

¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?

«Juger l'administration c'est aussi administrer» (Principio de separación de las actividades administrativas en Derecho francés). «¿Administrar a la Jurisdicción es también juzgar?»

I. INTRODUCCION

Las presentes páginas constituyen una reflexión, una más, surgida de la lectura de varios trabajos doctrinales recientes acerca de los efectos que para la concepción dogmática de la Administración pública y del Derecho administrativo tiene el que nuestra Constitución haya dado cabida dentro de la estructura del Estado-aparato a una pluralidad de organizaciones, dotadas de funciones constitucionales específicas, a las que denomina bajo el género de Poderes Públicos. La trascendencia de este hecho para cuestiones tales como la personificación del Estado o la de la Administración pública en el Derecho interno, como la existencia o no de personalidad jurídica en las nuevas organizaciones estatales, como el régimen jurídico de las funciones de carácter gubernativo que dichos Poderes poseen y su posible distinción de las funciones administrativas, o como la naturaleza jurídica de los órganos titulares de aquellas funciones, explica que hayan sido varias y contradictorias las aportaciones hasta ahora producidas [vid. GUAITA MARTORELL, A.: *Los actos administrativos del Tribunal Constitucional*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 29 (1981), pág. 239 y sigs.; LÓPEZ GUERRA, L.: *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, «Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)», núm. 6 (1980), pág. 17 y sigs.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas*, «Revista del Departamento...», cit., núm. 9 (1981), pág. 7 y sigs.; LÓPEZ RODÓ, L.: *Personalidad jurídica del Estado en el Derecho interno*, «Revista del Departamento...», cit., núm. 11 (1981), pág. 57 y sigs.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *Concepto de Administración pública de la Ley de lo Contencioso, tras la Constitución de 1978*, «Revista de Administración Pública», núm. 96 (1981), página 179 y sigs.; GARRIDO FALLA, F.: *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, INAP, Madrid, 1982].

En líneas generales y dejando de lado otros matices que pueden ser resaltados, las cuestiones suscitadas hasta ahora son las siguientes:

a) Los Poderes públicos del Estado disponen, según la Constitución, en base a un desarrollo y profundización del principio de separación de poderes de un

ámbito de organización propio, en el que tienen reconocida potestad normativa, y, además, de una vertiente relacional que da origen a relaciones jurídicas diferenciadas, concretadas, en principio, en el marco de las cuestiones de personal, pero susceptibles de extenderse a otros aspectos como las contractuales y/o patrimoniales.

b) Ello puede afectar a la concepción dogmática mantenida hasta ahora del Derecho administrativo, en cuanto éste pase a regular, por imperativo legal, tales aspectos organizativos y relacionales de los Poderes públicos, por entenderse que se ha producido previamente una administrativización de los mismos. Así, es posible cuestionarse, primero, si los órganos de gobierno de los Poderes públicos constituyen nuevas Administraciones públicas o nuevos órganos de la Administración del Estado, que ejercen funciones administrativas y que, en consecuencia, se someten plenamente al Derecho administrativo. En segundo lugar, si no lo fueran, cómo se explica la existencia de unos órganos y unas funciones que no coinciden con las que institucionalmente la Constitución les asigna. Todo ello sin olvidar el dato de la capacidad de obrar que tales organismos ostentan.

¿Estamos, pues, ante una transformación del concepto de Administración pública y, paralelamente, del Derecho administrativo? ¿Asistimos, por el contrario, a una deficiente y escasa definición legal de los nuevos organismos que no interfiere los rasgos esenciales de la Administración pública ni del Derecho administrativo? ¿Qué aporta la Constitución en uno u otro sentido? Junto a estas preguntas cruciales, parece prudente que si hemos de cuestionarnos acerca de las propias señas de identidad de ambos conceptos, comencemos por intentar explicar sus orígenes más inmediatos, aquéllos que han configurado las concepciones doctrinales que se pretende han entrado en crisis y, así, saber si los criterios esenciales sobre los que éstas se asientan son insostenibles en el marco constitucional actual. Este es precisamente el objeto de nuestra primera reflexión. Posteriormente trataremos de explicar las cuestiones suscitadas más arriba.

II. LOS ORIGENES DE LA CONCEPCION SUBJETIVISTA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LA CONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sin necesidad de remontarnos históricamente a las primeras formulaciones doctrinales habidas en el Derecho administrativo español a lo largo del siglo XIX y parte del XX, vamos a situar estos «orígenes» en el período histórico que se abre tras la guerra civil española y en el marco de los principios políticos fundamentales que el nuevo régimen creó, en cuanto que a lo largo de la segunda mitad de dicho período la doctrina española ha llevado a cabo las construcciones dogmáticas más importantes de nuestro actual Derecho administrativo, interesando saber sobre todo si la promulgación de la Constitución de 1978 ha variado sustancialmente los presupuestos sobre los que dichas concepciones se basaban que hagan imposible su mantenimiento y de ahí la necesidad de una construcción nueva y original.

Se trata de una cuestión delicada y compleja, pues, primero, hay que tener en cuenta no sólo lo que la Constitución ha dispuesto acerca de la Administración,

sino lo que ha establecido sobre los demás Poderes públicos del Estado y sobre éste mismo, tarea ésta que puede no estar totalmente acabada en el propio texto constitucional, sino simplemente perfilada, como resulta de una primera impresión, y cuya culminación incumbe investigar primero a la doctrina y, posteriormente, decidir y resolver en textos normativos apropiados al poder político, todo ello en el marco de flexibilidad propio y peculiar de nuestra Constitución.

1. LA CONCEPCION POLITICA TRASCENDENTE EN LA CONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Quienes accedimos a las aulas de las Facultades de Derecho a comienzos de la década de los años 60, recibimos un enfoque del Derecho administrativo y de la Administración pública repleto de «lo ejecutivo». El poder ejecutivo estaba de moda en el Derecho público, y en la exposición científica de este fenómeno se resaltaban aquellos aspectos técnicos más relevantes del tema, la mayoría de los cuales implicaban directa o indirectamente a la Administración pública y a la concepción del Derecho administrativo. Cuestiones tales como la «crisis del parlamentarismo», la «planificación», el «reforzamiento de los poderes de la Administración, por imperativos técnicos y de eficacia y operatividad» e, incluso, sus efectos más notorios en el considerable aumento de los poderes normativos de la Administración, traducidos en figuras tales como el Decreto-ley, verdadero «mito» en la teoría de las Fuentes, o el Reglamento independiente e incluso autónomo, fueron insistentemente resaltadas y asumidas en los programas de nuestra asignatura.

La denominada «primacía del poder ejecutivo» fue el caldo de cultivo de muchas páginas de doctrina y de concepciones fundamentales para la Ciencia del Derecho administrativo. Lo que interesa resaltar ahora es que esta situación no fue un invento doctrinal, al menos de la doctrina administrativista, sino un dato aportado por el derecho fundamental del régimen y por sus glosadores oficiales, a partir del cual se montó la delicada tarea de configurar la partida de nacimiento de un nuevo sistema de Derecho administrativo, que no por ello tuviera que ser necesariamente «confesional» del régimen político que le servía de base o fundamento. ¿Cuál era esta concepción política en cuyo seno fue elaborada la concepción jurídica subsiguiente de la Administración y del Derecho administrativo?

