

# TEMAS

## EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA FORMACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

35 : 35.088.6

Por ANTONIO GARCIA TREVIJANO

El catedrático de Derecho administrativo señor GARCÍA TREVIJANO expone en este trabajo sus puntos de vista respecto al problema de la formación jurídica de los funcionarios públicos y su discrepancia con las opiniones expuestas a este respecto por el Profesor GARRIDO FALLA en el artículo de este mismo título publicado en el número 32-33 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

### I. La polémica

En el número 32-33 de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA aparece un artículo del Profesor GARRIDO FALLA sobre esta cuestión que es verdaderamente sugestiva. El tema no es nuevo. Sus soluciones son variadas. El planteamiento general viene a ser el siguiente: la Administración necesita de personas vivas, seres naturales que piensen, hablen, maquinen, decidan, etc... ¿Cómo podremos conseguir que éstos sean «idóneos»? Naturalmente que dejamos de lado contestaciones tan manidas y de suyo tan indiscutibles como la de que para que «la función esté bien servida hemos de servir bien al funcionario», lo que se resuelve en un problema económico de retribución que no intentamos tocar en este momento y que, repetimos, es indiscutida. Verdaderamente crucial es otro aspecto de la cuestión, a saber: ¿cómo atraer a la esfera del «Estado-organización» o «Estado-persona» los individuos que desarrollan o intentan desarrollar una función en la sociedad, es decir, en el «Estado-comunidad»? Con esto, entramos en el núcleo de la cuestión.

El punto de vista mantenido por el Profesor GARRIDO está tan alejado de cualquier ojeada a la realidad moderna, que carece de virtualidad para servir de palanca a una seria discusión de tipo científico. Me impulsó a escribir estas líneas el interés con que recojo cuantas sugerencias parten de su pluma. En este punto concreto lamento tener que separarme por completo de su opinión, y creo que él mismo no

comparte su propio punto de vista, al menos con el calor con el que lo ha manifestado.

Su preocupación fundamental la constituye unas oposiciones unificadas anunciadas y en trámite de verificarse. De aquí surge su crítica, basada, por una parte, en la exigencia de títulos universitarios sin discriminar para poder optar a la oposición, y por otra, que el programa «desprecia toda preocupación jurídica y, lo que es más grave, toda preocupación jurídico-administrativa».

Esta afirmación, en sí misma, es lo suficientemente grave como para otorgarle un poco de atención. Y habría que empezar por desentrañar lo que el propio GARRIDO entiende por «Derecho administrativo», ya que, a su juicio, hay temas que «parecen» de dicha rama jurídica. No me equivoco al afirmar que para GARRIDO el Derecho administrativo empieza en la fiscalización judicial de los actos administrativos, es decir, que cualquier construcción está mirando siempre la vía de recurso; viceversa, cuando un acto no puede ser recurrido carece de interés. Esta es una postura metodológica perfectamente defendible en línea de principio, pero expuesta a la más fácil crítica, demostrando además la fuerte base, no jurídica, sino legalista, con que se enfoca el estudio de la Administración. Pero hay más; GARRIDO es un positivista a ultranza, positivista jurídico no filosófico, por supuesto, pues éstos son dos extremos bien diferenciables. Como tal, defiende las construcciones apriorísticas, el *statu quo*, el formalismo, la rigidez. Y esto lo decimos nosotros que, en más de una ocasión, nos hemos dejado llevar por excesos de esta clase. En otras ocasiones hemos dicho que los estudios jurídicos de base positivista, no sólo no son dañosos, sino necesarios. Razón: la geometrización de la mentalidad del estudioso le enseña a pensar con compás y regla, a no ver más que en los reglamentos, a no pensar por su cuenta, sino por la de los esquemas rigidamente establecidos. La pandectística alemana y su traducción latina, la ciencia jurídica italiana, son los ejemplos más preclaros de esta corriente. Ahora bien, el positivismo, como toda tendencia científica—con perdón de los matemáticos—, crea sus propios anticuerpos. Hay quien logra aceptarlos y equilibrar los efectos, pero hay quien se deja llevar por sus derroteros, cuya culminación es la esterilización. El positivismo, como los antibióticos, mata las defensas humanas, siendo necesario un proceso de reactivación que no es otro sino un darse cuenta de dónde están sus límites.

