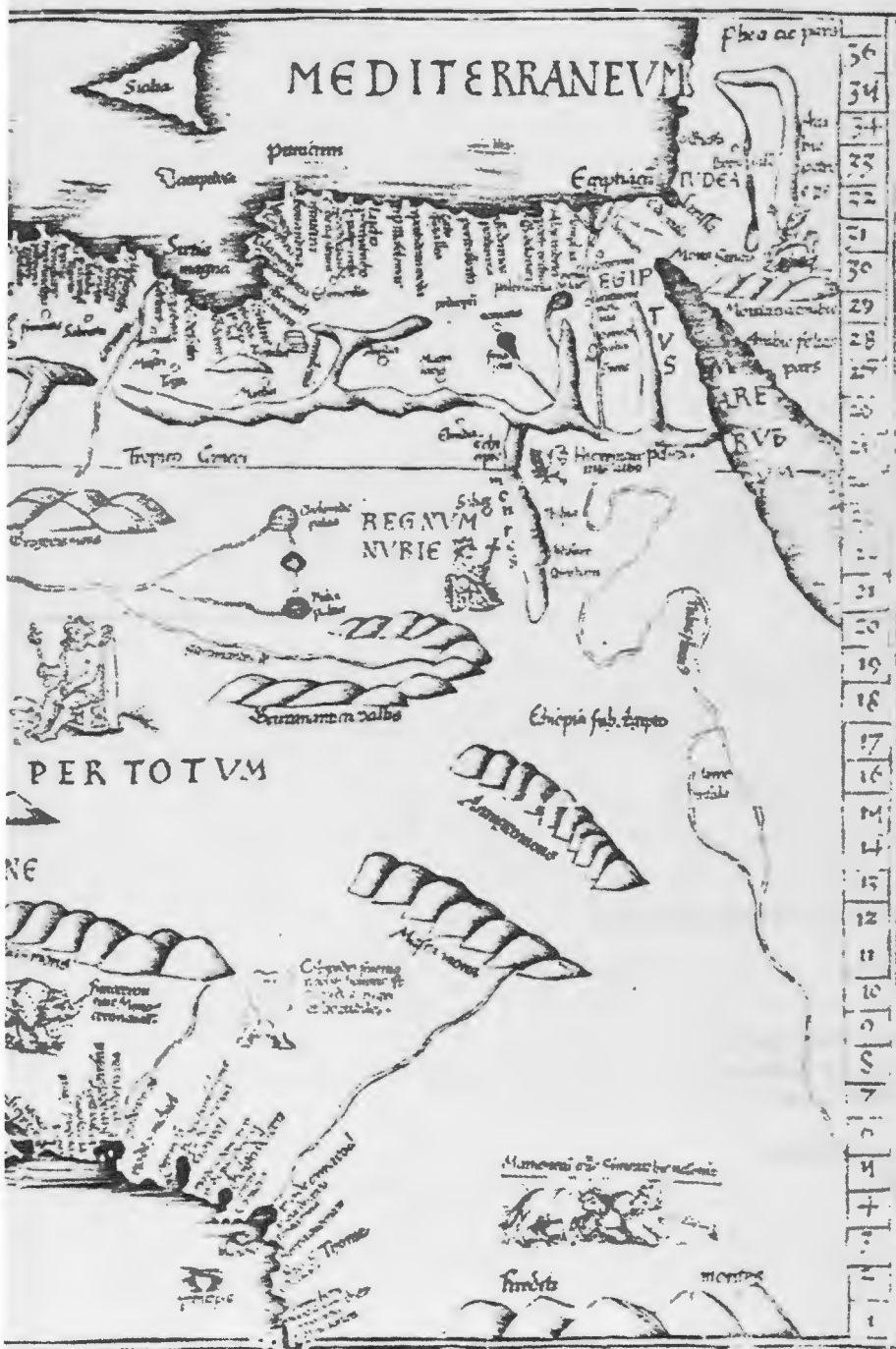


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

88

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintés

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRESUPUESTO Y FIN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA^(*)

MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR INTERINO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
- III. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICA O REALIZACIÓN MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - 3.1. La interpretación.
 - 3.2. Los recursos.
 - 3.3. La participación.

(*) Ponencia presentada al 3^{er} Congreso de la *International Association of legal methodology* (Marruecos, septiembre de 1992).

- 3.4. Hacia una armonía de la dialéctica Administración conformadora y derechos fundamentales.

IV. A MODO DE EJEMPLO: ALGUNOS CASOS CONCRETOS.

- 4.1. Control administrativo en relación con la libertad religiosa.
 4.2. La inviolabilidad del domicilio.
 4.3. Los límites en las relaciones de sujeción especial.

V. RECAPITULACIÓN FINAL.

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa.
Art.	Artículo.
CE	Constitución española de 1978.
LJ	Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LRBRL	Ley reguladora de las Bases de régimen local.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
PJ	Poder Judicial (Revista).
RAP	Revista de Administración Pública.
RCAP	Revista Canaria de Administración Pública.
REALA	Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
S	Sentencia.
T	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
Vol	Volumen.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Estado social y democrático de Derecho se caracteriza, como es sabido, por la acción interventora de las Administraciones públicas para conformar la realidad social de acuerdo con determinados postulados⁽¹⁾. Para ello el poder público y, señaladamente, la Administración, asume un papel protagonista que implica la extensión de sus “tentáculos” sobre esferas en las que antes no intervenía, y la intensificación de su intervención. La consecuencia inmediata de esta circunstancia es la concentración de grandes cotas de poder que interfieren en la vida y derechos de los ciudadanos, justamente, para satisfacer sus necesidades y dignificar, en la medida de lo posible, sus vidas (cfr. artículo 10,1 CE). Pero es evidente que esa intensificación y amplitud de los poderes o potestades administrativas, otorgada por el Ordenamiento para que la Administración desarrolle su papel conformador, debe ajustarse rigurosamente a la Ley y al Derecho —artículo 103,1 CE⁽²⁾. El ajuste o sometimiento al Derecho es una de las señas de identidad de un Estado que se califica de Derecho. La otra es, significativamente, la *garantía y la realización material* de los derechos fundamentales y las libertades públicas⁽³⁾. Y es aquí donde resulta obligado trazar una línea divisoria, nítida y esclarecedora, para que la acción administrativa no se convierta en una excusa para el socavamiento de los derechos fundamentales⁽⁴⁾. Es, entonces, aquí donde el equilibrio o armonía

(1) Vid. L. PAREJO AFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid 1983, *in totum*.

El artículo 9.2 CE es un claro exponente del modelo que estableció el constituyente al establecer que: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Sobre el concepto de Estado social, vid. las interesantes observaciones de M.S. GIANNINI, *El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas* (traducc. L. ORTEGA), Madrid 1991, pp. 113 y ss.

(2) Se utiliza la expresión *Ley y Derecho* en el precepto constitucional para significar que no todo el Derecho como parámetro de control está encerrado en las Leyes (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 4ª ed., 1983, pág. 61).