La concepción política imperante de la que se partió para llevar a cabo la institucionalización del régimen estaba dominada por una idea intangible: el principio de unidad. Un principio no definido positivamente, de perfiles poco nítidos y de una gran fuerza expansiva en lo tocante al ejercicio del poder. En base al mismo, se calificaban positivamente la centralización, la uniformidad y la jerarquía, y se miraba con recelo lo contrario, es decir, la descentralización, la variedad y la desconcentración. La unidad expresaba, pues, primeramente, la potenciación del Estado nacional frente a los poderes locales o territoriales; en segundo lugar, el reforzamiento, dentro del Estado-aparato, de uno de sus tradicionales poderes, el ejecutivo, que a su tradicional función de gobierno iba a añadir, por su vinculación con la Jefatura del Estado, nuevas funciones de dirección, coordinación y control de la totalidad de la acción estatal. La «primacía del ejecutivo» tiene en nuestro país unas caracte-

rísticas claramente peculiares que no se dan en el resto de los países europeos que vivieron un fenómeno parecido de carácter político-administrativo. Esta peculiaridad consistía fundamentalmente en que la llamada «primacía del ejecutivo», como tendencia internacional, se la saca de su contexto, el Estado democrático-constitucional, y sirve como doctrina inspiradora para la formalización política y jurídica del Estado que comenzaba a institucionalizarse a finales de la década de los años cincuenta.

Dentro de esta tarea de institucionalización del Estado, junto a otros aspectos, se sitúa el de dotar al poder ejecutivo, al poder político, de una nueva organización administrativa. Esta tarea no se lleva a cabo, sin embargo, desde un plano exclusivamente interno y técnico, sino desde la perspectiva política de estar institucionalizando al propio Poder ejecutivo del Estado y, por ende, a este mismo. Así se pone de manifiesto en la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Esta ley, por una parte, se propone consagrar formalmente el principio de unidad en el ámbito de la Administración pública. Por otra, consigue llevar a cabo una plena identificación, por asunción, entre el poder ejecutivo y ella misma, aunque en la práctica pudieran formularse diversas diferencias orgánicas y funcionales entre ambos, las propias y peculiares entre el todo y la parte. El instrumento técnico-jurídico a través del cual se obtienen ambos objetivos es la declaración de que la Administración del Estado actúa con personalidad jurídica única. Así, por un lado, la personalidad única de la Administración del Estado daba unidad a un conjunto de órganos de muy variada naturaleza, política y administrativa. Ni el Gobierno, ni los Ministros, ni ningún órgano inferior de aquélla podían reputarse independientes del Jefe del Estado, quedando todos ellos relacionados por unos vínculos no sólo de carácter político (principio de unidad de poder), sino de carácter jurídico (órganos jerarquizados de una misma institución). Por otro lado, y en una vertiente funcional, consagraba en manos del Poder ejecutivo la acción del Estado, el monopolio de la vertiente relacional en la esfera del Derecho interno. Las Cortes constituían un órgano de colaboración con el Poder ejecutivo, al que referían su actividad. El Poder judicial quedaba al margen del poder político.

En suma, la situación política que domina fuertemente las primeras concepciones doctrinales sobre la Administración y el Derecho administrativo se caracteriza por las siguientes notas:

a) El Poder ejecutivo concentra el poder político del Estado, con el que tiende a identificarse a nivel de teoría política y a nivel institucional (Principio de unidad política). (Cfr. CARRO, A.: *La primacía del Poder ejecutivo en el Estado contemporáneo*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 98 [1958], pág. 111 y siguientes.)

b) La Administración del Estado que se crea en su seno unifica, a través de su personalidad jurídica, a órganos muy dispares, alcanzando un significado totalizador del Estado-aparato, en cuanto englobaba a todos los órganos que disponían de poder político. La Administración del Estado personifica no sólo al Poder ejecutivo, sino al Estado en su totalidad (Principio de unidad administrativa). (Cfr. la Exposición de Motivos del Decreto de 26 de julio de 1957 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su apartado V, párrafo 4).

2. LA CONCEPCION JURIDICA SUBSIGUIENTE DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las concepciones doctrinales de los años cuarenta a cincuenta mantenían prácticamente con unanimidad una consideración objetiva de la Administración pública, iniciada en su versión más pura por Adolfo POSADA, a la cual se habían adherido con matices la práctica totalidad de los administrativistas (cfr. ENTRENA CUESTA, R.: *El concepto de Administración pública en la doctrina y el Derecho administrativo españoles*, «Revista de Administración Pública», número 32 [1960], pág. 55 y sigs.). La ausencia de opiniones encontradas se debía, entre otras posibles razones, al hecho generalmente admitido de la inadecuación práctica del principio de la división de los poderes del Estado, tal y como fue formulado en sus orígenes por MONTESQUIEU, lo que había provocado la detección en cada uno de los poderes tradicionales de funciones que desbordaban sus límites funcionales originales. Se imponía por tanto aislar, en el seno de las funciones del Estado, la función administrativa, con independencia de quien la ejerciera, fuese el poder ejecutivo o el legislativo o el judicial. Sin entrar en si esta línea doctrinal logró formular criterios distintivos de la función administrativa eficaces y válidos, lo cierto es que la nueva generación de administrativistas españoles que comienza en los años cincuenta y sesenta abandona tal concepción objetiva y se alinea en una consideración subjetiva de la Administración pública, que tiene, sin embargo, dos planteamientos totalmente diferentes. En ambos casos se opera a partir del poder ejecutivo en base a los siguientes planteamientos: primero, este poder es en el Estado de Derecho el heredero directo del Estado absoluto, en cuanto retiene para sí todo el poder que los otros órganos del Estado no asumen. Segundo, la Administración nace y se desarrolla en el seno de este poder, por lo que, para unos, éste debe su identidad precisamente al predominio que aquélla ha alcanzado en el Estado hasta llegar a subjetivizarlo, mientras que, para otros, la Administración no es sino una organización, aunque muy importante, existente en su interior, a la que el Derecho otorga la cualidad de persona jurídica para el cumplimiento de sus fines.

No es el momento de desarrollar aquí en toda su extensión las posiciones doctrinales de GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA, autores de las dos corrientes subjetivas de la Administración pública que dividen a la Ciencia del Derecho administrativo española en la actualidad. Doctrinas, por otra parte, no tan contrapuestas como a primera vista pudiera pensarse, ya que el punto de inflexión de ambas reside en el valor que ha de asignársele a la organización, como substrato personificable por el legislador y, en consecuencia, a la misma personalidad jurídica de la Administración. Esa es la frontera entre ambas concepciones, al menos en su aspecto más esencial, que permite sin duda un entendimiento profundo en el desarrollo científico de nuestra disciplina.

Lo que ahora interesa conocer es cómo ambas teorías se han construido sobre la idea no sólo del predominio o primacía del poder ejecutivo, sino sobre el neutralismo de los demás poderes del Estado en la esfera del Derecho interno, de suerte que el Derecho administrativo no ha de entrar a regular *en ningún caso* las distintas realidades de esos otros poderes, ya que en ellos no existe ningún substrato administrativizable, por lo que éstos quedarían bajo la órbita del Derecho constitucional en todo caso.

