

# L'Administració pública al Títol IV de la Constitució espanyola de 1978: perfils constitucionals i declinació aplicativa després de quatre dècades de vigència

ANDRÉS BOIX PALOP

Professor de Dret Administratiu. Universitat de València – Estudi General.

## Resum

La Constitució espanyola no estableix grans transformacions de fons sobre el model d'Administració pública, amb les seues pròpies regles de funcionament, anterior a la seua aprovació. Hi fixa, però, principis clàssics de tot Dret democràtic modern com a elements essencials del model d'administració pública constitucional, com ara el principi de legalitat de l'actuació administrativa (art. 103.1 CE) o el de la plena subjecció de l'actuació administrativa al control judicial (art. 106.1 CE). Addicionalment, a preceptes com l'article 105 CE, apareix un mandat constitucional clar en favor d'una Administració pública més oberta, participativa i transparent. Totes tres idees que, en tant que coherents amb el model europeu d'Administració pública, han estat desenvolupades durant aquestes quatre dècades d'evolució constitucional de la mà del Dret europeu, que apareix com a gran factor explicatiu de l'evolució i declinació aplicativa del nostre text constitucional als últims anys.

**Paraules clau:** principi de legalitat de l'actuació administrativa, control judicial, revisió de l'actuació administrativa, transparència pública, participació ciutadana.

## Resumen

La Constitución española no establece grandes transformaciones de fondo sobre el modelo de administración pública, con sus propias reglas de funcionamiento, anteriores a su aprobación. Fija, sin embargo, principios clásicos de todo derecho democrático moderno como elementos esenciales del modelo de administración pública constitucional, como el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) o el de la plena sujeción de la actuación administrativa al control judicial (art. 106.1 CE). Adicionalmente, en preceptos como el artículo 105 CE, aparece un mandato constitucional claro en favor de una administración pública más abierta, participativa y transparente. Tres ideas que, en tanto que coherentes con el modelo europeo de administración pública, han sido desarrolladas durante estas cuatro décadas de evolución constitucional de la mano del derecho europeo, que aparece como gran factor explicativo de la evolución y declinación aplicativa de nuestro texto constitucional en los últimos años.

**Palabras clave:** principio de legalidad de la actuación administrativa, control judicial, revisión de la actuación administrativa, transparencia pública, participación ciudadana.

## Abstract

The Spanish Constitution did not force major transformations on the foundations of the previously in force Public Administration model. However, it fixed some classical principles, common to any modern democratic legal system, as essential elements of the new constitutionally abiding Spanish Public Administration, such as the principle of legality of the administrative action (art. 103.1 CE) or its full subjection to judicial control (article 106.1 CE). Additionally, article 105 CE establishes a clear constitutional mandate in favor of a more open and transparent Public Administration. All these three ideas, while consistent with the modern European model of Public Administration, have been developed during these four decades of constitutional evolution in accordance with European Law, which appears to be the most important vector in the evolution of our constitutional text in recent years.

**Key Words:** Administrative action, Legality principle, Judicial review, Public transparency, Citizen participation.

## Sumario

- I. Introducció.
- II. El model constitucional d'Administració pública: sobre com entén la Constitució que ha de quedar regulat el que fa el poder públic i que ha de ser controlat a posteriori la correcció jurídica d'allò que s'ha fet.
  1. La legalitat de l'actuació administrativa.
  2. El control judicial reforçat de l'activitat administrativa.
  3. Valoració.
- III. El model constitucional d'Administració segons l'art. 105 CE: una presa de decisions més participativa i un poder públic més transparent.
  1. La consagració d'un model transparent d'Administració pública amb quatre dècades de retard.
  2. Participació ciutadana i impuls europeu.
- IV. Conclusions sobre el model constitucionalitzat d'Administració pública i la seua hibridació amb l'exercici del poder públic entés a la manera europea.
- V. Bibliografia.

## I. Introducció

El Títol IV de la Constitució espanyola de 1978 regula l'organització del govern i de l'administració de l'Estat de l'Espanya constitucional. Ho fa, però, i com no pot ser d'una altra manera, tenint ben present la realitat preexistent. A diferència del que passa respecte d'altres institucions constitucionals, com ara les Comunitats Autònomes, és evident que tant govern com administració, a l'Estat espanyol, ja hi havia abans de la Constitució. La qual cosa provoca una regulació menys exhaustiva d'ambdues institucions, per una banda. D'altra, comporta que respecte d'aquesta regulació resulte particularment interessant analitzar quins elements hi apareixen de nou al text constitucional o hi figuren reforçats. Perquè serà a partir d'aquestes idees com descobrirem la manera en què el constituent tracta d'emmarcar i modificar les dinàmiques polítiques i administratives prèvies a la Constitució per conformar un nou model, plenament democràtic i ajustat a les exigències d'un Estat social i democràtic de Dret, com el que finalment es dissenya.

