

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Iustel-Portal Derecho, 2006.

A caba de ver la luz la segunda edición del primer volumen (*La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho*) y la primera edición del segundo volumen (*El ordenamiento jurídico*) de la magna obra en construcción del Prof. Muñoz Machado. Es evidente que en unas cuantas líneas no se puede ni siquiera dar una mínima cuenta del contenido del trabajo hasta ahora ofrecido, pero constituiría una notable ingratitud ante tan generoso esfuerzo que no se reflejara un hecho de tanta relevancia en esta revista. Así que –en un reconocido ejercicio de subjetividad– se elegirán aquí sólo algunos aspectos de los muchos y tan magníficamente tratados por el Prof. Muñoz Machado en estos dos tomos, que suman casi tres mil páginas (acompañadas, eso sí, por significativos ladillos que resultan de gran ayuda).

1. Partiendo de un reconocimiento expreso a la doctrina administrativista contemporánea –de la que se declara heredero directo–, la intención “del autor es, ni más ni menos, «sistematizar la materia entera, escoger para explicarla sus instituciones fundamentales y disponer su análisis con la extensión y profundidad que exija cada una de ellas en concreto», como nos avanza en el Prólogo. Y si tal es el ambicioso objeto de su empresa lo aborda, además, desde un enfoque no muy habitual, ya que lejos de contentarse con una exposición de cuáles son las formas de actuación de la Administración dará cuenta, también, de qué es lo que hace realmente o cuáles son «los menesteres de que se ocupa la Administración como responsable de la atención de los intereses generales». Éste es, precisamente, el motivo por el que en el primer volumen, junto con el aspecto más clásico –podíamos decir– del régimen jurídico (en su devenir histórico y en la actualidad) y del

sometimiento de la Administración a la legalidad, se trata, asimismo, de la formación histórica de la acción social y económica del Estado y de las funciones públicas en el Estado Social y en el marco económico de la libre competencia.

Desde el comienzo de esta obra hay, explícita, una proposición teórica de enorme calado: el Derecho Administrativo clásico «se consolidó en un marco constitucional e ideológico que ha desaparecido por completo». En efecto, en aquellos momentos primaba el legicentrismo (en afortunado término de RIALS que Muñoz Machado utilizará reiteradamente), el estatalismo, la centralización y el nacionalismo económico, y a partir de tales presupuestos se construyeron las doctrinas clásicas que aún nos inspiran; hoy en día, sin embargo, tenemos que reconocer que los presupuestos son muy otros: la constitucionalización de la legalidad y la elevación de los derechos fundamentales por encima de la Ley, el nuevo papel del control jurisdiccional sobre los poderes públicos, las regulaciones supranacionales vinculantes, la descentralización política y la liberalización económica.

El Capítulo introductorio ancla en un sólido punto sobre el que girará buena parte de la referencia a los aspectos evolutivos: la afirmación postulada en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución»). Así, si bien la separación de poderes (cuya original versión francesa tan relevante resultará para nosotros, como es harto sabido) se implantó con fuerza desde un primer momento, la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos tardará muchísimo más en conseguirse; a este respecto, un poco más adelante, Muñoz Machado afirmará con indudable acierto que los derechos fundamentales constituyen «el descubrimiento teórico de más importancia de toda la historia constitucional». En este mismo Capítulo hay una toma de postura académica sobre la concepción del Derecho Administrativo que sustenta el autor: tras repasar las que históricamente han sido, se detiene lógicamente en la hoy imperante entre nosotros –la

conocida «teoría estatutaria (acuñada por García de Enterría en 1960 y mantenida con firmeza hasta nuestros días), que parte de la personalidad jurídica de la Administración como dato decisivo— y, aunque le reconoce indudables virtudes, en coherencia con la «huida de la abstracción y la formalización «que Muñoz Machado asume como tarea imprescindible, le encuentra un inconveniente notable, como es que cc desde esta perspectiva de análisis la sistematización subsiguiente del Derecho Administrativo consiste, casi exclusivamente, en definir los procedimientos y formas que utiliza la Administración para decidir, quedando casi totalmente marginada la explicación del contenido de la acción administrativa. Lo cual conduce a una visión parcial y sesgada de la asignatura. Para el Derecho Administrativo es capital, desde luego, el estudio de las técnicas de que se vale la Administración para actuar y las garantías de que pueden valerse los particulares para frenar sus decisiones irregulares. Pero tan importante como esto es saber y analizar el contenido de la acción de la Administración, los sectores que comprende, y los fundamentos en que se basa, porque de ello depende tanto el grado de limitación de los derechos, como la procura del bienestar de los ciudadanos».