Para GARRIDO FALLA el Derecho administrativo es el ordenamiento jurídico aplicable a una «zona de la actividad desplegada por el poder ejecutivo», de carácter heterogéneo y no definible con arreglo a un criterio unitario. Como puede verse, en esta concepción junto a una consideración orgánica, hay un criterio material u objetivo que sirve para identificar qué parte del poder ejecutivo se somete al Derecho administrativo. De aquí se deriva que la aplicación de éste se hace reductivamente excluyendo, primero, al poder legislativo y al judicial y, segundo, a aquella zona de actividad del poder ejecutivo que corresponde al Gobierno y que se traduce en actuaciones políticas. Por supuesto que los criterios para distinguir las actividades o funciones sometidas al Derecho administrativo son en el primer caso orgánicos, mientras que en el segundo sólo pueden ser objetivos o funcionales, siempre difíciles y variables, según el propio autor confiesa, lo que reenvía al pragmatismo del legislador. Lo cierto es que «de nada nos sirve subrayar la importancia de la actividad administrativa desplegada por los poderes legislativo y judicial, si luego, a la hora de construir el sistema del Derecho administrativo, no encontramos encaje para tal actividad... Se trata ahora de un punto de vista formal en el acotamiento del concepto de Administración pública que impone la consideración de la ciencia jurídica a la que va a servir de objeto. Lo interesante, desde este punto de vista, es señalar que hay actos del Estado que valen como leyes, como sentencias o como actos administrativos, y de lo que no hay duda es de que el criterio para determinar tal valor viene dado necesariamente por el órgano del que el acto emana (Poder legislativo, ejecutivo o judicial) y no por el contenido material de la función que desarrolla». (Cfr. *La Administración pública como objeto de Ciencias jurídicas y no jurídicas*, «Revista de Administración Pública», núm. 23 [1957], págs. 30-31).

El esquema político que ofrecían las leyes fundamentales del régimen en estos años favorecía sin duda el mantenimiento de esta tesis, en cuanto el poder ejecutivo había retenido para sí en su operación constituyente las más importantes funciones y poderes estatales. No se estaba, pues, ante un poder resultado de una reducción por la aplicación de un principio disgregador o separador, sino todo lo contrario. Por su predominio incontestable, de hecho y de derecho, le eran aplicables por extensión todas las fórmulas explicativas de una Administración originariamente definida en torno a lo que había quedado de la liquidación del Estado absoluto. A ello contribuía además la escasa relevancia que en la constitución del nuevo Estado surgido tras la guerra civil tenían las Cortes y el Poder judicial. El primero reducido a un órgano de colaboración con el Poder ejecutivo y circunscrito a la órbita de las necesidades políticas y legislativas de éste. El segundo diluido en una acción no política (en la medida en que no participaba de la acción de gobierno) y cuyo funcionamiento interno permanecía neutralizado a través del Ministerio de Justicia. Difícilmente tales órganos podían dar lugar a actuaciones que plantearan el problema de si debían ser sometidas al Derecho administrativo, primero, porque eran asumidas por la propia Administración en un movimiento monopolizador y expansivo de la «acción de gobierno» dentro del Estado. En segundo lugar, porque sus normas básicas hacían inviable una autonomía funcional que fuera más allá de lo estrictamente considerado como «elaboración de las leyes» o «juzgar y ejecutar lo juzgado».

Este esquema era asimismo apto para admitir la concepción personalista de GARCÍA DE ENTERRÍA. La línea de indagación histórica de este autor sobre los orígenes de la Administración contemporánea nos muestra cómo, en un principio, en la idea de Estado presidido por el principio de separación de poderes, no estaba presente una organización identificable con la Administración, que recordara la anterior administración absolutista, sino tan sólo un Poder del Estado, el Ejecutivo, identificado con el orden público y la seguridad ciudadana en la esfera interna. Fue precisamente, como explica el autor, una disidencia revolucionaria, conectada con el recelo que los revolucionarios sentían hacia los parlamentos judiciales, lo que provocó un reforzamiento de los poderes del Ejecutivo, encargado de dirigir y controlar la experiencia revolucionaria. Comienza así en el Derecho administrativo continental un período ininterrumpido de acumulación de poder, primero, en sede filosófica, en el Estado frente a la Sociedad, lo que provoca una primera crisis de la doctrina liberal, al menos en su formulación más pura, posteriormente canalizada en favor del Poder ejecutivo. Se crean nuevos títulos de intervención en la sociedad, desde el Servicio público a la *Daseinvorsorge*, pasando por el Fomento, llegándose a una situación en la que el Estado concentra toda su faceta relacional en el Poder ejecutivo, lo que da pie a pensar que más que ante un poder del Estado se está ante la subjetivización del Estado mismo en el ámbito del Derecho interno. «El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos que ya consideramos, que le aseguran una exención con respecto de los otros poderes. Es un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias». (Vid. *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», vol. II, pág. 248). La Administración no sólo personifica a su propia organización, sino al Estado en su conjunto, como más adelante llegará a afirmar (cfr. *Verso un concetto di Diritto Amministrativo come diritto statutario*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1960, pág. 317 y sigs.).

Para este autor, por tanto, el Derecho administrativo es el derecho de la Administración pública, uno de los ordenamientos jurídicos de naturaleza estatutaria existentes y contrapuesto a los de carácter general. Queda así formulada la mayor extensión de la personalidad jurídica de la Administración pública habida hasta ahora en nuestra doctrina. En su virtud, a ella deben quedar referidas todas aquellas actuaciones que desarrolle el Estado no sólo de cara a su propia organización institucional sino también frente a la Sociedad en el ámbito del Derecho interno, en base a la idea de que aquellas son substancialmente administrativas en cuanto entran dentro del ámbito propio y peculiar de la satisfacción de los intereses públicos definidos por el legislador y que le está atribuida. (Cfr. art. 40, 1 de la Ley orgánica del Estado de 1966.)

Las citas de estos y otros autores que han profundizado en ambas direcciones podrían ampliarse. Sin embargo, parece llegado el momento de efectuar una primera reflexión: las tesis subjetivas que hemos analizado se apoyan en unas premisas perfectamente constatables. Así, primeramente, en que el poder ejecutivo viene monopolizando, desde los orígenes del Estado de Derecho, la acción del Estado en relación con la Sociedad, asumiendo la vertiente relacional entre el Estado y los ciudadanos. Se trata de un hecho histórico consta-

table tanto a nivel de Derecho positivo como doctrinal, al menos en nuestro país. De otra parte, dicha vertiente relacional, sustentada en fines públicos definidos por la ley cuya satisfacción se lleva a cabo por cauces institucionales, no constituye un hecho esporádico, sino una tarea permanente e institucionalizada dentro de la estructura del Estado. Su permanencia exige, para los juristas, una tarea de sistematización científica, de lo cual viene dando cumplida cuenta la Ciencia del Derecho administrativo desde hace más de un siglo. En esta tarea, la doctrina más reciente ha efectuado, entre otras opciones posibles, una reducción conceptual en torno no tanto a la actividad o función de administrar, sustancial y formalmente heterogénea, como en torno a la organización del Estado que la desarrolla, destacando, con mayor o menor amplitud, el dato de la personalidad jurídica de que está investida. La característica fundamental de esta construcción consiste en que entre ambas, organización administrativa y función de administrar, se da una correspondencia formal estricta para el Derecho administrativo. No cabe ni actividad administrativa al margen de la Administración pública, como institución, ni la existencia de ésta fuera de los límites objetivos de la función de administrar.

Una segunda reflexión a efectuar consiste en que la forma de Estado consagrada en las leyes fundamentales del régimen anterior reforzaba notablemente a nivel de derecho positivo estas tesis, que si bien no estaban estrictamente inspiradas en su filosofía política, al menos partían de un denominador común: la preeminencia del Poder ejecutivo en el ejercicio del poder del Estado.

Para finalizar este aspecto del problema que venimos tratando, una cuestión más. Paralelamente a la formulación de las concepciones doctrinales que acabamos de ver la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, promulgada en 1956, vino a añadir con el tiempo un efecto no exigido por aquéllas: la reducción de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa a las actuaciones de la Administración pública sometida al Derecho administrativo.

