

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

SITUACION CUALIFICADA DEL
STATUS DE LA ADMINISTRACION
EN EL PROCESO
CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

Discurso leído el día 21 de abril de 1970,
en la solemne sesión de ingreso del académico

EXCMO. SEÑOR

D. JUAN MORROS SARDÁ

y contestación del

ILTMO. SEÑOR

D. CARLOS GOMEZ CARRERA



LA CORUÑA

1971

1971

1971

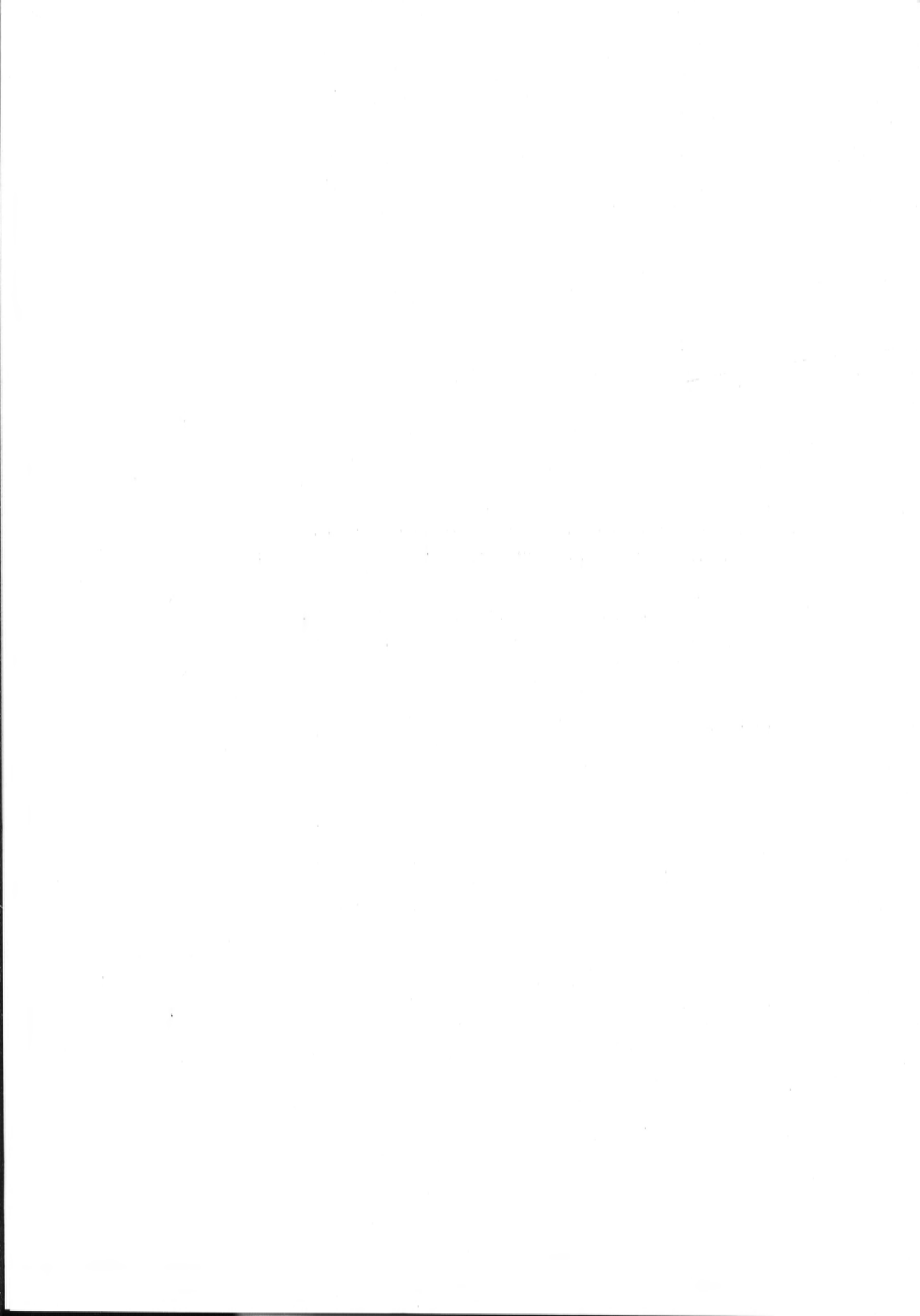
1971

DEPÓSITO LEGAL: C - 427 - 1971

Imp. MORET - M. de Amboage, 16 - La Coruña. 1971

I N D I C E

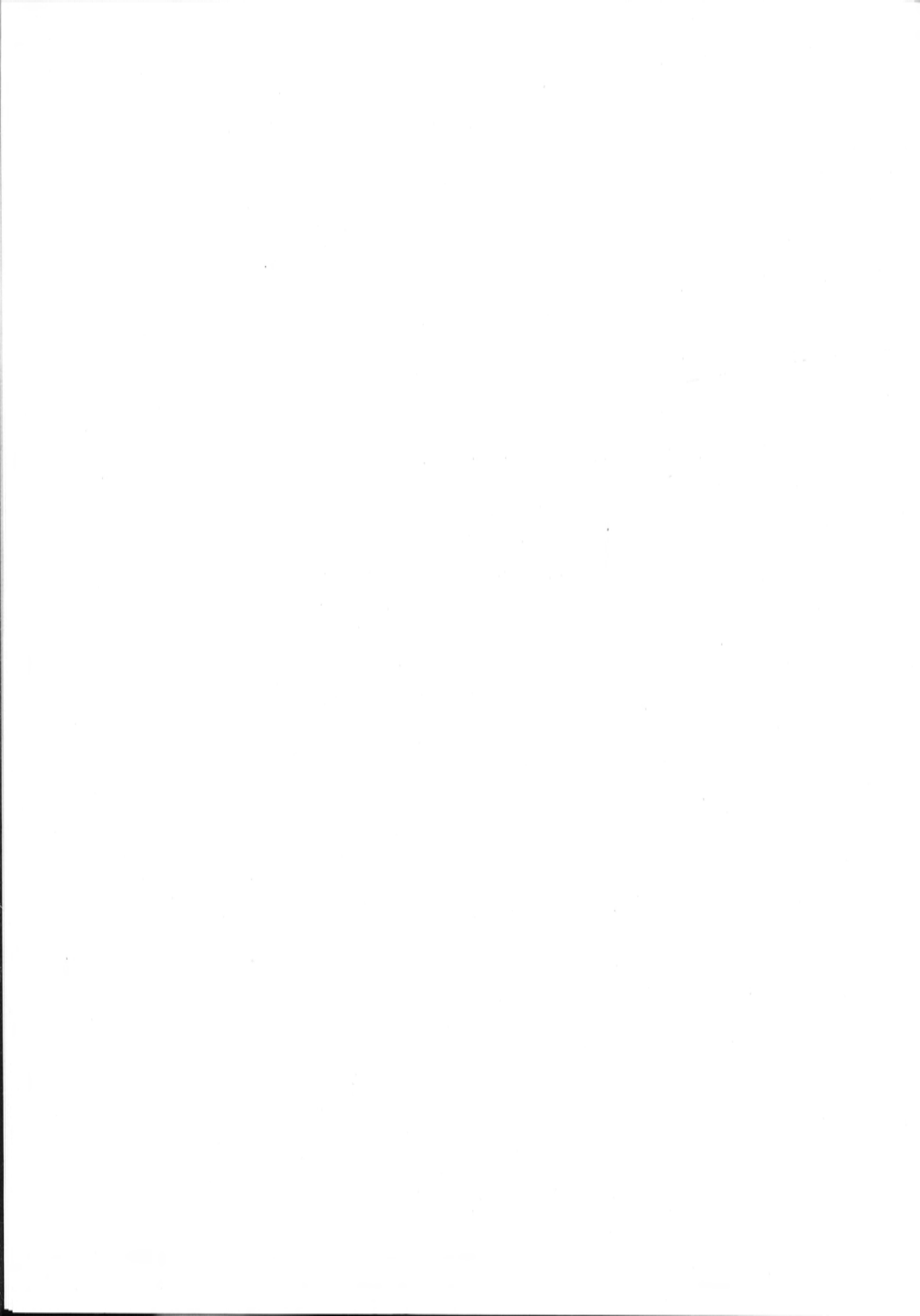
| | <u>PÁGINA</u> |
|--|---------------|
| JUAN MORROS SARDÁ «Situación cualificada del Status de la Administración en el proceso Contencioso-Administrativo | 9 |
| CARLOS GÓMEZ CARRERA Contestación al discurso de ingreso del Excmo. señor don Juan Morros Sardá | 61 |
| INDICE SISTEMÁTICO | 71 |



DISCURSO

DEL EXCMO. SEÑOR

D. JUAN MORROS SARDÁ



Excmo. Sr. Presidente:

Excmos. Sres. Académicos:

Excmos. e Ilmos. Señores:

Señoras y Señores:

No hace mucho tiempo, decía yo también en el ámbito de esta misma Sala y en una tarde solemne que enmarca un jalón de orgullo en mi vida, que en no sé que viejo rincón de un pasaje filosófico había leído aquello de que en la vida de un hombre existía una hora feliz, una hora sin minutos, inmensa en un instante, aquella hora en que se consigue lo que durante mucho tiempo fue una bella ambición.

Lo decía, para subjetivarme en tal marco del pensar filosófico, en aquel instante en que el Excmo. Sr. Ministro de Justicia acababa de orlar mi cuello con el collar que me distinguía como miembro con la Cruz de Honor, de la Orden de San Raimundo de Peñafort, uno de los máximos galardones que se concede a los que se considera acreedores, por su dedicación y amor a la Justicia. Lo decía en aquel instante, y momentos después de haberme visto también envuelto no ya en frases laudatorias del Ministro, sino en un bello panegírico que en loor a mi persona entonó nuestro Ilustre Decano, por lo que realmente el panegírico, en el contenido de su belleza, indudablemente tenía mucho más de afecto que de juicio exacto.

Creía sinceramente que aquélla sería la ocasión única de mi

vida que motivaría la evocación del pensamiento filosófico que acabo de citar.

Pero otra vez mucho más que mis méritos, aún cuando no quiera menospreciar éstos pues ello sería tachar de injustos a los que me apoyaron, pero tanto o más que ellos, el cariño del gran amigo hoy como Presidente de esta Academia, es otra vez el responsable de que se repita para mí el encuadre de la cita específica sintiéndome nuevamente inmensado en esa hora sin minutos en que como el filósofo decía se consigue lo que durante mucho tiempo fue una bella ambición. La de ayer era ser Miembro en escala de alto honor de una de las Ordenes máspreciadas, la de hoy, es sentarme en el sillón de una Academia de Legislación y Jurisprudencia y leer mi Discurso de Ingreso ante un auditorio que tanto me honra.

Sin embargo, quizá hoy la emotividad sea aún más fuerte. Porque si ayer y hoy tienen como presidencia común la Justicia, permitidme monologar considerando que hoy además de la Justicia honro a mis seres queridos que ocupantes en la vida intelectual de Universitarios de puestos de privilegio, exigían e intranquilizaban mi vida con la emulación de sus propias posturas.

Soy miembro de una familia de Universitarios, Catedráticos, de hombres de Ciencia. Mi buen padre, dos veces Doctor y Jefe de Sanidad en la provincia leonesa, sin embargo colocaba en todo momento como la mayor vocación y los instantes de más interés en su vida, aquellos en que desde su Cátedra de Patología Especial y Terapéutica, irradiaba su enseñanza sobre el alumnado.

Y fueron tres los hermanos de mi propio apellido, los que vistieron la muceta también de Catedráticos. De ellos, una es mujer, Doctora en Ciencias Naturales que proyecta su enseñanza sobre los futuros titulares del Magisterio Español, y de los tres, dos de ellos, repito, aún se mantienen en esta labor. Otro de ellos, el mayor de nosotros, lo llamó Dios a su seno, cuando sólo con 60 años llegaba al cénit de su colaboración en la Ciencia de la Biología para bien de la humanidad. Es quizá por él por quien en este momento tengo un mayor embargo de felicidad. Porque al ser llamado por la Providencia para ocupar el puesto que le haya designado, dejaba en la historia entre otros puestos vacantes, dos sillones de Academia, uno en la

Real Academia de Medicina de Madrid, y otro en la Real Academia de Farmacia también de la capital de España.

Mi ambición era siempre sustituirle. No he podido hacerlo en sus propios sillones porque mi actividad pertenece a una disciplina distinta, pero sin embargo, la cuenta de noble ambición está saldada, y vosotros me perdonareis esta vanidad considerando que, aún cuando haya sido empujado por alas de afecto y de cariño, al ocupar el sillón de Académico de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, me encuentro viviendo quizá con más intensidad que la vez pasada, esa hora inmensa de que hablaba el filósofo en que en un instante se consigue lo que durante mucho tiempo fue una bella ambición.

Con este hábito de espíritu, señoras y señores, me siento pues en el sillón de Académico y en cumplimiento del mandato ordenacista, pido vuestra benevolencia y vuestro perdón para escuchar mi Discurso de ingreso, en el que he procurado poner mi mejor saber y mi vocación más tierna.

No oculto el honor y la satisfacción que me produce, romper en este mi Discurso de ingreso, una lanza más en pro de la postura de la Administración Pública en el Proceso Contencioso.

Perdonadme si en el curso de esta lectura tengo algún momento de exaltación, en loor a razones que he de exponeros. Y conste que tengo como credencial de toda mi vida, que por cierto me ha producido amargas situaciones, una defensa a ultranza de las libertades individuales y de los principios democráticos, en cuanto son compatibles con la recia postura de un Poder Administrativo. Pero es que la Administración es para mí, como una especie de amante a la que me encuentro unido desde hace ya muchos años.

Era yo un mozo de 21 años, cuando hice ante el Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Lugo, mis primeras armas judiciales. Por primera vez en aquel día memorable, envolví mi cuerpo con la Toga sobre cuyo pecho ostentaba la placa de Fiscal de lo Contencioso-Administrativo. Acababa de tomar posesión de mi Cargo de Abogado del Estado, e iba a informar en el primer asunto que me hacía subir a Estrados.

No me olvidaré nunca; se trataba del Recurso Contencioso de un Ayuntamiento, trasladando la capitalidad a punto distin-

to. Y desde entonces, han transcurrido muchos años, se han vuelto viejos los pliegues de aquella Toga que envolvía mi cuerpo de los 21 años, y lo que es peor, me he comenzado a volver viejo yo, ya que no en balde los años dejan muchos signos en su transcurso.

Sin embargo, durante el curso de todos ellos, la Administración y yo hemos permanecido estrecha y entusiásticamente unidos. Unas veces, he sido un consejero, aconsejándola con el mejor celo y la máxima lealtad y desvelo, y con el máximo también de los entusiasmos. Y cuando me correspondía no ya aconsejarla sino defenderla contra un ataque judicial que se le dirigía, incluso a veces contra un acto que había pronunciado en virtud de mi asesoramiento, era cuando me daba cuenta de todo lo que la Administración significaba y me dolía que en este combate contra la Administración, nos olvidásemos un poco de su postura merecida de consideración, compatible siempre, naturalmente, con el derecho individual que la Administración debe respetar.

Fue entonces cuando concebí la idea, que hoy, la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación con el alto honor que me hace en la exigencia de un Discurso para el asiento definitivo de mi sillón de Académico, me da la ocasión de plasmarla en esta disertación que ya sé que no puede significar nada nuevo para vosotros, ya que todo os es harto conocido, pero que me permite una revisión de lo situado a través del ángulo de examen experimental.