(3) Cfr. R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo 1/1*, Madrid, 8ª ed., 1983, pág. 43; F. LÓPEZ-NIETO, *La Administración Pública en España*, Barcelona 1989, pp. 192 y ss.; y R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 64, 1989, pág. 522.

(4) Vid. F. GARRIDO FALLA, “Constitución y Administración”, en *REDA*, núm. 20, 1979, pág. 5, quien afirma con motivo de la aprobación de la Constitución y sus importantes consecuencias, que: “*Tales modificaciones afectan al doble (...) papel que las constituciones modernas asignan al Estado de nuestros días: respetuoso garante de las libertades individuales*”.

poder público-garantías de los particulares juega un papel determinante; porque es en esa confrontación donde el Estado social y democrático de Derecho se juega, sin hipérboles, su ser o no ser.

La dialéctica Estado social-esfera propia e infranqueable de los ciudadanos puede, obviamente, ser interpretada o entendida desde muy diferentes puntos de vista. Todos ellos son, qué duda cabe, tan respetables como legítimos. Pero al margen de estas argumentaciones, y circunscribiéndonos al plano estrictamente técnico-jurídico, hay que afirmar sin titubeos que el funcionamiento de los pesos y contrapesos que dan cuerpo a las relaciones que se sostienen entre el poder público y los ciudadanos son, en puridad, la única garantía para que éstos, la parte normalmente más desvalida, no se encuentren en una situación de abierta y dramática inferioridad frente a las inmunidades administrativas, que con tanto arraigo han proliferado en etapas anteriores, y que un cambio de régimen político o una aprobación de Leyes no logra, en ocasiones, expulsar del tráfico jurídico-administrativo ⁽⁵⁾.

Constatadas históricamente las lagunas que en orden a la Justicia produjo el Estado liberal ⁽⁶⁾, se alzó el Estado social de Derecho, en el que se estableció una Administración con “misión conformadora”, en expresión de LÓPEZ-NIETO ⁽⁷⁾, la cual tuvo que fortalecer su aparato logístico para intervenir positivamente en la realidad social y prestar una serie de servicios que se estimaban necesarios para el *adecuado equilibrio entre la libertad y la igualdad*. Esta intervención tiene en nuestro Ordenamiento jurídico un respaldo constitucional de primer orden (artículos 1.1, 9.2, 10.1 ó 14, entre otros), pero resulta claro que en todo caso debe encuadrarse en un marco en el cual el ciudadano es “per se” un ser autónomo, responsable de sí mismo y portador de intereses propios que no necesita la tutela alienante y perturbadora de los poderes públicos. Esto es, intervención administrativa no puede implicar debilitamiento de los derechos fundamentales. La intervención administrativa no puede ser, pues, un “Caballo de Troya” que esconda, consciente o inconscientemente,

(...) y obligado prestador de los servicios públicos destinados a promover una efectiva y real igualdad (...). El Estado debe ser ahora —y no debe engañarnos la aparente paradoja— más abstencionista que antes (al proclamarse de forma categórica los derechos inviolables de la persona, que constituye un límite infranqueable a su actuación (...)).”

(5) Cfr. J.M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, “Una sorprendente ampliación de los privilegios de la Administración invocando el principio de igualdad”, en REDA, núm. 69, 1991, pp. 92 y ss.

(6) Vid. J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El Régimen Constitucional Español I*, Madrid 1984, pp. 313 y ss.

(7) *La Administración Pública en...*, op. cit., pág. 184.

una reducción de la operatividad de los derechos y libertades constitucionales. Esta aseveración debe ser subrayada en un ambiente envolvente en el cual el ciudadano parece estar confuso. Así, la gran cantidad de datos que sobre la vida y el patrimonio acumula la Administración⁽⁸⁾, el perfeccionamiento del Fisco y sus técnicas de control —todas ellas, por supuesto, muy loables en orden a la solidaridad—, o, en fin, la relativa esquizofrenia competencial que a veces se detecta en un Estado que, como el español, tiene una organización territorial e institucional joven, compuesta y, sobre todo, compleja, que produce también en ocasiones una confusión en el profano sobre la Administración que debe tutelar sus derechos o recibir sus quejas, hace que la posición de ese ciudadano no sea tan halagüeña como una lectura aséptica de los textos legales pudiera hacer creer. Es cierto que en los últimos tiempos el avance en materia de derechos y libertades ha sido colosal. Sin embargo, no es menos verdad que los grandes valores, principios, institutos o derechos sancionados por la Constitución deben, de verdad, ser operativos. Y esa operatividad sólo se consigue con un depurador ajuste de técnicas jurídicas que permitan articular coherente y armónicamente postulados constitucionales y realidad social. Por eso, los derechos fundamentales son, o por lo menos deben ser, el presupuesto y el fin de toda acción u omisión de la Administración pública. Y, paralelamente, deben constituirse como el bastión inquebrantable de los ciudadanos frente a los posibles excesos de la Administración pública. Para ello el único camino posible es la *tecnificación*⁽⁹⁾ realista y, si se quiere, prosaica, de tales derechos y libertades. Porque una vez asumida la “poesía”, sugerente y embriagadora, de las declaraciones programáticas, de los valores y de los principios que *decoran* muy bien el edificio del Ordenamiento jurídico “por fuera”, hay que amueblar y decorar el edificio “por dentro”, ya que lo que va a proporcionar “habitabilidad” a éste es la segunda operación, y no la primera. De poco valdría una declaración genérica de reconocimiento de derechos si luego no se respetan o no se instrumentan los mecanismos técnicos para su efectividad.

(8) Véase, J.M^a ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los Bancos de datos”, en *AA*, núm. 37, 1991, pp. 457-465.

(9) La tecnificación como exigencia de la operatividad práctica de las normas e instituciones es una demostración de la madurez del sistema. Juristas tan relevantes como FORSTHOFF han abogado resueltamente por esta vía para dar efectividad a los postulados constitucionales (cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid 1984, pp. 48 y 49).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como ha dicho ARA PINILLA, *“la indagación de las naturalezas jurídicas de las diferentes instituciones que configuran el mundo del Derecho constituye una de las más frecuentes (...) operaciones que realizan los juristas”* ⁽¹⁰⁾. Y es que ésta es una de las vías que mejor sirve para conocer o tratar de conocer el núcleo duro, singular y propio de cualquier instituto jurídico. Por esta razón esbozar, aunque sea esquemáticamente, la naturaleza de los derechos fundamentales y libertades públicas se configura como una tarea de primera magnitud para averiguar cuál es el auténtico substrato de los mismos en el Ordenamiento español.

Y en esta materia es imprescindible tener en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, el cual, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 LOTC), ha tenido la oportunidad de pronunciarse en un buen número de ocasiones. De estos pronunciamientos se puede colegir cómo para el Alto Tribunal los derechos fundamentales operan desde una doble perspectiva en el Ordenamiento español: Por una parte, son auténticos derechos subjetivos ⁽¹¹⁾ y, por otra, son un elemento objetivo del Ordenamiento ⁽¹²⁾.