Como es sabido, el artículo 1.º de la Ley jurisdiccional delimita la competencia de dicha jurisdicción en base a la concurrencia de dos presupuestos: una actuación proveniente de la Administración pública y sometida, además, al ordenamiento jurídico administrativo, quedando desde un principio perfilado un ámbito «natural» de la misma. Esta opción elegida por el legislador, aunque no entra en calificaciones dogmáticas de ningún género, obliga a operar con ellas desde el momento en que cualquier litigio contencioso-administrativo debe ser referido siempre a una Administración pública, por lo que hay que comenzar encontrando el nexo referencial de la cuestión planteada con la organización administrativa. En unos casos, dicho nexo vendrá dado por la relación de tutela existente entre quien produce la actuación litigiosa y la Administración, cuando no es ésta quien directamente la realiza, como se argumentó en torno a la cuestión de las denominadas «relaciones administrativas entre particulares», surgida hace pocos años en la doctrina española. En otros casos, en cambio, la solución es ciertamente más complicada, en cuanto afecta a organizaciones estatales no administrativas. En estos supuestos el criterio mantenido *in extremis*, con el objetivo inmediato de reducir las zonas de poder exentas de control judicial, ha sido el del encuadramiento en la estructura orgánica de la Administración, ya que tales organizaciones estatales dependían en cuanto a su organización y gobierno de algún departamento ministerial, que se reservaba

en tales órdenes la decisión y el control. Nada más contradictorio para el Derecho público.

Esta situación ha sido, en parte, consecuencia lógica de los planteamientos políticos que sustentaron la reforma administrativa del Poder ejecutivo en el anterior régimen, que venían a identificar, como se ha visto, en un proceso de reducción progresiva al Estado con este Poder y a éste con la Administración pública, como única vía de institucionalización posible. La otra parte de la responsabilidad incumbe a la doctrina, quien en vez de mantener desligada la concepción dogmática de la Administración pública y del Derecho administrativo de la propia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, fomentó su identificación, de forma que a partir de dicho momento la suerte de una de ellas arrastraría a la de la otra de manera innecesaria y estéril, como estamos viendo en la actualidad. En consecuencia, se ha llegado a un punto en que no se puede modificar el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa sin modificar paralelamente el de la Administración pública y/o el del Derecho administrativo. Creemos, sin embargo, llegado el momento de separar ambas cuestiones, en beneficio precisamente de la pureza conceptual de estos últimos, en los cuales, por otra parte, no existe ningún criterio que excluya la posibilidad de que puedan existir organizaciones estatales que no constituyan o formen parte de la Administración pública y ningún principio que imponga la necesidad de quedar aquellas sometidas a su control para que quede garantizado su funcionamiento institucional o puedan ser justiciables ante los Tribunales de Justicia.

III. LA ADMINISTRACION EN LA CONSTITUCION. LOS PODERES PUBLICOS DEL ESTADO

La Constitución española de 1978 ha venido a modificar sustancialmente la estructura política del Estado, de donde conviene analizar hasta qué punto este cambio de las estructuras políticas, que responde a principios y valores totalmente contradictorios con los del régimen anterior, influye en las construcciones doctrinales examinadas y, asimismo, en los planteamientos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como es bien sabido, la Constitución española retorna al principio de separación de poderes según el modelo clásico. La potestad legislativa del Estado reside en las Cortes Generales (art. 66, 2); la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, que integran el Poder judicial (art. 117); por último, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria reside en el Gobierno, el cual dirige la Administración estatal (artículo 97). Junto a estos tres poderes, la Constitución ha institucionalizado, con mayor o menor independencia de aquéllos, otras organizaciones estatales a las que ha dotado de funciones complementarias de las clásicas, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, haciendo más complejos la estructura orgánica del Estado y su régimen jurídico. Así, se puede hablar, como hace la propia Constitución, de la Corona, del Tribunal Constitucional, de las Comunidades Autónomas, como nuevos Poderes públicos no englobados en los poderes clásicos

del Estado, a los que se podría añadir el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, dependientes de las Cortes Generales.

Nuestra Constitución configura, pues, un Estado caracterizado por una pluralidad de centros de poder, a los que les asigna funciones independientes y complementarias a la vez, por lo que desaparece el predominio o primacía política que en el régimen anterior tuvo el poder ejecutivo. Ello favorece de inmediato la posibilidad de abandonar el recurso técnico tradicional de referir la esencia del Estado a dicho poder predominante, y de partir por el contrario del hecho incontestable de que aquél en la esfera del Derecho interno es una organización compleja, descentralizada y despersonalizada en sí misma, sin perjuicio de reconocer en los casos previstos por el legislador una propia y peculiar faceta relacional a algunas, o a todas, de las organizaciones estatales. Y es aquí, justamente, cuando surge el problema, porque delimitar y definir esa faceta relacional de que pueden disponer los Poderes públicos del Estado choca con el inconveniente de que tradicionalmente las únicas relaciones jurídicas en que ha sido parte el Estado han estado protagonizadas por la Administración pública y sometidas al Derecho administrativo, según los casos. ¿Debe seguir siendo así? ¿Debe la Administración pública estatal asumir la titularidad de las relaciones jurídicas a que den origen los Poderes públicos del Estado, cuando éstos actúen en su propio ámbito competencial? ¿Es ello posible sin violentar la Constitución ni las leyes reguladoras de cada uno de esos poderes? Y si no es posible, ¿cómo pueden abordar estos poderes su propia faceta relacional y qué derecho les es aplicable?, y además, ¿qué consecuencias tiene un hecho así para las concepciones subjetivas de la Administración pública?

Como puede verse son cuestiones todas ellas determinantes para la Ciencia del Derecho administrativo español, en cuanto implican la necesidad de una profunda reflexión sobre los presupuestos de que nuestra disciplina parte. Mas no por ello hay que poner en saldo todo el esquema jurídico doctrinal en que el Derecho administrativo se basa, sino exclusivamente llevar a cabo una delimitación más precisa del mismo, en cuanto la existencia de las nuevas organizaciones estatales no administrativas pueden reducir su ámbito propio y peculiar, con respecto al que ostentaba en el esquema político del Estado del régimen anterior. Por tanto, se trata de llevar a cabo una labor de depuración de funciones y cometidos que con anterioridad estaban atribuidos a la Administración y hoy ya no lo están o puede que no lo estén, de donde podrá obtenerse un concepto más preciso y riguroso de la Administración pública y del Derecho administrativo sin necesidad de operaciones quirúrgicas graves más forzadas que proporcionadas a las nuevas realidades de nuestro Derecho.

1. LA ADMINISTRACION EN LA CONSTITUCION DE 1978

La noción que consagra la Constitución española de Administración pública está profundamente inspirada por el principio de separación y de diversidad de los poderes del Estado. Hay en la Constitución una clara intención de frente a tal diversidad ofrecer una delimitación escrupulosa y lo más ajustada posible de cada uno de los Poderes que crea, entre los que hay que situar a la Administración pública estatal. Dejando de lado a las Administraciones territoriales cuya delimitación en la estructura estatal no ofrece graves inconvenientes, el problema se concreta, primeramente, en determinar la posición que la

Constitución asigna a la Administración pública estatal y cuáles son sus características esenciales.

