

DR 29 390

Estás escuchando Revista de Derecho, un programa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. A continuación vamos a hablar con la profesora de Derecho Administrativo 1, doña Blanca Lozano, sobre el concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo. Buenas noches, profesora Lozano.

Buenas noches. El estudio del Derecho Administrativo tiene que ver, evidentemente, con la Administración Pública. ¿Puede explicarnos, profesora Lozano, qué se entiende por Administración Pública exactamente? Sí.

Bien, hay que decir, en primer lugar, que la palabra administrar, según la definición que le da la Real Academia, puede tener varios significados. Puede significar gobernar, regir, cuidar. Ahora bien, aquí estamos hablando de Administración Pública, y en este sentido se entiende por tal, tanto la función de administrar como la persona u organización que desempeña dicha función.

Entonces, la opción entre uno u otro significado como objeto del Derecho Administrativo ha sido, hay que decir, objeto de una polémica a lo largo del tiempo. En los primeros estudios que se hicieron del Derecho Administrativo, desde comienzos del siglo XIX, se partía del concepto de la Administración como organización, es decir, como parte del poder ejecutivo del Estado. Esto se debía a que se partía de la clásica división de poderes que, como se sabe, fue formulada por Montesquieu, y con arreglo a la cual existen tres poderes, el poder legislativo, que establece las normas de conducta de la sociedad, el poder ejecutivo, que hace operantes esas normas, y el poder judicial, que resuelve los conflictos que se plantean en su aplicación y que garantiza dichas normas.

De acuerdo con esta división de poderes, la Administración Pública sería la organización o personificación jurídica del poder ejecutivo. Sin embargo, pronto se ve que esta definición no es válida, porque la Administración puede realizar también actividades que son típicas de los otros poderes del Estado. Así, por ejemplo, la Administración puede decirse que legisla en tanto en cuanto puede dictar reglamentos, y también puede decirse que juzga, entre comillas, en cuanto resuelve recursos administrativos, y en ocasiones aplica también sanciones administrativas.

Entonces se pretende sustituir el estudio de la Administración como poder, como persona, por el estudio de la Administración como función. Esto se pretende definir qué es lo que se entiende por función administrativa. A este respecto se formulan varias teorías, entre ellas podemos citar tres teorías bastante importantes.

Primero, la función administrativa consistiría en la gestión de los servicios públicos. Esta es la teoría que dominó en Francia hasta mediados de este siglo, pero fue abandonada porque hoy se ve que la Administración cumple muchísimas más funciones que exceden de la propia gestión de los servicios públicos. En segundo lugar, está la Escuela Vienesca, cuyos máximos representantes fueron Kelsen y Merkel, para los cuales se definía la función administrativa

como la ejecución de la ley en una posición de dependencia de la misma, mientras que los jueces se ejecutarían la ley en posición de independencia.

Y bueno, por último, podemos decir que en Italia se definió la función administrativa como aquella actividad que se dirigía a la consecución de los intereses públicos, es decir, de los intereses generales. Bien, sin embargo, todos estos intentos de definición de la función administrativa fallaron, y fallaron porque se puede decir que las actividades que realiza la Administración son algo contingente, son algo variable a lo largo del tiempo. Esto es evidente si pensamos que hay funciones como la seguridad social, que hoy son fundamentales en la Administración y que, sin embargo, a principios de siglo eran prácticamente inexistentes.

Asimismo, varían también las técnicas que la Administración utiliza para perseguir estos fines. Y así, por ejemplo, hoy existen servicios públicos que la Administración gestiona con técnicas del derecho privado, gestiona funcionando como empresa pública. Así, este es el caso, por ejemplo, de los ferrocarriles en España con la Renfe.

Entonces, dado que no se puede definir a la Administración en cuanto función, se vuelve otra vez al planteamiento subjetivo originario y así hoy se afirma mayoritariamente que el objeto primario del derecho administrativo es, sobre todo, la Administración como persona jurídica. Es decir, la persona jurídica de la Administración es el dato fundamental, el dato primario del derecho administrativo. Profesora Lozano, ¿cómo se configura esa Administración pública en nuestro ordenamiento jurídico? Bien, para analizar el ordenamiento jurídico vigente y el concepto que hay en él de Administración pública, hay que referirse, por supuesto, en primer lugar a la Constitución.

