

LA INTROMISION DEL PODER LEGISLATIVO EN EL AMBITO DE LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA (*)

SANTIAGO GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ

Un extremo que está alcanzando gran actualidad dentro del Estado constitucional es el de las posibilidades del legislativo de asumir funciones de administración que corresponden a la Administración Pública. Desde la perspectiva del Derecho administrativo se ha de mostrar preocupación al respecto de este fenómeno si ello conlleva la inaplicación de las instituciones jurídicas de fin garantizador con que está configurado aquel ordenamiento, previstas para cuando actúe la Administración como sujeto: el problema no está tanto en que mediante la atracción hacia sí por el legislativo de funciones administrativas se logre realizar una actuación administrativa como que ello suponga hacerse al margen de las garantías jurídicas, al margen del Derecho. Como juristas, hemos de ver con especial inquietud el que se margine la posibilidad de que los afectados puedan defenderse ante esta actuación, esto es, que acudan a un tribunal, y hemos de plantearnos la legitimidad de este fenómeno dentro de la configuración de nuestro Estado constitucional, marcado por el principio de la separación de poderes.

Al respecto de esta problemática, merece destacarse el hecho de la aprobación por el poder legislativo de licencias, competencia puramente administrativa, posibilidad, pues, que ha de ser en principio objeto de discusión acerca de su admisibilidad. La doctrina española (1) hace hincapié en las

(*) En relación con el libro *Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben* (Baden-Baden, 1991) de MARTIN BULLINGER (catedrático de Derecho Público en la Universidad de Friburgo).

(1) ARIÑO ORTIZ: «Leyes singulares, leyes de caso único», *RAP*, núm. 118, pág. 57. En sentido negativo a esta posibilidad, PARADA VÁZQUEZ: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas» y «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», en *Libro Homenaje al Prof. García*

leyes-contrato para denominar las leyes singulares que otorgan concesiones, que regulan asuntos especiales o aprueban contratos o monopolios. S. del Saz critica especialmente este fenómeno, considerándolo inadmisibles, ya que no se justifica en la Constitución, texto que menciona las atribuciones de las Cortes Generales sin incluir esta competencia.

A la búsqueda de más argumentos para encontrar una solución más satisfactoria para este problema, resulta interesante la doctrina alemana. En Alemania esta cuestión ha alcanzado una gran relevancia en relación con el fenómeno de la aprobación por el legislativo de licencias de proyectos necesitados de una especial urgencia. Esto ocurre en el territorio alemán que se corresponde con la antigua República Democrática de Alemania, donde hay una necesidad en que se concedan con extraordinaria rapidez las licencias necesarias para poder abordar todo el conjunto de proyectos para la mejora de las infraestructuras de estos nuevos *Länder* alemanes. La cuestión está en trazar los límites de admisibilidad, en su caso, del fenómeno de aprobación por el legislador de licencias ante situaciones especiales.

Al respecto se distinguen dos casos en los cuales puede producirse una asunción por el legislativo de funciones administrativas (2):

En primer lugar, cuando una ley federal o de un *Land* habilita al legislativo a realizar el procedimiento de tramitación de la licencia, el cual concluye con la concesión de la misma (3). En estos casos aquél actúa al igual que una Administración cuando tiene que ejecutar una ley y dicta la resolución de licencia (*einfacher Parlamentsbeschluss*).

En segundo lugar, cuando el legislativo dicta sin más una ley por la que concede la licencia (*Maßnahmegesetz, Einzelfallgesetz* o *einfache Parlamentsgenehmigung* o *gesetzesförmige Genehmigung*).

En el primer caso los problemas jurídicos se sitúan en cuanto a si el legislativo puede asumir una competencia administrativa (o de ejecución legal) la cual corresponde a la Administración y es controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente respecto al principio de la separación de poderes y el del Estado federal.

de Enterría, o en *Documentación Administrativa*, núm. 222, págs. 41 y sigs.; S. DEL SAZ, en la obra conjunta con CHINCHILLA y B. LOZANO: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Madrid, 1992, pág. 156.

(2) Así, BULLINGER: *Beschleunigte...*, cit., págs. 94 y sigs.

(3) En Alemania este fenómeno está reconocido así en la Ley de protección frente a inmisiones (equivalente a nuestro Reglamento de Sustancias Peligrosas...) y en la Ley nuclear, las cuales prevén que el Parlamento realice el procedimiento para la concesión de licencias para instalaciones nucleares, así como para instalaciones de gran magnitud que puedan perjudicar el medio ambiente (BULLINGER: *Beschleunigte...*, cit., pág. 96).