A partir d'aquestes coordenades, s'ha d'assenyalar que la regulació constitucional sobre ambdues matèries, continguda als articles 97 a 107 de la Constitució, para més atenció a la regulació del Govern que no pas a la de l'Administració pública, respecte de la qual només tenim tres preceptes específicament hi dedicats. Aquestes línies pretenen reflexionar sobre el model d'Administració que la Constitució implanta l'any 1978 i com ha evolucionat posteriorment la pràctica constitucional espanyola aplicativa que se'n dedueix, analitzant les directrius que es contenen als articles 103, 106 i 105 del nou text constitucional. No es farà esment a la regulació del govern (arts. 97 i següents) ni a les regulacions específiques sobre forces i cossos de seguretat de l'estat o sobre el Consell d'Estat que també integren el Títol IV de la Constitució.

## **II. El model constitucional d'Administració pública: sobre com entén la Constitució que ha de quedar regulat el que fa el poder públic i que ha de ser controlat a posteriori la correcció jurídica d'allò que s'ha fet**

La Constitució espanyola de 1978 no altera substancialment el model d'administració pública, ni la seua organització, preexistent i que havia quedat ja consolidat dins l'Estat franquista. De fet, i com a mínim des de la dècada dels anys cinquanta del segle xx, es pot considerar que les institucions administratives espanyoles presenten uns perfils plenament coherents amb el model que encara hui tenim vigent. Les lleis de procediment administratiu de 1958 (juntament a la llei de règim jurídic de l'estat de 1957) i la llei de la jurisdicció contenciós-administrativa de 1956 havien establert dos dècades abans del debat constitucional un marc jurídic-administratiu que, encara que generat al si d'una dictadura, podia considerar-se relativament modern i semblant als del Estats europeus del nostre entorn en quant a la seua articulació jurídica (evidentment, no pel que fa la legitimitat del poder exercit). Amb eixes bases, que regulen respectivament la manera i els procediments a partir dels quals l'exercici del poder públic ha de quedar enquadrat i fins on arribarà i com es durà a terme el control judicial posterior d'eixes actuacions per verificar si s'han ajustat a dret, el constituent espanyol de 1978 entén clarament que el model d'organització administrativa i les coordenades jurídiques en què s'haurà de moure l'Administració de l'Estat constitucional està ja satisfactòriament embastat i, per aquesta raó, no li dedica massa atenció.

Bàsicament, el que farà en aquest punt la Constitució de 1978 serà reforçar les garanties que, encara que incoades amb les reformes de 1956-1958, es considerava que no havien arribat fins el punt de fer totalment compatible l'exercici del poder administratiu amb les exigències d'un Estat de Dret, ço és, les idees de legalitat (escrupolós respecte al principi de legalitat en l'actuació de l'Administració) i de tutela judicial efectiva i plena jurisdicció respecte de tota l'actuació administrativa (superant la tradició merament revisora de la legislació de 1958) mitjançant, respectivament, els articles 103 i 106 CE.

## **1. La legalitat de l'actuació administrativa**

A l'article 103 de la Constitució trobem degudament ressaltada i posada en valor, doncs, la idea clau que l'Administració Pública serveix amb objectivitat els interessos generals, a més de l'expressió dels principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, però sobretot la idea que ho ha de fer, sempre i en tot moment, amb «submissió plena a la Llei i al Dret» (art. 103.1 CE *in fine*). És a dir, la Constitució s'esforça per remarcar la plena i absoluta vigència d'un principi fonamental dels ordres jurídics moderns des de la Revolució francesa, com va ressaltar per exemple Eduardo García de Enterría (1994) en *La lengua de los derechos*. Un principi respecte del que es considera essencial fer menció explícita i mandat particularment visible perquè, com no podia ser d'una altra manera amb un origen no democràtic, l'ordre administratiu espanyol modern aparegut a mitjans del segle passat encara conservava, reprenent de nou una expressió de García de Enterría (1962), esferes d'immunitat del poder respecte de les quals calia lluitar. Com és ben sabut, i de manera plenament coherent amb el que ja havia establert al Títol Preliminar respecte de la subjecció de tots els poders públics (i l'Administració pública, sens dubte, n'és un) a la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic, en aquest punt queda ben palesa la pretensió de vincular tot exercici del poder executiu a la legitimitat democràtica que li atorga la prèvia determinació per part del legislador en el sentit de donar potestats i competències a l'Administració. Respecte del model d'administració originat en el franquisme, el mandat constitucional és clar en el sentit de reforçar una marcada i estricta subordinació de l'acció administrativa a la legalitat, que era un dels punts foscos que es considerava que la Llei del procediment administratiu del 1958 no havia acabat de superar. Justament per això, per exemple, va ser inicialment molt forta la doctrina constitucional que entenia que aquest mandat deixava pràcticament sense espai l'actuació de l'Administració en àmbits no predeterminats legalment i no permetia actuar a l'Administració sinó amb respecte a un principi

de legalitat entés como una *positive Bindung* (l'acció administrativa ha de ser sempre, i només, execució del que la llei ha predeterminat i habilitat). Només amb els anys s'han anat acceptant i normalitzant dins l'esquema constitucional espanyol certes possibilitats d'actuació més independent, amb una vinculació dogmàticament només negativa al principi de legalitat (Baño León, 1991).