Y hay que decir que la Constitución no contiene una definición de la división de poderes, no regula propiamente la división de poderes. Sin embargo, de todo el entramado constitucional se deduce que nuestro sistema descansa inequívocamente en este principio de división de poderes. A este respecto, podemos referirnos a tres artículos que son fundamentales.

En primer lugar, el artículo 66, que atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa. En segundo lugar, el artículo 97, conforme al cual el Gobierno ejerce la función ejecutiva. Y, en tercer lugar, y en cuanto al poder judicial, está el artículo 107, que atribuye a los tribunales la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Se configuran, por lo tanto, tres poderes. ¿Y qué ocurre con la Administración? Bueno, la Administración dedica a la Constitución un artículo muy importante, que es el 103. En este artículo se nos dice que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y debe actuar siempre de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Dice también, en segundo lugar, que los órganos de la Administración son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. Evidentemente, aquí no se contiene una definición de lo que se hará de entenderse por Administración, pero entonces tenemos que acudir a la legislación

ordinaria. Y resulta capital, en este sentido, el artículo primero de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este precepto, después de decirnos que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan contra los actos de la Administración pública, pasa a decirnos qué es lo que se entiende a estos efectos como Administración pública. Y nos dice tres cosas fundamentales. En primer lugar, se entiende por Administración pública la Administración del Estado en sus diversos grados.

En segundo lugar, se entiende por Administración pública las entidades que integran a la Administración local. Y en tercer lugar, las corporaciones e instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local. Evidentemente, a esta definición, dado que procede de esta ley que es de 1956, habrá que añadir, después de la Constitución, que integran también la Administración pública las comunidades autónomas.

En conclusión, son todos estos órganos, todas estas entidades las que integran hoy en día a la Administración pública que, como hemos dicho, constituye el objeto primordial del estudio del Derecho Administrativo. De acuerdo con este concepto de Administración, ¿cómo se configura entonces, profesor Arlozano, el Derecho Administrativo? Hablar de Derecho Administrativo, en cuanto a sistema normativo, supone, como señala el profesor Santa María, dar por sentadas dos afirmaciones fundamentales. En primer lugar, que la Administración pública, que hemos visto, que hemos analizado, está sometida al Derecho y que ese sometimiento se da, no sólo al Derecho en general, sino a una rama o sector específico del Derecho, que es el Derecho Administrativo.

Y esto, que parece evidente, no lo ha sido siempre tanto, porque el sometimiento de la Administración al Derecho no ha sido una constante histórica, sino que, por el contrario, es un hecho bastante reciente en la historia europea, que no comienza, desde luego, hasta el siglo XVIII. Hasta entonces, en el sistema político del absolutismo, este sistema se basaba en el principio de que el rey, en cuanto titular de la soberanía, era de quien emanaban todos los poderes del Estado, y, por lo tanto, él no estaba sometido a las leyes. La ley era expresión de la voluntad del rey, pero éste, sin embargo, no estaba constreñido a observarla.

Esto se expresaba en la clásica frase de la monarquía absolutista francesa la loi s'empare. Sin embargo, el sometimiento de la Administración a la ley va a ser una consecuencia de la revolución francesa de 1789. A partir de ella, se va a considerar que la soberanía no reside en el rey, sino en la nación.

En la voluntad general, como decía Rousseau, es decir, la voluntad general se manifiesta en la ley elaborada por el Parlamento, y, por lo tanto, a esta ley se van a someter todos los poderes del Estado, incluidos la Administración. Hoy, por lo tanto, puede decirse que existe el derecho administrativo en cuanto al derecho que controla a la Administración. Podemos, entonces, definir el derecho administrativo, siguiendo Garrido Falla, como aquella parte del derecho público que determina la organización y el comportamiento de la Administración del Estado,

regulando sus relaciones con el administrado.