## 2. Esterilidad del formalismo jurídico para la función pública

Esta imagen, *mutatis mutandis*, puede trasladarse al problema que nos ocupa. En el extremo opuesto están las construcciones no positivistas, es decir, basadas en los casos que día a día se van detectando por quien tiene competencia para ello. Son éstos los dos esquemas que existen, y no, como se afirma, el continental y el inglés. Porque, en efecto, o el funcionario—en sentido amplio—se limita a ejecutar, o hace algo más, y si hace algo más, o al menos se le considera llamado a ello, es preciso abandonar la rigidez. Negamos rotundamente que el «mejor funcionario» sea el que más Derecho sepa; incluso me atrevería a afirmar que «cuantas menos preocupaciones jurídicas se tengan, con más libertad de criterio se pueden enjuiciar los problemas típicamente administrativos». Y con esto estamos abordando otro problema que se deja traslucir y que no intento profundizar, aunque sí enunciar. En los países anglosajones, y sistemas que les siguen (Commonwealth, Puerto Rico, zonas de influencia en general, aunque merezca la pena destacar en los regímenes del *Civil Service* a Nueva Zelanda, India y Canadá), se plantean los dos problemas en orden, por una parte, a la selección de los funcionarios, y por otra, al método educativo.

En cuanto al primero—reclutamiento o selección—, viene concebido en los siguientes términos: ¿«debe exigirse una especialización en las materias concretas a las que se va a dedicar el funcionario, tales como sanidad, agricultura, montes, obras públicas, etc..., o no precisa esta base teórico-práctica»? Como es lógico, dentro de esta especialización «hay campo» para la Administración pública, que sería una rama más de la especialización. No todos están de acuerdo con esto. MERRIAM, por ejemplo, es el más obstinado negador de la necesidad—y de la posibilidad—de extraer especialistas en Administración pública. Los estudios de esta índole serían complementarios de los especializados en cada materia. A pesar del aparato que rodea esta polémica en Estados Unidos, la realidad es bien diferente. El mismo MERRIAM admite que en la esfera estatal y local (no federal) podría darse esta especialización. Pero la realidad es más elocuente. El sistema educativo está íntimamente enlazado con la vida administrativa, pero enlazado por *convicción* no por *coacción*. Una idea nos la da el número de instituciones existentes en Estados Unidos con diplomas de Administración pública.

De 86 centros (incluidos Puerto Rico y Hawai), 45 otorgan diplomas de Master en Administración pública; 30, de Master con algún curso sobre esta materia.

Con ello queremos poner de manifiesto el error en que incurre GARRIDO. Para él, el ejemplo inglés ha sido definitivo al respecto, y no es así. Los sistemas administrativos de los Estados Unidos y Gran Bretaña son muy diferentes. Concretamente, en materia de funcionarios y de métodos educativos. Por si se pone en duda este aserto, basta leer el libro de Sisson, «The Spirit of British Administration» (1959). GARRIDO trata indiferenciadamente del sistema anglosajón, y de aquí las soluciones equívocas a que llega. Son tres, no dos, los sistemas que hay que discernir: el *continental*—suponiendo que omitimos las diferencias entre ellos—, el *inglés* (Gran Bretaña, India, en ciertos aspectos Nueva Zelanda y territorios britanizados), y el *norteamericano* (Estados Unidos, Canadá, Puerto Rico, Panamá, Costa Rica). Pero tanta diferencia hay entre estos dos últimos, que no es extraño encontrarse con la división en dos: sistema de *rango* (inglés y continental) y de *puestos* (americano). Queremos con esto destacar la imposibilidad de hacer una división tajante que abarque todos los aspectos de la función pública, porque mientras Gran Bretaña está más cerca de nosotros que de los Estados Unidos, a efectos de la existencia de «carreras administrativas», no sucede así respecto a la mentalidad del empleado, ni siquiera de la preparación.

Lo que de todos modos queda fuera de duda es la no existencia de un monopolio de los «letrados» en ninguno de los países anglosajones en conjunto.