El tema lo consideramos de gran interés. A mi modo de ver, en todo el planteamiento de nuestra Ley Jurisdiccional hay una auténtica manía procesalista de tratar de reconducir el Recurso Contencioso a los esquemas de un juicio declarativo. Que tal sea el intento de los redactores de nuestra Ley, no parece ser difícil afirmarlo. Así se deduce de toda ella y expresamente se confiesa en su exposición de motivos. Este planteamiento, incide de un modo fundamental en la configuración de la Administración como una parte más. Y es aquí donde yo quiero elegir la parte más esencial de mi exaltación discursiva. Porque entiendo que esto realmente es lo que resulta discutible, bien entendido que me parece necesario salir al paso del equívoco que se pretenda diciendo que esa situación excepcional que para la Administración podamos recabar, atenta contra el sometimiento

de la misma al Derecho. En modo alguno. El principio de legalidad, la sumisión de la Administración al Derecho, no quiebra porque en el proceso la Administración tenga una configuración especial. Si el Derecho Administrativo es en cierto modo un derecho de excepción, ¿cómo no va a ser también en cierto modo excepcional la postura que deberá recibir la Administración en el proceso típico al que ella se somete?

Desde el punto de vista histórico, entiendo que no hay dificultad ninguna en el sostenimiento de esta tesis. Jamás se configuró al Abogado del Estado defensor de la Administración como Abogado de una parte en un proceso civil. Su consideración anterior como Ministerio Público, es perfectamente expresiva en orden a la tesis que vamos a sustentar, y de ello hemos de sacar conclusiones de evidente interés. Por eso hoy, y repetimos, sin que creamos menoscabar en lo más mínimo el derecho amplio, amplísimo y sin cortapisa para la defensa ante los tribunales de los derechos individuales, hoy en que entendemos que se ha olvidado un poco de esta postura privilegiada que la Administración debe poseer, hemos querido aprovechar la ocasión de este Discurso, para a través de una exégesis histórica y de un análisis doctrinal, dejar bien definido en él, lo que es la Administración, lo que significa dentro del proceso y la consideración que dentro del proceso debe tener.

Vayamos a ello, en el sentido más breve posible, para no cansar innecesariamente vuestra bondadosa atención.

ADMINISTRACION Y ESTADO DE DERECHO

Bien estará recordar que los que somos hoy paladines de la Administración en el proceso Contencioso-Administrativo, nos presentamos en su nombre con ese sentido noble del viejo aristócrata medieval, que Señor ayer de vidas y haciendas, sin embargo haya renunciado a todo, más o menos empujado es cierto por movimientos populares, pero colocándose a la altura del último de sus vasallos. ¿No merecía este Señor en el diálogo de los vasallos al que él colocó en plano de igualdad un sentido del máximo respeto y de la consideración mínima? Pues de ahí

la postura única de cualificación que podíamos pedir para la Administración dentro del proceso.

El estado de derecho, soporte hoy de la convivencia jurídica en las naciones avanzadas y al que luego haremos referencia y exposición concreta, ha sido posible precisamente porque la Administración ha efectuado una cesión pura y simple de sus privilegios que supuso, nacimiento tras nacimiento, facultades y respeto de los derechos individuales. Y en buena hora sean venidos.

No pretendemos hacer una referencia histórica y científica de este recuerdo de la renuncia de la Administración que provocó el «estado de derecho». En este momento sólo quiero resaltar que el nacimiento de este estado sólo ha sido posible merced a la postura adoptada por la Administración Pública, siquiera no olvidemos la concurrencia de otros factores histórico-políticos de los que no se podrá huir.

Desde un punto de vista personal, constituye un honor de mi vida, mi postura de defensor de la Administración. Y bien estará recordar que el Cuerpo a que me honro pertenecer no es precisamente un Cuerpo ubicado en esta postura única de representar y defender a la Administración. Administración y Estado son cosas distintas y los Abogados del Estado, representantes y defensores de la Administración, somos también Letrados del Estado al que defendemos en actuaciones completamente independientes de la Administración e incluso enfrentándonos con la Administración misma en aquellos casos en que el Estado se encuentra lesionado por los Actos Administrativos. Somos nosotros los que interponemos y defendemos los Recursos de Lesividad, es decir, la impugnación por lesividad de los actos administrativos. Me interesa este resalte, para que no se vea a través de este Discurso y en mi postura exaltante de la Administración, una condición de vasallaje o de dependencia, sino una pura visión científica de las cuestiones que he de plantear.

No nos olvidemos que el Estado sin pérdida ninguna de su unidad es simultáneamente el creador del derecho y el garantizador del mismo, pero a la par el Estado es también destinatario o sujeto del derecho mismo que ha creado. Es en esta postura donde el Estado se identifica con otras personas físicas o jurídicas. El derecho de la Administración es el Derecho Ad-

ministrativo, pero éste no es todo el derecho; si se quiere es el más amplio, el que puede tener incluso, como dice Parada Vázquez, más títulos incluso que el Derecho Civil para ser considerado derecho de primacía. Ciertamente que en Derecho Administrativo es donde la norma de garantía jurídica opera con gran intensidad en favor del Estado y con gran debilidad en favor del particular que en esa norma con él se relaciona, pero precisamente el propio Derecho Administrativo y la Administración con su aquiescencia son los que han permitido que esta garantía estatal no sea tan intensa como para ahogar los derechos individuales; y es precisamente por esto que el Estado algunas veces considerando que la Administración se olvida de esta supremacía de garantías estatales y se inclina demasiado a favor de los particulares, cuando nos manda a los Abogados del Estado que impugnemos sus actos, previa proclamación gubernamentalmente pública de su lesividad.

Quedo pues presentado simultáneamente como defensor y como atacante de la Administración y ello creo que me lava de cualquier sospecha de impureza y parcialidad de los asertos y defensa que en pro de la Administración haya que realizar a través de este Discurso.

Hubo, es verdad, un inicio de confusión total entre el Estado y la Administración. Más adelante en la referencia histórica y científica seremos más precisos. Recordamos ahora simplemente que Aristóteles o Platón tienen que hablar de «bienestar del súbdito» para empezar a atacar el absolutismo administrativo estatal, y recordemos que toda nuestra literatura jurídica, desde la Edad Media, se ha preocupado al tratar de las obligaciones que tienen los Reyes para con los Súbditos, de la obligación de hacer el bien y de procurar la felicidad. Es decir, que nos estamos remontando a través de la historia, incluso de la Edad Media y vemos que se acude más a bases morales que jurídicas para exaltar los derechos individuales. Son simples máximas de gobierno como principio general. Si viviésemos pues en esta época no tendríamos que hacer estos distingos que hoy hacemos para justificar nuestra pureza e imparcialidad en este Discurso, y bien está pues con ello el recuerdo.

Pero después el absolutismo se desmorona, el Rey o Jefe del

Estado como condensador de un poder único se esfuma, se abre el portillo del principio de la División de Poderes, y con ello el desgaje de la Administración comienza. Este principio de la división de poderes a diferencia de otros de la ciencia política, tiene un autor perfectamente conocido como apunta acertadamente Garrido Falla. Es ciertamente Montesquieu quien formula su teoría, pero no es el creador del fenómeno, puesto que la legalidad política de los diferentes Estados ya se venía aproximando a él desde tiempos anteriores, y si Montesquieu formuló su teoría, lo hizo después de observar la práctica política inglesa, no olvidándose tampoco de que el «ancien régime» francés había contemplado ya la independencia del Poder judicial, y con ello la División de Poderes había comenzado.

La división de poderes como reconoce Garrido es una reminiscencia del Estado dualista medieval; las Cortes Medievales en su lucha contra la corona van arreglando un conjunto de prerrogativas y facultades que las convierten en Parlamentos; así nace el Parlamento Inglés y ésta es la explicación del espejismo que sufren nuestros hombres de Cádiz cuando en 1812 creían restablecer las viejas Cortes Castellanas y las Aragonesas.

Si hoy pues simultáneamente visto mi toga para defender al Estado y para defender a la Administración en dos situaciones totalmente independientes e incluso enfrentadas, me interesa por ello recordar en la postura de exaltación y defensa de la Administración, que esto se produce merced al triunfo del principio de división de poderes y que en esta división de poderes ha existido un proceso de desgajamiento de la Administración que un día estaba integrada en aquella unidad que la confundía con el Estado absolutista mismo, para constituirse en un ente independiente, y precisamente para poder ser objeto de un control independiente también. Porque me interesa para el objetivo de este Discurso que recuerde que la Administración que va a ser parte en un proceso contencioso-administrativo tiene en este árbol genealógico el haber sido un día dueña y señora de la situación y haberse identificado con un soberano de soberanía plena, y en cambio en un instante merced a máximas políticas, provocó su separación del absolutismo, creó ella misma un derecho administrativo y en él estableció la garantía de los ciudadanos frente a sus propios actos administrativos.

Ciertamente que no podemos desconocer que esto no es fruto exclusivo de una generosidad de la Administración.

Ciertamente que toda esta evolución que va desde un absolutismo ególatra del poder a la división de poderes y a la amplia proclamación de un derecho subjetivo, hemos de rendirnos a que es el feliz resultado de un planteamiento político más hondo, cuya consecuencia no podía negarse a reconocer el propio Estado. Es exacto que movimientos populares e incluso traumas revolucionarios, influyeron decididamente en este cambio de situación jurídica, pero lo exacto es también que la Administración en la evolución histórica cede en sus posturas, y justo es que en reciprocidad a su cesión en la perspectiva de la proyección actual, hayamos de reconocerle una postura cualificada dentro de la órbita de la relación jurídica de derecho público.

En la división de poderes de Montesquieu, la Administración desaparece del poder legislativo y del poder judicial. Pero incluso no quiere alojarse la Administración exclusivamente en el poder ejecutivo. El poder ejecutivo, nos recuerda también Garrido, tiene una función de gobierno que no debe rozar a la Administración, se diluye en la Administración, pero queda sometido al poder Legislativo. Es decir, la Administración que se somete a la Ley no es un poder ejecutor de la Ley, sino una creación de la Ley misma. Pues precisamente como decíamos dentro del poder ejecutivo entra la función de gobierno que escapa de este dogma, y de nuestro ámbito jurídico.

Y es que el Estado de derecho ha nacido y la Administración contribuyó a su nacimiento con esta sumisión al poder legislativo, y dentro del ejecutivo la Administración quiere también separarse y se separa de la esfera de gobierno. La esfera de gobierno tiene normas variables fluctuantes, distintas de cada momento histórico, normas que Guicciardí ha denominado «normas de acción», pero estas «normas de acción» dictadas para actos de gobierno, no son las normas administrativas que tienen como objetivo los derechos subjetivos de los particulares. Aquéllas, las de gobierno, miran naturalmente hacia el interés nacional, en cambio las administrativas mirando también al interés público, no pierden de vista los derechos subjetivos y la defensa de los mismos frente a los actos propios de gobierno. Y como de esta separación de poderes y de este acata-

miento que la Administración presta a la Ley, se ha venido a la consecuencia de que todo ello sea verificable ante los Tribunales desde que la lesión de los derechos subjetivos aparezca, véase si no estoy en lo exacto al presentar a la Administración con el olvido de su postura absolutista de ayer como firme colaboradora a la creación del llamado «estado de derecho».

La Administración de hoy pues, que nosotros representamos, sin perder la genealogía de su origen, está desgajada, separada de un poder legislativo al que se somete en regulación, y de un poder ejecutivo de cuyo núcleo, es verdad forma parte pero sin identificarse con él ni hacerse solidaria de actos de gobierno, y de un poder judicial al que incluso se somete voluntariamente para la resolución de los ataques de que se le haga objeto cuando se entiende que ha herido derechos subjetivos o quebrantado normas. Bien está todo ello, pero sigue siendo Administración. No solamente nos merece el respeto de su pasado, sino la alta consideración de su contenido. No es el Estado mismo, pero es la titular de los bienes del Estado, la que dispone de los que el Estado pueda heredar, la que contrata con los particulares, la que regula los servicios, la que permite la vida y la actividad estatal interna. En una palabra, que aunque dentro del Estado se diferencian los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, y la Administración no sea ninguno de ellos, es precisamente ella la que tiene quizá la más recia personalidad jurídica y por ello se la llama la *Administración del Estado*.

El Status de la Administración pues, en el recurso Contencioso-Administrativo cuando va a comparecer para ser enjuiciada, es justo que tenga una situación cualificada, y a que la opinión jurídica no se olvide de ello, he querido yo contribuir con mi modesto aserto, aprovechando la feliz ocasión que me ofrenda este acto de mi Academia.

Y fijémonos bien que nos referimos a la Administración del Estado como Ente, no a ninguno de sus organismos. En el proceso contencioso-administrativo no se pide un Status cualificado ni para un Ministerio, ni para un Gobierno Civil, ni para una Delegación Provincial, ni para unos Ayuntamientos, ni para unas Diputaciones. Cuando defendemos al interés particular del Organismo, defendemos la Administración como ente superior y genérico, y es para esta Administración para la que el Status de cualificación debe ser proclamado. Para esta Admi-

nistración que, cual dice Martín Retortillo, se concibe como una única pantalla detrás de la cual hay que considerar realidades históricas muy distantes. Hoy la Administración es la Marina y el Ejército, y la Hacienda, y la Organización Exterior, y el Patrimonio y las Rentas. Hoy la Administración afecta tanto al Ministerio de Justicia, como al de Gobernación o al de Industria. No es el Estado mismo, pero su ámbito es ampliado considerablemente y su ampliación repercute en el ámbito de la ingerencia judicial de lo contencioso-administrativo. Y quien tiene esta personalidad y quien tiene este contenido, tiene que tener dentro de este último su Status de cualificación.

INTERES PUBLICO Y DERECHO SUBJETIVO

Es esta Administración pues, que se va a enfrentar en un proceso contencioso con el particular, como ente separado de cualquier Organismo en que incida su proyección, a la que representamos y para la que pedimos el Status específico. Volvemos a recordar que ha sido en loor al estado de derecho que se ha permitido este enfrentamiento, enfrentamiento que mantenemos sin menoscabo, pero sin olvidarnos que respaldando a cada uno de los dos sujetos enfrentados, hay dos intereses distintos, el público y el privado, ya que como último límite de toda actuación administrativa está este fin siempre del interés público.

Claro que se nos puede preguntar ¿y qué es esto de interés público? El interés público es algo con contenido variable; el régimen político puede motivar que lo que sea interés público hoy, no sea interés público mañana, es como dice García Trevijano un Status móvil, un objeto o válvula contingente y que varía en relación con el momento, el lugar y las circunstancias, pero cualquiera que sea el contenido en cualquier instante del interés público, lo que representa siempre es un interés de terceros.

Es decir, que en el proceso contencioso-administrativo, de un lado está el particular defendiendo un interés suyo, y de otro lado la Administración defendiendo no un interés suyo sino un interés de terceros de una colectividad que en aquel momento

concreto por afectar a estos terceros en colectividad tal, se llama interés público.

Fue Jellineck el que distinguió los diversos Status en los que pueden encontrarse estos terceros, es decir, los ciudadanos y colectividad respecto al Estado y fue Jellineck el que proclamó que el verdadero derecho público subjetivo se dirige siempre al reconocimiento de uno de estos Status.

Hay veces que el ciudadano no es más que un súbdito al que no le corresponde sino someterse a la voluntad del Estado. Entonces el interés público es sólo esa voluntad estatal que el ciudadano no puede discutir en loor a un beneficio de un interés colectivo frente al cual el individual debe quedar postergado.

Pero naturalmente, en un estado de derecho esta órbita de absolutismo es limitada y la autolimitación que el Estado se traza marca ya el derecho subjetivo en cuanto el órgano del Estado pueda actuar fuera de la órbita preestablecida. El interés público se desplaza pues ya de la esfera netamente objetiva para entrar en la esfera de la colectividad nacional y ahora el interés no está en el organismo ejecutivo sino en el apoyo del individuo para que su derecho prerreconocido se respete.

Pero no termina aquí la situación de organismos e individuos para medir el interés público en relación con el derecho subjetivo.