El fet és que l'Administració espanyola prèvia al 1978, respecte del seu funcionament i de la seua activitat, funcionava amb unes regles que han estat qualificades tradicionalment de pròpies d'un Estat que, encara que no fóra un Estat de Dret, sí era un «Estat amb Dret». Així, la llei del procediment de 1958 pautava un funcionament ordenat procedimentalment que garantia una certa seguretat jurídica. Fins el punt que l'entrada en vigor de la Constitució, malgrat el fet de constituir un canvi de règim de gran transcendència (d'una dictadura a una democràcia, si més no) no va requerir del canvi immediat d'aquestes normes. No seria fins 1992 que tant la norma de règim jurídic de l'Estat de 1957 com la norma de procediment de 1958 foren refoses i definitivament convertides en una norma plenament adaptada a les exigències democràtiques mitjançant la Llei 30/1992, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJAP-PAC). Aquesta ha estat la primera regulació del procediment administratiu espanyol plenament adaptada al model constitucional de funcionament de l'Administració, que ha regulat durant vora 25 anys, fins l'aprovació, el 2015, de sengles lleis bessones, que de nou separaven la matèria, en forma de la Llei 39/2015, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC), i de la Llei 40/2015, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques (LRJAP). De totes les maneres, s'ha de reconèixer, com per altra banda han recordat no pocs autors, que en el seu esquema bàsic i en la seua estructura i model, cap d'aquestes noves lleis s'allunya massa del model d'administració pública i de funcionament del poder executiu que ja plasmava la llei del procediment de 1958. El que sí farà el canvi constitucional és posar l'accent en la necessitat

de, dins aquesta estructura fonamental que es conserva i respecta, exigir però un estricte respecte, sempre i en tot cas, al principi de legalitat administrativa. Ja no seran acceptables actuacions purament decisionistes dels poders públics, que sempre hauran d'actuar emmarcats en el que preveu la llei.

A més, tant l'art. 9.1 CE com l'art. 103.1 CE *in fine* obren aquesta idea de subordinació a la legalitat més enllà dels límits estrictes de les lleis i de les normes: l'explícita menció al Dret i a la resta de l'ordenament jurídic com elements de supraordenació de l'activitat administrativa que es juxtaposen a les lleis ens vincula a la idea de pluralisme jurídic teoritzada per Santi Romano i, sobretot, a una visió més rica del Dret on no només les normes sinó principis jurídics i la seua declinació com a mandats d'optimització, acaben de concretar i reduir l'àmbit de lliure disposició de l'Administració en la seua actuació, a la manera explicada justament al voltant d'eixos anys per Alexy i treballada entre nosaltres per Atienza i Ruiz Manero (1991).

Una de les més importants aportacions de la Constitució en aquest punt va ser la introducció total i completa d'unes pautes de control que incorporen tècniques i sistemes de reducció de l'arbitrarietat (com per exemple entre nosaltres va exposar Fernández Rodríguez, 1994) habituals arreu d'Europa i que, amb el suport constitucional, i aprofitant la referència als principis explícitament continguts també a l'art. 103.1 CE, han permés als nostres tribunals integrar com eines de control principis com el de proporcionalitat, a partir dels criteris marcats pels tribunals europeus, com ara el Tribunal Europeu de Drets Humans o ara el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Boix Palop, 2016).

Juntament a eixes dos gran aportacions (reforçament del principi de legalitat i ampliació de la idea de juridicitat en l'actuació administrativa més enllà de les normes), l'art. 103 als seus segon i tercer apartats fixa algunes reserves legals: per crear òrgans a l'administració de l'Estat (art. 103.2 CE) o per regular l'estatut dels funcionaris públics en tots els seus vessants (accés basat en el mèrit i la capacitat, peculiaritats en la sindicació, incompatibilitats i



garanties; art. 103.3 CE). Amb tot, i com a norma més organitzativa que fonamental, ho deixem simplement apuntat, perquè l'altre gran puntal de la regulació constitucional se refereix al control de l'acció administrativa.

## ***2. El control judicial reforçat de l'activitat administrativa***

En efecte, si mitjançant el seu article 103 la Constitució espanyola de 1978 està fixant les regles bàsiques pel que fa a com ha d'actuar l'Administració (i molt particularment recalçant que ho ha de fer amb subjecció plena a la llei i a la resta de l'ordenament jurídic), que d'alguna manera arplegaven la tradició regulatòria de la llei de 1958 del procediment administratiu (encarregada de determinar com havia d'actuar el poder públic), a l'art. 106 CE tenim la clau de volta del model de control de l'actuació administrativa hereu de la llei de la jurisdicció de 1956 (encarregada d'explicar com i fins quin punt es podia controlar i revisar l'actuació de l'Administració). Un principi constitucional clau, absolutament essencial a tot Estat de Dret, que busca obertament, en simetria amb el reconeixement com a dret fonamental a l'art. 24.1 CE del dret fonamental del ciutadans a obtenir en tot moment una tutela judicial efectiva plena per part dels Jutges i Tribunals per la protecció tant de llurs drets subjectius com de llurs interessos legítims, garantir un control absolut de les possibilitats de revisió judicial de tota l'activitat administrativa, en un primer moment, i fins i tot d'anar més enllà del principi revisor, amb posterioritat. Així, l'art. 106. 1 CE garanteix que els tribunals controlen no només el correcte exercici, adequat a la legalitat i a la resta de l'ordenament jurídic (com hem vist adés), de la potestat reglamentària, sinó també la legalitat de l'actuació administrativa (entesa en el sentit ampli que ha d'anar més enllà de les lleis estrictes que ja hem comentat) i la submissió d'aquesta a les finalitats constitucionals que justifiquen aquest exercici i emparen les potestats administratives. A més, el segon paràgraf de l'article 106 estableix la garantia constitucional