### 3. ¿Debe ser especializada la formación de los funcionarios?

La polémica angloamericana sobre la «especialización» recae sobre la especialización en «Administración pública». En Gran Bretaña no existe una disciplina que se llame así; la mentalidad es general, como observa acertadamente GARRIDO. En Estados Unidos ya vimos la gran cantidad de Universidades que otorgan títulos, amén de los que, dando las disciplinas, ni siquiera las mencionan en los diplomas o las dan bajo epígrafes diferentes (por ejemplo, «Business Administration»).

Podrá discutirse cuál de los dos sistemas es mejor; ahora bien, esto

nada tiene que ver con la queja de GARRIDO de que se «trata de copiar instituciones inglesas». Igualmente afirma que nuestra Universidad potencia el «factor especialización», y yo pregunto: ¿«en qué» materia?

No es casualidad el que el «letrado» domine hoy día nuestra estructura administrativa. Es producto de la historia. Tampoco creo que haya motivos para lamentarse. Lo que duele es que no se vayan creando los anticuerpos a que antes me referí y el clima necesario para una reforma administrativa, que no es de formas, como parece entender GARRIDO, sino de espíritu.

Más incomprensible resulta la argumentación en relación con lo que él llama «especialización», y que no es sino especialización en Derecho. Resulta incongruente barajar los términos «especialización» y «conocimientos generales» sin decirnos a qué se aplican. Esto es como si quisiéramos hallar la resultante de un sistema físico de fuerzas, sin preocuparnos de decir o buscar dónde está el punto de aplicación. Especialización, en estos momentos de la realidad funcionarial española, consiste en dominar la Ley de Procedimiento, la de Agua, etc..., saberse los plazos, saber redactar una orden o un decreto y, sobre todo, examinar los aspectos procedimentales de los escritos, con el fin de llamar la atención del interesado rápidamente, bien para su subsanación o para su desestimación.

Decíamos antes que el hecho del predominio de los Letrados en nuestras estructuras administrativas es defecto—o efecto—de la historia. Sería largo de explicar. Lo que sí cabe es hacer un resumen de sus concausas. La recepción romanista—la boloñesa, por supuesto—modificó y revolucionó los estudios del Derecho romano clásico de tinte netamente casuístico. Los casos generales inventados por los maestros de la Glosa y, sobre todo, de la Post-Glosa dieron como resultado que el método se racionalizase, es decir, que fué la razón la que significó la síntesis y el análisis de los casos sometidos a discusión. Esta revolución legal de los siglos XI y XII sirvió de base para la posterior de los siglos XVI y siguientes en el campo político. Nueva recepción romanista en todos los órdenes, absolutismo político. No hemos de olvidar que los «letrados» han florecido siempre con los regímenes fuertes. Los emperadores otorgan el *ius respondendi* a sus privilegiados: el estamento de letrados surgirá potente. De aquí arranca—por qué no decirlo—el desprecio

popular hacia ellos y a su profesión. En España esto se vió claramente. Potente monarquía. Sustitución del feudalismo por los señoríos. Predominio leguleyesco en nuestros Consejos. Basta adentrarse en los documentos de la época para darse cuenta de su influencia, incluso en el propio lenguaje (barbarismos jurídicos, que no sólo se conservan, sino que se ven a veces corregidos y aumentados y no sólo en el campo procesal). Lógicamente, su influencia fué decreciendo al vaivén de las monarquías. Pero el hecho curioso es que su encasquetamiento en la estructura se afianzó. Perdió poder hacia dentro y hacia fuera en cierta medida, pero lo que antes eran poderes en muchas ocasiones, *tute proprio*, se transforman en competencias normativizadas manejadas e interpretadas por ellos. Esta situación es posiblemente defendible en una Administración anterior a la actual, en la que la intervención en asuntos sociales no sea de gran complejidad. No hoy día, y ello por dos causas:

a) Porque no se ve la razón que justifique un monopolio de legislas, ni por las materias que han de tratar, ni por su superioridad de criterio sobre otros.

b) Porque, hasta cierto punto, atenta a la «igualdad de oportunidades» de todos los ciudadanos que quieran servir a la cosa pública sin más.