Como derechos públicos subjetivos ⁽¹³⁾ que son vinculan a todos los poderes públicos, expresión que engloba tanto al Legislativo como al Ejecutivo y judicial ⁽¹⁴⁾. Además, tienen eficacia inmediata. Lo que implica que no

(10) *Las transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid 1990, pág. 20.

(11) F. DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, tomo 1, Madrid 1949 —ed. facsímil, Madrid 1984—, pág. 572) decía que el derecho subjetivo “es la situación del poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”. Para el caso problemático de la igualdad vid. J.M^a BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, en *RAP*, núm. 114, 1987, pp. 179 y ss.

(12) Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español I*, Madrid, 2^a ed., 1988, pág. 218.

(13) Que, por otro lado, no tienen un carácter absoluto (STC de 12 de diciembre de 1986). Vid. sobre el carácter de derechos públicos subjetivos las SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 21/1981, de 15 de junio; ó 16/1982, de 28 de abril.

(14) Como ya señala GARCÍA DE ENTERRÍA (*Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid 1989, pág. 41): “El constituyente intentó reaccionar contra una concepción puramente retórica de los derechos fundamentales y diseñó un cuadro de derechos fundamentales eficaces por sí mismos, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deba ser desarrollado, y así lo prevé la propia Constitución (...)”.

necesitan un ulterior desarrollo legislativo para su invocación y aplicación directa (artículo 53 CE) ⁽¹⁵⁾.

El Tribunal Constitucional ha declarado, asimismo, que son “*elementos objetivos del Ordenamiento Jurídico*”, y “*componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de sus ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política*” (sentencia del 11 de abril de 1985).

Como se observa, son afirmaciones rotundas e ilustrativas del principal papel que tienen dentro del conjunto del Ordenamiento jurídico. Se trata nada menos que de “*componentes estructurales básicos*”, que constituyen “*la esencia misma del régimen constitucional*” (sentencia de 21 de febrero de 1986) ⁽¹⁶⁾. Lo que deja clara su relevante posición y su fuerte protección frente a vulneraciones o posibles reformas constitucionales ⁽¹⁷⁾.

III. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICA O REALIZACIÓN MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha puesto de relieve, el constituyente español de 1978 no diseñó una tabla de derechos y libertades meramente retórica o programática. La Constitución, y muy especialmente su *parte dogmática*, tiene en sí misma la fuerza

(15) Debe advertirse que el carácter de derechos públicos subjetivos no interfiere su operatividad en las relaciones entre particulares (En esta materia véase la monografía de J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid 1986).

(16) F. GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo. vol. II. Parte General: Conclusiones*, Madrid, 8ª ed., 1987, pág. 161) estima que: “*La fuente de estos derechos está en la propia dignidad de la persona humana y no son un producto del ordenamiento jurídico. Precisamente la toma de postura de una determinada Constitución con respecto a este tema capital servirá de criterio definitivo para calificar el modelo de Estado frente al cual nos encontramos: Democrático-Liberal o Autocrático-Autoritario*”.

(17) En la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución española están regulados los “derechos fundamentales y las libertades públicas” (artículos 15 a 29), y, según el artículo 53 de la citada Carta Magna, vinculan a todos los poderes públicos, y sólo por ley podrá regularse su ejercicio; ley que deberá ser orgánica (artículo 81,1 CE). Además, obtienen la tutela ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (vid. Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y Disposición Transitoria segunda, punto 2, de la LOTC), y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La reforma constitucional que afecte a tales derechos y libertades tiene que seguir unos cauces más rígidos (artículo 168 CE).

suficiente para que la efectividad de los mencionados derechos y libertades no sean una quimera o un proyecto, sino una realidad. Sin embargo, es claro que la Carta Magna, aunque sea directamente aplicable⁽¹⁸⁾, tiene que ser complementada o, si se quiere, *asistida*, en esta capital labor. Es en este contexto en el cual procede pergeñar algunos instrumentos técnicos que permitan la *realización material* de los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de esbozar algunos cauces a través de los cuales los derechos y libertades desplieguen todas sus potencialidades y conduzcan a una situación respetuosa con los mismos, a la par que eficaz en orden a lograr los fines que justifican la actividad administrativa (artículo 106,1 CE) en el seno de un Estado social y democrático de Derecho⁽¹⁹⁾.

3.1. La interpretación.

Todos los juristas saben, bien por conocimiento empírico, bien por análisis teórico, que la interpretación de las normas jurídicas tiene una importancia fundamental en la aplicación del Derecho. La interpretación, y muy especialmente la que hacen determinados “operadores jurídicos”, como los jueces y magistrados, es de tal relieve que se ha llegado a decir que la doctrina jurisprudencial “se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los Tribunales dicen que dicen” (SANTAMARÍA PASTOR)⁽²⁰⁾. Por consiguiente, la averiguación del sentido y alcance de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y las libertades públicas se erige como una labor de extrema importancia para materializar los derechos fundamentales. Evidentemente, la interpretación no sólo se circunscribe a la que realizan jueces y magistrados. También la que efectúa la Administración tiene repercusiones trascendentes en la esfera de derechos e intereses de los particulares. Pero sin duda la más determinante, la que tiene más “auctoritas” e influye de manera más intensa en la

(18) En esta materia resulta fundamental la lectura del libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 3ª ed., 1985, in totum. Vid., también, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. vol. I. Parte General*, Madrid, 10ª ed., 1987, pp. 186-192, y el análisis riguroso de J.A. SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid 1988, pp. 431-508.

(19) J. RODRÍGUEZ ARANA, “Los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho y el Derecho Administrativo Constitucional”, en AA, núm. 35, 1988, pp. 2.052-2.055.

(20) Cit. por R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, 2ª ed., 1990, pág. 81.

conciencia jurídica general es la que hacen los jueces y Tribunales ⁽²¹⁾. De forma que las incoherencias, desviaciones de poder o vulneraciones que pueda cometer la Administración en esta fundamental materia de los derechos constitucionales son o pueden ser corregidas por el Poder Judicial (artículo 106,1 CE), con la correspondiente impugnación del acto, acuerdo o resolución administrativa. En este sentido, la labor hermenéutica de los jueces debe estar fuertemente condicionada por el papel preeminente que los derechos fundamentales tienen en el Ordenamiento español, auténticos pilares de todo el sistema. Ello es así porque, como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de septiembre de 1985, la tarea interpretativa se encuentra *vinculada* al Ordenamiento jurídico en cuanto sistema normativo estructurado por la Constitución ⁽²²⁾. Y en la Constitución española las libertades públicas se configuran como un “*elemento central de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento Jurídico*” ⁽²³⁾. Lo que implica que las normas deben ser interpretadas del modo que resulten más favorables para hacer posible y real el ejercicio de los derechos fundamentales ⁽²⁴⁾.