d'indemnitat dels ciutadans respecte dels seus béns i drets quan s'hi produïsquen danys com a conseqüència del funcionament dels serveis públics, establint així les bases del model espanyol constitucional de responsabilitat administrativa, que tradicionalment s'ha entés, si més no des d'un plànol més bé teòric, com responsabilitat objectiva per la menció al pur funcionament (sense indicar que haja de ser anormal) dels serveis públics com el seu fonament últim *ex art. 106.2 CE in fine*.

En tot cas, ha de quedar clar que, més enllà de les discussions generades pel model de responsabilitat constitucionalment consagrat (Mir Puigpelat, 2002; Medina Alcoz, 2005), el nucli essencial de l'art. 106 CE fa referència a eixa convicció constitucional, coherent amb l'article 24.1 CE, que no pot haver punts cecs a l'actuació pública que es puguen escapar al control judicial. Per aquesta raó, d'un model, el de la llei de 1956, on la regla general era que l'actuació judicial era purament revisora del que ja havia fet l'Administració pública, i això només en els casos que no es considerara que tal o qual acció concreta quedaven fora d'eixa capacitat de revisió, per exemple, per constituir un «acte polític, hem passat a un model de plena jurisdicció. Un procés en què la jurisprudència dels tribunals, primer del Tribunal Suprem; després, una vegada aprovada la Constitució, també del Tribunal Constitucional, han anat erosionant i limitant a poc a poc els amplis espais d'immunitat del poder que encara existien a la regulació de la dictadura de la jurisdicció contenciós-administrativa. Una llarga marxa cap a la consecució de la plena jurisdicció que, pas a pas, ha anat eliminant el no control judicial dels actes anomenats de govern o polítics (ara també controlables respecte dels elements reglats, competencials o que afecten a drets fonamentals) o aconseguint que es poguera plantejar recurs contra la no actuació de l'Administració sense necessitat d'haver de revisar res (a partir de la ficció del silenci administratiu), fins arribar a la regulació legal vigent, la Llei 29/1998, Reguladora de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa (LRJCA), encara en vigor en l'actualitat, per la qual vint anys després de la Constitució se obrien possibilitats per actuar contra la inactivitat de

l'Administració. En aquesta llarga marxa, que ha explicat amb detall i exhaustivitat Fernández Torres (1998), encara queden esglaons per conquerir, com la possibilitat pura i dura de reclamar davant un jutge per qualsevol lesió a un dret interés legítim en un procés de plena jurisdicció (Baño León, 2004), però sens dubte en els avanços ja produïts i la superació definitiva del paradigma merament revisor del que havia fet prèviament l'Administració, que encara s'arrossegava amb la vigència preconstitucional de la llei de la jurisdicció de 1956, hi va tenir molt a veure la Constitució espanyola de 1978 i la previsió de l'art. 106.1 CE.

### **3. Valoració**

Al remat, una de les més significatives característiques del model de funcionament del poder executiu que implanta la Constitució és que, paradoxalment, no va resultar gens revolucionari respecte de l'ordenació jurídica d'exercici del poder públic provinent de l'Estat franquista. En part perquè a la Transició hi havia altres preocupacions més apremiants i tampoc no es volien dedicar esforços a eliminar normes que garantien certa eficàcia en l'acció pública, en part perquè es va considerar que una vegada transformada la manera en què es determinava qui hauria d'estar cridat a governar i a manar (ara ja mitjançant procediments clarament democràtics) aquesta era una qüestió secundària i en part també perquè el procés de reforma tecnocràtica de la legalitat franquista escomés als anys cinquanta del segle passat i liderat per una generació de juristes joves que volien modernitzar el Dret administratiu espanyol i apropar-lo a Europa havia generat normes i pautes de funcionament que, si no democràtiques ni pròpies d'un Estat de Dret, sí se semblaven al que es feia a altres països i generaven al menys una certa seguretat i ordre jurídic, les transformacions implicades pels arts. 103 i 106 de la Constitució espanyola no canviaren radicalment la manera d'actuar de l'Administració ni la manera de controlar-la per parts dels tribunals.

Com a prova més reeixida del que s'està dient, l'adaptació normativa al paradigma constitucional va tardar fins 15 anys en un cas (LRJAP-PAC) i dos dècades en l'altre (LRJCA). Espanya és molt probablement un cas únic al món de país en què el trànsit d'una dictadura a una democràcia, a més de canviar les normes per seleccionar als que exerciran el poder, no va acompanyat però ni del canvi de les regles sobre com eixe poder ha de ser exercit ni d'una gran evolució de les normes sobre com serà controlat *a posteriori* eixe exercici del poder. Això va ser possible perquè els nous mandats constitucionals no eren fonamentalment contradictoris amb el que ja hi havia, per una part. Per l'altra, perquè el procés d'adaptació i d'eliminació de les normes i regles sí en oposició a la idea de legalitat en l'actuació de l'Administració o de plena jurisdicció dels tribunals del contenciós administratiu es va acabar de fer, de manera paulatina, per la via de reinterpretacions jurisprudencials i posteriors modificacions normatives.