En el segundo caso la problemática está en si es posible dictar leyes para casos concretos (en vez de actos administrativos). También en si ello no se opone al principio de separación de poderes, el sistema de garantías jurídicas y el principio del Estado federal.

Entramos ya en el examen que realiza Bullinger sobre la legalidad del primer fenómeno, y en concreto en relación con el principio de la separación de poderes. En principio, la función de decidir sobre las licencias corresponde a la Administración en el Estado alemán de la Ley Fundamental de Bonn. La pregunta ha de formularse: ¿permite la separación de poderes, empero, una excepción al principio general? La jurisprudencia constitucional pone de manifiesto que el principio de separación de poderes no es un principio rígido, de modo que pueden realizarse alteraciones (*Modifizierungen*) de las reglas generales de atribuciones de funciones a cada uno de los poderes siempre que se respete el núcleo esencial de cada uno de los tres poderes (4).

Por otra parte, este hecho de las leyes-resoluciones no plantea especiales problemas con respecto al sistema de garantías jurídicas. El afectado tiene a su disposición los medios procesales previstos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que el acceso a ésta se condiciona a la presencia de un asunto jurídico-público no constitucional, que exige el artículo 40 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo cual se presenta en este caso. La peculiaridad de este tipo de asuntos está, a juicio de Bullinger, en el hecho de que los tribunales seguramente consideren que van a realizar un control de la discrecionalidad menor respecto al que les hubiera correspondido en caso de ser una actuación de la Administración, lo cual se explica en el hecho de la posición independiente del Parlamento y en que éste ha decidido ya teniendo en cuenta todos los intereses presentes en el caso.

Tampoco existen problemas para la aplicación sin más de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues ésta está configurada para todo tipo de actividad que se realice por una autoridad administrativa (*Behörde*) con efectos exteriores (*Außenwirkung*). En estos casos el Parlamento actúa como autoridad administrativa (*Behörde*). Este concepto, necesario para que entre en aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo, se entiende así funcionalmente, y no de forma organizativa, para todas aquellas dependencias (*Stelle*) dentro del Estado que realicen funciones administrativas, como es, en el caso que nos ocupa, el Parlamento (5).

(4) La jurisprudencia es la que BULLINGER cita en la nota a pie de página 215 (BVerfG 27 de abril de 1959). Así, son legítimas las decisiones principales respecto al planteamiento, tales como la de decisión acerca de la vinculatoriedad de un plan de desarrollo de un *Land*. Véase nota de asterisco.

(5) Sobre estas nociones e instituciones jurídicas puede verse el estudio detallado de mi

Bullinger recomienda al legislador (6) no hacer uso de esta posibilidad, porque no logra con ello una ventaja esencial respecto a cuando la licencia se tramite por la propia Administración, pues, como vemos, concurren las garantías jurídico-administrativas en este caso. Por otra parte, el legislativo no se libera de la duda o reproche de inconstitucionalidad, pues la ley-resolución sólo está legitimada siempre que se presente una situación excepcional (como es el caso de los nuevos *Länder* alemanes) y no exista otra forma más sencilla de resolver la necesidad de obtención de la licencia. De este modo el efecto de aceleración pretendido por el legislativo puede verse seriamente retardado ante el hecho, más que probable, de que el Tribunal Constitucional alemán considere inadecuada con el principio de separación de poderes esta ley-resolución.

En cambio, en el caso de las leyes-medida o singulares, no se trata de una atribución al legislativo de una competencia administrativa. Aquél resuelve directamente mediante ley; no dicta una ley en la cual se contiene la regulación general y se reserva a la Administración su aplicación o ejecución en el caso concreto; el legislativo ejecuta; *administra* (directamente).

El recelo principal se sitúa en cuanto a la reducción de las garantías jurídicas, pues ello es así al no poder conocer del caso la jurisdicción contencioso-administrativa (ya que no se trata de un asunto propio de su jurisdicción), siendo la única garantía la excepcional prevista contra toda ley. Una vía de solución podría ser la de que la jurisdicción contencioso-administrativa conociese del asunto, al considerar que la función realizada aquí es administrativa, a pesar de realizarse mediante ley. Esta fue la solución del Tribunal Constitucional «sobre planes de construcción», que los Parlamentos de dos *Länder* dictaron mediante ley, pese a que el caso normal es que la resolución sea mediante reglamento (y con ello la posibilidad de su recurso) (7). Pero a juicio de Bullinger, no puede generalizarse esta solución, considerando especialmente la falta de identidad entre este caso con el de la aprobación de una licencia administrativa.