Como es sabido, el artículo 103, 1 establece un precepto referido a la Administración pública:

«La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho.»

a) En principio, el precepto destaca, como viene siendo tradicional en las Constituciones españolas, el aspecto funcional u objetivo de la Administración pública estatal, caracterizándolo de una forma singular, no aplicable por tanto en un sentido institucional a las otras organizaciones estatales, ni tan siquiera al Gobierno del que depende. Lo peculiar de la función administrativa se encierra en la consideración de «servir *con objetividad* los intereses generales», con lo que se destaca un aspecto cualitativo que domina toda la actividad de la Administración y no, como sucede con otros de los principios contenidos en el precepto, aspectos concretos de la misma. Es pues lógico pensar que la mayor o principal preocupación de nuestro texto constitucional respecto de la Administración pública es la de definir una nota esencial de su régimen jurídico, más que pronunciarse sobre el alcance o contenido de éstas, preocupación latente en cambio en la Ley orgánica del Estado, cuando el artículo 40, I establecía que «La Administración... *asume el cumplimiento de los fines del Estado* en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general».

b) Otro aspecto que se destaca en el precepto es la faceta relacional típica con que se manifiesta la Administración pública. Como se establece expresamente, la Administración «actúa» sometida al imperio de la ley y del Derecho y a un principio de eficacia. Esta dimensión relacional típica en que se expresa la función administrativa no existe en tal grado en ninguno de los demás Poderes públicos del Estado, lo que, por otra parte, no es sino consagrar un dato que ya venía siendo puesto de manifiesto por la doctrina desde hace muchos años.

c) Junto a esta consideración funcional, el artículo 103, 1 de la Constitución destaca otro de los aspectos sustanciales de la Administración pública, su subjetividad. Mas este elemento ni se comprende ni alcanza todo su significado constitucional si no es puesto en relación con la función anteriormente descrita. La Administración pública como organización del Estado es la que tiene atribuida la función de administrar, ítem más, las funciones administrativas sólo pueden ser ejercidas por aquella organización estatal investida de tal cualidad, capaz de ejercerlas en la forma en que el propio precepto establece. Se destaca claramente cómo la Constitución ha basado la delimitación de la Administración pública en el seno del Estado partiendo de la caracterización de la función administrativa, para a continuación atribuirle a una organización específica del mismo, estructurada internamente en base a las propias características de la función que debe desarrollar. Es aquí donde encuentra plena y satisfactoria explicación la consideración subjetiva de la Administración pública construida en torno a la función administrativa, como forma peculiar de servir a los intereses generales, y donde es posible llevar a cabo la tarea de deslindar su ámbito propio, sin implicar a los demás Poderes del Estado.

A partir de estos datos es posible considerar que hay una correspondencia formal, de alcance y valor constitucional, ya enunciada por la doctrina, entre función administrativa, tal y como es considerada por el artículo 103, 1 de la Constitución, y la organización estatal que la asume institucionalmente, la Administración subjetivada, lo que excluye que pueda aquélla ser compartida por otras organizaciones estatales. La función administrativa, pues, tiene sus límites en la Administración como organización estatal. Los demás Poderes del Estado, en propiedad, no pueden participar de ella, de acuerdo con el artículo 103, 1 de la Constitución.

2. LOS PODERES PUBLICOS DEL ESTADO Y SU VERTIENTE RELACIONAL

Las anteriores conclusiones se confirman al analizar las funciones que la Constitución encomienda a los demás Poderes públicos del Estado. De acuerdo con ella cada uno de estos Poderes tiene, en principio, delimitada su posición dentro de la estructura estatal, de forma que sus funciones son propias y peculiares y no pueden entenderse tampoco compartidas con las demás organizaciones estatales. Ello es perfectamente evidente para las Cortes Generales, cuya potestad legislativa es exclusiva (art. 66, 2), para el Poder Judicial (artículo 117, 3), para el Tribunal Constitucional (art. 161), para el Defensor del Pueblo (art. 54), para el Tribunal de Cuentas (art. 136), así como para la Corona (art. 56).

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto últimamente la doctrina, estos Poderes públicos poseen, además, bien expresamente establecida en sus leyes reguladoras, bien implícitamente incluida en su regulación constitucional, una vertiente relacional, no coincidente con el ejercicio de sus funciones de carácter institucional, y materialmente equiparada, en diversos aspectos, a la que desarrolla la Administración pública. ¿*Quid iuris*? ¿Participan, en tales casos, los Poderes públicos mencionados de la cualidad y naturaleza de Administración pública? ¿Constituyen órganos de la misma? ¿Quizá entes administrativos independientes?

Se apunta, como puede verse, a una ya clásica, en el Derecho comparado, distinción entre dos órdenes de cuestiones: las referentes al funcionamiento institucional y las relativas a la organización de los Poderes estatales, o bien las que afectan a sus funciones fundamentales y las que se derivan de su propia organización, de carácter «administrativo», que pueden incluir no sólo decisiones de relevancia interna, sino también comportamientos que comprometen a terceros, produciéndose en ambos casos una clara vertiente relacional en la que el propio Poder público estatal aparece en una dimensión subjetiva.

Pues bien, lo que nos proponemos demostrar es que en tales casos los Poderes públicos del Estado no actúan en *veste* de Administración pública, ni son órganos de la misma, ni sus funciones ni sus competencias son administrativas. Hecho lo cual habrá que remontar con posterioridad un obstáculo aparentemente insalvable: ¿cómo, entonces, puede explicarse que se les aplique particularmente el Derecho administrativo?, y todavía más, ¿cómo admitir que sus resoluciones puedan ser recurridas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como si de actos administrativos, provenientes de la Administración pública, se tratara? Para responder adecuadamente a estas preguntas, vamos

a examinar las siguientes cuestiones: primera, las funciones «gubernativas» que tienen asignadas los órganos de gobierno de los Poderes públicos; en segundo lugar, la naturaleza jurídica de tales órganos.

a) La primera característica que en este orden de cuestiones conviene destacar es que todos los Poderes públicos que crea la Constitución disponen de sus propios órganos de gobierno. Así la Corona dispone del organismo «Casa de su Majestad el Rey»; las Cámaras legislativas de sus propias y respectivas Mesas y Secretarías Generales; el Poder Judicial del Consejo General; en el Tribunal Constitucional asumen esta dualidad el Presidente y el Secretario General, así como en ciertas cuestiones el Pleno; en el Tribunal de Cuentas se adopta una fórmula parecida y sólo la Ley orgánica 3/81 del Defensor del Pueblo no menciona expresamente su organización de gobierno, con independencia de la referencia contenida en el artículo 6.º, 1 de la misma, lo cual no supone obviamente que no pueda disponer de ella por atribución expresa de las Cortes.

Sin embargo, frente a la generalización de estos órganos, y como segunda característica a destacar, el legislador no los ha dotado de un régimen jurídico homogéneo. Su regulación no ha obedecido a un mismo o parecido esquema de cuestiones, ni se han ofrecido a las mismas soluciones similares. Es más, los Reglamentos de las Cámaras legislativas, por ejemplo, de 24 de febrero y de 26 de mayo de 1982, no mencionan expresamente, como lo hacen otras disposiciones, a las actuaciones de gobierno interno que no impliquen el ejercicio de funciones legislativas o de control político, en materias tales como contratación, responsabilidad, régimen interno, etc., en parte posiblemente remitidas al Estatuto de Personal de que habla el artículo 72, 1 de la Constitución. Algo parecido sucede con la Casa de Su Majestad el Rey y con el Defensor del Pueblo. Contrasta con estos supuestos lo dispuesto para el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas, en cuyas normas reguladoras se establecen criterios concretos, más o menos claros, en relación con las funciones de gobierno de tales organismos y su régimen de ejercicio.