S'ha de dir que, al capdavant, aquesta estabilitat del sistema jurídic-administratiu espanyol fins i tot després de l'entrada en vigor de la Constitució, ha estat també una de les característiques principals de l'evolució posterior de tot l'ordre jurídic-administratiu derivat dels mandats constitucionals (i, molt especialment, dels arts. 103 i 106 CE) durant els últims quaranta anys. De fet, el sistema jurídic-públic espanyol ha evolucionat relativament poc, però quan ho ha fet ha sigut sempre en una línia marcada per dos vectors essencials. En primer lloc, el seguiment de les dos idees que com a guia estableixen eixos preceptes constitucionals ja comentats i que són absolutament claus (arts. 103 i 106 CE): millorar i incrementar el control legal i jurídic del que fa l'administració, permetent un millor i més exhaustiu i intens enquadrament jurídic de les decisions que prenen els poders públics; i anar incrementat i millorant la qualitat i capacitat d'actuar efectivament dels controls *ex post* sobre el que han fet les Administracions públiques. En segon lloc, acompanyar eixa evolució amb la introducció de les normes i pautes que ens han vingut durant aquests anys des de la Unió

Europea que, a més, no han fet sinó reforçar les línies estratègiques ja esmentades (més i millor enquadrament jurídic, més i millor control).

De fet, resulta molt interessant estudiar fins quin punt, en un context de tradició administrativa pròpia amb certs biaixos autoritaris (entesos com un cert desequilibri en favor de l'administració pública front els drets i garanties dels ciutadans) que, per exemple, expliquen la possibilitat de supervivència durant molts anys de normes provinents del franquisme en un marc ja constitucional, l'ordenament administratiu espanyol ha mantés amb certa estabilitat els seus principals trets diferenciadors (per exemple, generoses possibilitats d'autotutela administrativa, Baño León, 2004), però no ha tingut problema en modificar pautes, o incorporar-ne de noves, quan així ho han exigit les institucions o els tribunals europeus, per molt alienes a la cultura jurídica espanyola que hi foren (Boix Palop, 2013; Boix Palop, 2017a). Aquest procés d'uropeïtzació del nostre Dret públic, la intensitat i facilitat del qual és sens dubte un dels trets diferenciadors de les quatre dècades de declinació democràtica i constitucional dels nous principis en la matèria, ha ajudat en general a aconseguir procediments administratius més reglats (eliminant discrecionalitat, per exemple en matèria d'ordenació de l'activitat econòmica), simplificant i llevant tràmits, obligant a garantir la igualtat d'oportunitats (com ara en matèria de contractació pública) o a limitar la discrecionalitat administrativa i millorar els controls per la via de la introducció dels controls de proporcionalitat o mitjançant sistemes més exigents de recursos. Tant com es fan les coses (legalitat) com en el vessant del control (revisió judicial), doncs, han estat àmbits afectats per aquesta evolució. I, en ambdós casos, de manera coincident amb el que són els principis constitucionals comentats, potenciant el seu impuls. A més a més, la Unió Europea també ha incentivat molt la generació de procediments de presa de decisions més transparents i participatius, la qual cosa també ha anat en la mateixa direcció que una altra previsió constitucional, la única que ens queda per analitzar de les que ens interessa en aquest comentari: l'art. 105 CE.

### **III. El model constitucional d'Administració segons l'art. 105 CE: una presa de decisions més participativa i un poder públic més transparent**

Com hem dit adés, la Constitució espanyola va ser més be prudent quan es va tractar de determinar com havia d'actuar i fer les coses l'Administració. Hi ha al text de 1978 molt poques regles de funcionament administratiu prescriptives. En part, perquè com ja s'ha dit, el constituent més o menys accepta i assumeix un model preexistent que és considera que, comptat i debatut, no és tan dolent. Amb l'afirmació constitucional dels principis ja explicats continguts als arts. 103 i 106 CE pràcticament es tanquen, doncs, totes les referències al funcionament de l'Administració i totes les prescripcions constitucionals i mandats referits a com ha d'organitzar-se i treballar.

Hi ha, però, una gran excepció: l'article 105 de la Constitució estableix tres mandats concrets sobre com han de ser els procediments i el funcionament de l'Administració que, per ser els únics que en tenim, resulten de gran interès. Sembla clar, de fet, que si només apareixen aquestes referències concretes al respecte per alguna raó ha de ser. Ja siga perquè per al constituent de 1978 es tractava d'elements particularment importants, ja siga perquè la seua plasmació és la conseqüència i resultat del fet que la Constitució considerara que en eixos àmbits sí hi havia greus carències arrossegades pel model de burocràcia franquista, sembla clar que alguna cosa vol dir, i no menor, que hi apareguen aquests mandats.