De este modo la cuestión está en ver si la reducción de las garantías jurídicas da lugar a inconstitucionalidad por violación del artículo 19.4 de la

libro *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, págs. 159 y sigs., así como para un mayor comentario del «asunto jurídico público» como indicativo o fórmula que establece la procedencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(6) Debe tenerse en cuenta que el origen del libro de BULLINGER está en las consultas del legislador a este autor, a consecuencia de las cuales surgen distintos dictámenes, que se publican conjuntamente en el libro que citamos.

(7) Esta referencia puede completarse con el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG de 14 de mayo de 1985, E. 70, págs. 36 y 56 (página 112 del libro objeto de este trabajo).

Ley Fundamental, que proclama el derecho de tutela efectiva. Por una parte, cierto es que el derecho a la tutela judicial no significa que esté previsto el mejor medio procesal concebible. Por otra parte, debe considerarse la jurisprudencia constitucional de las expropiaciones forzosas, según la cual la ley que lleva a cabo una expropiación forzosa sólo puede admitirse en determinados casos, bajo ciertas condiciones, al no someterse al control ordinario de la jurisdicción contencioso-administrativa (8). Este caso es equiparable al de la concesión de licencias mediante ley, de modo que la regla general será la de su inconstitucionalidad.

Estas leyes singulares suponen una exención de las garantías procedimentales; según Bullinger, deben necesariamente incluir garantías que suplan la no sujeción a la Ley de Procedimiento Administrativo, suficientes como para no incurrir por esta causa en inconstitucionalidad.

Por último, debe considerarse la prohibición del artículo 19.1.1 de la Ley Fundamental, según la cual una ley singular (o destinada a regular un caso concreto) no puede limitar los derechos fundamentales. Esto rige para las leyes singulares de concesión de licencias. Sin embargo, las que no limiten los derechos fundamentales no por ello dejan de enfrentarse con problemas jurídicos para su admisibilidad. Se enfrentan así con el principio de la separación de poderes. Böckenförde argumenta que cada poder del Estado tiene atribuida una función típica: el legislativo debe regular con generalidad; el ejecutivo, concretar las disposiciones generales del legislador. Una ruptura de este marco debe tener una causa capaz de justificarla (9).

La conclusión de Bullinger es la de que, por una parte, ésta no es una solución práctica, inteligente diríamos, ante los graves riesgos de inconstitucionalidad que presenta esta opción de la ley singular de concesión de licencias: no parece una solución para la aceleración de la tramitación de las licencias, pues existe un gran riesgo de que se declare inconstitucional y con ello del retraso mismo de la concesión de la licencia, al tener que resolver la propia Administración. Este modo de argumentar es interesante político-legalmente, pues puede hacer que el legislador se piense seriamente en dictar una ley tal, y acuda a otras medidas más coherentes con el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, jurídicamente la opción tanto por una ley-medida como por una ley singular está sólo constitucionalmente legitimada si existe una situación excepcional tal que no quede más remedio que acudir a una ley y siempre que incluya las garantías jurídicas necesarias para la defensa de los afectados por la ley y de la generalidad (10).

(8) BVerfG de 18 de diciembre de 1968, E. 24, págs. 367, 401 y sigs.

(9) BÖCKENFÖRDE: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. 1981, págs. 387 y 400.

(10) BULLINGER: *Beschleunigte...*, cit., pág. 116.

La problemática sobre las leyes singulares se completa con el tema, más estudiado entre nosotros, de las expropiaciones legislativas. Sin pretender aquí por mi parte realizar un estudio de esta última cuestión, debe tenerse en cuenta que en éstas se plantea igualmente si es posible que el legislador realice una expropiación, privación que corresponde en principio a la Administración, al tratarse de una típica función de administración. Parada Vázquez (11) ha criticado especialmente esta posibilidad de las expropiaciones legislativas, especialmente porque se vulneran las garantías básicas en materia de expropiación forzosa (la garantía procedimental y, principalmente, la posibilidad de recurrir la expropiación), argumentación que conduce a este autor a afirmar la inconstitucionalidad de estas leyes expropiatorias.

(11) PARADA VÁZQUEZ: *Expropiaciones...*, cit., y *Evolución...*, cit.; véase también E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, pág. 212 (cfr. la edición anterior de esta última obra, en la cual se mantiene la idea de la aproximación de las expropiaciones legislativas a las demás expropiaciones, a los efectos de que operasen las garantías básicas en materia de expropiación, y, a estos efectos, estos profesores mantenían que para toda expropiación era identificable un núcleo común, que es la intervención en cualquier caso de forma previa y legitimadora de toda expropiación por parte del legislativo e igualmente de la Administración, pues ésta es quien realiza la ocupación *de facto*); también véase S. DEL SAZ: *Nuevas perspectivas...*, cit., pág. 188.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

