismo, sin que precise reformas (y si las modificaciones fuesen de cierta envergadura, el propio texto constitucional contempla los mecanismos para su reforma) quepan opciones o alternativas políticas y jurídicas diferentes. Una característica realmente notable, en términos generales y en particular a nuestros efectos, ya que posibilita que bajo el manto de la Constitución puedan materializarse o concretarse opciones políticas de diferente naturaleza, significación y efectos. Una caracterización de suma importancia para posibilitar su vigencia y mantenimiento.

Son numerosos los ejemplos que pueden ilustrar, suficientemente, lo afirmado. Tras aludir, sin mayor detenimiento, al contenido del derecho de propiedad (tradicionalmente esencial o sagrado, ahora subordinado al interés general, que por ello admite diferentes regulaciones, tanto por razón del tipo o clase de propiedad como, en cada caso, en atención a las decisiones del Legislador, siempre que respete el contenido esencial establecido en la Constitución) podrían resultar de interés las

previsiones contenidas en los artículos 43.2 y 130; la primera establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...»; la segunda especifica que «los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles». En ambos casos se imponen mandatos de actuación, pero delimitan un ámbito de actuación amplio y extenso, en el que caben opciones diversas: en el primero caben intervenciones públicas y en su caso privadas, con intensidades diferentes; en el segundo, la intervención pública y la intensidad de la misma admite numerosos grados y alternativas.

2. La Constitución establece principios y reglas firmes e indisponibles que delimitan y constriñen el ámbito de actuación de los poderes públicos

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación de la Constitución, caracterizada por su naturaleza de norma jurídica, superior y posterior en el tiempo, refleja además que los límites o puntos de referencia que establece con exactos y firmes. Dentro de ellos existe un amplio margen de regulación que pueden ocupar las regulaciones y decisiones que adopten, en cada momento temporal o histórico, los poderes públicos. Su carácter de norma jurídica, la juridificación del Poder, el control judicial pleno de la actividad administrativa, el carácter finalista de las potestades públicas, el valor preferente de los intereses generales, la relevancia del principio de participación de los ciudadanos o el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas son buenos ejemplos.

3. El modelo de organización de las Administraciones Públicas

La Constitución estableció un modelo de Administración Pública caracterizado de forma muy semejante al tradicional o clásico, al menos

en el diseño del Título IV, basado en la estructura departamental y en la Administración consultiva (Consejo de Estado) aunque con un carácter inequívocamente amplio y flexible que permite un amplio margen de maniobra en su diseño concreto y efectivo. Añadió una constitucionalización de los Colegios profesionales (art. 36) en línea con la tradición de la Administración corporativa, y reflejó algunos de los principios de relación entre órganos de la Administración y entre Administraciones Públicas. Con respecto a las Comunidades Autónomas, lo subraya el artículo 149.1.18 («...sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas...») en consonancia con la competencia autonómica para la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1). La estructura básica de la organización municipal se fijó en el artículo 140.

Durante mucho tiempo se ha mantenido, tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas, un diseño semejante, de cierto tono continuista con el modelo tradicional.

Lo que no puede obviar algunas constataciones que ilustran sobre la existencia de un diseño abierto o flexible. Por un lado, la paulatina irrupción en la organización de algunas Comunidades Autónomas de criterios o reglas de ordenación específicas y novedosas. Por otro, la intensa incorporación al modelo organizativo estatal –y autonómico– de Autoridades Administrativas Independientes que responden, tanto formal como sustantiva o materialmente, a principios y reglas diferentes de los del modelo de Administración tradicional. Al menos, si se recuerda que se incorporan a nuestro sistema, prescindiendo del origen anglosajón y las eventuales causas indirectas que podrían contribuir a la explicación desde esta perspectiva, como consecuencia de previsiones explícitas del Derecho de la Unión Europea, bien como instrumento al servicio de garantizar los procesos de desregulación, privatización y liberalización producidos e impulsados desde la Unión Europea, bien con la finalidad de proteger derechos fundamentales (en especial, el de protección de datos de carácter personal) que potencialmente puede ser vulnerado tanto por Administraciones Públicas como por sujetos privados.