El súbdito o ciudadano, puede estar facultado para solicitar y obtener con arreglo a las Leyes un algo de los Organismos administrativos. La observancia o no observancia por los Organismos de esa petición es también el interés público, incluso la resolución del conflicto que puede surgir entre dos individuos que acuden simultáneamente con la aspiración a la obtención de ese algo que solo puede ser concedido a uno de ellos.

Estas situaciones, Status las llama Jellineck, marcan la postura de la Administración y de los Tribunales. Los Tribunales Contencioso-Administrativos, serán los que definirán el interés público en cada caso. La Administración por medio de su representación jurídica será la que abogue porque la postura adoptada por el Organismo ejecutivo se mantenga, si entiende efectivamente que tal mantenimiento vibra acorde con lo que es interés público en cada caso o allanándose ante la propia petición de respeto al interés público si la lesión es evidente. Y serán los Tribunales después de esta abogación los que resolverán

y puntualizarán donde está el interés público, si en el mantenimiento del acto administrativo, o en su rectificación, pero la Administración en su postura al lado de los Tribunales, matizará y resaltará las facetas de ese interés. Preguntamos nuevamente ¿quién así actúa debe tener la personalidad de una simple parte cual el litigante que en un proceso civil discute con otro un derecho netamente individual?

Véase pues, que en este Status partimos como dice Santi Romano de un individuo que anulado en personalidad en el Estado ante el absolutismo, merced a una evolución Estatal por escalones sucesivos, fue llegando al más amplio engrandecimiento de la voluntad individual que revestida de poderes soberanos se transforma en voluntad del Estado mismo. Y fue la propia Administración la que ha permitido este escalonamiento, colocando ella su interés fuera de los Organismos ejecutivos y al lado del individuo, sometiendo al Tribunal Contencioso cualquier discordia interpretativa. Distinta a una mera parte de proceso es pues la Administración en una sana situación doctrinal, en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y la Administración incluso, como decíamos, en el proceso contencioso no solamente ha de enfrentarse a veces con un interés individual defendiendo intereses públicos, sino que otras veces estos intereses públicos se identifican con un interés individual frente a otro interés individual, como ocurre por ejemplo en el caso de la impugnación por un particular de un nombramiento administrativo de otro particular, en que la Administración apoya al nombrado no por él sino porque el interés colectivo coincide en este caso con el nombramiento, frente al interés netamente individual de impugnador. E incluso otras terceras veces puede parecer que la Administración y el particular sustentan solo derechos individuales porque el particular por ejemplo busca el reclamar algo económico que la Administración le niega; pero la Administración al negarle y discutirle no defiende su patrimonio como ente sino que defiende el interés colectivo. Véase por ejemplo el caso corriente en que como equivalencia a un derecho civil individual, existe una indemnización de daños y perjuicios; el quantum de esa indemnización es para el particular algo netamente individual, para la Administración no es lo interesante la base económica en sí, sino el principio público de que el perjuicio no resulte indemnizado

más allá de lo que la colectividad tiene que indemnizar. Este es el caso de los procedimientos de expropiación forzosa en que enfrentándose un particular no con el Estado que expropia, sino con una Empresa que goza de protección estatal, es decir, del beneficio de expropiación en razón a su interés público, el particular disconforme con el precio que le señala por su expropiación recurre a la esfera contenciosa; y la Administración comparece en la esfera contenciosa no para defender el caudal de la empresa beneficiaria con la expropiación, sino para defender el principio colectivo de garantía de sus intereses públicos que no permite que se conceda al interés privado nada más allá de lo que deba representar la compensación del derecho que se ha privado.

Los que representamos a la Administración dentro del marco jurídico, no podemos jamás ser motejados como servidores a ultranza.

Nos jactamos de no perder jamás nuestro sentido de juridicidad. Lo que ocurre es que el último interés de toda actuación administrativa está en el fin para el cual actúa, y este fin es siempre el interés público. Y que no se acuse como acertadamente apunta el Profesor Trevijano a este interés público de ser una especie de fantasma adaptado a cada conveniencia, ya que nadie sabe en un momento determinado lo que es el interés público ni quién tiene que definirlo.

Quien tiene que decir lo que es el interés público en cada momento no somos los defensores de la Administración que en principio abogamos por la concurrencia del interés en aquel acto que se impugna. Pero quien tiene que precisar el matiz del interés público en cada caso, eso depende de cada régimen político. Puede ser el Organismo Legislativo, los ejecutivos e incluso los judiciales.

Las circunstancias del momento, del hecho y del lugar, serán por ello factores para su determinación.

Lo que sí sentamos es que nosotros y hasta que se define por quien corresponda donde radica en el acto discutido el interés público, mantendremos la postura de la Administración, pero con ello no seremos una mera parte litigante que defiende esa postura como quien defiende la bolsa o los bienes del liti-

gante privado, mendigando por un interés particular; ni seremos los que abogemos por una posible postura antijurídica, sino por el contrario estamos velando, hasta que no se nos diga que no hay interés público, por ese interés público que es el interés de unos terceros, que en definitiva es el interés de todos, no, como dice Trevijano, la suma de intereses individuales, sino un conjunto genérico de ellos. Por eso queremos para la Administración el Status cualificado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello rematamos este capítulo, repitiendo y sintetizando, que gracias al principio de la división de poderes, la Administración que ayer era un Poder único identificado con la concepción de soberanía, hoy se ha desgajado del legislativo, es decir, de la creación de la norma y de lo judicial, es decir, de la resolución de la controversia, e incluso de la esfera netamente de gobierno político que entra en el ejecutivo. Pero en esta postura en que la Administración ha quedado separada de los tres poderes, tiene una personalidad tan acusada que no podemos desconocérsela cuando comparece en la esfera discursiva de lo contencioso-administrativo.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Y aún queda para elogiar y justificar la fortaleza de la postura administrativa en el recurso contencioso otra faceta, la del derecho administrativo mismo. La administración a la par que se iba desgajando iba señalando su propio derecho, el derecho administrativo, pero fijémonos bien, no un derecho administrativo de privilegio para ella, sino un derecho administrativo de beneficio de tercero para regular la nueva situación a la que ella consentía. Como nos recuerda el Ilustre Magistrado del Tribunal Supremo, gran querido amigo, el señor Becerril, evocando la palabra del Profesor Weil de la Facultad de Derecho de Niza, el Derecho Administrativo, no es un Derecho jurídico, es un derecho político creado por la Administración. El Derecho Administrativo es por esto un derecho joven, no se organiza prácticamente antes del último tercio del siglo XIX, así

nos lo expresa Rousset, en su magnífica obra «L'idée de puissance publique en droit administrative». Ha nacido casi como un milagro, pero ha ido adquiriendo rápidamente un cuerpo de exuberancia, pues entre la Revolución de 1879 y el fin del Imperio de Napoleón III, es decir, en menos de un siglo ha obtenido su crecimiento.

Que se tenga pues, bien presente que ha sido el desgaje que ha hecho la Administración del control de poderes y ha sido su creación del Derecho Administrativo lo que ha hecho nacer la facultad del particular de discutir ante los Tribunales frente a la Administración sus posibles lesiones de derecho subjetivo que pueden alegar desde uno de sus Status que hemos analizado.

EL DIALOGO CON LA ADMINISTRACION EN EL PROCESO

Por ello, frente a los Status de este subjetivismo entendemos debe aparecer como la primera situación cualificada del Status de la Administración en el recurso contencioso, el derecho de no permitir entrar en diálogo con ella más que a aquel que traiga como carta de presentación la lesión de un derecho subjetivo previo. Solo con ella se debe tener acceso a la Jurisdicción Contenciosa. Es el coronamiento de la polarización perfecta de la postura de la Administración. Bien está que la Administración haya renunciado a posturas de privilegio en loor al particular, pero sea indispensable que para presentarse a la discordia el particular justifique su lesión de derecho subjetivo. Este es otro Status de cualificación al que más concretamente después haremos referencia.

Y resaltamos la cualificación de este Status, porque en el moderno sistema de nuestra Jurisdicción Contenciosa en que, efectivamente, este Status se ha reconocido y así exactamente nuestra legislación actual exige en su artículo 28 esta lesión de derecho subjetivo para ser admitido al Recurso Contencioso, sin embargo, no es absoluto.

Conste que al lado de la invocación de este derecho subjetivo preciso para el Recurso típico de lesión personal en que se busca la restauración del subjetivismo individual supuestamen-

te quebrantado, no nos oponemos, y también a ello después haremos más concreta referencia, a que se interpele a la Administración aún sin carta de presentación del derecho subjetivo, cuando se entienda que la Administración o ha abusado de poder o ha quebrantado de una manera abierta la norma jurídica. Pero, cuidado, que ello es muy peligroso. El Status cualificado de la Administración no tolera una acción pública en este respecto. Admitamos sí, y ello está admitido en nuestro Recurso Contencioso, artículo 28 a) de la Ley de la Jurisdicción, un Recurso de nulidad, pero para esto hará falta siempre esgrimir por lo menos un interés directo que nos legitime, que aunque no sea subjetivo haga que para entrar en la cámara de diálogo, con la presentación siga siendo necesaria esa tarjeta o credencial de que antes hablábamos. En esto somos exigentísimos y a ello haremos también referencia más concreta posteriormente; ahora sólo queremos volver a recordar que estamos hablando de la Administración, no del Estado, que el Estado sí que es perfectamente admisible que deba descender de la altura en que se encuentra colocado sobre los ciudadanos para nivelarse con ellos y participar de sus derechos y obligaciones. Porque el Estado, como Estado, es a la vez una persona jurídica que contrata y participa de derechos y obligaciones en el mismo plano del ciudadano, que ejercita derechos civiles, que adquiere, enajena, permuta, cede y arrienda. Pero cuidado, cuando el Estado hace esto, la Administración estatal no es el Ente que litiga. En lo Contencioso-Administrativo, es otra Administración, es decir, no es el Organismo administrativo del patrimonio del Estado a quien por cierto también representa mi Cuerpo; aquí sí que nos igualamos, aquí sí que no hace falta Status cualificado, aquí sí que no hace falta cartas de presentación, pero los diálogos son ante los Tribunales Civiles o los Ordinarios; cuando la Administración se encuentra ante la Jurisdicción Contenciosa, no es la Administradora del Patrimonio Estatal, es la representante de los altos intereses públicos, y es para ésta para la que pedimos los Status de cualificación y son éstas las cartas de presentación que como iniciación de estos Status estamos exponiendo.

PROCESO DE ADMISION

Seguimos preguntando, ¿la Administración así estructurada, puede representar en el proceso Contencioso que ella misma ha contribuido a crear, la mera postura de una parte litigante? Consideramos que de ninguna manera. Y no nos referimos naturalmente a las consideraciones honoríficas que pueda merecer en sus posturas externas, aunque de ello haremos luego polarizado en sus representantes, una leve alusión. Nos referimos a la postura científica de situación dentro ya de la discordia planteada por el particular.

Quién como la Administración ha sido y así lo hemos visto, la condensación de un poder total de soberanía, quién como la Administración ha presenciado la división de poderes y dentro de ellos ha querido dejar la autonomía de cada uno y se ha quedado desgajada en un ente aislado, quién como la Administración ha permitido con la creación de un derecho administrativo la formación de unos derechos subjetivos que se compromete a respetar, quién como la Administración ha entregado la salvaguarda de ese respeto al control de unos Tribunales, quién como la Administración permite incluso que sus actos sean anulados si se descubre abuso de poder o quebrantamiento de normas, quién todo esto ha hecho, ¿cómo puede considerarse en el proceso como una parte simple que litiga por la mera defensa de unos intereses particulares? Ello repugnaría y chocaría con toda la concepción precedente, y téngase bien en cuenta, no nos cansamos de repetirlo, para que no se sienta herida ni menospreciada ninguna posición y exaltación individualista, que cuando hablamos de Administración no hablamos de ningún Organismo concreto, no nos referimos al Ministerio cuya disposición se impugna o al acto de un Gobernador Civil que se acusa de haber herido un derecho subjetivo, ni al acuerdo de una Corporación Local y Provincial, estamos hablando de la superposición de estos conceptos con un concepto genérico de supervaloración de intereses colectivos y de bien social, en un enfrentamiento con una postura individual que se considera lesionada. Y si bien efectivamente la Administración acepta este diálogo que se le somete ante los Tribunales, es aquí precisamente en esta postura dialogal donde consideramos que el Status de la Administración ha de ser cualificado, cualifi-

cado en el acceso, cualificado en el diálogo, y cualificado en la resolución.

Y no me dejo llevar de un emotivo sentido pasional, sino que conmigo coloco los dictados científicos y el proceso de la historia.

Ante-juicio o trámite de admisión.—La Administración no debe ser traída a la litis con una simple cédula de notificación, es decir, formalmente bastará la cédula pero el que llama a la Administración tendría que saber que la Administración tiene que haber pasado por una especie de ante-juicio. En nuestro sistema de Casación Civil hay un trámite que se llama trámite de admisión, quizá más formulario que efectivo pero que marca también una exigencia para entrar en la seriedad del proceso definitivo. En nuestro proceso administrativo no existe. Sin embargo, existe la exigencia de un agotamiento de vía gubernativa, es decir, el haber formulado una reclamación previa ante la Administración, y ello es ya un ante-juicio o diríamos mejor un auto-juicio.

No colma esto nuestro deseo; creemos que el proceso de admisión debería ser forzoso y sería entonces en él, donde examinaríamos los motivos de inadmisibilidad, no dando lugar a que dure un procedimiento contencioso varios años, para finalizar después de ellos con la estimación de una excepción que anule lo actuado y que obliga a volver a empezar, si procediere.

Ciertamente que la Administración puede oponer de entrada el motivo de inadmisibilidad haciendo más corto el proceso, pero en definitiva, es un simple ahorro de tiempo que no resuelve el problema que entendemos que se resolvería con el claro abordamiento de un ante-juicio. La cualificación del Status de la Administración entendemos que así lo exige. En un proceso ordinario cualquier individuo sin más trámite puede llamarse abogado al proceso. En la esfera contencioso-administrativa, no. La Administración debe estar situada en un plano especial y debe exigirse esta interpelación previa que encierra este Status del que hablamos. Y es que como dice Ballbe en su trabajo sobre la Esencia del Proceso, el proceso contencioso-administrativo tiene que tener más de naturaleza administrativa que de jurisdiccional, es decir, que se ejerce una función jurisdiccional, se juzga en sentido estricto al sentenciar sobre

el fondo del asunto, al decidir sobre la cuestión sometida, pero no se ejerce jurisdicción al participar en la formación de la serie o sucesión de actos que fijan los datos a tenor de los cuales aquella función ha de ejercerse, ni tampoco se ejerce jurisdicción al dictar una Sentencia acerca del presupuesto procesal. Toda esta actividad que se desarrolla en la formación de los actos del proceso que no puede ser jurisdiccional dado que el sujeto de sus relaciones es el ente público que participa en su misión, es por exclusión función administrativa cabalmente caracterizada por ser el ente que la ejerce miembro sujeto de las relaciones en que inciden los actos que la concretan como institución jurídica.

Ballbe finaliza diciendo que el proceso en conclusión es más administrativo que jurisdiccional. Ciertamente que la opinión de Ballbe es combatida, González Pérez figura entre los objetores, pero nosotros, y con nosotros Villar y Romero y otros autores, siguen entendiendo cuanto debe tener el proceso más de administrativo que de jurisdiccional y por tanto cuanto cabría en él la existencia del ante-juicio previo antes que la Administración fuese sometida a la controversia específica de lo netamente judicial.