3.2. Los recursos.

Si es el Poder Judicial el garante principal de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la siguiente cuestión que se impone es la de dilucidar cómo se accede a dicho Poder. O, dicho en otros términos, cómo se obtiene

(21) Sobre la posición del juez en el proceso de reconstrucción del Derecho, vid. mi trabajo, “La posición del juez en la aplicación del Derecho”, en el libro colectivo *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles 1990, pp. 75-88.

(22) Así el artículo 5,1 LOPJ establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

La vinculación de la labor hermenéutica a la Constitución es lo que ha permitido, por ejemplo, extraer nuevas virtualidades del artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al Tribunal Supremo en materia de medidas cautelares aplicables en el contencioso-administrativo (vid. el importante Auto de 20 de diciembre de 1990, Ponente D. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. También es destacable el Auto de 17 de enero de 1991, Ponente D. FRANCISCO DELGADO BARRIO). Véase, asimismo, sobre esta nueva e importante tendencia, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general” en *REDA*, núm. 69, 1991, pp. 65-83, y “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad”, *REDA*, núm. 70, 1991, pp. 255-267.

(23) Cfr. J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, “Interpretación de las normas y libertades públicas”, en el libro colectivo *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, cit., pág. 367.

(24) J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, “Interpretación de las normas y...”, cit., pág. 373.

la tutela judicial de los referidos derechos y libertades. Y, como resulta obvio, la vía idónea y típica para el acceso a los Tribunales no es otra que la interposición de los correspondientes recursos que el sistema procesal articula en orden a la defensa y salvaguardia del Derecho sustantivo.

No es éste el lugar para el análisis pormenorizado y sistemático de los recursos que pueden interponerse contra las probables vulneraciones de los derechos y libertades constitucionales. Basta significar la necesaria depuración técnica de los recursos para que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido y garantizado por el artículo 24,1 de la Constitución española, no quede obstaculizado cuando el particular se enfrenta con la Administración Pública ⁽²⁵⁾, así como significar también la posibilidad de formular el recurso acogiéndose a lo dispuesto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ⁽²⁶⁾, o el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53,2 CE).

Creo que es muy razonable mantener la duda sobre la verdadera operatividad o sentido práctico de los recursos administrativos como auténticos instrumentos de garantía de los derechos y libertades constitucionales. Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ hace ya tiempo que se han pronunciado sobre la necesidad de una *revisión de raíz del sistema de recursos en vigor* ⁽²⁷⁾, pues, en puridad, no se trata de una garantía objetiva e imparcial. Es más, contradice diáfananamente el básico principio según el cual nadie puede ser juez en su propia causa, y por lo que se refiere al argumento que se suele dar para el mantenimiento del actual sistema, y que

(25) Sobre la necesaria reconsideración del papel del contencioso-administrativo como instrumento para garantizar derechos y libertades, vid. mi estudio, firmado junto con RODRÍGUEZ ARANA, "El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales", escrito para su publicación en el libro en honor al Profesor D. J. GONZÁLEZ PÉREZ.

(26) Esta Ley ha sido calificada como un hito en la historia del proceso contencioso-administrativo, y, según la doctrina más autorizada, es un punto de referencia muy importante para avanzar en la justicia administrativa. Vid. J. SALAS HERNÁNDEZ y J. TORNOS MAS, "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona", en *RAP*, núm. 93, 1980, pp. 29-65; A. CANO MATA, "La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de alguna de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria", en *RAP*, núm. 98, 1982, pp. 47-77; J.A. CAINZOS FERNÁNDEZ, "Balance de los diez primeros años de existencia del recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales", en *AA*, núm. 44, 1988, pp. 2.589-2.615; J.J. GONZÁLEZ RIVAS, "La protección constitucional de los Derechos Fundamentales en la vía judicial contencioso-administrativa y el recurso de amparo constitucional", en *AA*, núm. 42, 1988, pp. 2.465-2.482, y A. RODRÍGUEZ GARCÍA, "El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales", en *PJ* (núm. especial), pp. 9-23.

(27) *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 2ª ed., 1981, pp. 440 y 441.

dice que es preciso conferir a la Administración una oportunidad para reconsiderar sus decisiones, sólo es aceptable si no se perturba y confunde al ciudadano con un sistema innecesariamente enrevesado, habida cuenta que las diferencias de régimen en lo concerniente a plazos para interponer recursos, silencios, etc., son “absurdas”⁽²⁸⁾, y no suponen ningún beneficio para la justicia administrativa, que, al fin y al cabo, es el único horizonte que tiene o debe tener cualquier recurso para servir fielmente al principio de tutela judicial efectiva⁽²⁹⁾.

3.3. La participación⁽³⁰⁾.

Afirma FONT I LLOVET que “el ordenamiento constitucional tiende a promover una estructuración general de la sociedad y del Estado como cuerpos “participados” o “participativos””⁽³¹⁾. Y esto no es sino la consecuencia de la superación del modelo de Estado liberal y el subsiguiente alzamiento del Estado social de Derecho, en el cual, hay una fuerte interpretación del Estado y la sociedad⁽³²⁾. Por ello, la intervención administrativa no puede definirse como una acción independiente o ajena a los ciudadanos. No puede cubrir las necesidades colectivas por imposición del mismo modo, si se me permite elegir un ejemplo algo elemental, que una madre obliga a su hijo a comer para cubrir sus necesidades básicas. El Estado social y democrático de Derecho es un tipo de Estado que parte —y esto no es retórica más o menos fácil—, de ciudadanos libres y responsables, que, por tanto, son capaces de dilucidar lo que quieren hacer con sus derechos, dentro de ciertos límites impuestos, justamente, para el desarrollo efectivo de los derechos y libertades de los demás (cfr. artículo 10,1 CE). Lo que en el plano concreto se traduce en la articulación de las vías

(28) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob. cit., pág. 440.

El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso. Serie A de 4 de marzo de 1992) aporta una esperanzadora novedad en la materia: *unifica los recursos ordinarios*. Se sigue de esta forma el criterio propugnado por la doctrina científica, y el ejemplo del Derecho Comparado.

El Proyecto establece un solo posible recurso para agotar la vía administrativa, bien sea el ordinario, regulado en el propio Proyecto, bien el sustitutivo que, en el ámbito de la legislación sectorial, pueda establecerse (artículos 105 y ss. del Proyecto) con relación a ámbitos administrativos sectoriales concretos.

(29) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2ª ed., 1989, in totum.

(30) Vid. por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid 1980.

(31) “Algunas funciones de la idea de participación”, en REDA, núm. 45, 1985, pág. 46.