Resulta interessant, a més, que l'art. 105 CE està orientat, en tots els tres casos que tracta, a establir regles que van, totes tres, en una mateixa direcció: fer possible una actuació pública molt més permeada per les aportacions dels ciutadans. Sembla clar, doncs, que és justament en aquesta matèria on es detectava per part de la societat espanyola i del consens que dóna lloc a la Constitució una més important carència (i una major llunyania respecte dels models d'altres països del nostre entorn europeu). L'art. 105 a) CE estableix que per llei s'ha de garantir una regulació de l'audiència als ciutadans, ja siga

directament, ja mitjançant les organitzacions que puguen representar els seus interessos, en els procediments d'elaboració de disposicions administratives que els afecten. Clarament, es vol reforçar un principi participatiu en línia amb el que llavors feien ja els ordenaments europeus més avançats, en reacció a una pràctica prèvia, pròpia de la dictadura franquista, endogàmica i molt poc útil a la defensa dels interessos generals que en canvi sempre beneficiava alguns interessos particulars espuris (Melero Alonso, 2004). De manera relativament semblant, encara que en aquest cas amb una vocació més orientada a la protecció i garantia dels interessos de les persones que poden ser afectades per una decisió administrativa, l'art. 105 c) CE estableix com garantia constitucional que al si de qualsevol procediment administratiu hi haurà d'haver, quan siga procedent (ço és, quan estiguen en qüestió els seus drets o interessos) un tràmit d'audiència a l'interessat. Per últim (encara que no en aquest ordre, que he alterat en l'exposició a efectes d'agrupar lògicament millor les disposicions), l'art. 105 b) CE estableix l'obligació constitucional que la llei regule les possibilitats efectives d'accés dels ciutadans, de tots ells, als arxius i registres administratius, amb només tres excepcions: que l'accés pugui afectar a la seguretat i defensa de l'Estat, que pugui dificultar la indagació de delictes o que entre en conflicte amb la intimitat de les persones.

En general, el que veiem a l'art. 105 CE és un intent clar de la Constitució per establir un mandat, amb tres derivacions diferents, internament coherent i que, al menys respecte dels seus continguts a) i b) (el tràmit d'audiència a l'interessat ja havia quedat normalitzat i garantit en la majoria dels casos amb les pautes d'aplicació de la llei de procediment del 58 que la jurisprudència del Tribunal Suprem havia consolidat) suposa una millora evident respecte d'unes Administracions públiques, les espanyoles d'aleshores, que ni pel que feia a la seua transparència ni en relació als mecanismes de participació en la elaboració de les seues normes eren precisament uns referents de bon quefer administratiu. La intenció de la norma constitucional resulta, doncs, clara. També ho resultarà, no guesmenys, la seua minsa capacitat

*per se* d'impulsar canvis profunds en aquestes matèries, que al capdavant han hagut d'esperar a la modificació legislativa per esdevindre realment eficaços. Modificacions normatives que, a més, han vingut en ambdós casos originades des d'Europa, en el que és un bon exemple de com d'important és i ha estat al nostre model de consolidació constitucional en tot allò referit al Dret públic el procés d'uropeïtzació al que ja hem fet esment.

Ha d'assenyalar-se que, en principi, l'actuació posterior del legislador (esperonat o no a fer-ho per institucions europees) no hauria d'haver estat necessària. La Constitució espanyola de 1978 afirmà sense dubtar-ho, com molt tempranament va emfatitzar García de Enterría (1981) i va deixar resolt el Tribunal Constitucional des de les seues primeres sentències, la seua aplicabilitat directa. De manera que els mandats de l'art. 105 CE, tots tres, eren directament aplicables i obligaven a l'Administració pública espanyola a respectar-los des del primer moment. Els ciutadans, per la seua banda, tenien tot el dret a reclamar l'exercici d'eixos drets, per exemple el dret d'accés als registres administratius, fins i tot sense cap interposició legislativa. Al menys, en teoria. En la pràctica, però, l'administració espanyola no es va sentir obligada a reconèixer eixos facultats sense lleis de desenvolupament que concretaren i precisaren el contingut d'eixos drets i les seues formes d'exercici. Tampoc els tribunals varen ser massa proactius, històricament habituats a treballar a partir del que les normes dictaven dins un model revisor, que en casos com aquests mostrava totes les seues carències.

### ***1. La consagració d'un model transparent d'Administració pública amb quatre dècades de retard***

Si prenem l'exemple del dret d'accés (art. 105 b) CE) ho podrem veure més clar, i entendre com funcionen i han funcionat alguns dels elements claus del nostre sistema jurídic-administratiu des de l'aprovació de la Constitució ençà. No va ser fins la primera regulació del dret d'accés, feta amb la LRJAP-PAC l'any 1992, amb el seu art. 37, que aquest



dret va passar a ser exigible de veritat per als ciutadans que no eren interessats a un procediment administratiu. Com que la regulació de l'article 37 LRJAP-PAC era manifestament més estreta i restrictiva que la continguda a la Constitució que, recordem, només estableix tres supòsits en què es considera apropiat i possible que es limiten les possibilitats d'accés, la pràctica administrativa i dels tribunals que es va generar va ser, també, molt poc generosa, la qual cosa va provocar crítiques per part de la doctrina que va estudiar amb més profunditat la qüestió (Mestre Delgado, 1993).