4. La Constitución establece un régimen de Derecho Administrativo caracterizado por la juridificación del ejercicio del Poder Público

- a) La Administración Pública –establece el artículo 103.1– sirven con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a lo que el artículo 106.1 añade que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como e sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Resulta de esta regulación un régimen de Derecho Administrativo, caracterizado por una actuación administrativa finalista, instrumentada en torno a las potestades públicas, y caracterizado por el principio de juridicidad. Sin duda asumiendo la tradición histórica, incorporó un régimen jurídico específico propio de la actuación de las Administraciones Públicas, diferente al que se aplica en las relaciones entre ciudadanos. Como es claro, no es el único modelo (es sustancialmente diferente a la regulación anglosajona) pero conviene recordar que es el que ha recogido el texto constitucional; la observación, obvia, es pertinente para situar la validez de los intentos de modificar el modelo fijado en la Constitución en otras normas, de manera puntual o concreta pero al margen de las garantías exigibles y sobre todo hurtando el exigible debate y decisión sobre el modelo reflejado en la Constitución.

Las Administraciones Públicas se encuentran jurídicamente obligadas a actuar, conforme resulta de las previsiones constitucionales (desde luego, a partir de la cláusula del Estado Social de Derecho) al servicio de los intereses generales. Para ello debe actuar mediante el ejercicio de las potestades públicas que le atribuyan la Constitución y las leyes, de forma que sin la atribución de potestades las Administraciones no pueden actuar. Técnicamente, se integra esta formulación en el denominado principio de legalidad, que explica y justifica la relación de las Administraciones Públicas con el Ordenamiento Jurídico. Aunque realmente es preciso subrayar que la referencia a la «legalidad», que

tiene su origen y justificación en el legicentrismo que incorporó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («la ley es la expresión de la voluntad general» –art. 6-; «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás .../... Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley» –art. 4-; «Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que esta no ordene» –art. 5-) debe reformularse, en el Ordenamiento Constitucional, conforme a un principio de juridicidad, para destacar que la Ley está subordinada a la Constitución (sin perjuicio además de las consecuencias que la adhesión a la Unión Europea y la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos produce al respecto). En la formulación tradicional, la relación que vincula a la Administración con el Ordenamiento Jurídico se instrumenta en torno a la vertiente positiva del principio de legalidad, conforme a la cual la Administración precisa de una habilitación previa (la atribución de la potestad) por parte de la Constitución o de las leyes para poder actuar en una materia o sector (cuando la Constitución impone mandatos de actuación a los poderes públicos, sin establecer reserva de ley, está efectuando la atribución; si establece reserva de ley, la atribución de potestades solo puede efectuarla esta, en el caso de que no se hubiese formulado como una reserva absoluta). Este sistema de relación, que en lo sustancial se mantiene en el Ordenamiento constitucional, ha sido reinterpretado en un caso y por un motivo concretos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: con la finalidad de proteger la autonomía local (tal y como resulta tanto de la Carta Europea como de nuestra regulación interna) ha declarado que es preciso interpretar el principio de legalidad en su acepción o vertiente negativa (conforme a esta, las Administraciones pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley) porque condicionar la regulación de materias de interés local a la previa ley estatal o autonómica restringe la autonomía en la medida en que aquéllos legisladores no actúen; por ello ha

declarado que la regla debe ser, en estos casos y por aquélla razón, la contraria, de forma que solo si el legislador estatal o autonómico considera preciso por razón de interés supralocal que las entidades locales no actúen en una determinada materia deben dictar la correspondiente norma que lo diga expresamente, esto es, que prohíba o limite la regulación local (cfr. la Sentencia TS de 17 de noviembre de 2009, recurso 1147/2008).

- b) Una de las potestades más relevantes en términos generales es la autotutela, que comprende dos clases: declarativa y ejecutiva. Conforme a la primera, que en lo sustancial no ha sido objeto de crítica de fondo alguna, la Administración puede declarar la solución correcta en cada caso en que se plantee un conflicto jurídico en el que tiene atribuida potestad para actuar o intervenir, sin perjuicio del posterior control judicial pleno. Conforme a la segunda, la Administración puede ejecutar forzosamente sus propias decisiones mediante procedimientos de ejecución forzosa, aunque también opere aquí el modelo de control judicial. En este extremo sí se han producido, aunque en mi criterio todavía de forma acabada, algunas modificaciones relevantes. Por un lado, la materialización de algunos derechos fundamentales ha producido consecuencias relevantes sobre aquélla potestad: así, la protección de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2) no permite que para ejecutar sus propios actos la Administración pueda entrar a un domicilio (en el sentido constitucional de la expresión) porque la Constitución solo lo permite, salvo en casos de flagrante delito, cuando existe consentimiento o autorización judicial. Por otro, la ejecutividad de los actos debe acompañarse, con carácter general, a las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva (artículo 24): el Tribunal Constitucional ha explicado, hace años, que la ejecutividad de los actos no es indefectiblemente contraria o incompatible con la tutela judicial cautelar efectiva, siempre que se permita al órgano judicial pronunciarse sobre si se debe o no ejecutar de forma inmediata, antes de la resolución