(32) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, “La participación en el Estado social”, en RCAP, núm. 1, 1989, pp. 31 y ss. Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 3ª ed., 1991, pp. 82-93.

que permitan la participación en una serie de actuaciones o/y decisiones administrativas. Aquí se impone, lógicamente, una inserción de la idea participativa, tan atractiva y sugerente en principio, en el contexto institucional de la Administración Pública. Porque el estatuto de la Administración hace de la misma, como ha destacado PAREJO ALFONSO ⁽³³⁾, “*un aparato instrumental jerarquizado burocrático y ajeno (en su funcionamiento interno) a la lógica democrática*”. “*Es más —sigue nuestro autor—, un aparato que esta última lógica, en el contexto del orden constitucional general, requiere que se organice y funcione así*”, toda vez que los principios de eficacia y economía no permiten que toda decisión o actuación administrativa esté penetrada de la idea participativa. Pretender que toda actuación administrativa esté influenciada por tal idea sería sencillamente absurdo, sobre todo en una Administración moderna que tiene que desempeñar múltiples y complejas tareas, y que, por tanto, no puede perderse en el debate permanente sobre temas, por lo demás, bastante prosaicos, claros o cotidianos. Entonces, la participación debe proceder en una serie de supuestos que no obstaculicen o perturben el funcionamiento eficaz de la Administración, y que, al mismo tiempo, permita un mejor desarrollo de los derechos fundamentales. Lo que sin duda contribuirá al robustecimiento de la legitimación de la intervención administrativa.

En el ámbito estricto de los derechos fundamentales, la idea participativa se muestra con mayor nitidez en el artículo 23,1 CE (“*Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos...*”), en el artículo 27,5 (“*Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados...*”). Por su parte, el artículo 105 a) del Texto Fundamental admite una cierta participación, en la elaboración de disposiciones administrativas, de cierta importancia, por los efectos que la norma que se aprueba puede tener en los derechos e intereses de los individuos y organizaciones. Participación que puede proporcionar una tutela jurídica de derechos y libertades menos traumática que la del clásico recurso. Aunque en ésta como en otras materias hay que tener muy presente los inconvenientes ⁽³⁴⁾, como la pérdida de eficacia administrativa o las estrategias de los grupos implicados o pseudoimplicados, no siempre confesables o tan altruistas como una visión ideal e ingenua pudiera hacer creer.

(33) “La participación en...”, loc. cit., pág. 40.

(34) L. PAREJO ALFONSO, “La participación en...”, loc. cit., pp. 41-43.

3.4. Hacia una armonía de la dialéctica Administración conformadora y derechos fundamentales.

La plasmación material de los derechos fundamentales y las libertades públicas no pueden pasar de un Estado que se califica de social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) sino por ese horizonte despejado de nubarrones que es la armonía entre intervención administrativa y derechos y libertades constitucionalmente garantizadas; armonía que es más imperiosa si se repara en que la actividad de las Administraciones Públicas tiene que tener su “guía”, precisamente, en esos mismos derechos y libertades. Se trata de mantener un equilibrio, una articulación coherente entre poderes o potestades administrativas y esfera infranqueable del ciudadano. Hay un peligro evidente, y no pequeño, en desvirtuar esa “guía”, y convertir la misma en un pretexto para desconocer a esos pilares del Ordenamiento que son los derechos fundamentales. El peligro está en una tradición arraigada de prerrogativas inmunes, en la propia naturaleza del poder —tendente a desligarse de cualquier atadura o control—, o en la utilización de conceptos tan encomiables como la eficacia para encubrir otros propósitos. A veces nuevos disfraces ocultan una vieja y conocida realidad ⁽³⁵⁾. Por tanto, la lucha por mantener un equilibrio entre intervención administrativa y operatividad práctica de los derechos fundamentales no debe darse por terminada por el simple hecho de consignar en un texto legal un elenco de derechos. La sociedad civil, el ciudadano, no puede bajar la guardia ni confiar en la benignidad de un poder que, en ocasiones, se muestra bastardo bajo ropajes estéticamente perfectos. He aquí, justamente, la gran labor del Derecho Administrativo ⁽³⁶⁾: procurar ese ideal equilibrio entre poder y derechos del ciudadano.

IV. A MODO DE EJEMPLO: ALGUNOS CASOS CONCRETOS

4.1. Control administrativo en relación con la libertad religiosa.

La libertad religiosa es un derecho fundamental reconocido y garantizado

(35) J. SUAY RINCÓN (“Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, conferencia pronunciada el día 31 de enero de 1992 dentro de los actos organizados por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria para celebrar la festividad de San Raimundo de Peñafort —mecanografiada—, pp. 13 y ss.) afirma sobre esta materia: *“Llegados al presente, y ensalzado como merece el momento constitucional, no cabe detenerse. Los logros alcanzados no deben hacer bajar la guardia. Continuamente, el Poder (o su forma personificada, la Administración, que es con la que los ciudadanos se relacionan) trata de escapar de las técnicas de control que con tanta dificultad cuesta implantar, busca otro disfraz y adopta nuevas formas...”*.

(36) J. SUAY RINCÓN, cit., pp. 1 y 2.

en el artículo 16 de la Carta Magna española. Su titularidad corresponde tanto a los ciudadanos como a las comunidades de personas que, asociadas establemente, persiguen objetivos de carácter religioso⁽³⁷⁾. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, ha venido a regularizar este derecho, y lo ha puesto en relación con el derecho de reunión y de asociación⁽³⁸⁾. Así, reconoce el derecho de reunión y manifestación religiosa (artículo 2), con la única limitación que supone el mantenimiento del orden público (artículo 16,1 CE)⁽³⁹⁾, lo que implica una cierta intervención de la autoridad administrativa para evitar perturbaciones, algaradas o cualquier conflicto que pueda soliviantar la “paz pública”. Y, por otro lado, esta Ley prevé un régimen específico en virtud del cual el Estado reconoce la naturaleza religiosa de una asociación, dotándola de personalidad jurídica, una vez que se examina y comprueba que el grupo o asociación de personas es de verdad una confesión religiosa, y se inscribe como tal en el registro público correspondiente (artículo 5,1). Y es aquí donde entra el control de la Administración Pública⁽⁴⁰⁾. Un control, por lo demás, necesario para evitar que adquieran personalidad jurídica, y la protección que las normas sectoriales religiosas otorgan, a simples grupos o grupúsculos cuya naturaleza religiosa es aparente o fraudulenta. Lo que comporta, como dice LEGUINA VILLA⁽⁴¹⁾, que el control que ejerce la Administración y, concretamente, el Ministerio de Justicia, deba ser *antes de la inscripción* y no pueda quedarse en lo meramente adjetivo o formal⁽⁴²⁾, sino que debe ir un poco más allá, es decir, debe profundizar en el auténtico substrato de esa asociación y determinar si es, en realidad, una asociación de naturaleza religiosa. Para ello, los datos *sustantivos* que deben determinarse son los siguientes: 1º) Un credo propio y diferente a otros (artículos 2,2 y 3,2 de la Ley; 2º) Un culto específico, con sus ritos, liturgia..., y 3º) Una organización estable, con su estructura propia,

(37) J. LEGUINA VILLA, “Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: Control administrativo y concepto de notorio arraigo”, en *REDA*, núm. 44, 1984, pág. 683.