Resulta interessant, si més no, que tampoc en eixe moment històric ja posterior a l'entrada en vigor de la LRJAP-PAC, dos dècades després de l'aprovació de la Constitució i una dècada després de l'ingrés d'Espanya a les institucions europees, es generara una pràctica judicial de control que aplicara directament la Constitució expandint, a partir del seu efecte directe, l'àmbit en què era possible el dret d'accés. Tampoc no s'utilitzaren els models comparats o els principis jurídics que habitualment gasten els tribunals supranacionals europeus per restringir aquesta esfera d'opacitat administrativa i importar major transparència. El procés d'assumpció dels mandats constitucionals i de recepció de les formes de treballar de les institucions europees és, al remat, més lent del que pot semblar, encara que finalment haja triomfat i als anys noranta del segle passat encara no estava assumit com part de la cultura jurídica dels nostres aplicadors jurídics, incloent-hi els jutges i tribunals.

No serà fins la dècada actual, trenta cinc anys després de l'aprovació de la Constitució de 1978, i després d'una crisi econòmica i social que va generar molta crítica i va acabar impulsant una gran feina de revisió d'algunes estructures i formes de treballar dins el poder públic espanyol, així com per la pressió de la Unió Europea, amb informes que destacaven l'anomalia que suposava que el Regne d'Espanya fora en eixos moments l'únic gran país de la Unió sense una norma específica en matèria de transparència pública, que s'aprova la Llei 19/2013, de Transparència i Bon Govern estatal (en un moment en què també estan en tramitació o s'aproven diverses normes autonòmiques en aquest

mateix sentit), com a primer esforç de concretar i desenvolupar de veritat el mandat constitucional de l'art. 105 c) CE (regulació del dret d'accés a arxius i registres) i anant encara més enllà, per tal de satisfer el paradigma europeu de transparència (amb exigència de publicitat activa per totes les Administracions públiques).

Resulta, en fi, molt interessant descobrir fins quin punt la consolidació de les millores en aquesta matèria, i la consecució definitiva d'una regulació més o menys acomodada al mandat constitucional de 1978, ha hagut de vindre de fora, tan fortes eren les dinàmiques internes i tan tendent a la continuïtat és l'Administració espanyola. S'ha de dir, però, que el fet que haja estat la influència europea la que ha acabat per consolidar aquest dret d'accés al nostre ordenament jurídic ha provocat també algunes distorsions: en concret, el fet que les excepcions a l'exercici del dret que han acabat normativitzades no són les que trobem a la Constitució espanyola (recordem, només tres), sinó les que el Dret europeu, després d'anys de posada en comú, ha entés que són les limitacions que com a màxim un estat membre pot imposar (Guichot Reina, 2011)... i que l'Estat espanyol, a la seua llei, ha optat per afegir-se a totes. Així, no només tenim tres clàusules d'excepció, com preveu la Constitució, sinó una bona dotzena, dins el que permet el Dret europeu: a l'art. 14 llei 19/2013, d'una banda, i a més també l'excepció per protecció de dades de caràcter personal de l'art. 15 (que es pot considerar coberta constitucionalment per la referència a l'excepció en casos d'afecció a la intimitat de les persones). Algunes d'aquestes clàusules, encara que apareguen separades, poden reconduir-se a les idees que constitucionalment emparen les restriccions (per exemple, en matèria de seguretat). En d'altres casos, però, l'aplicació de les possibilitats d'opacitat són molt més grans a la regulació en vigor que el previst a la Constitució: on l'art. 105 b) CE permet no donar accés per no afectar a la persecució de delictes, la llei de transparència amplia aquesta possibilitat també a infraccions administratives o disciplinàries... i no només a la seua persecució sinó fins i tot a la mera prevenció. Per últim,

hi ha possibilitats d'excepció a la norma en matèria de transparència, que encara que autoritzades pel Dret europeu i en ocasions fins i tot assenyades (protecció de la propietat intel·lectual) però en d'altres no tant necessàries (medi ambient, protecció dels interessos comercials o de l'estabilitat pressupostària, etc.), estan directament totalment fora del perímetre constitucional.

En definitiva, s'ha de dir que, encara que l'objectiu de transparència siga compartit per la nostra convergència amb els drets europeus i el model d'Administració pública previst a la Constitució, ha estat molt més eficaç per aconseguir el canvi la pressió i l'exemple europeu. De la mateixa manera, i per aquesta raó, els límits i perfils concrets en què s'ha acabat per assentar el dret d'accés i a la transparència al nostre sistema té més a veure amb les normes europees que no pas amb les previsions i la voluntat de la Constitució.