Por tanto, esta situación de falta de uniformidad, no en el tratamiento jurídico del tema, que no tiene por qué ser uniforme, sino en su planteamiento por el propio legislador, hace que toda conclusión general sea, en este momento, ciertamente aventurada y difícil de mantener si no se apoya en un análisis particular y concreto, por hacer, de cada uno de los Poderes públicos citados anteriormente. No, por ello, puede pensarse que tratar de inducir del material que el Derecho positivo nos ofrece al respecto unos criterios iniciales que nos permitan profundizar sobre la identidad no administrativa de estos Poderes sea tarea estéril y avocada al fracaso.

En líneas generales se puede afirmar que hay una serie de funciones gubernativas típicas encomendadas a los órganos de gobierno de los Poderes públicos, como las siguientes:

— *La potestad reglamentaria* para la regulación de su funcionamiento y organización, así como del régimen de su personal y de sus servicios (art. 2.º, 2, LOTC, y art. 5º, LOCGPJ; *vid.* arts. 65 y 72 de la Constitución para la Corona y las Cortes Generales). No aparece, en cambio, expresamente otorga-

da al Defensor del Pueblo y al Tribunal de Cuentas (*vid.* art. 3.º en relación con el art. 44 y disposición final tercera de la Ley orgánica 2/82, reguladora de este Tribunal).

— *La política y régimen de personal.* Aun cuando la regulación de su régimen jurídico general está comprendida dentro de la potestad reglamentaria, lo que da origen sin duda a una relación estatutaria funcionarial, los órganos de gobierno de los Poderes públicos ejercen todas las funciones propias que se derivan de dicha relación: selección, dirección, control, régimen disciplinario, etcétera.

— *La competencia para elaborar sus propios presupuestos* que serán incorporados a los Generales del Estado para su aprobación por las Cortes, excepción hecha del Defensor del Pueblo.

— *El poder de dirección interna,* de organización de los servicios y dependencias, así como del funcionamiento normal de todas sus unidades y órganos. En uso de este poder los órganos de gobierno pueden dictar actos de gestión vinculantes para sus miembros y para el personal a su servicio.

Junto a estas funciones gubernativas, generalizables a todos los Poderes públicos con matizaciones, hay, por otra parte, algunos pronunciamientos *singulares* en la legislación de algunos de ellos. Así sucede con la referencia que se hace en el artículo 5.º, letra *k*), del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (aprobado por Acuerdo de 15 de enero de 1981 —BOE del día 2 de febrero—), en el que se establece que corresponde al Presidente «ejercer las funciones de órgano de contratación». O la no menos importante declaración contenida en los artículos 44 y 45 de la Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial, según la cual los actos de los distintos órganos que lo integran «serán inmediatamente ejecutivos» correspondiendo al mismo Consejo su ejecución mediante los órganos técnicos a su servicio.

Por último, hay otras cuestiones que no aparecen mencionadas como materia gubernativa de forma expresa. Así, el régimen patrimonial o el de la responsabilidad. Tampoco se mencionan aspectos como el de la capacidad de obrar de tales órganos o el de su capacidad procesal. Sobre este último tema, hay que destacar que no en todos los casos está prevista expresamente la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional contra las decisiones de orden gubernativo adoptadas por los Poderes públicos. Está admitida en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y en la del Consejo General del Poder Judicial. Silencio en el resto.

¿Qué régimen jurídico es aplicable a estas funciones gubernativas de los Poderes públicos? Tampoco existe una respuesta uniforme. Por lo que refiere a la potestad reglamentaria, ésta ha de ejercitarse dentro del ámbito de la Ley orgánica que la reconoce, o dentro de los límites de la Constitución, cuando aquélla no existe. De aquí que estemos ante unas normas que se delimitan por su ámbito específico de competencia y que apuntan a la existencia de un ordenamiento estatutario, con evidentes rasgos de autosuficiencia en la regulación de su presupuesto de hecho determinante. Esta nota es perfectamente destacable en la materia de personal, en la cual la legislación de otros órdenes de funcionarios, de Justicia o de la Administración pública, sólo es supletoria

de la dictada por los órganos de gobierno de los Poderes públicos (art. 96, 2 de la LOTC), con la particularidad hecha del personal adscrito a los órganos técnicos al servicio del Consejo General del Poder Judicial, que son funcionarios de la Administración de justicia, y del personal al servicio del Tribunal de Cuentas, cuyo régimen se remite al general de la función pública (art. 37, 1 de la Ley orgánica 2/1982). Por lo que refiere al ámbito de actuaciones de gestión interna, en la Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial se establece la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto a «procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General». Con un alcance muy diferente la disposición final segunda de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas establece la supletoriedad de aquella ley dentro ya del ámbito de competencias no gubernativas del mismo, siendo aplicable con tal carácter a los procedimientos fiscalizadores.

Llegados a este punto surge la cuestión fundamental: ¿constituyen tales competencias el ejercicio de funciones administrativas? En nuestra opinión la única respuesta sólo puede ser negativa. Primeramente por una razón de principio. Nuestra Constitución no hace viable el ejercicio de estas funciones, como en general el de ninguna otra, fuera del ámbito específico de la organización estatal que la tiene atribuida. Nada más erróneo pues que intentar aislar puntualmente «funciones administrativas concretas» desgajadas de las que la Administración pública desarrolla en el ejercicio de su cometido constitucional. Las únicas funciones administrativas son las que desarrolla la organización administrativa, múltiples y heterogéneas, por otra parte, como viene destacando la doctrina española casi unánimemente. Las funciones de gobierno que las leyes encomiendan a los Poderes públicos al lado de sus propias funciones institucionales son típicas funciones de organización y gobierno, atribuidas en un régimen de autonomía frente al resto de las organizaciones estatales, posiblemente semejantes a las que la Administración pública viene desarrollando tradicionalmente, como prototipo de organización estatal compleja y burocrática, sin que quepa por ello reducir todos los fenómenos organizativos complejos y burocráticos del Estado a dicho ámbito. Ahora bien, con todo sigue pendiente una cuestión de singular importancia: ¿Son actos administrativos las decisiones que en el ámbito de sus funciones de gobierno dictan los Poderes públicos del Estado? La respuesta debe seguir siendo negativa, no sólo ya por congruencia con todo lo anteriormente dicho, sino además por evidentes razones amparadas en el propio Derecho administrativo. La fundamental es ésta; la figura del acto administrativo es el resultado de una construcción dogmática desarrollada en torno a la potestad de decisión unilateral y obligatoria de que está investida en el ejercicio de sus funciones. Es el resultado, por tanto, de una cualidad que ostenta la Administración pública en cuanto actúa en *veste* de poder público, satisfaciendo intereses generales por procedimientos de Derecho público. Los actos de los Poderes públicos a que nos venimos refiriendo constituyen decisiones tomadas en el ámbito de la organización peculiar y propia de cada uno de ellos, por lo que razonablemente cabe pensar que su fuerza de obligar, su cualidad de imponerse y ejecutarse, la adquieren más en base a la actuación del principio de norma interna, en el seno del cual se adopta, que en el ejercicio de una potestad de supremacía general. Así se comprende que la Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial declare enfáticamente el régimen de ejecutoriedad de los actos dictados por sus órganos,

en el ejercicio de dichas funciones de organización interna se entiende, excluyendo a continuación de dicho régimen los acuerdos en que se impongan medidas disciplinarias, entre otros, que sólo lo serán cuando hayan adquirido firmeza. En definitiva, ninguno de los Poderes públicos en el ejercicio de sus funciones de gobierno están investidos de supremacía general, como lo está la Administración pública. Ello excluye la posibilidad de que en tal ámbito puedan aquéllos producir actos administrativos, por lo menos en su significado estricto para el Derecho administrativo.