No nos olvidemos nunca que el proceso contencioso-administrativo no es tal proceso por el mero hecho de que una de las partes sea la Administración. Ya dijimos antes que la Administración cuando es administradora de patrimonio estatal actúa como simple sujeto de derechos y obligaciones, y entonces puede tener también una contienda con otro, pero este proceso no es contencioso-administrativo, es un proceso civil o un proceso laboral. Lo contencioso-administrativo es proceso contencioso-administrativo, no por la presencia en él de la Administración, sino por la esencia y la calidad con que al mismo acude la Administración.

Vemos pues como la doctrina va justificando nuestra postura de exigencia de Status cualificado para la Administración en este proceso. Como dice López Rodó, «reivindicamos la materia para el derecho administrativo porque partimos de la diferencia esencial entre los procesos en que interviene la Administración y aquellos que se ventilan entre particulares que impide extender la validez de un mismo régimen procesal para uno y otro caso».

Por tanto, los procesos contencioso-administrativos deben estudiarse no como una parte del derecho procesal, sino como una parte del derecho administrativo. Reconocemos que la dirección procesal más moderna, como dice Vivancos, consiste en enfocar lo contencioso-administrativo desde el ángulo y con la técnica procesal, pero mantenemos la diferenciación e incluso resaltamos que son múltiples autores, como Royo Villanova, Alvarez Gendín, Clavert, Serrano, etc., los que se rinden aceptando la postura ecléctica de considerar el procedimiento contencioso-administrativo como un proceso, pero tratado bajo el prisma específico de lo administrativo.

Y finalicemos ya con Vivancos diciendo «que en definitiva el proceso contencioso-administrativo debe significar un conjunto de garantías y de cargas que tratan la dirección de una serie de actos necesarios y contingentes con los que las partes en conflicto pueden perseguir un fin determinante de efectos jurídicos en el ámbito del derecho público como consecuencia de una decisión administrativa; siendo uno por lo menos de los contendientes la Administración pública y desarrollándose el proceso ante un Organismo Jurisdiccional cuyas resoluciones son susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada». Esta definición es bastante para plasmar que la Administración en estos procesos no puede ser una simple parte contendiente, sino que significa que es un mucho más, y este mucho más justifica esta cualificación del Status de su postura para lo cual como primer paso fijamos un ante-juicio o proceso de admisión.

No existe en nuestro derecho positivo este Proceso previo porque no le doy esta categoría a un precepto de la Ley que permita al Tribunal declarar inadmisibles el escrito de interposición, si observase la falta de alguno de los requisitos enumerados en el artículo 62, es decir, aquellos cuya subsanación no es posible. Ciertamente que en la Ley derogada tales requisitos procesales, falta de jurisdicción, incompetencia del Tribunal, actos no recurribles, no haberse interpuesto recurso previo de reposición si fuese preceptivo e interposición del recurso fuera de plazo, eran considerados como excepciones y sólo podían ser propuestas por el demandado dando lugar a un trámite especial parejo a las excepciones dilatorias de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ciertamente que hoy se ha variado en nuestra legislación esto, sustituyéndolo por la facultad hoy del Tribunal

de llamar la atención a las partes sobre la concurrencia de estos motivos y resolver ya desde este instante. Algo se ha avanzado, pero no es éste el arquetipo del enjuicimiento por el que abogamos, digamos que más bien se ha mantenido un principio de economía procesal. Entendemos que la pretensión de la parte debiera motivar siempre un Dictamen previo a la admisión que obligase a parar la atención en la concurrencia o no concurrencia de las circunstancias precisas y sólo a la vista de tal dictaminada concurrencia es cuando el paso podía producirse. Ciertamente que en el trámite actual la advertencia de oficio del Tribunal de un motivo de inadmisión con audiencia de las partes puede impedir ya que la parte actora o concurrente formalice la demanda, pero esto es sólo si el Tribunal por sí ha hecho uso de la facultad, ya que si no ha hecho uso de la facultad, la representación de la Administración sólo podrá exponer el motivo de inadmisión cuando ya el expediente administrativo esté remitido y la demanda formalizada. Y esto, precisamente esto, es lo que el ante-juicio evitaría.

EL TRIBUNAL JUZGADOR DE LA ADMINISTRACION

¿Cuál ha de ser el Tribunal que enjuicie esta conducta de la Administración en el proceso contencioso-administrativo? He ahí otra cuestión apasionante con la que se han llenado miles de páginas científicas abogando por una de las tres tendencias esenciales siguientes:

A) Los que consideran que el control jurídico de la Administración debe estar en la Administración misma, si bien para no convertir la Jurisdicción Contenciosa en una vía más de recurso dentro de la esfera gubernativa, se lo encomiendan a un sector de la Administración totalmente independiente de la Administración activa.

B) Los que no quieren que esté asentado en el Poder Judicial el control jurisdiccional de la Administración, pero no partidarios tampoco de que sea la Administración misma, siquiera sea la no activa, no partidarios, repetimos, de que sea la Admi-

nistración la que revise y controle, extraen de las esferas de la Administración su control jurisdiccional para someterlo a los Tribunales, si bien incrustando en ese Tribunal a la par que miembros del Poder Judicial, Funcionarios Administrativos, pero ya separados en este instante del miembro activo, o procedentes de la Administración, para compatir con los procedentes de la esfera judicial su labor, y

C) Finalmente, los judicialistas puros, los que mantienen el fuero absoluto del Poder Judicial para controlar la Administración, si bien dentro de ellos aún se bifurcan dos ramas, los que entienden que han de ser Magistrados especializados en Derecho Administrativo, y los que simplemente abogan porque no sean los Tribunales Contenciosos más que un Organó más del engranaje judicial.

No voy a hacer una exposición en este Discurso de cada una de las opiniones que abogan en pro de una u otra tendencia o de las múltiples tendencias de carácter intermedio que afloran dentro de estos tipos escuetos que he expuesto.

Ello lo encontraréis por otra parte, en cualquier tratado especializado en la materia que me relevan de esta exposición que haría a la vez mi Discurso interminable.

Simplemente formulando mi opinión, modestísima naturalmente por ser mía, e integrado con ella la existencia de este Status cualificado de la Administración dentro del proceso contencioso considero que el sometimiento de la Administración a uno u otro Tribunal, es accesorio, lo importante es que sea cual sea la integración del Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo importante, repetimos, es que controlen jurídicamente y de modo efectivo las resoluciones de la Administración; donde estén encuadrados es algo que estimo del todo irrelevante.

Sin embargo, no quiero dejar de apuntar en este Discurso, una visión aún cuando sea extremadamente rápida del horizonte que preside este panorama de los países del mundo actual.

La Rusia soviética para la que la Administración no es más que un instrumento más de la lucha de clases, hace una fiscalización de la Administración bastante original. No fiscaliza a la Administración naturalmente ningún Poder Judicial ni existen incluso Tribunales Especiales. El Procurador General de la

U. R. S. S., Fiscal Supremo, o sus Fiscales subordinados, son los que reciben las denuncias o quejas contra los actos administrativos, y entonces el Procurador, sin competencia para anular tales actos, propone la Resolución a los Organismos Superiores. Es decir, que Rusia no ha querido dotar a ningún órgano de facultades que superen a la Administración, ya que dada la ideología de su credo, chocaría con el mismo cualquier facultad interpretativa de los principios básicos del Ordenamiento soviético por quien estuviese fuera de la Administración. En Rusia no es que se desprece el Poder Judicial frente a la Administración, al contrario, cuando el Poder Judicial en el curso de un proceso de actuación choca con un acto de la Administración que entiende lesivo o nulo, el propio Poder Judicial, lo pone en conocimiento del Procurador General quien tiene además el encargo de dar preferencia de tramitación a estas quejas existentes. Es decir, que en definitiva en Rusia se mantiene el Status cualificadísimo de la Administración estatal.

Pero, naturalmente, Rusia Soviética tan distante de nosotros en el arquetipo judicial, no nos puede servir de término comparativo.

En Inglaterra, y hace de esto un magnífico comentario el ilustre Catedrático de la Universidad Salmantina, don Lorenzo Martín Retortillo en la Recensión que en la Revista de Administración Pública ha hecho de la Obra de Wade, H. W. R. «Towards Administrative Justice», en Inglaterra, repetimos, tradicionalmente el esquema de lo Jurisdiccional Administrativo estaba representado por el principio de que el Poder público en sus diversas manifestaciones o bien quedaba sometido a la Justicia Ordinaria (Courts of Law) o bien actuaba exento en virtud de diferentes principios como el de que «the king can do not wrong» (la actuación de la Monarquía es incapaz de causar daño jurídico) o a doctrinas de la «non suability» (imposibilidad del enjuiciamiento de la Monarquía, etc.).

Pero hecho el giro orbital de este esquema, el control tiene hoy un carácter de efectividad. Es obvio que la Justicia ordinaria tiene un profundo arraigo en la Gran Bretaña. Pero ahora bien, esto no ha impedido que al margen de los esquemas existentes, fueran surgiendo con ritmo cada vez más creciente, diversos Tribunales Administrativos, Tribunales cuya existencia y cuya pluralidad han surgido debido a motivaciones y a nece-

sidades de muy diversa índole y objetivos. Si por ejemplo, se trata de una materia económica, son dentro de las Corporaciones Tribunales de este tipo los que resuelven el proceso de la materia. No es que sean estos Tribunales Administrativos, órganos judiciales en sentido estricto, lo cual es fundamental para comprender el significado del planteamiento de la Justicia Administrativa, pero son en definitiva Tribunales decisores en cada motivación concreta, y con un perfecto y magnífico resultado.

Y sobre todos ellos, como expuso el Profesor Wade en aquellas magníficas lecciones que pronunció en la Universidad de Michigan y que se recogen en el Libro en cuestión, sobre ellos blande un organismo estable llamado «The Council of Tribunals» para controlar a su vez la actuación de estos Tribunales. Más adelante haremos referencia específica a este Tribunal o Consejo Máximo, cuya creación se debe a la Comisión «Comitee on Administrative Tribunals and Inquiries», denominada habitualmente «Comisión Franks», por haber sido su Presidente el antiguo Embajador de los EE. UU., Sir Oliver Franks.

Repetimos que más adelante vamos a volver a hacer referencia concreta de este Alto Consejo o Tribunal inglés. Ahora quede simplemente expuesto el magnífico panorama de los Tribunales Administrativos de la Jurisdicción Contenciosa inglesa.

En Italia, país de tanta solera en materia de juridicidad, se conserva en el más perfecto sentido la no ingerencia de ningún otro Poder dentro de la Administración. La vida jurídica italiana desde el punto de vista administrativo, lo mismo que en Francia, radica en la alta Institución del Consejo de Estado con facultades no solamente consultivas sino también judiciales, fiscalizando totalmente la actividad administrativa.

Hay después Juntas Provinciales Administrativas que junto con el Consejo de Estado resuelven competencias judiciales de la Administración y existen Tribunales Administrativos y Especiales de Aguas, de Cuentas, de Impuestos, todo en una magnífica y perfecta regulación.

Alemania sí que entrega parte del control administrativo a la Jurisdicción Ordinaria, pero para ello hace de los ataques a la Administración una previa calificación de competencia y solo cuando descubre en la actividad de la Administración un punto de vista civil, algo análogo a lo que ocurre aquí en Espa-

ña, es cuando el Estado el que comparece como persona jurídica demandada, se entrega al Poder Judicial. Al Poder Judicial va toda la materia de contratación e incluso la expropiación forzosa, pero para la Justicia netamente administrativa existen Tribunales administrativos de los Lander o Estados Federales y un Tribunal Federal. Claro es que la escisión de Alemania en dos partes, la República Federal y la República Democrática que son opuestas, no permite que descubramos un panorama concreto. En el Berlín Oeste, por ejemplo, el Tribunal Administrativo tiene un Status especial distinto del Berlín Oriental que pertenece a la República Democrática; lo mismo ocurre con los terrenos que están bajo la influencia soviética, pero lo interesante para el perfil de este Discurso es simplemente medir la sabia orientación del país germano.

FRANCIA Y SU ALTO CONSEJO DE ESTADO

Y lugar aparte merece, ya podemos descubrirlo por las reiteradas invocaciones que a él estamos haciendo, el sistema francés, faro del mundo, en materia de Jurisdicción Administrativa que irradia la perfección de su doctrina a través de la también perfecta institución que se llama el Alto Consejo de Estado Francés.

El Consejo de Estado Francés, es una institución que se caracteriza esencialmente por la doble misión de facetas contradictorias que están a su cargo. Por un lado proporciona asesoría jurídica al Gobierno sobre los proyectos de Ley o Decretos y sobre todas las cuestiones que le son solicitadas por los Ministros. Por otra parte, falla como Juez independiente sobre los litigios que oponen a las diferentes Administraciones, tanto si ellas tienen un encuentro entre sí, como si el encuentro es entre Administraciones y ciudadanos.

La raíz histórica del Consejo de Estado nos dice Maxime Letourneur, radica en Roma, Estado primero que organizó una Administración en el sentido moderno que se da al término, pues en Roma tan pronto como la Administración comienza a hacerse realidad, los Emperadores a partir de Adriano sienten la necesidad de rodearse de un Consejo «*Concilium Principis*»

compuesto por Peritos en materias jurídicas que les asisten tanto en la redacción de los textos legislativos como en el examen de las querellas que los sujetos del Imperio presentan contra los funcionarios públicos, y querellas dirigidas al Príncipe en su calidad de suprema autoridad jerárquica en aquel tiempo en que aún no practicado el desgaje de la Administración de que hemos hablado, el Poder Administrativo abrogaba para sí la propia resolución de la controversia.

Este «Concilium Principis» es pues la génesis del Consejo de Estado. Institución que se perpetuará con el Imperio Bizantino y que precisamente con el Emperador Heráclito recae el honor de haber creado el cargo de Relator ante el Consejo Máximo, que perdura en nuestros días.

Sobre esta base, Francia, en definitiva, sienta la acción de un profundo sentido cívico y democrático, que aún en la época de sus absolutismos hacía al Rey rodearse de un Consejo que se mantiene en el correr de los siglos hasta 1789 en que estalla la Revolución Francesa. Pero es entonces cuando en agosto de 1790 al decretarse la separación de poderes, se separa la Administración del Poder Judicial. Pero Francia mantiene su intención predominante de sustraer del conocimiento de los Tribunales los litigios que interesaban al Poder Ejecutivo. Y brota nuevamente el Consejo que adquiere su perfección en la tercera República.

No es, naturalmente, materia de este Discurso un estudio específico de esta institución, pero sí la presento después de la lucha con las múltiples dificultades con que se encontró y de las que supo triunfar gracias, como dice Letoir, a dosis sutiles de prudencia y audacia, pues ellas le hicieron conquistar su independencia primero y luego saber rodear la Administración de una red de control cada vez más estrecha, pero sin que por ello obstaculice ni paralice su acción.

Vez aquí la competencia por la que yo abogo, control estrecho de la Administración, pero no obstáculo ni paralización de sus acciones a través de criterios distintos. Puede decirse que el Consejo de Estado francés ha proporcionado al administrado garantías que ninguna otra Jurisdicción hubiera soñado acordar, y conste que la mayor parte de esta obra de envergadura fue realizada en menos de cincuenta años.

El Status de la Administración aparece pleno, triunfante en

esta institución francesa. Los Consejeros de Estado no son necesariamente miembros del Poder Judicial, sino totalmente independientes de él, siquiera puedan tener en él su origen.

El Consejo de Estado francés está dividido en cuatro Secciones administrativas y en una Sección de lo Contencioso y a lo largo de su carrera cada uno de los miembros se ve designado a cada una de las diferentes Secciones administrativas y a la Sección de lo Contencioso con un intercambio constante entre ellos.