Este debe ser el común denominador y no otro. Se me podrá decir que en este caso me limito a exigir condiciones físicas y no intelectuales. No es esto. Lo que pretendo es demostrar que «cualquier persona», en principio, que reúna los requisitos de capacidad mental y física exigidos (cuyos acondicionamientos no atentan a los derechos fundamentales) puede ser un buen funcionario. Basta la *posibilidad*, para que se tenga que contar con ellos. GARRIDO se espanta de que un químico pueda ser en Francia auditor del Consejo de Estado. ¿No es más lógico pensar que esta posibilidad no se transforme en probabilidad? Aparte de que esto sea ciertamente extraño, si realmente hubiera uno sólo capaz de desempeñar el puesto no se ve la razón de cerrar absolutamente la puerta. Pero esto es desviar la cuestión, por la elemental razón de que el ejemplo se refiere precisamente a un Cuerpo especial de auditores del Consejo de Estado y no general, que es el que plantea el problema.

#### 4. La eficacia y la juridicidad en los funcionarios

Estos «letrados» resisten los cambios decimonónicos y se afianzan con la Ley de 1918. Esta Ley, tan poco leída y menos cumplida, hubiera podido hacer innecesaria la polémica actual sobre la función pública en España. Bastaba haberla vivificado e interpretado a la moderna. Su base II, por ejemplo, daba derecho a ingresar en los Cuerpos técnicos a los que tuvieran título facultativo superior—con sistema de escuela posterior—. La oposición se estructuraba a base de temas de Derecho político, administrativo, Economía, Hacienda y legislación del Ministerio respectivo. Cierto que el artículo 13 del Reglamento dejó en manos de los Ministerios la exigencia de títulos académicos habilitantes para concurrir a las pruebas. El momento no era bueno para una reforma. Ni los estudios de Administración habían adquirido madurez, ni los de Derecho comparado podían desempeñar un papel importante. En 1887 aparece el ensayo de WILSON. Es curioso que GARRIDO lo mencione en el artículo referido para defender y afianzar su tesis de la especialización del funcionario en materia juridico-administrativa. ¡Qué lejos estaba WILSON de pensar en un monopolio del Derecho para sus funcionarios! Sus primeros años presidenciales se preocuparon más de reformas sociales y económicas que propiamente de reorganización administrativa. Otros movimientos carecieron de eco en España. El Scientific Management Movement en la industria podía tener poca resonancia, pues la nuestra siempre fué introspectiva. El City Manager Movement de 1910 influye menos de lo que a veces se ha puesto de manifiesto. Los primeros libros sobre Administración (no Derecho administrativo) aparecen en 1926 y 1927 (White, Willoughby). En contraste con estas tendencias, nosotros nos debatimos en dar base legal al funcionario. Conseguida la inamovilidad—aunque la Ley de 1918 la negara (base V)—, ya no se pensó en perfeccionamiento. Había que conocer los reglamentos y la *Gaceta*. Así surge nuestra burocracia de espaldas a la realidad social, no en contra, pero sí indiferente. Por eso afirmamos que nuestro funcionario depende del Estado. En los sistemas anglosajones (y aquí sí que se los puede unir), de la sociedad. Esto no es un juego de palabras, sino una secuela del distinto planteamiento

del problema. Cuántas veces se oirá decir a una madre o pariente dirigiéndose a su hijo que ha salido triunfante en unas oposiciones: «ahora ya puedes descansar, que te lo tienes merecido», ¡y es precisamente *ahora* cuando más tiene que hacer!

Aún más aspectos interesan. Afirma GARRIDO que «eficacia no se opone a juridicidad». ¿Y quién lo niega? Da la impresión de que él piensa que sí se opone. *Excusatio non petita*... Desviando la cuestión hacia los funcionarios *staff*, parece que deben ser ellos los que realmente estudien la «Administración», mientras que los funcionarios de las «líneas» deben administrar, y como para él administrar es exactamente ejecutar, y ejecutar para él es resolver expedientes, de aquí que el *staff* deba tener preocupación por la productividad y las líneas ejecutivas de estudiar Derecho. Pero administrar no es resolver expedientes. Muchas veces es plantearlos. Permitaseme una referencia al álgebra. Es mucho más difícil e importante «plantear» una ecuación que «resolverla». La Administración es algo que tenemos que estudiar desde distintos ángulos. Uno de ellos es el jurídico. Este aspecto, no obstante, es insuficiente para abarcarla. STEIN (Harold) nos ofrece un símil aleccionador. Identificar —afirma— la Administración con el Derecho (público) sería tanto como intentar conocer cómo trabaja y funciona el Gobierno de los Estados Unidos leyendo simplemente el texto de la Constitución y sus Estatutos. El ordenamiento del país no está constituido sólo por sus leyes y reglamentos. Sería pueril pretender estudiar el desarrollo del sistema jurídico español comparando las hojas de los volúmenes del *Aranzadi* y haciendo así una curva indicativa de los momentos en que había más Derecho o menos. Cuanto menos leyes haya mejor señal de su innecesidad. CARNELUTTI, con su habitual agudeza, afirmaba que la civilización no se mide por la cantidad de Derecho, sino a la inversa: cuanto más civilizado menos Derecho y viceversa.