(38) Cfr. A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español I*, ob. cit., pág. 257.

(39) Concepto éste que, lógicamente, debe insertarse en el marco constitucional y no debe implicar una cláusula abierta, indeterminada e insegura que sirva de cobertura para cualquier intervención de la policía de seguridad. Vid. en este sentido, J. BARCELONA LLOP, “Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (A partir de la sentencia del TEDH sobre el “caso Malone”)”, en *RAP*, núm. 112, pp. 62 y ss., y bibliografía allí citada.

(40) El artículo 5,2 de la referida Ley dispone: “La inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que conste su fundación o establecimiento en España, expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación”.

(41) “Dos cuestiones en torno...”, loc. cit., pág. 686.

(42) El artículo 3 del Real Decreto de 9 de enero de 1981 exige una serie de documentos y datos para la inscripción registral.

jerarquías, normas internas, etc. ⁽⁴³⁾. Son precisamente estos elementos los que van a configurar el ámbito del control administrativo, que, como es obvio, no puede extenderse a otros extremos ni utilizarse para otorgar o negar la inscripción por motivos de oportunidad o conveniencia, al discrecional criterio de la Administración. Esto último vulneraría claramente el artículo 16 de la Constitución.

En definitiva, este control tiene su razón de ser en el correcto ejercicio del derecho establecido en el citado artículo 16 del Texto Constitucional, y en la necesidad de evitar, sobre todo en momentos como los actuales en los que la confusión ideológica y religiosa es de bulto, que grupos de naturaleza no religiosa tengan la protección que el Ordenamiento jurídico les confiere, y en realidad la aprovechen para otros objetivos que nada tienen que ver con lo religioso.

4.2. La inviolabilidad del domicilio.

El artículo 18,2 de la Constitución española establece que: “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito*”. Éste es un precepto que viene a seguir una tendencia común en todos los Estados de Derecho en los cuales el ciudadano tiene una esfera infranqueable que no se puede quebrantar, so pena de erosionar el fundamento mismo de ese tipo de Estado. Empero, la particularidad que tiene el citado precepto es su evidente rigidez ⁽⁴⁴⁾ tanto por lo que concierne a sus posibles vulneraciones como a sus excepciones ⁽⁴⁵⁾, ya que sólo se puede penetrar en el domicilio por virtud del consentimiento de su titular, por resolución judicial o, excepcionalmente, en caso de flagrante delito.

Sucede que la Administración Pública española goza de la potestad de *autotutela*. Es decir, tutela por sí misma sus derechos e intereses ⁽⁴⁶⁾. Lo que implica que no tienen que someter sus pretensiones a los Tribunales de Justicia, pues debido a la presunción de validez, establecida en el artículo 45,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los actos dictados por la Administración tienen eficacia inmediata —salvo los supuestos que consigna el artículo 45,2 LPA—. Sobre esta base se fundamenta el principio de ejecutividad, que significa que

(43) J. LEGUINA VILLA, “Dos cuestiones en torno...”, loc. cit., pág. 687.

(44) Vid. A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya ejecución precisa de una entrada domiciliaria”, en *RAP*, núm. 112, 1987, pág. 9.

(45) A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pp. 9 y ss.

(46) F. LÓPEZ RAMÓN, “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, en *RAP*, núm. 115, 1988, pág. 58.

los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos (artículos 33 y 34 LRJAE, 101 y 116 LPA, 122 LJ y 4,1-e) de la LRBRL). Además, en caso de resistencia del obligado por el acto o acuerdo, la Administración está facultada para ejecutar materialmente por sí misma tal acto —lo que se suele llamar *privilegio de acción de oficio*, artículos 102 LPA y 4,1-f) LRBRL—⁽⁴⁷⁾. Pues bien, el problema se plantea cuando la Administración tiene que ejecutar un acto y para ello debe penetrar en el domicilio de un particular. En los términos en que se pronuncia el artículo 18,2 de la Norma Suprema parece claro que hay un obstáculo que impide la entrada sin el consentimiento del titular o sin la correspondiente autorización judicial, salvo, como ya se ha dicho, en los casos de flagrante delito⁽⁴⁸⁾. Y en este sentido el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero) ha venido a sancionar los límites que impone en la práctica administrativa el artículo 18,2 CE. Límites que dibujan un panorama nuevo en la actuación administrativa que ha obligado al replanteamiento de una serie de extremos no sólo en el ámbito administrativo, sino en el campo jurisdiccional. Esta sentencia de 1984 ha sido, en efecto, una resolución polémica que ha hecho reaccionar tanto a la doctrina científica⁽⁴⁹⁾ como al mismo legislador. Una parte de la doctrina (LÓPEZ RAMÓN) entiende que como consecuencia de una excesivamente rígida interpretación del artículo 18,2 CE la actividad administrativa se ha complicado demasiado, y puede afectar seriamente a su eficacia. Otra (NIETO) estima que si bien son exactas las argumentaciones de la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional se ha limitado a ser consecuente con el precepto constitucional, ya que la rigidez con la que se redactó el tan citado artículo no deja lugar a otras interpretaciones. Por último, el legislador se ha visto, también, compelido a reaccionar para concretar el juez que tiene la competencia para *autorizar* la entrada en el domicilio del particular para la ejecución de un acto o acuerdo administrativo (artículo 87,2 LOPJ)⁽⁵⁰⁾. Pero

(47) R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 242 y ss.

(48) R. GARCÍA MACHO, "La inviolabilidad de domicilio", en *REDA*, núm. 32, 1982, pp. 860 y ss.

(49) Vid., Administración exemplum, F. LÓPEZ RAMÓN, "Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *REALA*, núm. 225, 1985, pp. 31-78, y "Límites constitucionales a la...", loc. cit., pp. 85 y ss.; A. NIETO GARCÍA, "Actos administrativos cuya...", loc. cit., pp. 39 y ss.

(50) Es importante señalar con relación al 87,2 de la LOPJ lo que ha declarado la STC núm. 144/1987, de 23 de septiembre, según la cual: "(...) tal norma, en efecto, no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución no exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de la legalidad de esos actos como el de toda actuación administrativa sigue siendo competencia específica de esta Jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a

esta reacción, por otra parte, se ha dirigido hacia el establecimiento de unos “enérgicos mecanismos de autotutela” (NIETO) en favor de la Administración local para evitar los “peligros” que generó la mencionada sentencia de 17 de febrero de 1984 ⁽⁵¹⁾.

Esta reacción del legislador de intensificar, de fortalecer la autotutela debe ser atenuada, porque la eficacia administrativa no puede servir de excusa para burlar el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, ni para ganar nuevos fueros administrativos. Quizá la sentencia del Tribunal Constitucional admita críticas o reservas, pero los movimientos reflejos y pendulares, tan propios del temperamento político hispano, son muy peligrosos, sobre todo si está en juego nada menos que un derecho fundamental. Entre la eficacia, tan invocada en esta materia como ausente en la práctica, y un derecho fundamental, es preferible quedarse con este último. Para conseguir la *eficacia* sería conveniente explorar otros caminos, como el modo de proceder en el reclutamiento del personal, o en los criterios orientadores del actuar administrativo, y no imputar la incompetencia al ciudadano, titular de los derechos, que, en último término, siempre queda como el “sufridor” de las situaciones kafkianas que con frecuencia genera la Administración.