El Consejo de Estado francés actúa como hemos dicho consultivamente, informando los proyectos de Ley o de Decretos sin que en ningún caso se emita una opinión, sin haber existido una discusión previa con los representantes de la Administración o de las Administraciones interesadas. Un Relator entre cuatro y uno de cada tres Consejeros de Estado son libremente designados por el Gobierno entre personalidades que se hayan destacado en la Administración activa, Prefectos, Directores Generales de Ministerios, Generales del Ejército, Altos Funcionarios, Magistrados de la Corte de Casación francesa, etc., etc. A ellos se unen la legión de Juristas promovidos por concurso o provinientes de la Escuela Nacional de la Administración, integrando todos ellos una perfecta máquina de juridicidad.

Pero si perfecto el Consejo de Estado en este aspecto consultivo al que acabo de hacer referencia, quizá el eje de su valor radica en el conocimiento como Tribunal máximo de cualquier impugnación que se haga contra la Administración, bien sea decisión de Autoridades, bien de Jurisdicciones administrativas. Así se ha convertido el Consejo de Estado francés, en el magnífico triunfo del Status administrativo, en Juez de Primera y Última Instancia de determinadas categorías de Recursos, de última en aquellos que pasan por trámites inferiores, de única en los Recursos de Exceso de Poder sustentados contra aquellos actos en que se entiende que la Administración se ha salido de su órbita.

Un procedimiento perfecto y de máxima garantía que yo no voy a desarrollar aquí porque nada os iba a enseñar a vosotros perfectamente enterados de todo ello, completa la institución que ha conducido a magníficas realizaciones entre las que séame permitido destacar ese Recurso de «Depouvement de Pouvoir» de desvío, de exceso de poder, creación pura de Fran-

cia y que ha sido tomado como modelo en numerosos países que es la mejor justificación de la existencia de una Jurisdicción administrativa pura, ya que sólo los Estados dotados de una jurisdicción de este tipo pueden gozar de una protección real contra las ilegalidades perpetradas por la Administración.

El Consejo de Estado francés se convierte así en un modelo para los países democráticos, es fuente inspiradora de la creación de numerosos Consejos de Estado en el extranjero, en Grecia, Turquía y Bélgica, en Egipto, en Panamá, y de la atribución al Consejo de Estado de Luxemburgo de la facultad delegada de hacer Justicia.

Yo he leído recientemente en uno de nuestros Tratadistas de estas cuestiones de la Jurisdicción Contenciosa, que en las conclusiones elevadas al Gobierno por el Congreso de las Magistraturas francesas celebradas en Pau en mayo de 1963, se abogó por la supresión de las Jurisdicciones Especiales, sirviéndole al autor esta cita para presentar un clima francés contrario al Consejo de Estado.

Con todos los respetos, no puedo compartir esta opinión. Me he formado en Derecho Público en la Universidad Francesa de la Sorbona, he vivido el ambiente de juridicidad, con el estudiante y el joven francés, estoy al día de las actuaciones del Alto Consejo de Estado, y no creo que Francia abogue en ningún momento por la desaparición o mitigación de facultades de su Organismo más perfecto y que tiene naturalmente sus más devotos adheridos en los que sirviendo a la Administración queremos para ella la máxima responsabilidad, la máxima pureza, pero también la máxima categoría y máxima independencia.

En nuestra legislación española desde el establecimiento de lo Contencioso-Administrativo en 1845 hasta el Decreto de 1875, esta institución, es decir, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tuvo siempre en nuestra Patria el carácter de Jurisdicción retenida, no permitiendo que el Poder Ejecutivo quedase sometido a la revisión del Poder Judicial.

Pero Royo Villanova ya nos recuerda que a partir de 1875 el efluvio francés se proyectó sobre España, y a la creación de una institución análoga al Consejo de Estado, respondía el proyecto de 1879 naciendo el Consejo de Estado y dictándose aquel

Real Decreto de 22 de julio de 1874 que permitió delegar sus facultades en un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo como una Sección del Consejo de Estado mismo.

Después y siguiendo un vicio nacional, cayeron Leyes sobre Leyes y Reformas sobre Reformas. En 1904 se separa la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado y se vincula al Tribunal Supremo, vinculación que supone ya la muerte de la autonomía jurisdiccional de la Administración y la absorción por el Poder Judicial y ya dentro de esta nueva faceta, surgen las luchas por el sistema de designación de los miembros de los Tribunales estableciéndose en un principio unos Tribunales Provinciales en los que junto con los tres Magistrados de las Audiencias actuaban como Vocales dos Diputados Provinciales que tuviesen título de Abogado y elegidos por sorteo. Con el Estatuto municipal se sustituyeron los Diputados Provinciales por Vocales elegidos por sorteo y procedentes de diversas profesiones, sin que necesariamente hubiesen sido Funcionarios de la Administración, y así continuó el sistema hasta la vigente Ley Reguladora que adopta decididamente una postura judicialista confiando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales.

Ya dije antes que no quiero convertir mi Discurso en campo agramante de luchas sobre conveniencias de uno u otro sistema. En esta exposición ante la Academia cuyo sillón voy a ocupar, simplemente he querido presentar un panorama histórico, un panorama de ciencia, un panorama de legislación extranjera y el panorama de nuestra Legislación vigente.

Sin embargo, séame permitido con el crisol de mi experiencia profesional y brotando de ella el más sincero elogio para los miembros del Poder Judicial con quien he tenido que compartir las tareas de la Jurisdicción Administrativa, llamar la atención sobre la ventaja que implica dentro de esta Magistratura una especialización administrativa en aquellos miembros que han de ser destinados a estos Tribunales y un llamamiento como fuente proveedora a esferas administrativas, llamamiento que seguido ya al efecto por el sistema existente en la provisión de Magistrados de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha llevado a aquellas Salas perso-

nalidades de alta relevancia cuyas Sentencias pueden mostrarse como modelo perfecto de Ciencia y de Juridicidad.

Y permítaseme aprovechar esta ocasión para resaltar la magnífica labor jurídico-administrativa de nuestro Consejo de Estado español que aunque no eslabón jerárquico de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desde su alta atalaya consultiva nos ha dejado huella de su ciencia y de su juridicidad, y recientemente en época en que se le atribuyó misión jurisdiccional a través del llamado recurso de agravios, nos ofreció una magnífica jurisprudencia mucho más progresiva que la de que en aquel tiempo ofrecía el propio Tribunal Supremo.

LA LEGITIMACION ACTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACION

Al lado del ante-juicio o proceso de admisión, como esencial Status de cualificación sea otro el de no legitimar a cualquiera para interpelar a la Administración, y precisamente en este proceso de admisión sería el momento de rechazar el reconocimiento de la parte cuando su legitimación no se diese.

Ya sabemos lo que es esto de legitimación activa. No es la personalidad, es decir, no es la capacidad para litigar, o capacidad procesal, es el llevar en acerbo el motor accional. Si Unger decía de la acción que era un interés puesto en pie de guerra que podía moverse gracias al derecho que le empujaba, la acción significa esto, un interés a proteger por un derecho que le mueve y la unión de estos factores el movimiento y la protección.

Para poder interpelar a la Administración debemos, ya hemos dicho antes, de estar asistidos por la preexistencia del derecho subjetivo a nuestro favor que entendemos que ha sido lesionado por el acto administrativo. Si ese interés nacido de un derecho subjetivo lesionado falta, como dice Guass, faltará uno de los tres presupuestos precisos para que el proceso se inicie; si de los tres presupuestos, capacidad procesal, o sea, aptitud para realizar actos procesales, capacidad de postulación y legitimación, falta la legitimación, es decir, la vivificación de la acción, la Administración no debe ser llamada al proceso.

Es verdad que el ámbito del control de la Administración va aún mucho más allá de su simple presentación a la contro-

versia por la lesión de un derecho subjetivo. La Administración está dispuesta a contestar a la interpelación cuando se acuse un acto suyo de vicio que le haga inviable o se acuse a su propia conducta de abuso de poder. Y si bien entonces por la falta de materialización en una persona del derecho subjetivo el ámbito de la legitimación se amplía, también entonces se exige, debe exigirse por lo menos, la alegación de un interés directo, pero bien entendido que este interés no será nunca el interés que cualquier ciudadano pueda tener en la legalidad, no es una acción pública como la acción penal que se puede ejercitar con una simple prestación de fianza, sino que ha de vibrar, con la especificación de lo subjetivo, con la plasmación de un interés personal en que el acto administrativo no prospere.

Y la Doctrina es unánime en este aspecto. Así opina González Pérez que exige el interés directo para la legitimación y que se cuida de decir que no basta un mero interés a la legalidad. Así opina Garrido Falla, así opina Villar Romero, y Alvarez Gendín nos presenta el curioso ejemplo de un acto administrativo de una convocatoria a una oposición que incidió en vicio de nulidad, en que se legitimó sólo a los que hubiesen solicitado participar en la convocatoria y no a los que pudieran haberlo solicitado, porque éstos si bien es verdad que tienen un interés, éste no podía calificarse como directo sino como indirecto y con ello sin capacidad de legitimación, y además el interés para legitimarse debe estimarse actual. Sólo quien está dotado de esta cualidad puede dialogar con la Administración.

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Y la Doctrina científica y el derecho extranjero y el nuestro, efectivamente han considerado como nuestra tesis que tampoco se puede traer siempre a la Administración al proceso sin más requisito que la vocación ordinaria de un proceso civil. Es tan alta la misión que la Administración desempeña en la vida de una nación, que hay materias y actividades en las que se conserva aquel principio de soberanía y absolutismo que mantiene como vestigio la inaccesibilidad de la esfera revisora a su ámbito.

Es entonces cuando la Administración se opone al control en loor a tal principio de soberanía.

El principio es aceptado universalmente y en nuestra legislación el apartado B) del artículo 2 de la Ley ya excluye de la revisibilidad jurisdiccional de modo expreso actos producidos en ciertas clases de asuntos «Defensa del Territorio Nacional», «Relaciones Internacionales», «Seguridad interna del Estado» y «Mando y Organización Militar». Fijémonos bien que aparte de estas cuatro cuestiones específicas de exclusión ya se ha encargado el artículo 40 en su apartado A) de excluir las cuestiones de índole civil o penal, pero estos son supuestos de no imputación en atención a competencia, los otros son los que propiamente afectan a la intangibilidad de la soberanía.

Y conste que no desconocemos la tendencia a limitar estos actos soberanos e inexpugnables en el máximo sentido. Todos los pueblos civilizados, dice Alibert, han encargado a los jueces el mantenimiento de los principios fundamentales del derecho nacional, y esto hace que su abuso de poder deba estar siempre controlado. No lo desconocemos, ni desconocemos tampoco la necesidad del control frente al poder mismo, pero también el mantenimiento del principio soberano es preciso y aunque se dulcifique el absolutismo de la soberanía permitiendo un Recurso administrativo, pudiera ser siempre distinto, el control jurisdiccional por un proceso, frente al acto soberano estatal.

Separemos pues los actos administrativos de los actos políticos. Los últimos como precedentes del Gobierno deben quedar fuera del ámbito jurisdiccional, y esta falta de jurisdicción es de las que pueden y deben apreciar los Tribunales antes de entrar en el fondo; sería una de aquellas que integraban o podrían integrar los ante-juicios y que anteriormente nosotros hemos referido.

Y esta soberanía no es solamente en cuanto a actos políticos. Debe haber también actos administrativos ejecutados por la fuerza de la soberanía misma, que no permitan el control de la Jurisdicción. Tal es la facultad de la Administración de recuperar de oficio sus propios bienes de dominio público en cualquier tiempo y los patrimoniales. Cuando un particular no respetando el dominio público o privado de los bienes patrimoniales estatales, o locales, es decir, de los de la Administración los

despoja o altera, privilegio de la Administración es recuperarlos. Esta es la Doctrina aceptada universalmente y en lo único que varían los postulados legislativos es en la percepción de tiempo; en nuestra legislación es un año para los patrimoniales, y es indefinido el tiempo para los demás dominios públicos.

Por eso decíamos cuando hablábamos de la personalidad de la Administración que no era el poder ejecutivo siquiera formase un núcleo dentro de tal poder. El poder ejecutivo es el órgano activo por excelencia para desarrollar los planes políticos trazados y que tachados del principio de soberanía no entran en el control jurisdiccional.

Y volvemos a insistir en que esto no es patrimonio ni de nuestra nación, ni de actos dictatoriales. Francia con su sentido democrático y su Consejo de Estado como cúspide de la pureza del procedimiento administrativo, rechaza «L'Acte de Gouvernement» por falta de precepto jurídico positivo en que fundamentarlo, medida general observada en los diversos sistemas positivos, como nos recuerdan Trujillo Quinta y Bolsa, para evitar el que las decisiones políticas más importantes del Gobierno puedan ser fiscalizadas. Y es que como dice Forsthoff, la razón de esta exclusión del control jurisdiccional de los actos políticos, ya no está precisamente en el privilegio de los actos políticos, sino en el mantenimiento del prestigio del poder judicial. No puede ser función del poder judicial tomar resoluciones que ponen en peligro el orden del Estado, porque al fin y al cabo tal poder se expondría a formar parte de este orden al dictar Sentencias manifiestamente políticas y con ello uno de los bellos principios, el de la independencia del Poder judicial, quedaría derrumbado.

La renuncia que la Administración ha efectuado es lo que ha permitido su control y las discusiones de sus actos ante los Tribunales, pero no nos olvidemos cual ya hemos anticipado, que es totalmente imposible pretender someter toda la actividad de la Administración a esta revisión jurisdiccional. Si siempre la actividad de la Administración ha sido grande, en nuestros días podemos calificar de incontenible el crecimiento del ámbito de acción de la Administración pública. Como consecuencia de ella y como Martín Retortillo nos recuerda, cada vez son mayores las restricciones y las limitaciones del Poder que el hombre tiene sobre las cosas y que éste acepta más o

menos resignado en tanto es condición necesaria para la buena convivencia social. Pretender controlar toda esta actividad administrativa no solamente es imposible, sino que sería impedir a la Administración el cumplimiento de sus fines. Por ello, hay que reservar una esfera a la Administración que no tiene control; el Status de la Administración ante el proceso contencioso-administrativo presenta la cualificación de la exclusión de aquellos actos que decimos pertenecen a su ámbito discrecional.

No temáis ni veáis peligro en esta concepción; lo discrecional no es lo arbitrario. Orlando, el Ilustre Jurista de Derecho Público, trazaba un símil perfecto para definir lo que era la discrecionalidad de la actividad administrativa. Trazaba Orlando dos círculos concéntricos; dentro de ellos la Administración desarrollaba su actividad, y el círculo externo lo marcaba su límite. Si la Administración pisaba más allá de ese círculo externo, el abuso o la desviación de poder se producía ipso facto y el acto administrativo debía ser anulado. Pero si la Administración no pisaba el espacio externo del primero de los círculos entonces el espacio ocupado entre el primero y el segundo de los círculos era un espacio en que la Administración se movía con la más amplia libertad, limitada, repetimos, esa libertad solamente por la línea externa del círculo que de rebasarla la incluía en el abuso de poder. Los actos pues que giraban en el primero de los dos espacios de círculos concéntricos eran los discrecionales; los actos en cambio que se movían en el segundo de los círculos en el central, esos eran reglados, la regla estaba limitada por el primero de los dos círculos y la violación existía si tal línea era pisada.

Por ello, no acepto críticas que califican como un residuo de la organización política del antiguo régimen la idea de una Administración exenta de fiscalización jurisdiccional, y la magnífica teoría del acto administrativo de Otto Mayer, según la conocida interpretación de Kelsem, tiene como verdadera esencia el designio de reservar al Poder, una esfera de libertad a la que no llega la posibilidad de un control de su regularidad jurídica formal, y esta libertad es la que queda asegurada por la existencia de esta facultad discrecional de la Administración, con independencia de la discrecionalidad que implican también los actos políticos o de gobierno a los que hemos hecho referencia.