## ***2. Participació ciutadana i impuls europeu***

Una evolució molt semblant pot predicar-se de les previsions de l'art. 105 a) CE, on molts anys després de l'entrada en vigor de la Constitució la situació no havia millorat gens i, amb tres o quatre retocs, la situació continuava sent substancialment la mateixa que durant el franquisme, malgrat el canvi de règim i l'aprovació de la Constitució (Rebollo Puig, 1988). Juntament amb altres problemes, aquesta situació generava ineficiències i pèrdues en la qualitat normativa que a d'altres països, com ara els Estats Units o altres Estats membres de la Unió Europea feia temps que s'havien resolt amb processos participatius molt més generosos i millor pautats (Arroyo Jiménez, 2017; Gimeno Fernández, 2018). Finalment, les recomanacions europees i la crisi econòmica han anat provocant la introducció de millores parcials, ja durant l'última dècada. I ha calgut esperar fins 2015, amb la nova regulació administrativa aprovada eixe any, per tindre una regulació completa (Títol VI LPAC) de les mesures de qualitat normativa (Santamaría Pastor, 2016) que inclouen també un procediment participatiu complet dels

ciutadans i dels interessats que, per fi, podem entendre que compleix amb escreix les exigències constitucionals (Boix Palop, 2017b).

#### **IV. Conclusions sobre el model constitucionalitzat d'Administració pública i la seua hibridació amb l'exercici del poder públic entés a la manera europea**

Al capdavall, del que hem vist podem constatar que l'Administració espanyola a la Constitució espanyola de 1978 es dissenya a partir del model rebut i consolidat, raó per la qual no s'hi introdueixen grans canvis ni tampoc cal fer una regulació nova exhaustiva sobre el seu funcionament, que ja és plenament operatiu. Tanmateix, als articles 103 i 106 es marquen dos principis essencials que determinen tota l'evolució posterior, i encara la dinàmica de canvi i transformació actual, de l'exercici del poder públic a Espanya: les idees que aquest exercici del poder ha de quedar sempre i en tot cas emmarcat pel Dret, molt més del que era habitual a temps anteriors (i amb un marc jurídic que no depén només de regles, sinó on hi apareixen altres paràmetres de control, com ara els principis, molt importants en Dret europeu) per reduir l'arbitrarietat i les decisions no suficientment fonamentades; i que en tot cas tota aquesta activitat ha de poder ser revisada pels tribunals, en tota la seua extensió, però que el control ha d'anar més enllà de poder revisar i ha de cobrir àmbits com la transparència o la possibilitat d'exigir drets i interessos legítims. Addicionalment, la Constitució també defineix un determinat model d'Administració pública diferent el del passat, amb obligacions concretes de participació i transparència que van molt més enllà del que havia estat la pauta i la situació a Espanya fins eixe moment.

Ambdues línies d'evolució són, a més, plenament coherents amb el que, per altra banda, era ja al seu moment, i encara és, la pauta europea en la matèria. Les grans transformacions dels últims anys del nostre règim de Dret públic i administratiu han vingut, de fet, acompassades a una creixent influència europea amb importació d'algunes de les

seues solucions (Boix Palop, 2017a). De fet, és aquest vector, el de l'uropeïtzació del nostre exercici del poder públic, el que explica, encara que siga dins el marc constitucional i de manera coherent i compatible amb els seus postulats, el que explica a hores d'ara quina és l'evolució de les nostres Administracions públiques, com han de fer les coses quan actuen, i com es declinen jurídicament les possibilitats efectives de control sobre aquest exercici del poder.

## V. Bibliografia

- Arroyo Jiménez, L.: «Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América», en Martín Delgado (coord.), *La reforma de la administración electrónica*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017 pp. 231-258.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 1991, pp. 101-120.
- Baño León, J. M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*. Civitas, 1991.
- Baño León, J. M.: «La Administración frente al Juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo», *Revista española de derecho constitucional*, 24, 2004, pp. 349-366.
- Boix Palop, A.: «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles», en Ruffert (ed.), *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*. Europa Law Publishing, 2013, pp. 85-99.
- Boix Palop, A.: «Influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit administratif espagnol», *Révue des affaires européennes*, 2016-1, 2016, pp. 77-90.
- Boix Palop, A.: «La europeización del derecho administrativo español», en Martín Delgado, Almeida Cerrada y Di Lascio (coords.) *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira, 2017a, pp. 35-108.

- Boix Palop, A.: «La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma de 2015», en Martín Delgado (coord.), *La reforma de la administración electrónica*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017b, pp. 259-282.
- Fernández Rodríguez, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1994.
- Fernández Torres, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas, 1993.
- García de Enterría, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159-208.
- García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, 1981.
- García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos*, Alianza, 1994.
- Gimeno Fernández, C.: *La qualitat normativa al País Valencià. Àgora 3*, Nexa, 2018, disponible en <[http://www.fundacionexa.org/documents/agora03\\_gimeno.pdf](http://www.fundacionexa.org/documents/agora03_gimeno.pdf)>.
- Guichot Reina, E.: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*. Universidad de Huelva, 2011.
- Medina Alcoz, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Civitas, 2005.
- Melero Alonso, E.: «La 'democracia orgánica' y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Revista de Estudios Políticos*, 126, 2004, pp. 237-264.
- Mestre Delgado, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b de la Constitución*. Civitas, 1993.
- Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Civitas, 2002.
- Rebollo Puig, M.: «La participación de las Entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de Disposiciones

generales», *Revista de Administración Pública*, 115, 1988, pp. 99-166.

Santamaría Pastor, J. A.: «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista española de derecho administrativo*, 175, 2016, pp. 31-55.