## 5. La función directiva

Un último argumento de GARRIDO. La forma como se reclutan nuestros altos cargos político-administrativos es un argumento más, y definitivo, a favor de la debida ponderación de la especialidad jurídica completada con el conocimiento de la Administración pública. El argumento no puede ser más desdichado. Existen altos cargos de esta

índole perfectamente desempeñados por no juristas (médicos, farmacéuticos, etc...), Si hay mayor número de legistas es por su mayor dedicación a estas tareas políticas, pero entiéndase bien, diferencia de superficie no de volumen, quiérese decir que es más lógico que un Abogado, al que se le ha enseñado a manejar textos legales, a presentarse ante el público, a hablar, etc..., esté más habituado y dispuesto a desempeñarlos que no un físico que ha estado investigando durante años la estructura del átomo. Pero ello, no porque éste no sirva, sino porque..., no le interesa normalmente. Aparte, se trata de cargos políticos y éstos se escapan de toda delimitación. Lo que no debe olvidarse es que en la Administración hay un fuerte matiz político-administrativo, se toman decisiones, se preparan otras, etc..., y, sobre todo, debe existir una continuidad de conducta en su seno.

Creemos suficientemente demostrado que no hay razones, más que históricas sin base causal, para monopolizar en manos del «letrado» los puestos administrativos. Que normalmente éstos serán los que con mayor afluencia llenarán las aulas de la oposición, es posible y probable, pero lo harán, no porque sean los únicos que pueden, sino porque se consideran más capacitados para diluirse en estudios que están más cerca de ellos que de otros universitarios. La igualdad de oportunidades existirá. Los Cuerpos especiales mantendrán su sistema de títulos específicos, pero no se dará el caso chocante actual de que para ingresar en Cuerpo especial como Abogado del Estado se exija un programa netamente jurídico, y lo mismo—aunque con diferencias cuantitativas y cualitativas—para entrar en un Cuerpo general. El administrador será verdadero administrador. Los asesores jurídicos informarán desde su punto de vista. GARRIDO parece admitir que una cosa es lo jurídico y otra lo jurídico-administrativo. Pero otra cosa aún es lo administrativo, y esto queda relegado, según él, *ad calendas grecas*. A la vuelta de estas líneas no comprendo las quejas de GARRIDO contra un programa bien concebido, a mi juicio, que si algunas deficiencias contiene, debe pensarse en que es la primera vez que se prueba el sistema. Estos programas deben ser elásticos y susceptibles de modificaciones periódicas, manteniendo su articulación esencial.

Una última observación. ¿Es perfecta nuestra Administración? ¿Hay menos recursos judiciales contra la Administración que en otros países? ¿Hay menos sentencias estimatorias que en otros sistemas? Si no es así—las estadísticas son elocuentes—, quiere decirse que, a pesar de

estar la Administración en manos de «letrados», funciona ni mejor ni peor que otras, pero sí imperfectamente. Entonces, ¿por qué esa defensa a ultranza de las enseñanzas jurídicas para el funcionario? Que sepa administrar. Los problemas jurídicos, o los sabe o los aprenderá prácticamente, o tendrá sus asesores especiales. Quizá esto sea conveniente para rebajar la *self-importance* de muchos funcionarios. «No me mandéis tantos letrados, que me involucran la Conquista», escribía uno de nuestros Conquistadores al César Emperador.