judicial, el acto o la disposición impugnados. Esto es, que cuando la declaración administrativa ha sido impugnada ante la Jurisdicción, se han solicitado medidas cautelares en el seno del contencioso y de ello tiene conocimiento la Administración, esta no debe ejecutar como regla general su decisión, sino que debe esperar a la decisión judicial sobre tal extremo.

Desde esta perspectiva, es preciso, en mi criterio, reinterpretar el régimen de las medidas cautelares en el contencioso, para subrayar la relevancia de la tutela judicial efectiva, exigiendo una motivación específica para que proceda la ejecución inmediata, y además ponderando adecuadamente las exigencias que derivan del principio *fumus boni iuris*. Es este un extremo de particular relevancia que, insisto, en mi criterio no se encuentra bien resuelto en la realidad de la práctica judicial ni en la propia Ley de la Jurisdicción; sin poder detenerme más en este relevante aspecto, bastará con poner de manifiesto que todavía es habitual encontrar en las resoluciones judiciales una declaración general conforme a la cual la adopción de medidas cautelares en el seno del contencioso es excepcional, porque es una excepción a la regla general de la ejecutividad de las decisiones administrativas; que es una formulación acrítica, meramente repetitiva, de una regla preconstitucional, que no es tal si se considera debidamente la significación del derecho fundamental garantizado en el artículo 24.

- c) El régimen jurídico propio de las Administraciones Públicas no impide que, para la satisfacción de los fines de interés general, aquéllas puedan someter su actuación al Derecho Privado. La previsión del artículo 128.2 (se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica) lo respalda; el protagonismo de los funcionarios públicos no impide, dentro del marco delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la incorporación de personal sometido al Derecho laboral; la propia configuración tradicional de la denominada Administración instrumental permite que algunas personificaciones jurídicas de las Administraciones

territoriales se rijan por Derecho privado; lo mismo sucede con la regulación de los Colegios Profesionales (art. 36).

- d) En todo caso, uno de los grandes esfuerzos y aportaciones de la Constitución es de la juridificación del Poder Público, y en especial del Poder Ejecutivo y en concreto de las Administraciones Públicas. Diseña, en mi criterio, un modelo de actuación administrativa en el que existen mandatos de intervención (existe margen de apreciación en la regulación, e incluso el resultante está supeditado a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea: la referencia a la Directiva Bolkenstein, de libre prestación de servicios, es obligada) conforme a un régimen de potestades exorbitantes con respecto al Derecho común o privado (pero que delimita el régimen jurídico ordinario y propio del giro o tráfico de la actuación administrativa) que se encuentra, en todos sus elementos, juridificado, regido por reglas de Derecho y sometido a control judicial. Refleja de esta forma un entorno de regulación en el que se busca permanentemente un equilibrio entre el ejercicio por parte de las Administraciones de las potestades que tienen atribuidas para la satisfacción de los intereses generales con la exigible actuación sometida y respetuosa con las exigencias del Derecho. Un necesario equilibrio entre fines y medios, con la única finalidad de que la legitimación del ejercicio del Poder no responda únicamente a criterios electivos, de voto o meramente voluntaristas sino que debe quedar embridado en el propio orden jurídico establecido por la Constitución, que es, en definitiva, la cifra de la cláusula del Estado de Derecho.

Al servicio de esta finalidad se encuentran numerosas previsiones y determinaciones en el texto constitucional: la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1), la reiteración del principio de legalidad (arts. 9.3, 25, 103 y 106), la interdicción de la arbitrariedad o la relevancia del carácter finalista de la actuación administrativa (arts. 103 y 106) que

inequívocamente introducen el control de su actuación mediante la técnica de la desviación de poder, entre otras. Todo lo que permite concluir, en este aspecto, en términos necesariamente descriptivos, que el marco constitucional de la actuación administrativa se construye en torno a la atribución de potestades que legitiman su ejercicio en atención a la finalidad perseguida, mediante una ordenación de los medios, e incluso de la determinación de los fines, ajustada a la juridicidad constitucional, siempre bajo un control pleno por parte de la Jurisdicción que no solo pretende garantizar la observancia y cumplimiento de los criterios de actuación fijados en el ordenamiento Jurídico sino también que puedan ser resueltas las discrepancias de manera efectiva (103, 106 y 24).