Y esto es preciso. Opiniones tan autorizadas como la de

Legaz Lacambra a quien corresponden los anteriores conceptos, se rinden a que es imposible negar la legitimidad de esta categoría de los actos de gobierno, al menos como concepto de orden para agrupar todos aquellos actos a los que el Gobierno por consideraciones dimanadas de una estimación política ha querido excluir de una fiscalización jurisdiccional. Legaz Lacambra es el que nos sigue recordando que en la misma Norteamérica donde incluso existe un control de la legislación por los Organos judiciales, estas cuestiones políticas, «political questions», no son objeto de apreciación por la Supreme Court. Y es que el Estado con control judicial de su actividad política, sería un Estado políticamente imposible como había advertido George Jellinet, y como nos recuerda el Profesor Rodríguez Queiró.

Fijémonos bien que quizás me haya desviado un poco del tema estricto de la discrecionalidad administrativa, porque la discrecionalidad política no es naturalmente la Administración, sino como antes apuntaba, son actos no sometidos al control de la Jurisdicción Contenciosa. Pero creo que ha habido que acudir a ello para sentar bien que en el marco no ya de la esfera política, sino de la Administración, hay múltiples actos que exigen también esta libertad de control por estar impregnados de tintes muy análogos a aquellos actos políticos excluidos del control jurisdiccional. Basta recordar como nos recuerda también Legaz que en los Estados de hoy, propaganda, abastecimientos, dirección de vida económica, son actos de la Administración y en cambio, ¡cuánto matiz no tiene de acto político!, y por ello véase que si merced a esto tenemos que imponer limitaciones, no con ello lesionamos el estado de derecho de que hemos hablado. El Estado de derecho sí sufrirá una limitación en su eficacia jurídica o administrativa, pero es en loor a estas circunstancias, en que la limitación hay que aceptarla dentro lógicamente de una prudencial medida.

En una gran parte de los casos nos dice Garrido Falla, esta discrecionalidad exige incluso apreciaciones técnicas que únicamente la Administración a través de sus Funcionarios especializados puede realizar; otras veces es la misma oportunidad de la medida en razón del interés público la que fundamenta la discrecionalidad, pero estaremos todos de acuerdo en que ni

para fiscalizar la conveniencia técnica ni para fiscalizar la oportunidad política, sirven los Tribunales, ya que, como decía Guillelms a quien Garrido recuerda, por muchos Recursos por exceso de poder que se arbitren, la Administración seguirá siendo siempre el Juez del interés general.

Y no desconocemos el peligro que pueda implicar la discrecionalidad y somos los primeros en velar por su limitación. Una interpretación excesivamente amplia, no sólo privaría de garantía al ciudadano, sino que permitiría que el Organismo administrativo ejerciese su acción con una autarquía efectiva, que pudiera ser peligrosa y con daño para el interés público mismo y por supuesto para el particular. Pero no es ahora misión en este discurso de aquilatar donde deben ponerse los límites, es simplemente en el tema que me he trazado, dejar señalado este Status cualificado de la discrecionalidad de la Administración ante el Recurso Contencioso.

E insisto en recordar con los círculos de Orlando otra vez que discrecionalidad no implica arbitrariedad. Ello nos lo había advertido ya Vivien cuando decía que en el ejercicio de sus poderes, la Administración está investida de una autoridad completa cuando actúa en este margen discrecional, pero que la Ley descansa íntegramente en su sabiduría, y por ello no hay que confundir nunca el poder discrecional de que goza, con el arbitrario; el primero está sometido a condiciones y a reglas. Cuando la Ley que no puede preverlo todo ni arreglarlo todo, delega su derecho a un apreciador más flexible, más próximo a los ciudadanos mejor situada para apreciar todos los elementos de la solución, cree que solamente escuchará a la Justicia y a la utilidad pública. Si el Administrador se olvida o abusa de esta confianza en la Ley, habrá dado paso a lo arbitrario y despótico que no encontrando sitio en la legislación de una sociedad regularmente ordenada, marcará todo el peligro de la sensibilidad y de la vitalidad de un pueblo. He ahí la posible cuna de una actividad revolucionaria.

Para ello no nos olvidemos de la declaración de derechos del hombre. Según ellos, el particular puede realizar todo lo que no es prohibido, y la Administración puede realizar sólo lo permitido. La Administración puede actuar con discrecional-

lidad, pero discrecionalidad quiere decir con predeterminación legal; lo que no puede actuar es fuera de la Ley que es el abuso del poder y lo arbitrario. La discrecionalidad es pues una valoración de una actuación jurídica. Y la buena Administración siempre tendrá como faro o guía, y esto es lo interesante en cualquier Régimen o Gobierno, el bien común, el interés público, la urgencia, la necesidad, la conveniencia, la oportunidad, ellos son los conceptos que ha de individualizar en cada caso para respaldar su propia conducta, es decir, que la discrecionalidad gira entre dos términos, en un extremo tiene la vinculación, en otro la arbitrariedad, y recuérdese que sólo una confusión de términos entre lo arbitrario y lo discrecional hizo posible a veces que se unificaran, porque ninguno de los dos podía ser fiscalizado en vía judicial. He ahí el morbo de las Dictaduras.

En un proceso civil, cuando un particular demanda a otro para que responda de la consecuencia de un acto, el Status del demandado se limita simplemente por el actuar humano en el margen de la Ley y la razón. En la Jurisdicción Contenciosa la misma demanda dirigida contra la Administración debe exigir antes de iniciar polémica alguna el evidenciamiento por parte del demandante de que la Administración no estaba facultada para actuar en la forma que actuó, es decir, que la Administración se ha salido de cualquiera de los dos círculos que podía corresponderle, según el símil de Orlando, del primero o interno si su facultad era típicamente reglada o del segundo o externo si la facultad era de carácter discrecional.

He ahí un Status más de cualificación que la Administración debiera merecer.

LA AUTO-REVISION ADMINISTRATIVA

Vamos pues perfilando el Status cualificado de la Administración en el proceso contencioso. Vamos viendo cuan en lo exacto estábamos cuando exigíamos un ante-juicio antes de que la Administración admitiese en diálogo a su altura, al particular y ante los Tribunales. Como decíamos también anteriormente, no es que este juicio o proceso de admisión aceptado en cier-

tas legislaciones extranjeras, no sea aceptado en la nuestra, pues nuestra Ley Jurisdiccional establece una serie de motivos de inadmisibilidad del Recurso que vienen a ser este ante-juicio mismo. La Administración puede oponer a la iniciación del diálogo una serie de motivos de inadmisibilidad que velan de entrar en el fondo del asunto antes de que sean tratados y se califique como suficiente o insuficiente la situación para dialogar.

Hemos hablado ya de unos actos de soberanía que la Administración no tolera que se sometan a control jurisdiccional.

Al lado de ellos, la Administración exige y puede exigir, que antes de ser interpelada se le haya pedido a ella directamente y en un Recurso, exclusivamente dentro de su ámbito, la reforma del acto con exposición de la queja que contra el acto se tiene.

Esto que es lo que se llama en nuestra legislación el agotamiento de la vía gubernativa, es también universalmente aceptado. La vía gubernativa es cada día más precisa. Es como dice Retortillo una garantía que interesa mantener no solamente como un Status cualificado de la Administración, sino precisamente como garantía que evite inquietudes o atropellos efectuados incluso con buena fe por la actividad administrativa en el torrente de movimientos que implica su desarrollo actual. Naturalmente, la vía gubernativa, reclamación o proceso netamente administrativo y aún jurisdiccional, no debe representarse como una mera reconsideración; ello haría de la vía gubernativa un acto más a recurrir. La vía gubernativa debe ser una reclamación ejercitada, aún dentro de la Administración pero resuelta por personas independientes de quien dictó el acto administrativo y rodeadas del más alto sentido jurídico.

Precisamente nos recuerda Friter Fraider que en Alemania el estado de derecho ha tenido su origen en la implicación de las instrucciones de Justicia, pero fuera de los Organos de Justicia y dentro de los Organos de la Administración; en definitiva, la realización del derecho administrativo debe incumbir antes de nada a las Autoridades administrativas.

Ciertamente que no podemos poner en esta contestación netamente administrativa el punto final. No nos oponemos a que detrás de él se mantenga el control jurisdiccional, pero lo puramente de esta vía gubernativa es un Status de la Administración que es forzoso mantener.

Y este Status de la Administración dentro de la Reclamación Contenciosa que es la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, se reproduce exigiendo el trámite de Recurso de Reposición como previo a la vía contencioso-administrativa.

En definitiva, vía gubernativa y Recurso de Reposición son iguales, es decir, vienen a ser dos reclamaciones previas. Lo que ocurre es que el segundo es el específico de la Reclamación Contencioso-Administrativa, es decir, viene siendo precisamente el agotamiento de la vía gubernativa proyectada específicamente sobre la Jurisdicción Contenciosa, Recurso que si lo traigo a colación en este momento no es para invocarlo como preciso ya que está aceptado por nuestra legislación positiva, sino para resaltar como decíamos en las observaciones a la reclamación previa en vía gubernativa, la conveniencia de que su resolución competa naturalmente a Organismos no judiciales, de neto derecho administrativo, pero independientes de quien dictó el acto administrativo para que así puedan proyectar eficacia.

Estos son los sistemas, mejor dicho, el Status que puede permitir a la Administración enmendar sus decisiones de cualquier error que pueda haber sufrido o fortalecerla en la ratificación de sus actos, y es indudable que así las cosas, la fuerza con que la Administración se presentaría ya después de esto ante el proceso revisor de la Jurisdicción Contenciosa, sería indudablemente muy superior a aquella en que hoy se presenta y que motiva algunas veces en las resoluciones judiciales la imposición de costas al Organo de la Administración.

DESVIACION Y ABUSO DE PODER

Y con ello, es decir, con la exigencia de la tramitación previa de la demostración de que la Administración se ha salido de su esfera reglada o incluso del margen máximo de lo discrecional, con la concesión a la Administración de esa facultad de actuación, no hay ningún peligro de despotismo ni arbitrariedad.

Téngase en cuenta que para que no se abrigue nunca un temor, ya casi en todos los países y en ello no regateamos nuestro aplauso ni entusiasmo, se da entrada al Recurso de Desviación de Poder, este Recurso tan magníficamente estudiado por

el Consejo de Estado Francés y que es en definitiva una garantía del pueblo frente al abuso de discrecionalidad. Por eso, una cosa es que yo abogue mantener la discrecionalidad como Status cualificado de la Administración ante la Jurisdicción Contenciosa, y otra que pretendiese crear unas zonas de actividad administrativa de tal inaccesibilidad que fuesen el pisoteo de los derechos vinculares mínimos de la sociedad humana.

Y es que como nos recuerda Becerril, la concepción revisio-nista de la discrecionalidad fue defendida ya por los franceses de principio de siglo y particularmente La Ferrière estableció que la discrecionalidad no supone la falta de norma, habiéndose venido a formular una amplia y profusa gama de conceptos limitativos de discrecionalidad.

Pero ello no ha de ser un argumento que se ofrende a un demandante para buscar con otros muchos una victoria de su pretensión, ello ha de analizarse y esto es el Status cualificado por el que abogamos o en el proceso de admisión que ya hemos apuntado o remitiendo la cuestión al Recurso extraordinario y limitado de abuso o desviación de poder.

Un Recurso de abuso o desviación de poder al que no dudo desde un primer instante en presentar no ya mi más firme adhesión, sino mi más sincero aplauso aún dentro de esta exaltación de privilegio de la Administración por la que abogo. Y no dudo en el aplauso y estimación de este Recurso, porque en él sí que la Administración no es una parte litigante, en él la Administración es Administración misma, ente de derecho público que comparece interpelada en su alta postura y en subordinación a un principio cívico y democrático, para responder de una acusación de haberse desviado del camino de su competencia de las facultades o de haber abusado de su principio de Autoridad.

Y otra vez Francia, con la magnífica estructura del Consejo de Estado, es la que nos ha definido y perfilado lo que debe ser la juridicidad de los Estados modernos en estos Recursos de exceso o desviación de poder.

En el Consejo de Estado francés, este Recurso es posible contra todo acto de la Administración. Quedan, sin embargo, excluidos del mismo los actos legislativos y los que manan naturalmente de las Autoridades judiciales. Véase cuan alto respeto para el principio de división de poderes. Y también quedan excluidos los contratos. Pero, sin embargo, en contrapartida, se

comprenden dentro de él todos los actos administrativos individuales o reglamentarios cualquiera que sea la Autoridad ejecutiva de que puedan emanar, desde el Presidente de la República de Francia, desde el primer Ministro, pasando por los Ministros, Alcaldes o Comisiones colegiadas con poder de decisión, todos, absolutamente todos estos elementos integrantes de la Administración, están sujetos al control de sus actos en estos Recursos de desviación o abuso de poder. Todos y todos los actos, porque del alcance del Recurso por exceso del poder no se excluyen más que los actos denominados «actos de gobierno», es decir, los actos adoptados por el Gobierno en sus relaciones con poder legislativo y con las demás potencias extranjeras.

Y no obstante esto, la reciedumbre y trascendencia de estos Recursos está al alcance de cualquier ciudadano.

Ahora bien, la simple cualidad de ciudadano o de contribuyente del Estado no bastan, sin embargo, para legitimarse activamente para estos Recursos: se exige un título suplementario, un interés específico que se ha de determinar previamente en un vibrar de perfecta armonía con los dictados que yo voy exponiendo en el curso de esta exposición.

Ni vale tampoco cualquier causa para respaldar el Recurso de exceso de poder. Sólo integran una acción de este Recurso las causales de derecho que no ponen en cuestión más que la legalidad de la acción de las Autoridades. Y para que no haya lugar a interpretaciones, se marcan con toda precisión estas causales en los cuatro motivos siguientes:

- A) La incompetencia del autor del acto.
- B) Un vicio de forma, es decir, la violación de una formalidad esencial exigida por la Ley antes de que los Administradores hayan podido tomar una decisión.
- C) La violación de una norma de derecho, y
- D) La desviación de poder.

Veamos cada una.

La incompetencia del autor de acto y el vicio de forma no necesitan de glosa. La violación de una norma de derecho como tercero de los motivos causales para un Recurso de desviación de poder, es interesante que lo resalte ante vosotros, para re-

cordaros que se entra en este motivo no solamente cuando se acusa la violación de una norma de derecho positivo, sino cuando el acto de la Administración viola un principio general del derecho, siendo muy interesante recordaros que el Consejo de Estado francés ha identificado estos principios generales de derecho con la declaración de los derechos del hombre de 1789 y entre cuyos principios existe quizá como el más bello, el principio de la libertad.

Y la desviación de poder es motivo causal de este Recurso, cuando aún respetándose la forma y competencia la Administración haya tomado decisiones para las que estaba autorizada, pero al hacerlo se haya atribuido poderes que le correspondían para un fin distinto del que se tenía en vista en el momento de otorgárselos, y sobre todo con un fin ajeno del interés general al que es responsable.

Característica de este Recurso es la brevedad de plazo para interponerlo. Naturalmente el propio prestigio de la Administración no permite que sus actos tengan sobre sí por mucho tiempo la espada de Damocles de una interpelación de este tipo.

En nuestro procedimiento español se ha dado una tímida entrada a este Recurso y desde luego no se ha cumplido el Status cualificado al que he hecho referencia. El Recurso de exceso o desviación de poder, en nuestra legislación vigente no es un Recurso autónomo. Simplemente, el artículo 83, párrafo 2 de nuestra Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa permite a la Sentencia que se dicte en la contienda estimar el Recurso, con independencia de otros motivos, cuando el acto de la Administración incurriera en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Poco hemos conquistado desde cualquier faceta en este orden. No hay Recurso de desviación de poder, hay un motivo de ataque a la Administración con esta desviación, pero nada más. Y esta situación meramente inicial nos la confiesa la propia exposición de motivos cuando nos dice «que tanto la incompetencia como vicio de forma, la desviación de poder o violación de la Ley pueden servir de fundamento a la pretensión de anulación y al de plena de Jurisdicción». No hay Recurso pues, hay simplemente un argumento.