De esta definición se deduce, en primer lugar, que es una parte del derecho público, en concreto aquella parte que regula las relaciones de la Administración y que controla a la Administración. En segundo lugar, de esta definición se deduce que siempre el sujeto del derecho administrativo es la Administración pública, Administración que ya hemos analizado. Ahora bien, como dice Parada, y dice con mucha razón, existen también actos que, aunque son materialmente administrativos, emanan de otros poderes públicos, así, por ejemplo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial.

Evidentemente, los actos típicos de estos poderes no están sometidos al derecho administrativo, sino al derecho constitucional o a las normas orgánicas que regulan cada uno de ellos. Pero siempre que, por ejemplo, se impone una sanción disciplinaria a un juez o las Cortes contratan a funcionarios, se trata de actos materialmente administrativos que sí van a someterse al derecho administrativo. Y es en este sentido como Parada habla de la relativa extensión del concepto de Administración pública a la totalidad de los poderes del Estado, pues, aunque en principio sólo es la Administración pública el sujeto del derecho administrativo, estas actuaciones materialmente administrativas de otros órganos del Estado también quedan sometidas al derecho administrativo.

Hay que señalar también, por último, un dato fundamental, y es que el fin fundamental del derecho administrativo es lograr un adecuado equilibrio entre los privilegios que la Administración ostenta en cuanto a poder público para perseguir sus fines de interés general y las garantías de los particulares. Es decir, el derecho administrativo intenta conciliar estos dos principios en orden a la consecución de los intereses generales. Estamos llegando a los últimos minutos de Revista del Derecho, y se encuentra con nosotros el Catedrático de Derecho Penal de la UNED, don José María Estampa Brown, para hablarnos de los delitos contra la Hacienda Pública.

Buenas noches, profesor Estampa. Buenas noches. ¿Podría explicarnos cuáles son los delitos contra la Hacienda Pública? Están contenidos en el artículo 349, 350 y en el 350 bis del Código Penal, y esencialmente son el conocido como delito fiscal y los que se denominan fraudes contables, y consisten fundamentalmente en defraudar a la Hacienda Pública, eludiendo el pago de los impuestos o percibiendo subvenciones indebidas o procurando gozar ilegítimamente de beneficios fiscales.

Estas son las tres modalidades del delito fiscal que se contienen en el 349 y 350 del Código Penal, que era el lugar donde estaban hasta la reforma de 1983 los juegos ilícitos. En el 350 bis aparece por vez primera el llamado fraude contable, que consiste esencialmente en no llevar contabilidad, en llevarla doble o en alterar la que se lleve de una manera sustancial. En una y otra hipótesis se establecen unas graduaciones económicas con objeto de que no sea delito fiscal sino infracción de carácter administrativo la defraudación que no pase el tope de los 5 millones de pesetas.

Respecto a las alteraciones en la contabilidad, el 350 bis establece también una serie de puntualizaciones económicas, que no es menester señalar ahora por qué exigiría un examen más prolijo de lo que yo pretendo en esta charla que tiene por objeto dar conocimiento del panorama actual de este tipo de delitos. Pues entonces, ¿qué evolución ha sido la que ha tenido esta materia últimamente? Esta materia está regulada, como he dicho, a partir de la reforma que se introduce en el Código Penal en la fecha que antes indique. Hasta ese momento ha habido un periodo, diré intermedio, que procede de la Ley de Medidas Urgentes de carácter fiscal de 1977, de noviembre de ese año, en la que se introdujo, por vez primera en España, lo que se denominaba delito fiscal.

Hasta 1977 existía un viejo precepto en el Código Penal, que era el 319, en el cual se regulaba lo que se llama ocultación fraudulenta de bienes o industria, que era aquel que requerido por la competente autoridad o funcionario administrativo no diese razón puntual de su patrimonio u ocultare determinadas partidas del mismo, su profesión, etcétera, pero con esa previa intimación por parte del funcionario encargado de la investigación y de la decisión en materia de determinación de cuotas fiscales o de impuestos a pagar por el sujeto pasivo del tributo. Este delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, que, repito, dura hasta 1977, tuvo escasísima aplicación en la práctica. Adviene una idea de que es necesario concienciar al colectivo español de la necesidad de pagar más impuestos de lo que se venía haciendo hasta ahora y se crea, en 1967 insisto, el delito fiscal, en forma muy parecida a la actual, pero con algunas modificaciones en lo que respecta a esta última aparición de esta delincuencia, ya que en el introducido por la ley del 77 se establecía, por ejemplo, una especie de presunción de dolo o intención dolosa en función de que se obstaculizase la labor inspectora o se falsease de manera sustancial la contabilidad.