5. El control judicial pleno de la actuación administrativa

- a) La consecuencia necesaria de la juridificación del Poder es que, siendo preciso sujetar su actuación al Derecho (que en definitiva describe un plan o proyecto de actuación, que remite al plano del deber ser) es imprescindible la regulación y el funcionamiento efectivo de un sistema de control pleno de la actuación administrativa. Que es, en definitiva, lo que consagra el texto constitucional: tras declarar el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, subrayando que debe actuar, siempre, dentro del Ordenamiento Constitucional, establece que toda su actuación, sin excepción, está sujeta al control de la Jurisdicción (de manera preferente, en mi criterio, del orden contencioso administrativo –que aparece constitucionalizado en el artículo 153– aunque no de forma exclusiva). No es admisible constitucionalmente, en consecuencia, que exista alguna zona de actuación administrativa exenta de control judicial (la única exclusión que incorpora la Ley de la Jurisdicción, respecto a los actos confirmatorios o reproducción de otros anteriores que han

adquirido firmeza, no es tal), sin perjuicio de que el alcance o la intensidad del pronunciamiento judicial pueda ser diferente en función del supuesto de hecho.

- b) Conviene añadir, inmediatamente después de lo afirmado, que la formulación de la regla del control judicial pleno de la actuación administrativa constituye la culminación de un proceso histórico, de construcción de las instituciones y sobre todo de formación de las reglas de legitimación del Poder, que no puede desconocerse ni olvidarse. Las reminiscencias del absolutismo se proyectan sobre las vías administrativas previas y sobre la determinación de los criterios de control de la actuación administrativa (en la formulación clásica, juzgar a la administración es también administrar –Thouret–: regla que viene a indicar que la Administración se controla a sí misma; se refleja una –poco– sutil distinción en la formación histórica de las instituciones: la división de poderes inglesa –no es preciso explicar ahora con mayor detalle la existencia de influencias del Reino Unido sobre los revolucionarios franceses– que subrayaba la atribución de funciones diferentes a cada Poder, sin prejuizar o pronunciarse sobre el régimen de relaciones entre ellos, fue sustancialmente modificada en la Declaración de 1789, al convertir la significación de la división inglesa por la separación de poderes (conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Declaración, que se considera tradicionalmente una definición de qué es una Constitución, «una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»): sobre la constatación del mandato de atribución de funciones diferentes, añadió una regla o consecuencia añadida, conforme a la cual se imponía una suerte de compartimentalización entre funciones, que impedirían que un Poder pudiese entrometerse en el ámbito de actuación de otro (así, la primera Ley del Poder Judicial posterior a la Declaración tipificó, nada menos, que como delito de prevaricación el comportamiento de un Juez que afectase a decisiones adoptadas por otros Poderes).

Situado en estos términos, la regla del control judicial pleno de la actuación administrativa se proyecta sobre una realidad previa, que identifica un ámbito competencial (tanto por razón de la materia, como por razón del orden temporal de la actuación) propio de las Administraciones Públicas, que obliga a posibilitar la actuación de estas con carácter previo a la materialización efectiva de la intervención judicial de control. Si bien se mira, una consecuencia del principio de autotutela.

- c) Esta articulación en el ejercicio de las potestades atribuidas a uno y otro Poder público produce consecuencias sobre la delimitación del ámbito de control judicial de la actuación administrativa, que tradicionalmente se ha construido en torno al mito del carácter revisor de la Jurisdicción, y que en sus formulaciones más extremas han limitado, artificiosamente, el alcance del control judicial. En la actualidad, y conforme a una doctrina jurisprudencial plenamente admisible (aunque no compartida por todos los órganos de la Jurisdicción, sorprendentemente) el dogma del carácter revisor de la Jurisdicción ya no establece que el contencioso sea un proceso al acto, sino un proceso con motivo de un acto administrativo, que permite el control plena de la actuación administrativa (en toda su extensión) cuando la Administración ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una concreta cuestión, aunque no lo haya hecho o lo haya hecho indebidamente.
- d) En este entorno, sigue planteando problemas el control de la inactividad material de los poderes públicos. Siendo cierto, y evidente, que la actividad administrativa descansa en la elección o adopción de decisiones partiendo de recursos escasos, también lo es que en el orden constitucional los mandatos de actuaciones delimitan y constriñen el abstracto ámbito de actuación y elección de las Administraciones. La realidad normativa y jurisprudencial refleja un escaso nivel de control de la inactividad material: tanto en los casos en los que la Constitución impone mandatos de actuación como en los casos en los que se especifica la existencia de una vía