Desde otra óptica, en este mismo Capítulo resultan especialmente sugerentes y atinadas las páginas dedicadas al tema de la «reserva de Derecho Administrativo y reserva de Derecho Privado en el régimen jurídico de la Administración». Asimismo, hay otro aspecto que se trata al final de este Capítulo introductorio, que es el relativo a las relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Penal (algunas otras referencias bien caracterizadas al ámbito de la jurisdicción penal en el Capítulo Tercero, cuando se aborda la contribución de los tribunales a la definición de la legalidad) —especialmente subespecie «irrupción del juez penal en el paisaje administrativo» (Thiriez)—, en donde el autor adelanta, con gran vigor expositivo, personales posiciones, de las que ya no se podrá prescindir cuando se traten en el futuro estas cuestiones; todo ello a partir de su convicción de que este fenómeno plan-

tea «serios problemas al Estado de Derecho y cuestiones técnicas nada simples».

El segundo Capítulo («El régimen jurídico de la Administración Pública y las garantías de los derechos en el Estado legal»; esta última expresión, tomada de Carré de Malberg, le resultará especialmente útil a nuestro autor) constituye un verdadero despliegue de conocimientos y explicaciones sobre las bases histórico-constitucionales relevantes para nuestro Derecho Público (de manera destacada, el Constitucional y el Administrativo), donde naturalmente hay más de lo primero del régimen jurídico de la Administración Pública –que de lo segundo– de la garantía de los derechos, pues aquél se asentó mucho antes que éstas {que resultaron casi desconocidas como complemento a la proclamación de los derechos). Dentro de lo subjetivo que puede resultar su elección, el apartado dedicado a explicar el devenir de las relaciones entre la Administración y la Justicia me parece verdaderamente destacable, pues en cincuenta páginas encontramos las claves de muchas cuestiones básicas del Derecho Administrativo, como es la formación del contencioso-administrativo y de los privilegios procesales básicos de la Administración (prohibición de interdictos, inembargabilidad de bienes públicos, vía previa, carácter revisor, ejecutividad de los actos administrativos y autorización previa para el procesamiento de los funcionarios públicos).

El Capítulo tercero («El sometimiento de los poderes públicos al Derecho»), de una amplitud y densidad más que notables, comienza con un análisis del tránsito del Estado legal al Estado constitucional, a partir del dato decisivo del control de constitucionalidad de las leyes, que arrumbaría definitivamente el legicentrismo. Son realmente acertadas las páginas dedicadas a los rasgos generales de la concepción de la legalidad y de las relaciones entre poderes del Estado constitucional, a los límites de las leyes que incorporan medidas concretas y a la reserva de Administración o de Jurisdicción. Cuestiones todas ellas, como se advierte con su mera enunciación, de enorme porte constitucional y de una indu-

dable dificultad –inclusive–de puro planteamiento–, que Muñoz Machado desarrolla con gran maestría.

Siempre tras la correspondiente exposición del estado de la cuestión y la rigurosa explicación de los argumentos existentes, encontramos algunas otras tomas de posición sobre cuestiones que resultan muy debatidas, como son –por citar dos de ellas– su interpretación sobre el ámbito de la potestad reglamentaria (más generosa con ésta que la ortodoxa-restrictiva mayoritaria en la doctrina; sobre esta cuestión volverá el autor con mayor profundidad en el volumen segundo) y su análisis sobre la posición de los Jueces y Tribunales, con unas consideraciones muy críticas con lo que se califica de «interpretaciones patológicas» (especialmente en el ámbito de la jurisdicción penal) y con una enérgica llamada de atención a la necesidad de que los propios órganos jurisdiccionales respeten la jurisprudencia existente (algunas de estas reflexiones volverán a aparecer en el segundo volumen, al tratar la jurisprudencia, pero no ya en el marco de la contribución jurisdiccional a la definición de la legalidad, que es de lo que se trata en el primer volumen, sino en el del ordenamiento jurídico), para lo que se avanza propuestas de organización del sistema de precedentes. Todas estas cuestiones, conviene recordarlo, no son el fruto apresurado de unas cuantas lecturas, sino muy conseguidas síntesis de cuestiones y problemas sobre los que el autor ya había venido reflexionando con anterioridad.