No es posible excluir, sin embargo, la posibilidad de que tales decisiones de gobierno puedan conculcar derechos subjetivos, por lo que en tales casos la vía de recurso debe estar abierta y poder ser ejercitada por sus hipotéticos interesados. Para lo cual no es ni obligado ni conveniente acudir a la figura del acto administrativo con el objetivo de tener así garantizado el acceso directo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No hay que olvidar al respecto que es la propia Constitución la que garantiza la protección jurisdiccional en tales casos, al establecer en su artículo 9.º, 1 que «los ciudadanos y los Poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», ostentando aquéllos un derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en los términos previstos en el artículo 24, 1.

b) La segunda cuestión que habíamos planteado es la de analizar la naturaleza jurídica de los órganos de gobierno de los Poderes públicos. Consiste fundamentalmente en determinar si tales órganos, en el ejercicio de sus funciones gubernativas, actúan como parte integrante de la Administración estatal, a la cual, por tanto, habrá que referir e imputar sus actuaciones. El planteamiento de este tema exige que nos fijemos, primeramente, en la causa inmediata que motiva la existencia de tales órganos de gobierno en el seno de los Poderes públicos. Como es bien sabido, las funciones y cometidos que a partir de la Constitución ostentan aquéllos eran con anterioridad desarrollados amplia y comprensivamente por la Administración estatal. ¿Qué ha sucedido, pues? Sencillamente se ha producido un movimiento de independencia, de separación del orden administrativo. Esto es especialmente relevante en el caso del Poder Judicial. La Ley orgánica 1/80 describe así la nueva situación: «El Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia. El gobierno del Poder Judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial...» (art. 1.º). Este mismo principio de independencia frente a la Administración y, por supuesto, frente a los demás poderes del Estado, es manifiesta en los demás casos. El artículo 65 de la Constitución destaca el carácter de *libre decisión* con que el Rey organiza y dirige su Casa, siendo el único supuesto de actuación de la Corona en que no es preceptivo el refrendo (art. 56, 2). Conclusiones semejantes pueden obtenerse para las Cortes del artículo 72 de la Constitución, para el Tribunal de Cuentas (art. 3.º, Ley orgánica 2/82), y para el Defensor del Pueblo (artículo 6.º, 1, Ley orgánica 3/81), en cuanto dependientes de aquéllas, y para el Tribunal Constitucional (art. 1.º, 1, LOTC).

La independencia declarada en todas estas disposiciones comienza por ser orgánica, no sólo en cuanto los nuevos Poderes públicos constituyen su propia organización, sino porque ésta es cabalmente independiente de la Administración pública, no guarda lazos orgánicos con ella ni está sometida a sus prin-

cipios fundamentales, recogidos en el artículo 103, 1 de la Constitución. Caso contrario, ¿qué sentido tendría si no la aparición de los nuevos órganos de gobierno, que vienen, además, a servir a una función constitucional cuyo régimen de ejercicio se basa en la independencia de quienes la ejercen? Ninguno, sin duda. Mas lo auténticamente fundamental de la separación de dichos órganos de gobierno de la esfera administrativa lo constituye el hecho de que no constituya un fin en sí misma, sino un medio, un recurso técnico que la Constitución impone para garantizar la independencia, como valor en sí, en el ejercicio de determinadas funciones estatales. A tal recurso no hay pues que asignarse otro significado, ni otro alcance. Se trata simplemente de una realidad de la que hay que partir.

No siendo órganos administrativos, en cuanto contradice su propia existencia, ¿qué son entonces? Este es el verdadero punto de partida, el de necesitar dar respuesta a un interrogante que no encuentra solución en el ámbito de la Administración pública.

Hace algunos años el Consejo de Estado francés se enfrentó con la necesidad de calificar la naturaleza jurídica de un órgano de la Magistratura y de las funciones que tenía atribuidas en la elección de representantes del Consejo Superior de la Magistratura como Junta electoral (*Bureau de Vote*), de cara a admitir o rechazar la procedencia del recurso y, en definitiva, que la actuación de dicho órgano fuese o no de carácter administrativo. El Consejo de Estado francés emitió el conocido *Arrêt Falco et Vidailiac* de 17 de abril de 1953, en el que admitía la cuestión planteada como propia de su competencia jurisdiccional en base a que el Consejo Superior de la Magistratura formaba parte de la organización general del servicio judicial y que a este título ostentaba las competencias relativas a garantizar la regularidad de su composición y, en particular, de las elecciones de algunos de sus miembros, por lo que la naturaleza jurídica del *Bureau de Vote* era la de autoridad administrativa y sus funciones de este mismo carácter.

La reacción doctrinal a esta decisión del Consejo de Estado francés fue muy crítica en cuanto se pronunciaba sobre un tema, cuanto menos, fronterizo entre las dos jurisdicciones, la administrativa y la judicial ordinaria, e implicaba a un órgano de composición judicial en el ejercicio de funciones administrativas. MATHIOT se lamentaba en la crítica que hizo a esta resolución de que un criterio determinante en la calificación del *Bureau de Vote* como órgano administrativo hubiese sido precisamente el que no estuviera investido de poder jurisdiccional. Las conclusiones del Comisario de Gobierno habían puesto el acento en este hecho: *S'il n'est pas une autorité administrative et s'il n'est pas un tribunal judiciaire, qu'est-il donc?* Como señala MATHIOT, en este planteamiento hay una cuestión de principio difícil de admitir: que sólo pertenecerán al Poder Judicial aquellos órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales, quedando excluidos del mismo aquellos otros que no actúen investidos de la cualidad de Tribunal y a través de un proceso. En sus conclusiones MATHIOT entiende que, en el supuesto citado, no parece dudoso que el órgano del Consejo Superior de la Magistratura, sin estar investido de poderes jurisdiccionales, es un órgano judicial por su composición, por los poderes de que está investido y por la función general que tiene asignada, asegurar soberanamente el control del conjunto de operaciones electorales que interesan profunda y

directamente el buen funcionamiento de la justicia («Note sous CE 17 avril 1953», *Pages de Doctrine*, vol. II, 1980, pág. 399 y sigs., especialmente página 411 y sigs.).

Las críticas formuladas a este *Arrêt* del Consejo de Estado por un importante sector de la doctrina francesa (citada en parte por ΜΑΤΗΙΟΤ) son ciertamente a tener en cuenta en el tema del que venimos ocupándonos. Por un lado, los órganos de gobierno de los Poderes públicos no están integrados en la estructura orgánica de la Administración estatal. Dado el silencio del legislador al respecto no es posible presumirlo. Pero además tales órganos se constituyen *junto a* la organización del Poder público encargada de desempeñar las funciones de carácter institucional que tiene asignadas, o se confunden con ellas, por lo que resultaría sumamente forzado y artificial considerar que, pese a constituir aquél una organización dotada de su propio ordenamiento peculiar, mantenga a los solos efectos de sus funciones de gobierno una dependencia orgánica de la Administración pública del Estado.