4.3. Los límites en las relaciones de sujeción especial.

Es sabido que el concepto de *relación especial de sujeción* nació en Alemania (LABAND y O'MAYER), y hace referencia a la singular vinculación que tiene un determinado individuo frente al poder público o, si se prefiere, frente al Estado. Se trata de una situación en la cual determinados colectivos o individuos como los presos, los funcionarios, los alumnos, los usuarios de un servicio

- (...) la inviolabilidad del domicilio, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiera efectivamente la entrada en él para la ejecución de un acto, que prima facie, parece dictado por la autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ese o de otros derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente indispensables para la ejecución de la resolución administrativa (...).

Sobre la intervención del juez contencioso-administrativo en la ejecución forzosa de los actos administrativos, vid. J.J. GONZÁLEZ RIVAS, “El art. 87,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, en AA, núm. 45, 1991, pp. 573 y ss.

- (51) “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pp. 56 y 57. Se refiere el autor al desarrollo del artículo 71 LRBRL que ha hecho el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986 (artículos 120, 122 y 130). Dentro de esta “reacción”, quizá pendular y por ello peligrosa, debe destacarse el artículo 41 del nuevo Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre), que equipara, al referirse a la anotación preventiva de embargo, los mandamientos administrativos a los judiciales.

público, etcétera, tienen particulares derechos y obligaciones por su acercamiento a la “res pública”⁽⁵²⁾. Es, por tanto, una situación que conlleva una “sumisión más intensa del particular que la debida a su condición normal de ciudadano”⁽⁵³⁾.

Al implicar una sumisión más rígida, fuerte o intensa a las potestades de la Administración Pública se plantea una importante cuestión, que es la de saber si los derechos fundamentales y las libertades públicas operan con igual porte y fuerza en las relaciones de este tipo, o por el contrario, ceden su posición en favor de otros bienes constitucionales, como la disciplina o jerarquía administrativa, la imparcialidad del Poder Judicial, etc. En este sentido hay que decir resueltamente que el Tribunal Constitucional ha situado dentro de los límites y criterios constitucionales a las relaciones de especial sujeción. El máximo intérprete de la Carta Magna ha declarado que los derechos fundamentales y la reserva de Ley tienen *plena vigencia* en el ámbito de tales relaciones, si bien caben restricciones⁽⁵⁴⁾. La sentencia núm. 2/1987, de 21 de enero dice que, efectivamente, los presos gozan de derechos fundamentales, pero, debido a la situación en la que se encuentran, tales derechos pueden ser objeto de ciertas restricciones⁽⁵⁵⁾. Pero, no obstante, esas restricciones o limitaciones no pueden en modo alguno desvirtuar la funcionalidad que tienen los derechos fundamentales en un Estado de Derecho ni pueden servir de subterfugio para convertirlos en expresiones vacías y retóricas que para nada repercuten en la práctica. Tampoco puede utilizarse la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción como una especie de “cajón de sastre”, como un comodín que sirve para dar cobertura a cualquier intervención limitadora de derechos fundamentales

(52) Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración”, en *RAP*, núm. 34, 1961, in totum.

En este estudio, obviamente, partimos de la base de la pervivencia de las relaciones de sujeción especial después de la Constitución. En ésta se contienen previsiones que aclaran tal postura (artículos 25, 28.1 y 2, 29.2, 37.2, 70.1 ó 127, entre otros).

(53) J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid 1983, pág. 55.

(54) Cfr. el trabajo de R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 527.

(55) Sin embargo, como señala GARCÍA MACHO (“En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 530) parece que en la STC núm. 160/1987, de 27 de octubre no se respeta la operatividad real de los derechos fundamentales y la reserva de Ley.

Hay que advertir sobre los peligros que la categoría de las relaciones de sujeción especial tiene en el sentido de relajar hasta límites intolerables para un Estado de Derecho las garantías que ofrece la reserva de Ley, y que abren una brecha para que simples Reglamentos puedan regular infracciones, por ejemplo, en materia penitenciaria. Vid. F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en *Estudios sobre la Constitución española* (homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA), tomo II, Madrid 1991, pág. 1.089.

al poder público⁽⁵⁶⁾. Por ello hay que congratularse con la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 61/1990, de 29 de marzo, porque como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA⁽⁵⁷⁾, “*parece cerrar un largo y equívoco devaneo que el Tribunal Constitucional ha tenido con el peligrosísimo concepto de las relaciones especiales de sujeción*”, y ha venido a exigir la reserva de Ley sin titubeos para las relaciones de esa naturaleza.

En concreto, el Fundamento Jurídico núm. 8 dice:

“Una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano (...)”.

Luego, es claro que restricción no es lo mismo que supresión. Lo que pasa es que esta encomiable doctrina queda empañada por el erróneo concepto que el Alto Tribunal tiene sobre las relaciones de sujeción especial (GARCÍA

(56) La tendencia ampliadora del concepto o categoría de relaciones de sujeción especial es una de las enemigas más temibles de la operatividad de los derechos fundamentales, sobre todo si no se tiene en cuenta el círculo estricto en el cual debe aplicarse. A. JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ se ha percatado de esta orientación, sin duda criticable, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en virtud de la cual se aplica el concepto para limitar los derechos de colectivos que sólo con una interpretación muy amplia y, hasta cierto punto, perversa pueden insertarse en el seno de las relaciones de sujeción (Vid. “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La Ley* de 13 de mayo de 1988, pp. 1 y ss.). Así, se incluyen los servicios de auto-taxis (SSTS de 15 de julio de 1988, y 29 de septiembre de 1988), o los vinos que tienen una denominación de origen (STS 7 de junio de 1986), o a los Bancos respecto de la obligación de establecer medidas de seguridad, a los toreros e, incluso, a los espectadores de las plazas de toros.

Es clara la perversión de este concepto de relación de sujeción especial y también es diáfano el peligro que para el desarrollo de los derechos fundamentales tiene. La doctrina reciente ya ha mostrado su preocupación por tal orientación hermenéutica. Véase, R. GARCÍA MACHO, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 72, 1991, pp. 525 y ss.; C. CHINCHILLA MARTÍN, “El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios”, en *REDA*, núm. 64, 1989, pág. 555; J.M. MICHAVILLA NÚÑEZ, “Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”, en *REDA*, núm. 54, 1987; o, en fin, J. DE LA CRUZ FERRER, “Derechos fundamentales y razón de Estado: El caso de los pilotos del Ejército del Aire”, en *REDA*, núm. 71, 1991, pp. 389-400.