S I N T E S I S

Y con lo que ya hemos expuesto y para no cansar más la prolongada atención, podíamos dar por finalizado aquí el examen de lo que pudiéramos entender como Status internos que deben aureolar la actividad de la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sinteticemos pues nuestra exposición diciendo que serán tales Status la consideración de la Administración cualquiera que sea la postura de las partes en el proceso, siempre como un Ente de derecho público que comparece sí, a una interpelación, pero sin perder un instante su rango ni su soberanía.

Que será Status de la Administración dentro del proceso contencioso-administrativo el establecimiento de un proceso de admisión antes de iniciar el diálogo entre la Administración y los litigantes, para determinar si concurren en el caso aquellos supuestos en los que la Administración puede ser interpelada y a fin de especificar si el actor está dotado de la legitimación activa suficiente y si hay proyección bastante para considerar que pasivamente se da también tal legitimación en la Administración.

Deberá ser también Status en esta proyección científica que estoy realizando, el respeto de la autonomía de la Administración en aquello en que por ministerio de la Ley y por la arquitectura política del Estado la Administración puede moverse con un carácter discrecional.

Será Status que aureolará igualmente a la Administración, la exigencia de un agotamiento de trámite previo dentro de la Administración misma, donde se plasme la reconsideración y mantenimiento por la Administración de su postura en el acto administrativo.

Abogamos dentro de este Status de la actuación y control de la Administración en la Jurisdicción Contenciosa, por Tribunales que impliquen a la par del sentido de máxima garantía y competencia, un respeto al principio de división de poderes que vino a ser condición que puso la Administración para que su control se verificase.

Y sea finalmente un Status que la propia Administración aún siendo la afectada en sentido pasivo, reclama en beneficio del ciudadano la existencia de un alto procedimiento especial y

solemne ante el más alto Organismo que pueda crearse, para que la Administración pueda ser interpelada y juzgada si efectivamente desviándose de la norma de su competencia o procedimiento o abuso de poder ha herido con su acto una Ley o incluso un principio general de derecho.

STATUS EXTERNOS

Sin embargo, analizadas las posturas o Status internos de la Administración en su comparecencia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, creemos que queda aún por parar nuestra atención en otros Status, los externos, es decir, los más visibles, los que presentan cómo es y cómo debe considerarse la postura de la Administración en el instante mismo de su actuación ante el organismo ante quien comparece.

Volvemos a decir, repitiendo lo anteriormente dicho, que cualquiera que sea la postura de las partes en el proceso no puede haber ninguna legislación en el mundo, y pobre del país que prescindiese de ello, que pueda dejar de ver en la Administración el Ente de Derecho público que, como antes decíamos, comparece sí, ante una acusación, a someterse en control, pero sin perder nunca el rango de su eminencia y de su soberanía.

Al disertar sobre este extremo y como naturalmente sería imposible hacerlo a través de la visión de los distintos países con relación a este problema, vamos a partir de la situación de Derecho positivo español, para dentro de él, formular nuestro científico criterio y nuestras observaciones.

Ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España se mueven tres elementos: parte demandante, Tribunal y Abogacía del Estado que representa a la Administración.

Ya dijimos anteriormente que cuando hablamos de Abogacía del Estado representando a la Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hay que matizar este perfil de la actividad de la Abogacía del Estado, distinto de los otros múltiples y todos muy altos que tienen su función.

El Abogado del Estado, representante de la Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es un Abogado del Estado distinto del resto de sus funciones. Ya expusimos

anteriormente la necesidad de distinguir entre Estado y Administración y que aún dentro de la Administración hay que hacer distingos, cuando ésta actúa dentro de la esfera del poder ejecutivo como una administradora del patrimonio, y cuando se presenta ante la Jurisdicción Contenciosa como un ente abstracto, creador del derecho administrativo, respetuosa ante el derecho subjetivo individual y proyectora como objetivo único del interés público y colectivo.

Esta es la única Administración que la Abogacía del Estado representa en la función contencioso-administrativa.

La distinción que cito de esta dualidad de funciones de la Abogacía del Estado es precisa hoy. No era ayer cuando el Abogado del Estado que representaba a la Administración ante la Jurisdicción Contenciosa, era el Fiscal de lo Contencioso-Administrativo, lo que naturalmente aunque suponía una identidad de personas, matizaba perfectamente la dualidad de funciones. pero hoy, suprimida esta personalidad de Fiscal de lo Contencioso-Administrativo, interesa la matización de cada una de las actividades en relación con sus consecuencias.

Cuando el Abogado del Estado defiende al Estado como persona jurídica o a la Administración como administradora simplemente del patrimonio estatal, entonces la postura de la Abogacía del Estado no puede ser más que la de una simple parte. Estos son las contiendas ante los Tribunales civiles y los penales, que aparte naturalmente de los privilegios de situación meramente honorífica, en el orden procesal equiparan al Estado representado por su Abogacía, con la otra parte litigante. Para el Estado lo mismo que para la parte que con él se enfrenta, hay exactamente el mismo formulismo, hay exactamente las mismas excepciones.

Pero la Abogacía del Estado que representa a la Administración ante lo Contencioso, no defiende ningún interés de carácter particular. Tan no defiende ningún interés de carácter particular, que muchas veces se enfrenta con las propias Entidades u Organismos que están dentro de la Administración. Se suman por cientos las veces en que frente al Abogado del Estado, es una Corporación la que impugna un acuerdo de la Administración. E incluso el Abogado del Estado como Administración misma tiene que convertirse a veces y previa una declaración de lesividad que hace el Consejo de Ministros, en impugnador

ante la Jurisdicción Contenciosa de actos de sus propios Organismos que se entienden lesivos, para la Administración misma.

La Abogacía del Estado pues, es más que una parte en el proceso. No defiende el interés de un litigante, sino el puro vigor de la Ley y el más alto interés público, enfrentándose con las Corporaciones y enfrentándose incluso con el Organismo administrativo.

Pero aún sin llegar al enfrentamiento, si el Abogado del Estado al que se lleva la misión de defender un Organismo administrativo no lo considera digno de defensa, el Abogado del Estado está facultado, previa, naturalmente, la autorización de sus superiores jerárquicos, para rechazar la defensa. Si es una Corporación Local declarando indefendible el acuerdo, con lo que el Tribunal, según nuestra legislación, dará cuenta a la Corporación para que se defienda por sí mismo si lo estima procedente.

Y si el acto administrativo no dimana de una Corporación Local, allanándose a la demanda previa la tramitación para ello establecida en la Ley de la Jurisdicción y en los Reglamentos Orgánicos del Cuerpo.

El Status externo pues de la representación de la Administración es especialísimo y nos separa íntegramente de una simple concepción de parte del proceso. Pero con todo ello, quizá lo que más nos cualifica en este Status externo especial está representado por la facultad que tiene la Abogacía del Estado y sólo ella de interponer contra las Sentencias de los Tribunales que no sean susceptibles de Recurso ordinario de apelación, un Recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley.

Esta es la más alta misión que se nos puede encomendar, la de convertirnos en vigilantes de la Ley misma, permitiéndonos discutir la resolución de los Tribunales cuando entendemos que el criterio legal no es correcto. Es tan pura y tan alta esta misión, que fijémonos bien que con este Recurso extraordinario no se trata de conseguir ninguna finalidad estricta ni satisfacer una pretensión, ni resolver un conflicto, sino simplemente velar por la exactitud y uniformidad del orden jurídico. Ciertamente que el Abogado del Estado al velar por el cumplimiento de la Ley es porque entiende que la Ley en aquel caso ha herido los intereses de la Administración, y si bien la situación jurídica

no podrá variar aún cuando el Recurso prospere, por lo menos quedan sentados los postulados para casos futuros.

Y esta es una de las misiones que con más orgullo y celo cumplimos los que pertenecemos al Cuerpo de Abogados del Estado.

La Administración aquí con nuestra acción no es una Administración litigante. Es el ente público que en beneficio de la colectividad española vela por la pureza de la interpretación de la Ley misma, y es la propia Administración la que disconforme con la interpretación o aplicación que se ha hecho de la Ley en un Tribunal Regional, traslada lo discutido, por nuestro conducto, al más Alto Tribunal de la Nación para que él o bien ratifique el criterio del Tribunal inferior si tal error jurídico no existía, o por el contrario disipe el error existente y siente la pura doctrina.

El resultado de esta misión de las Abogacías del Estado no ha podido ser más excelso.

En un rápido repaso que he hecho de la Jurisprudencia de los últimos años, anoto el número de 51 los Recursos extraordinarios de Apelación que han interpuesto las distintas Abogacías del Estado: Madrid, Barcelona, Sevilla, Zaragoza, Granada, etc. Por lo que afecta a la nuestra, a La Coruña, son cinco los Recursos extraordinarios de Apelación que se han formulado.

Pues bien, dentro de esta estadística y de este número de 51 Recursos que estoy totalizando, en 30 triunfaron las tesis de las Abogacías del Estado y se sustituyó la doctrina de los Tribunales regionales por la doctrina que elevada al Supremo por las Abogacías del Estado, el Supremo estimó perfectamente correcta.

Desde el punto de vista científico, el Recurso pues, no puede merecer más que aplausos. No se arguya que con estos Recursos se merma prestigio a los Tribunales que han dictado la Sentencia. Véase bien, y nos referimos a la situación de la legislación española, que para que el Recurso prospere hace falta que la doctrina sea considerada como gravemente dañosa y errónea. Ello quiere decir que si la Dirección General de lo Contencioso del Estado autoriza al Abogado del Estado para impugnar en Recurso extraordinario de Apelación una Sentencia,

es que entiende que puede concurrir este doble factor de ser su doctrina gravosa y errónea.

El Tribunal Supremo no acogerá nunca un Recurso en que entendiéndose que faltan estos postulados, pero en cambio, como dice Jiménez Asenjo, con este Recurso extraordinario se deshace y evita que perviva un posible error judicial tan gravemente perturbador, tanto jurídico como civilmente considerado, para mantener en todo su vigor de pureza las normas quebrantadas.

Y si tratamos de medir la eficacia, es indudable que la Jurisprudencia que implica la Sentencia que resuelve el Recurso extraordinario de apelación sentará una doctrina que evitará la repetición del caso. Y como hemos visto por los propios Recursos en los que ha intervenido este exponente, si bien es verdad que en principio no varía la situación jurídica individual, como siempre por encima está el poder legislativo, éste, a la vista de la Resolución del Recurso y modificando la norma para adaptarla a la evitación de casos futuros, establece un complemento de la restauración de la legalidad.

Este Status de la Administración pues, «la Administración no como parte litigante sino como celosa defensora de la pureza interpretativa de la Ley de los Tribunales de lo Contencioso, misión que se encomienda a las Abogacías del Estado», lo consideramos como el Status de más altura y nos evidencia una vez más cuan distante está la Administración en el curso de un proceso contencioso-administrativo, de ser considerada como una mera parte de litigio.

En esta actuación de las Abogacías del Estado en los Tribunales Contenciosos y que estamos analizando, nos acercamos a Instituciones tan magníficas como el Ombudsman a nuestro juicio el tipo de la representación de la Ley y del interés público ante la Jurisdicción Contenciosa. Ha habido pueblos y legislaciones, pongamos la inglesa como prototipo en que realmente el respeto a la Ley y a los Jueces, tanto por parte del Poder público como del pueblo, ha supuesto la verdadera garantía del derecho fundamental en la anulación judicial de los actos administrativos normativos por sí mismos. Así nos lo expresa Lumière y Demichel, recordados por Becerril. Pero el correr de los tiempos no podía conformarse con respeto estático, por eso ha entrado en juego en época última una institución realmente significada como novedad jurídica protectora de los derechos

del hombre, y víctima cada vez más sujeta a los peligros que implica la autarquía de la Administración, la actividad burocrática y la indiferencia administrativa.

Nos recuerda Becerril que la institución data de la Constitución sueca de 1890 y que ya viene funcionando en los demás países escandinavos. Y García Enterría ya en 1962 hizo objeto de estudio este tema. El Ombudsman realmente tiene su paternidad en el Parlamento mismo, es decir, en la soberanía del pueblo. Es el pueblo el que lo nombra para que, colocado en medio de los Organismos administrativos, proteja al ciudadano a la par que vele por la Administración y a él pueden dirigirse los ciudadanos para expresarle sus quejas contra los Organismos de la Administración. Al Ombudsman se le dan las más amplias facultades, acceso a las dependencias, posibilidad de investigaciones, no es que sea un fiscal como nuestros fiscales de lo criminal, ni que tampoco sea un Letrado al servicio de la Administración. Simultáneamente defiende los intereses del pueblo y lógicamente defiende también a la Administración. Cuando yo me he cuidado de separar dentro de la actividad del Abogado del Estado, el Abogado del Estado que defiende al Estado como parte en un proceso y el Abogado del Estado que en la Jurisdicción Contenciosa representa no al Organismo administrativo con quien incluso puede enfrentarse o puede combatir, sino al principio puro de la Administración y al Derecho subjetivo, ¿no podríamos ver en nuestra misión algo similar, aunque naturalmente muy inferior en formación a esta Institución? Creo que perfilando nuestra misión en el proceso administrativo, incluso especializando dentro de nuestro Cuerpo a los que habían de dedicarse exclusivamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en nuestro proceso español, no tendríamos nada que envidiar al Ombudsman de los países escandinavos.

La importancia de la Institución entre nosotros sería inmensa. Ayer en las Cortes la interpelación de un Diputado podía convertirle en vocero de una queja de un ciudadano del pueblo. Hoy ni por la constitución actual de las Cortes, ni por su actividad acomplejada y saturada de problemas legislativos, puede quedar hueco para esto, y en cambio, esta misión puede perfectamente desempeñarla quien como el Ombudsman ejercite su misión.

No hablamos de Instituciones puramente doctrinales; rige esta Institución en Finlandia, en Noruega, en Dinamarca, en Nueva Zelanda, en Irlanda y EE. UU. lo tienen como proyecto de su futuro.

Y en cuanto a Inglaterra volvemos a recordar que merced a la propuesta de la llamada «Comisión Franks» a que hemos aludido anteriormente se creó el también ya referido «the Council of Tribunals» para controlar los Tribunales administrativos.

Es en primer lugar, un organismo asesor pero su más destacada tarea es el control de la Administración y de los Tribunales administrativos. No es precisamente el Ombudsman sueco pero no es de extrañar que Wade haga un análisis comparativo entre ambas Instituciones, estudiando los obstáculos que supone para la introducción en Gran Bretaña de un órgano que tanto éxito ha alcanzado en los países escandinavos y que como antes citábamos ha sido intriducido recientemente en un país del área cultural anglosajona: Nueva Zelanda.

Los que como este exponente estamos enamorados de nuestra misión, no podemos menos de abogar no ciertamente para traer aquí la Institución extranjera, que no somos amigos de copias, sino para resaltar que en la misión del Abogado del Estado hoy ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa representando a la Administración, es decir, en el Status externo de la Administración ante la Jurisdicción Contenciosa, existe larva más que suficiente para perfeccionarla y crear la Institución que podía no igualar sino mejorar al Ombudsman escandinavo que estamos refiriendo.

Y termino Excmos. Señores y compañeros de Academia. Perdón por lo dilatado del tema, y perdón a todos y particularmente a los que más ajenos a esta materia específica no hayan podido encontrar la amenidad mínima para hacer menos gravosa su atención.