La cuestión tiene, a nuestro juicio, un planteamiento más simple. Los órganos de gobierno de los poderes públicos tienen la naturaleza del Poder público en el que están integrados, parlamentaria, judicial, etc., lo cual no es sino consecuencia directa del hecho de que tales poderes han asumido de la Constitución y de sus leyes orgánicas como propias las funciones de gobierno junto con las que institucionalmente le corresponden como Poder público. A diferencia de otras soluciones históricas anteriores, no es el Poder ejecutivo o la Administración quienes tienen atribuidas tales funciones, único supuesto en el que encontraría explicación la integración o dependencia orgánica del orden administrativo. Si como resulta, ni son en sí mismo Administración pública ni dependen orgánicamente de la Administración estatal, los órganos de gobierno constituyen parte esencial de la organización propia de cada Poder público y participan de su naturaleza. Como tales órganos les es de aplicación el propio ordenamiento estatutario creado por cada Poder público y, cuando así esté establecido, el Derecho administrativo por vía supletoria.

Dos cuestiones quedan pendientes de resolver. Primeramente, la aplicación que se hace del Derecho administrativo a la actuación de los órganos de gobierno de los Poderes públicos; en segundo lugar, la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten con ocasión de las decisiones que adopten aquéllos.

La primera cuestión está íntimamente relacionada con el planteamiento que la Constitución y las leyes orgánicas reguladoras de los Poderes públicos han hecho respecto del régimen jurídico a que quedan sometidos sus órganos de gobierno. Planteamiento que no puede ser calificado sino de ordinal, como exponente máximo de la intención del legislador de dotar a aquéllos, en todas sus actuaciones, de una autonomía e independencia tales que impidan la más pequeña intromisión o interferencia extrañas en el ejercicio de sus funciones. Lo singular, como ha quedado examinado más atrás, es que este planteamiento alcanza a sus órganos y funciones de gobierno, como faceta inseparable del mismo. De acuerdo con dicho planteamiento, cada Poder público crea y sostiene, en base a un principio autonómico su propio ordenamiento, derivado de su norma fundacional, la Constitución y, para algunos, la Ley orgánica, y delimitado de los demás ordenamientos del Estado en base a un principio de

competencia, según el cual es competente para regular su organización, funcionamiento, régimen de personal y servicios y cualesquiera otras dentro del ámbito de su respectiva norma fundacional.

El ordenamiento que le es aplicable a los órganos de gobierno de los Poderes públicos en sus peculiares esferas de actuación no es, según esto, el Derecho administrativo, sino el suyo propio, dictado en régimen de autonomía. De aquí que en las materias antes señaladas pueda producirse una regulación peculiar y distinta de la que ofrece el Derecho administrativo para la Administración pública. Ahora bien, no cabe la menor duda de que muchas de estas materias vienen siendo reguladas satisfactoriamente por éste desde hace años, ofreciendo un cuerpo normativo completo que puede ser aplicable tácticamente a la actuación de los órganos de gobierno de los Poderes públicos. ¿En virtud de qué mecanismo se efectúa dicha aplicación? No puede pensarse sin más que tal aplicación se efectúa en base a la naturaleza administrativa del órgano que actúa ni de la función que desarrolla, sino, por el contrario, en base a la consideración que merece al propio ordenamiento en cuyo ámbito se aplica la norma administrativa. Estamos pues ante un supuesto de relación entre ordenamientos distintos, uno el Derecho administrativo, como ordenamiento peculiar y propio de las Administraciones públicas, que ha construido sus principios y categorías en torno a aquella organización pública que ha venido monopolizando la vertiente relacional del Estado, y, otro, el ordenamiento peculiar de cada uno de los Poderes públicos, con pretensión de autosuficiencia para la regulación de su propio presupuesto de hecho. En su virtud, se produce en aquél una previsión de supletoriedad en favor del Derecho administrativo por la cual deberán integrarse las posibles lagunas que se produzcan de acuerdo con las normas y criterios propios de este ordenamiento. No hay, pues, aplicación directa del Derecho administrativo que hiciera pensar en la presencia de uno de sus sujetos; ni siquiera se ha utilizado la técnica del reenvío. Sólo, y no en todos los casos, se ha hecho uso de la supletoriedad, por lo que a este ámbito exclusivamente hay que referir la aplicación del Derecho administrativo a las funciones gubernativas de los Poderes públicos.

La segunda cuestión planteada se refiere a la competencia que la Jurisdicción contencioso-administrativa tiene atribuida respecto del conocimiento de las decisiones que los poderes públicos adopten en el ejercicio de sus funciones gubernativas. ¿Tiene explicación este hecho desde los principios y criterios que delimitan su ámbito según la Ley jurisdiccional? En nuestra opinión no. Como ya quedó más atrás de manifiesto la Ley jurisdiccional llevó a cabo en su momento una definición procesal de lo administrativo para que coincidiera, en virtud de la cláusula general del artículo 1.º, en unos términos seguros y bien definidos, con el ámbito de una Jurisdicción de nuevo cuño. Se definía lo contencioso-administrativo a partir de un sujeto, la Administración, y de un ordenamiento jurídico, el Derecho administrativo, ambos inseparables. La nueva situación creada por las leyes orgánicas reguladoras del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial muestra la inadecuación del esquema mantenido desde 1956, en cuanto decisiones no provenientes de la Administración pública y no necesariamente sujetas al Derecho administrativo pueden ser recurridas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. ¿Se trata de un nuevo recurso especial, por razón de la materia o por razón del órgano del que emana el acto recurrible, dentro de esta Jurisdicción?; ¿o se

trata de un cambio sustancial producido en el ámbito mismo de ella? ¿es satisfactoria la explicación formal de entender atribuidas estas cuestiones a lo contencioso-administrativo en virtud de la cláusula general del artículo 3.º, c), LJ, dejando inalterado el esquema conceptual de la misma? Son cuestiones todas ellas a tratar serenamente por la doctrina y que, pensamos, delimitan el verdadero alcance del problema que hemos planteado en el presente trabajo.

A modo de conclusión, podíamos señalar que la Constitución española influye en el concepto de Administración pública a partir del hecho de que el Poder ejecutivo no monopoliza ni caracteriza al Estado. Aquella vive inserta plenamente en el ámbito del principio de separación y de diversidad de poderes estatales, por lo que funcionalmente no asume ya, en contraste con lo que establecía la Ley orgánica del Estado, el cumplimiento de (todos) los fines del Estado, sino tan sólo algunos de ellos. Desaparecida la situación política creada por el régimen anterior, no hay razones constitucionales que obliguen a seguir manteniendo que la Administración del Estado personifica a éste en su totalidad, en cuanto habría que entender fuera de este ámbito de personificación al resto de los Poderes públicos estatales, tanto en sus funciones institucionales como de gobierno, lo que no se comprende bien.

Por otra parte, no por ello hay que reconocerle personalidad jurídica al Estado, de un lado porque ésta sólo sería explicable como único centro de imputación de efectos de las actuaciones de todos los órganos estatales, cosa que no ocurre al ser la Administración pública del Estado una persona jurídica en sí misma. De otro, porque, así las cosas, los demás Poderes públicos no precisan de ella para el ejercicio de sus funciones de carácter institucional. La personalidad jurídica en estos casos se reduce a ser un instrumento técnico, y no el único, que facilita la imputación de efectos a la misma organización estatal que realiza la actividad y no a una entidad abstracta y compleja. En definitiva, pensamos que más que una crisis en el núcleo de las concepciones subjetivas de la Administración pública y del Derecho administrativo hay crisis en sus fronteras. El Derecho administrativo continúa siendo el ordenamiento jurídico peculiar y propio de las Administraciones públicas en cuanto personas, dentro de una organización estatal compleja pero delimitada funcional y orgánicamente.

La crisis abierta lo es preferentemente de un concepto de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el acuñado por la Ley Jurisdiccional de 1956, que no tiene por qué seguir siendo únicamente la Jurisdicción de las Administraciones públicas y sólo de ellas.