(57) “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, en *REDA*, núm. 66, 1990, pág. 284.

DE ENTERRÍA)⁽⁵⁸⁾, toda vez que en el caso concreto que resolvía (revocación de la licencia de un detective privado con base exclusiva en una simple Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981, reguladora de la profesión de detective privado), no había en sentido estricto una relación de sujeción especial, porque no hay fundamento constitucional para ello⁽⁵⁹⁾. Aquí el Tribunal Constitucional ha sido víctima de la confusión generada en torno a esta clase de relaciones por él mismo⁽⁶⁰⁾, y sobre todo, por el Tribunal Supremo⁽⁶¹⁾. Con todo, la doctrina de esta sentencia viene a retomar el hilo constitucional, y es de esperar que sirva para rectificar las orientaciones que en los últimos tiempos —después de promulgada la Constitución—, ha tomado el Tribunal Supremo, y que han merecido la crítica, a veces dura, de la doctrina que se ha ocupado del tema⁽⁶²⁾. Porque lo que debe subrayarse es que los derechos fundamentales no se desvanecen en estas relaciones, sino que siguen manteniendo su naturaleza de pilares del Ordenamiento, sin que ello suponga desconocer la necesidad de tutelar también otros bienes (eficacia, disciplina...).

V. RECAPITULACIÓN FINAL

Queda fuera de toda duda la prevalencia de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el Ordenamiento español, así como su papel de elementos configuradores y definidores de la actividad administrativa en orden a respetar ese círculo propio de cada ciudadano. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan su capital importancia en el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho. Su papel redefinidor

(58) “La eliminación general...”, loc. cit., pág. 285.

(59) R. GARCÍA MACHO, “Sanciones administrativas y relaciones...”, loc. cit., pág. 527.

(60) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La eliminación general...”, loc. cit., pág. 285.

(61) R. GARCÍA MACHO, “En torno a las garantías...”, loc. cit., pág. 527.

(62) Las palabras de JIMÉNEZ BLANCO son muy expresivas del descontento doctrinal por la ampliación y mala utilización del referido concepto en algunas sentencias. Este profesor dice (“Notas en torno a las...”, cit.): “He aquí una voz, ‘relación de sujeción especial’ —u otras análogas— que, primero, se aplica, sin base normativa alguna, allí donde se quiere, y, segundo, se derivan de ella consecuencias que contradicen los principios y las garantías del Estado de Derecho. Ya se comenzó por decir que la mencionada categoría (...) tiene cabida en nuestro Derecho Público, con fundamento constitucional incluso expreso. Pero la tosca y vulgar jurisprudencia que hemos referido tiene muy poco que ver con la buena interpretación de la Ley Fundamental de 1978: utilizar de manera acrítica, y como un ‘ábrete sésamo’, una doctrina surgida en otro contexto, y utilizarla además *contra cives*, es algo que nunca podrá merecer elogio de quien esté comprometido con la justicia”.

de viejas prerrogativas es, entonces, evidente⁽⁶³⁾. No obstante, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales debe intensificarse y nutrirse para evitar, por una parte, que las excusas en las que en ocasiones se refugia el poder, como por ejemplo, la eficacia, no sean un camino subrepticio para su vulneración en nombre de ideas o conceptos a los que se puede servir mejor por otros medios más aptos que el “ablandamiento” de los derechos fundamentales⁽⁶⁴⁾, y, por otra parte, para que determinados institutos jurídicos, más o menos ambiguos —o que se perfilan, con toda intención, ambiguamente—, como las relaciones de sujeción especial, no se transformen en brechas a través de las cuales se introduzca la parte más oscura del poder público.

En el desarrollo de la actividad administrativa en un Estado de Derecho se debe tratar de configurar un Estado dinámico y “despierto”⁽⁶⁵⁾, que satisfaga las necesidades públicas, pero que, al propio tiempo, revitalice continuamente la posición cardinal de los derechos fundamentales. Para ello resulta obligado decantarse por una gestión más racional, menos burocrática, que tienda a estimular la participación y las técnicas de consenso y evitar el cómodo “orden y mando”, tan arraigado y simplificador⁽⁶⁶⁾. Hemos visto que en la intervención administrativa hay casos claros de control, otros que son dudosos y otros que son francamente peligrosos para el desarrollo de los derechos fundamentales. Un caso relativamente claro es el control que arbitra la Administración con relación a las asociaciones religiosas que pretenden inscribirse en el Registro para adquirir personalidad jurídica y acogerse a la protección que el Ordenamiento le otorga. No hay un control discrecional, sino reglado y, por consiguiente, la maniobrabilidad de la Administración se circunscribe a lo permitido por la Ley. Un caso algo más confuso es el derecho a la inviolabilidad del domicilio y su conjugación con la eficacia administrativa. Porque si en teoría dicho derecho constituye un bastión fundamental para garantizar la privacidad o intimidad del ciudadano, lo cierto es que una interpretación maximalista en uno u otro sentido puede producir, bien la vulneración del mismo para conseguir la eficacia, bien la adulteración de ese derecho para abusar de la cobertura que da y perseguir, invocando el artículo 18,2 CE, intereses económicos que fraudulentamente buscan “una buena cobertura constitucional”⁽⁶⁷⁾. Lo

(63) Vid. J.L. MEILAN GIL, “Prólogo” del libro de J. RODRÍGUEZ ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid 1986, pág. 30.

(64) Como dice SUAY RINCÓN (“Pasado, presente...”, cit., pp. 14 y 15) la primacía de los derechos fundamentales significa que han de primar frente a cualquier otro valor que se oponga.

(65) M. BALLBÉ, “El estado de nuestra “res pública”, en *El País* de 13 de abril de 1991, pág. 12.

(66) M. BALLBÉ, cit., id.

(67) A. NIETO GARCÍA, “Actos administrativos cuya...”, loc. cit., pág. 14.

que aconseja ponderar los diversos bienes constitucionalmente protegidos para evitar tales situaciones. Pero es que, asimismo, hay otros supuestos, como es el de las relaciones de sujeción especial, en los que existe un peligro cierto de burlar el espíritu de la Norma Fundamental, por un mal entendimiento de ese instituto. Se impone, pues, una adecuación del mismo a su contexto y una flexibilización de su aplicación en ese mismo contexto ⁽⁶⁸⁾.

En resolución, la tarea de materializar los derechos fundamentales no debe entenderse acabada nunca. Continuamente aparecen brechas, excusas o subterfugios por los que el poder público y, en concreto, la Administración, intenta desligarse de los controles o contrapesos que hacen que las relaciones que mantiene el ciudadano con ella sean eso: relaciones, con un ámbito acotado de derechos y deberes para ambas partes, y no una grosera y, a veces, arbitraria imposición, que sólo tardíamente puede ser controlada y sancionada por el Poder judicial.

(68) F. SOSA WAGNER, "Libertades públicas y funcionarios", en *REDA*, núm. 17, 1978, pp. 173-179.