procesal de reacción (así, en los artículos 18.1g LBRL y 30 LJCA, cuya interpretación jurisprudencial ha dificultado notablemente), por no aludir a los supuestos (que una incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo está tratando de afrontar) de inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

- e) Los importantes aspectos de regulación del sistema que tiende hacia la efectividad de las resoluciones judiciales (el sistema de ejecución de sentencias) no plantea, al menos en sede de principios y de regulación, grandes problemas, tras una notable evolución en la construcción y aplicación de los principios y reglas. Aunque sigan planteándose problemas, desde la perspectiva del control pleno de la actuación administrativa conforme al 24, algunos problemas relevantes en el plano interpretativo y aplicativo (por ejemplo, la interpretación del 108.3 LJCA; los efectos de las sentencias anulatorias por falta de motivación, entre otros ejemplos).

6. La formulación del principio de responsabilidad de los poderes públicos

Un complemento imprescindible de la juridificación del Poder se encuentra en el establecimiento de un sistema efectivo de responsabilidad. Frente al modelo más cercano al absolutismo (lo propio de la soberanía es imponerse sin compensación) y siguiendo a la formulación de un clásico en el Derecho francés (que venía a indicar que, frente a la atribución de potestades exorbitantes a la Administración, era preciso reconocer un sistema de control judicial y un sistema de responsabilidad patrimonial como medio para controlar, como si de dos bridas se tratase, la actividad de un caballo.

La Constitución establece un principio de responsabilidad de los poderes públicos (art.9.3) que en mi criterio no establece un régimen de responsabilidad extracontractual de todos ellos. Pero sí lo hace con respecto a la Administración, en los términos del artículo 106.2, heredero indiscutible de la formulación clásica contenida en la Ley de Expropiación Forzosa. La regla de la responsabilidad se ha proyectado

sobre otros poderes públicos (en el caso del Legislador, planteando la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a las leyes inconstitucionales un problema evidente de Jurisdicción competente; y reconociéndose, al menos en el plano teórico, su aplicabilidad sobre otros órganos constitucionales, especialmente sobre el Tribunal Constitucional y sobre el Defensor del Pueblo).

7. El principio de transparencia

La Constitución ha consagrado «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» (art. 105.b). La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa (que la Ley 6/97, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, ha reconocido expresamente como uno de los que disciplinan su actuación –art. 3.2.g–); la jurisprudencia española ha hecho notar que la Constitución establece «la imagen de una Administración pública auténticamente democrática», fijando para ello el denominador común en el art. 105, que «consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática» (STS de 19 de mayo de 1988).

Su importancia, por ello, es destacable; constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas. Sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prestacional de las Administraciones Públicas, y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado Social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquél principio.

IV. Una consideración conclusiva

La ordenación constitucional del Gobierno y la Administración refleja un relevante equilibrio entre tradición y modernidad; establece un modelo de división de poderes con equilibrios y garantías, que impone pautas de actuación a la Administración delimitado y condicionado por su juridicidad. Refleja un modelo abierto y flexible, en el que tienen cabida opciones diversas (incluidas las que correspondan mediante los procedimientos de reforma constitucional) siempre que respeten los principios y reglas que delimitan el ámbito de actuación de los poderes constituidos. Posiblemente, un modelo de regulación constitucional muy adecuado a la finalidad de mantener una regulación adaptable y susceptible de adecuación a las nuevas necesidades, siempre que se reflejen en el exigible consenso para modificar la norma constitucional, y entre las que se incluyen nuevas circunstancias imprevisibles (la sustancial crisis económica que seguimos padeciendo) o previsibles (derivadas, por ejemplo, de la adhesión al Derecho de la Unión Europea).