Se determinó a sí mismo la responsabilidad de los miembros que forman parte de una persona jurídica y se establecía, me parece más importante, una especie de condición de perseguibilidad o de procedibilidad en el sentido de que para acudir al delito fiscal era menester que se hubiese agotado la vía administrativa respecto a la posibilidad de que el contribuyente ejercitase en esta vía toda clase de recursos para los que estuviese activamente legitimado, que fuese la administración quien iniciase el proceso penal y que, en definitiva, se hubiese agotado esta especie de trámite previo, una especie de prejudicialidad que en este momento no existe. En el artículo 349 actual se ha suprimido esta gama de requisitos, se reduce el concepto de delito fiscal a los términos que al principio decía, se ha radiado o erradicado la alusión a las presunciones de dolo, tampoco se hace referencia a la responsabilidad de los órganos gestores o administradores de una sociedad y la cuestión previa del agotamiento de la vía administrativa desaparece precisamente porque se creía que esa previa discusión en sede administrativa o económico-administrativa no hacía más que entorpecer la persecución de los fraudes fiscales en detrimento de la recaudación. A eso tendió la actual reforma de manera fundamental con objeto de agilizar la persecución y el control de estos delitos.

Es importante advertir que la supresión de la referencia que se contenía en la introducida

modificación de la Ley del 77 en el Código Penal a los órganos y administradores de las sociedades anónimas, por ejemplo, o de otros entes colectivos o personas jurídicas carece de sentido a partir del momento en que en 1983 se modificó el 15 bis del Código Penal en el sentido de que en todos los delitos propios y especiales, y este lo es, ya que está reducida su posible comisión a quien ostente la condición del sujeto pasivo del tributo, pues los órganos o administradores de cualquier empresa serán responsables de los hechos que realicen actuando en nombre de aquella con una especie de extensión de responsabilidad que era anhelada y auspiciada por los penalistas como necesaria en el ámbito penal español. La represión de los delitos fiscales está siendo discutida últimamente en razón a una sentencia del Tribunal Constitucional. ¿Puede explicarnos, profesor Estampa, en qué consistió esta sentencia? Sí.

Usted se refiere a una sentencia que el 20 de febrero de 1988 dictó el Tribunal Constitucional respecto, en concreto, a la ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas y extraordinario del patrimonio que ha sido la base de una porción, diré, muy importante en materia impositiva porque afecta al rendimiento del trabajo, a las rentas de capital que, como sabemos, constituyen fuente de generar imposiciones en favor de la hacienda pública de gran trascendencia. De tal suerte que la regulación del impuesto general sobre la renta y extraordinario del patrimonio implica una mayor o menor recaudación, como lo demuestra el hecho de que ahora, en el mes de noviembre, tenga que hacerse la que, si no hubiera existido aquella sentencia y las modificaciones posteriores, tendría que haberse efectuado en junio de este mismo año con un evidente parón en la recaudación de hacienda en función, fundamentalmente, de esa sentencia, de modo que la sentencia tuvo una decisiva importancia en esta esfera concreta del impuesto sobre la renta. Esta sentencia lo que nos dijo es que el régimen establecido en la primitiva ley del impuesto sobre la renta de 1968, de que en los matrimonios tuviese que efectuarse una declaración conjunta, no obedecía a las prescripciones constitucionales, ya que podría implicar una situación de desigualdad respecto a los casados con respecto a los solteros.