Habría que mencionar también el centenar de páginas dedicadas a «La delimitación por la legalidad de las potestades administrativas y las técnicas de control de su atribución y ejercicio» –aunque ahora no podamos detenernos ni siquiera en sus aportaciones más originales–, como pueden ser las referidas a la programación de la propia Administración o al procedimiento y órgano de adopción de la decisión, como elementos que pueden ser necesarios, en algunos casos, para el debido ejercicio de la discrecionalidad administrativa tampoco puede dejar de mencionarse su firme (y probablemente discutida en el futuro) postura

contraria a la admisión de lo que entre nosotros conocemos como autotutela ejecutiva.

Los dos últimos capítulos que completan el primer volumen están dedicados –tal y como se ha adelantado que era la opción metodológica del autor– no a los modos o determinaciones legales de la actuación administrativa sino a lo que han sido y son cometido nuclear de la. Administración, como es la acción social y las funciones económicas que ésta ha ido asumiendo. Así, el cuarto capítulo se titula «La acción social y económica del Estado Legal» y en el Capítulo quinto se abordan «Las funciones sociales y económicas públicas en el Estado social y en el marco económico de los mercados libres».

En el mencionado Capítulo cuarto encontramos una completa y precisa relación de cómo surgen y se conforman algunos elementos básicos aún en la actualidad, como son, por ejemplo, el dominio público, la obra pública o la expropiación forzosa. Y el último Capítulo constituye una magnífica panorámica sobre el actual marco de actuación de las Administraciones: desde las intervenciones públicas en la economía al régimen jurídico de los servicios públicos económicos (con aplicaciones detenidas a las excepciones a la libre competencia), pasando por las funciones de regulación –hoy tan importantes–, con la obligada referencia también a la autorregulación. A este respecto, sentenciará expresivamente nuestro autor: «para todos lo que se han formado en una concepción del Derecho dominada por la idea de legalidad, que apela a una única fuente de creación a la que se subordinan todas las demás decisiones, el nuevo orden de ideas resultará, sin duda/ intranquilizador e inseguro. Lo es, sin duda, mucho más que el sistema que ha venido a sustituir. Pero lo que a las alturas de nuestro tiempo no puede hacerse es tratar de esquivar el cambio o negar la crisis del sistema altamente racionalizado preexistente, porque el nuevo orden se está imponiendo inevitablemente De poco va le, por tanto, el esfuerzo de quienes se empeñan en seguir explicando el Derecho acogiéndose a la dogmática que está siendo sustituida».

Podemos advertir en estos dos últimos capítulos algunas de las características, a mi juicio, más destacadas del Profesor Muñoz Machado, como son –además, obviamente, de su ingente capacidad intelectual– la curiosidad por los diferentes ámbitos del saber, el valor para enfrentarse con lo nuevo o desconocido y su no acomodación a las seguridades que nos dan los conocimientos ya adquiridos.

II. El volumen segundo está dedicado monográficamente al estudio de El ordenamiento jurídico, como ya se ha señalado. Su primer Capítulo trata de la «Estructura, caracteres y dinámica del ordenamiento jurídico» y arranca de una constatación aparente trivial, como es la de la asunción constitucional del concepto de «ordenamiento»; elemento que, sin embargo, le resultará especialmente fructífero a Muñoz Machado porque le ayudará a explicar, entre otros, el nada sencillo mecanismo normativo de derogación por la /ex posterior. También me parece especialmente remarcable el tratamiento dedicado a la «vigencia, validez y eficacia de las normas»; más destacadamente, la nada pacífica cuestión de la retroactividad constitucionalmente admisible a las normas. En fin, del último apartado de este Capítulo («La ordenación de las relaciones internormativas»), son dignos de destacarse la explicación de la conformación histórica del principio de jerarquía normativa, el desarrollo del principio de competencia y su personal planteamiento tanto del difícil principio de prevalencia como del discutido principio de supletoriedad.