Muchas gracias a todos, y un perdón más específico aún para las dos acusadas vanidades que me habréis descubierto a través de mi disertación. La que haya podido dedicar al Cuerpo de Abogados del Estado a que pertenezco, y la que haya podido verse envuelta en la invocación de los méritos a los míos. Pero

es que en los momentos solemnes de la vida y después de una reacción emotiva suscitada por una gran merced como es la que hoy disfruto y cuando entramos en el remanso de la meditación, es inevitable volver la vista al pasado y siempre damos con alguien que nos llevó de la mano para transponer el umbral del triunfo. Y este alguien ha sido en mi vida unos buenos padres a quien va la ofrenda de todo honor, ya que las manos sedosas y acariciadoras de mi madre bondadosa, y la férrea y enérgica de mi padre, fueron las que me condujeron por la senda de la hombría de bien desde la infancia. Y al subir sobre ella por la escalera de la vida, fueron los ejemplos de los hermanos mayores que he invocado, los que empequeñecían mi personalidad y me hacían engrandecerme para llegarme a su altura.

Perdonadme pues, la vanidad de los elogios a ellos, así como también a este Cuerpo al que me honro en pertenecer, porque Jefes y compañeros, con el ejemplo de su hacer colectivo, han sido un estímulo constante de celo y de cumplimiento del deber. Perdonadme, pues, pero estoy seguro que conmigo entenderéis que el mejor elogio que a unos y a otros les puedo rendir, es el recuerdo, en estos momentos cruciales de la invocación filosófica.

Y para vosotros, señores Académicos, mi eterna y devota gratitud.

CONTESTACION

DEL ILTMO. SEÑOR

D. CARLOS GOMEZ CARRERA



Excmos. e Ilmos. Señores:

Señores Académicos:

Señoras y Señores:

Voy a cumplir con el honrosísimo deber de contestar en nombre de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia, en misión protocolaria que me ha conferido mi Maestro y Excmo. señor Presidente de la misma, al discurso de ingreso del Excmo. señor don Juan Morros Sardá.

El nuevo Académico:

De su faceta personal y humana: Mencionar en La Coruña el nombre de Juan Morros Sardá, es citar al amigo de todos, servicial y radiante de cordial simpatía.

Nacido en León, que fundara la Legio VII Gemina y fue Capital de España durante los primeros siglos de la Reconquista, sigue en su Instituto el Bachillerato con inusitada brillantez, Matrícula de Honor en todas las asignaturas y Premio Extraordinario en la Sección de Letras.

Cursa con todo éxito las Carreras del Magisterio y del Profesorado Mercantil, la de Derecho en la Facultad de Valladolid, aquéllas en su ciudad natal, y luego de doctorarse en la Universidad Central, ingresa a los 20 años en el Cuerpo de Abogados del Estado, sin poder tomar posesión por falta de edad mínima, siendo destinado, al cumplirla, a la Abogacía del Estado de Lugo y más tarde a la de La Coruña, cuya Jefatura desempeña en la actualidad.

Amplió sus estudios jurídicos en varias Universidades extranjeras, es miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, intervino destacadamente en múltiples Congresos Internacionales de Derecho Público, Congreso de Ciencias Administrativas, reciente Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Fiscal y, últimamente, en el VI Congreso Penal y Penitenciario Ibero-Americano y Filipino celebrado en La Coruña.

Ha pronunciado notables conferencias sobre Derecho Público y es autor de numerosos artículos en revistas profesionales sobre esta rama del Derecho.

Notabilísimo Abogado, adscrito a varios Ilustres Colegios de España y entre ellos al de Madrid, todavía hurta tiempo a su dinámica y polifacética actividad profesional para explicar algunas lecciones en la Cátedra de Derecho Público de la Facultad de Santiago de Compostela, por intervención complaciente a la solicitud de sus titulares.

Y ¿qué diré a su discurso de Ingreso en la Academia?

Acabáis de oírlo, pletórico de erudición y Ciencia jurídica.

No me es permitido pronunciar un nuevo discurso sobre la materia, insuperablemente tratada por el señor Morros Sardá, ni es tampoco protocolario hacer un estudio exhaustivo y crítico del mismo, aunque dispusiera de cualidades personales de autoridad y Ciencia jurídica, de que realmente carezco.

Seáme así sólo concedido hilvanar una somerísima glosa, parasintética de las ideas tan magníficamente expuestas por el recipiendario:

Se declaró el orador como un amante exaltado de la Administración, y no faltan, ciertamente, aparte la leal adhesión y devoto entusiasmo del largo y denso servicio del señor Morros Sardá a la misma, que bastarían a justificar aquella devoción, motivaciones objetivas serias para respetarla, quererla y admirarla.

Superados los absolutismos trascendentales en el plano del pensamiento moderno, impulsados los pueblos por la investigación científica y la Tecnología, notorio el gran desarrollo de la Economía, el progreso del bienestar social, con el disfrute de riqueza y bienes, cada día más generalizado, más igualitario

y más justo, es patente que a ese desarrollo gigantesco, a ese incesante progreso socioeconómico, a esa más justa distribución de bienes y bienestar, no es ajena la cuidada organización y la eficacia funcional de esa Administración, que, teniendo como norte seguro el interés colectivo, el servicio de la comunidad social y de los grupos y hasta el de todos los individuos en sus más amplias singularidades, ha querido, sabido y conseguido propulsar eficazmente aquella investigación y técnica, aquel progreso e innegable auge en la producción y más justa distribución del total acervo producido.

Si ya muerto y enterrado, y no sólo doctrinalmente, el capitalismo individual y privado, desfasado incluso el colectivo y estatal de una sola clase, se caracteriza el gobierno actual de los pueblos cultos y desarrollados por un creciente intervencionismo en todas las ramas de la actividad económica y social, de los grupos como del individuo, con un socialismo integral, que equilibre la libertad y el orden, la producción masiva y la distribución igualitaria, parece claro que la Administración, encarnada en los varios y múltiples organismos que la integran, en los diversos círculos de su actividad, y que ha hecho posible aquel resultado de cultura y desarrollo, ha de merecer el tributo de respeto, de afecto y admiración de todo ciudadano consciente y responsable.

Pero, ¿cuál es el título de legitimidad de origen y nacimiento, y de sus méritos para que la Administración disfrute de un status cualificado que en justicia deba serle reconocido por los individuos, las Leyes y la Nación en el orden legal, sustantivo y procesal?

Aparte unos atisbos de formación que podemos vislumbrar en Grecia y en Roma y aún, muy esporádico, en alguna monarquía de «l'ancien régime», las que proclaman normalmente su desprecio por todo interés del individuo y hasta de la colectividad: «L. Etat c'est Moi», pregona el bisabuelo, «Après Moi, le déluge», repite el bisnieto, la Administración como elemento del Estado del Derecho, es extraña a todos los regímenes absolutistas: Su condición existencial es la Democracia y el reconocimiento de los Derechos del Hombre: Nace del Pueblo.

«El poder corrompe, y el poder absoluto es la corrupción absoluta», como dijo el político inglés.

Su nacimiento, su existencia, no es gracioso regalo de ningún tirano, de ningún Monarca, de ningún régimen de soberanía personal.

Aquel 19 de junio de 1215, en la llanura de Runnymede del Condado de Surrey, en presencia de los dos ejércitos en orden de combate, uno mandado por Juan Sin Tierra, de una parte, el otro formado por barones y ciudadanos de las principales ciudades, a las órdenes del barón que eligieron como Jefe, Sir Robert Fitz Walther, firma el Rey, intimidado, no por la fuerza del Derecho, sino por el derecho de la Fuerza del Pueblo, la CHARTA MAGNA, estableciendo en ella las libertades esenciales de los Derechos del Hombre: Que bajo ningún concepto nadie podrá ser preso, expropiado, desterrado ni ofendido, a no ser por previo juicio de sus iguales; que nadie podrá ser impedido de ir a donde quiera, incluso al extranjero; que no podrán ser reclamados subsidios más que para la coronación del Rey y la boda del Príncipe o Princesa herederos; que podrán juramentarse todos y cualquiera en pacto de defensa contra el Rey y sus ministros, baillíos, etc.; que la Justicia no podrá ser negada, dilatada ni vendida; que los Tribunales de Justicia no acompañarán al Rey, sino que residirán permanentemente en Westminster, y estarán formados por hombres de Leyes y hasta que el mismo Rey, sus Oficiales, Ministros, etc., quedan sometidos a la sentencia que dicte por mayoría de presentes un Tribunal de 25 barones.

Es curioso observarlo: Se establece una especie de antejuicio, recurso de reposición o agotamiento de vía gubernativa contra los abusos del poder real: Si fuere cometido un delito o abuso cualquiera contra alguna persona («in aliquo erga aliquém» dice el texto literal), contra el pacto, libertades y artículos de la Carta, una vez denunciado el delito o abuso a cuatro de los barones de los 25 elegidos aquellos cuatro acudirán al Rey, en exposición del exceso y pidiendo que sea inmediatamente corregido, y si no fuere enmendado, los cuatro presentarán el pleito («Causam», dice la Carta) a los restantes de los 25 barones; «y aquellos VEINTICINCO, CON TODA LA GENTE DEL PUEBLO, condenarán y castigarán al Rey por todos los modos y con todas las fuerzas posibles, hasta que fuere enmen-

dado conforme a la libre sentencia de aquéllos, salva la persona del señor Rey, su esposa e hijos». Nótese «con toda la gente del Pueblo, «cun Communa totíus terrae» reza la Carta, y añade que todos los ciudadanos quedan autorizados a juramentarse en compromiso de obedecer la sentencia para castigar al Rey con todo el poder de los barones y ciudadanos, siendo nula toda liberación de este juramento, aunque fuera concedida por el Papa.

Resulta patente que se establecieron las libertades del pueblo y por imposición del pueblo; que no se trata de un pacto feudal entre nobles, como han pregonado los eternos y sinuosos enemigos de la Democracia.

No más que 43 años más tarde, los Estatutos de Oxford confirman y amplían la CHARTA MAGNA, las libertades y derechos del ciudadano inglés, y crean el supremo Organismo de la democracia inglesa: El Parlamento del Pueblo o Cámara de los Comunes, que asienta ante el Mundo el principio elemental que impone la Biología y el sentido común: La Soberanía nace del Pueblo, se ejerce sólo legítimamente en representación del Pueblo, y no tiene otra utilidad ni razón de ser más que el servicio del Pueblo.

Montesquieu fija científicamente, como bien precisaba el recipiendario, el formalismo de la división del poder soberano del Pueblo, que éste ejerce, directamente por la función electoral, y entrega el resto, en porciúnculas de poder, al legislativo, al ejecutivo, administrativo, judicial y moderador o coordinador, al destino exclusivo del interés de la comunidad nacional.

Va a ser la Gran Revolución la que dará a Francia, a Europa y al Mundo, el modelo de la división de poderes y democracia organizada sobre la única base racional: La Soberanía del Hombre: Individuo, sociedad y nación, único sujeto, objeto y destino del derecho.

Reunidos los Estados Generales o Parlamento del Rey, que no lo habían hecho desde 1614, el Estado Llano, consciente de ser el auténtico representante de Francia, clama su orgullo de ser «Le Peuple», asume e impone el título de Asamblea Nacional, como Constituyente (5 de junio de 1789). Y cuando el Marqués de Brezé se presenta ante ella para comunicarle las órdenes e instrucciones para celebrar una sesión conjunta con intervención del Rey y pregunta a los Diputados si han entendido

las órdenes, Mirabeau, mayestático, le contesta: «Decid a *vuestro amo* que los que estamos aquí reunidos, lo estamos por la voluntad del Pueblo». Queda así proclamada oficialmente la soberanía de la Asamblea.

Vota finalmente (27 de agosto de 1789) la gloriosa «DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO». Paso a paso, imponiendo cada día la justicia de su derecho soberano con el uso de la fuerza (Bastilla, Tullerías, etcétera), reconquistan para la Humanidad, los viriles ciudadanos, los tributos de poder y mando que la tiranía había usurpado.

Y para que esta definitiva Carta Magna de las libertades y derechos del hombre llevara el sello indeleble del Pueblo que la proclamó, sin graciosa concesión de nadie, hubo de ser rubricada por el trágico rodar de la cabeza del Monarca, mientras los tambores de Santerre anunciaban todavía a los franceses los torrentes de sangre generosa y heroica que habrían de verter sus catorce improvisados ejércitos populares, al grito guerrero de la Marsellesa, para rechazar el tropel de fanáticos servidores de los absolutismos de Austria, Prusia, España y Holanda, y hasta de Gran Bretaña que, púnica y por interés olvidaba que Francia defendía para el Mundo la Constitución que ellos disfrutaban desde el siglo XIII.

Y por ello es solo en las auténticas democracias donde se da la plenitud del Estado de Derecho: Las libertades y derechos del hombre, son amparados contra todos los abusos, excesos y desviaciones de poder, sin obstaculizar la eficiencia de la actividad de legislar, gobernar, administrar y juzgar, mediante el sentido culto y consciente en los ciudadanos, de su libre dignidad personal, por un lado, y de la necesidad del indispensable orden en la justicia, como condicionador del progreso socioeconómico de la colectividad, por otro. Sólo ellas, servidas por esa cultura y conciencia popular, pueden instaurar esos maravillosos Tribunales de coordinación y garantía, como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, guardián de la Constitución, de los derechos personales, los de las minorías parlamentarias, los de los Estados o Lands, de las Leyes y su jerarquía, que posibilita un recurso supremo contra sentencias y recurso de los más altos Tribunales y Organismos, etc., haciéndose posible su perfecto funcionamiento por la varia y meticulosa se-

lección de sus miembros, regulación de sus funciones y facultades, ejercidas con la máxima prudencia, con independencia total de los demás poderes sujetos a su control, con la capacidad, experiencia y especialización más completas y admirables.

O como ese no menos perfecto y maravilloso Consejo de Estado Francés, que el beneficiario y magníficamente ha glosado, cuya actividad se pone en marcha por un simple escrito sin firma de Abogado, de formalismo no superior al de una demanda de juicio verbal civil, sin embargo, provoca un proceso del más hondo alcance, tramitado de oficio, que llega a ser nada menos que objeto de cuatro exhaustivos estudios o ponencias, sobre los hechos, normas y jurisprudencia, por los más competentes y especializados juristas de Francia.

Refulge en esos regímenes el prestigio esplendoroso de la Administración, ante la conciencia cívica del pueblo, porque ella somete legalmente al más estrecho y riguroso control toda la variada gama de su actividad, con sujeción estricta a los invariables principios de igualdad ante la Ley, de los inmanentes derechos del hombre, de la legalidad y del supremo servicio de todos y cada uno de los miembros de la comunidad en la Soberanía Nacional.

Surge así en la realidad un justo Status cualificado a favor de la eficiente Administración, que los ciudadanos, en completo amparo contra todo abuso, reconocen con propio honor y orgullo.

Considero el equilibrio del máximo control y eficiencia, la condición precisa e ineludible de aquel prestigio.

EXCMO. SEÑOR DON JUAN MORROS SARDA, LA ACADEMIA SE HONRA ACOGIENDOOS EN SU SENO: SED A ELLA BIENVENIDO.

HE DICHO



INDICE SISTEMATICO

| | PÁGINA |
|--|--------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| ADMINISTRACIÓN Y ESTADO DE DERECHO | 13 |
| INTERÉS PÚBLICO Y DERECHO SUBJETIVO | 19 |
| EL DERECHO ADMINISTRATIVO | 23 |
| EL DIÁLOGO CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO | 24 |
| PROCESO DE ADMISIÓN | 26 |
| EL TRIBUNAL JUZGADOR DE LA ADMINISTRACIÓN | 30 |
| FRANCIA Y SU ALTO CONSEJO DE ESTADO | 34 |
| LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN | 39 |
| LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA | 40 |
| LA AUTO-REVISIÓN ADMINISTRATIVA | 46 |
| DESVIACIÓN Y ABUSO DE PODER | 48 |
| SÍNTESIS | 52 |
| STATUS EXTERNOS | 53 |
| CONTESTACIÓN | 61 |