Y, fundamentalmente, por este razonamiento, se llegó a la conclusión constitucional de que los preceptos determinantes de esa obligada declaración conjunta eran inconstitucionales, de los cuales unos se declararon nulos, otros simplemente inconstitucionales, pero con importante y decisiva trascendencia en el momento de fijar las cuotas supuestamente defraudadas para establecer a sí mismo la existencia de un delito fiscal en el caso de que aquella, si pudiera ser determinada, excediera de la cota o límite de los 5 millones de pesetas. La sentencia del Tribunal Constitucional eliminó, suprimió el ordenamiento jurídico español los artículos de la ley de 1978 que se consideraban como discriminatorios en orden a la pareja, al matrimonio, en detrimento de esta institución y en comparación con las personas solteras. Y dejó lo que se ha denominado un vacío legal, vacío legal que el propio Ministerio de Hacienda se encargó en subrayar cuando, en 28 de febrero, y mediante una disposición que aparece en el boletín oficial del 3 de marzo de 1968, pues impidió el que se siguiesen efectuando actas de liquidación en las inspecciones de Hacienda por entender, en materia de impuestos sobre la renta, que faltaba

una normativa en mérito a la cual pudiesen determinarse exactamente esas determinaciones cuantitativas o cuotas sobre las que habría el contribuyente de pagar su impuesto.

Este vacío legal se ve, pues, corroborado por una propia decisión o resolución del Ministerio de Hacienda. Con posterioridad, algunas sentencias, concretamente una de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sección tercera, tienden a aplicar este criterio de la sentencia y de la resolución o de la instrucción del Ministerio de Hacienda y consideran que, en tanto no haya una nueva normativa, no se puede establecer la cuota efectivamente defraudada y queda el tipo del delito fiscal sin la cobertura fiscal suficiente para que la seguridad y la certeza jurídica se cumplan. Esta decisión ha sido muy discutida.

En estos momentos ha aparecido un importante artículo en la ley donde dos insignes penalistas ponen su contribución en favor de que el criterio de la sentencia de la Audiencia de Madrid, de considerar que no se puede, mientras no haya una nueva reforma fiscal, y a partir de esta reforma determinar la cuota supuestamente defraudada, es absolutamente correcto. Otros podrán pensar lo contrario, pero lo cierto es, repito, que aquí se ha creado una especie de estatus que exige la modificación del sistema fiscal para que el delito fiscal siga teniendo una vigencia con arreglo a las exigencias de certeza, seguridad y tipicidad que son propias a cualquier infracción penal. Y ya para finalizar, una última cuestión.

Profesor Estampa, ¿usted cree que de ahora en adelante los delitos fiscales tendrán mayor aplicación? Pues yo creo que exigen esa reforma a la que antes he hecho referencia. El derecho penal tiene que ser muy concreto, muy cierto, muy específico. No puede ser nebuloso, no puede tener zonas grises en las que no se sepa si hay concretamente una incriminación específica y puntual, o si esta incriminación tiene que dejarse a la interpretación jurisprudencial o de otro tipo.

El ciudadano tiene que saber perfectamente lo que puede hacer y lo que no puede hacer en esta materia y en cualquier otra que implique la imposición de una pena. Estos principios de certezas jurídicas, de seguridad jurídica, son inherentes al derecho penal de tal manera que en esta materia que ahora nos ocupa, mientras no se suplan esas deficiencias intuitas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 20 de febrero de 1988 y posiblemente esplayadas en otra sentencia que se avecina, en la que se va a poner en tela de juicio el sistema sancionador de la ley general tributaria, pues mientras esto no tenga lugar es difícil que se pueda aplicar la normativa del delito fiscal con plenas garantías, como exige el artículo 24 de la Constitución, para que el juicio justo sea el que establezca o determine la verdadera represión o inculpación o sobreseguimiento cuando proceda de este tipo de infracciones. Pues muchas gracias profesor Estampa-Braun.

Esto ha sido todo por hoy en Revista de Derecho. Volveremos a estar con vosotros, alumnos del tercer curso, el viernes 22 de diciembre, última emisión antes de las primeras pruebas presenciales. Nosotros estaremos de nuevo el próximo viernes para ofreceros en esa ocasión las materias correspondientes al segundo curso de carrera.

Hasta entonces os deseamos un feliz fin de semana y ahora os dejamos en la compañía de Dick Checa y el informativo semanal de la UNED.