El Capítulo segundo («La Constitución como norma») no es sino una manifestación más del interés y del acierto con los que el autor, desde hace tiempo, viene ocupándose de esta importante cuestión. En el primer volumen el Prof. Muñoz Machado ya había recogido los aspectos históricos más relevantes del tema e incluso, hace poco más de un año, nos había adelantado su contenido íntegro [al haber visto la luz como monografía independiente (*Constitución*, lustel, Madrid, 2004, 350 pp.). A este propósito, podemos recordar, incidentalmente, que en un breve espacio de tiempo

hemos tenido la oportunidad de ver publicadas otras dos obras más, íntimamente relacionadas con esta materia –aunque de enfoque diverso–, como son la de M. Artola (*Constitucionalismo en la historia*, Crítica, Barcelona, 2005) y una nueva edición de la de R. Jiménez Asensio (*El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Pons, Madrid, 2005). No insistiré, ahora, en sus muchos valores porque podemos presumir su conocimiento, aunque sí habrá de dejarse constancia que la parte dedicada al Derecho de la Unión Europea es una síntesis digna del mayor encomio.

El tercer Capítulo trata de «Las formas de la Ley», a partir de una minuciosa reconstrucción de la teoría de la Ley, que considera –con acierto– que las concepciones tradicionales (que con tanta inercia se adhieren a nuestras categorías mentales) han quedado arrumbadas y no sirven para explicarnos la realidad ni para operar con ella. Lo sintetiza, así, Muñoz Machado en estos cuatro aspectos que aquí me permito glosar: ce los cambios radican en la multiplicación de los puntos o fuentes capaces de hacer brotar el Derecho (supranacionales e infraestatales), la variedad de normas que tienen actualmente la naturaleza de leyes [europeas, autonómicas y, dentro del ordenamiento estatal, los diferentes tipos de ellas], los límites de todo orden que han contribuido a reducir su inicial indeterminación o la primitiva inconcreción del ámbito material al que las leyes pueden extenderse (desde, genéricamente, el contraste con las diferentes prescripciones constitucionales hasta construcciones doctrinales que han acabado imponiéndose en la jurisprudencia, como son la garantía institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales o la reserva de jurisdicción), y la pérdida del dominio sobre el ordenamiento en cuanto que la ley ha . dejado de ser la norma sobre producción de normas [ya no se sostiene que sea, como tradicionalmente lo ha sido, el Código Civil el que así lo establezca, sino que tiene que ser, inevitablemente la Constitución la *norma normarum*]». Del pormenorizado análisis de todas las clases de leyes de nuestro ordenamiento, podemos destacar aquí aquéllas que hacen referencia al

reparto territorial del poder –incluidas las propuestas reinterpretativas que se contienen en muchos apartados– y, especialmente, el apartado dedicado a «la norma jurídica más peculiar de cuantas son contempladas en la Constitución», que son los Estatutos de Autonomía a (a mi juicio, el estudio más completo de este tipo leyes).

El cuarto Capítulo destina sus más de trescientas páginas a «El Reglamento», en donde Muñoz Machado, además de los aspectos históricos de la configuración de la potestad reglamentaria (tanto la gubernamental como la manifestada a través de ordenanzas locales), afronta por derecho todos los problemas que aún sigue planteando esta plural figura normativa (sobre todo en su relación con la ley). De los que yo destacaría el apartado ‘dedicado a la reserva de Ley y, naturalmente, las muchas páginas destinadas al poder de ordenanza municipal. A este último respecto, el autor parte de una opción interpretativa básica –de la que se seguirán importantes consecuencias teóricas y prácticas–, como es la conexión directa de aquella con el art. 140 CE, sin necesidad de intermediación de la ley.

El Capítulo último agrupa el tratamiento de «El control jurisdiccional de las normas», en el que hay un apartado donde brilla el pensamiento propio del autor, con propuestas originales (siempre matizadas, eso también hay que subrayarlo), que merece ser destacado, cual es el relativo a «La armonización de las técnicas de control judicial de las normas. La crisis de la Justicia concentrada y la tendencia a la configuración difusa de las potestades de enjuiciamiento».

III. Las anteriores líneas no pueden ser sino una mera llamada de atención sobre los temas abordados por el autor en los dos primeros volúmenes de su Tratado. La constatación de su nivel de profundidad y el acierto de sus planteamientos sólo podrán ser adverbados por cada uno cuando lo consulte personalmente. En cualquier caso, creo que todos podremos convenir en que una empresa como la acometida por el Prof. Muñoz Machado parecía

imposible, incluso, de concebirse; y, sin embargo, aquí tenemos ya las primeras entregas. Resultaba de estricta justicia destacar aquí la entidad y la calidad de esta magna obra en marcha y agradecer a su autor el derroche de vitalidad intelectual desplegado en su elaboración.

Edorta COBREROS*

* Profesor de la Universidad del País Vasco. Contacto: <e.cobrerros@ehu.eus>.