

# BIBLIOGRAFIA

## LA CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Resumimos a continuación el capítulo I del libro de OTTO NASS, *Reforma administrativa y Ciencia de la Administración*, recientemente traducido al castellano y publicado en la serie B de la colección Estudios Administrativos, «BOE», Madrid, 1964. 250 páginas. VILLAR PALASÍ ha redactado el prólogo de esta edición. Al hacer el presente resumen hemos introducido una división en apartados, procurando en lo posible reflejar la línea argumental del autor.

### 1. Discrepancia entre la teoría jurídica de la Administración y la realidad

La hora del quehacer práctico es también la de la ciencia de la Administración. Como tal se considera hasta ahora el Derecho Administrativo; pero nosotros ya no reconocemos su monopolio y exigimos de la teoría que reflexione y se pronuncie respecto a la Administración. En efecto, el práctico de la Administración experimenta cotidianamente la

discrepancia entre la vigente teoría jurídica de la misma y la realidad de su profesión. Ambas discrepan tanto que, si deben coincidir de nuevo, es preciso que reflexionen de un modo realmente radical sobre sus valores fundamentales comunes. Un fundamento sólido para estos valores no puede surgir de ningún sistema de Derecho Administrativo; tan sólo puede obtenerse una conciencia de los mismos partiendo de la propia Administración.

## 2. Decisiva importancia de la teoría de la Administración en el futuro

La teoría de la Administración pertenece a las ciencias, a las que, incluso con la mayor cautela de juicio, es lícito predecir un gran futuro. La demora en su comienzo depende exclusivamente de sus resultados y eficacia. Se la necesita en casi todos los lugares de la vida pública; doquier falta una ciencia que describa con exactitud y exponga sistemáticamente las causas y efectos administrativos.

La laguna que implica la ausencia de esa ciencia parece que, de momento, todavía se nota poco; pero toda intervención planificada en la vida pública, desde la propaganda a la socialización, todos los esfuerzos para orientar la evolución de la Administración pública hacia el bienestar de la Humanidad, no pueden prescindir de una imagen científica, fiel a la realidad, de los principios o fundamentos administrativos y de sus conexiones. La teoría de la Administración desempeñará algún día, por lo tanto, un papel decisivo en la conducción o gobierno de los asuntos públicos allí donde quiera que un estadista pretenda aminorar la suma total del sufrimiento humano o, por lo menos, evitar que esa suma aumente.

## 3. El arte de administrar hasta finales del absolutismo

Desde los siete sabios de Grecia los hombres han reflexionado sobre el arte de gobernar; de pasada se ha tropezado con el arte de administrar, pero no se ha desarrollado una verdadera ciencia del mismo.

La estructura básica —política, económica y social— de finales del absolutismo era todavía de tipo patriarcal. Quien heredaba o ejercitaba cualquier potestad tradicional—y esto equivalía, en el campo y en las ciudades, a la mayoría de los titulares de cargos públicos—lo hacía como sujeto de un ordenamiento cuyos fundamentos jurídicos estaban fijados de antiguo. En consecuencia, también administraba, en lo esencial, con arreglo a los mismos principios que habían servido a sus predecesores para desempeñar el cargo. La cosa era tanto más natural cuanto que en un modo de vida predominantemente o exclusivamente agrícola pocos problemas efectivamente nuevos se presentaban, y, cuando esto sucedía, por excepción, el desarrollo de los nuevos problemas era lento. En realidad, todo había ya sucedido alguna vez y sólo cambiaban, sólo eran distintas, las personas.

Para decidir o resolver bien un caso era suficiente con un buen conocimiento del país y de las gentes. La natural sencillez de las estructuras económicas exigía pocos conocimientos; pero aun en el caso de que alguien dispusiese de esos conocimientos le resultaría muy difícil el imponer criterios teóricos frente al peso de las relaciones personales.

Esta ley de la hostilidad a la teoría de la práctica próxima al caso singular es válida todavía hoy: cuanto más pequeña es una unidad administrativa tanto menor papel desempeña en su actividad la teoría. Un funcionario que en el concejo de una entidad local de 1.000 habitantes opera con Decretos ministeriales no logra que se le haga caso, pues desde cerca la norma nunca es lo normal. Aquí las leyes de validez general y

aquellas que resultan adecuadas y efectivas en el caso particular discrepan notoriamente con frecuencia. Esta situación no ha sido hasta ahora suficientemente reconocida o, en todo caso, suficientemente observada, porque la ciencia en lugar de advertir la realidad se contentó con principios establecidos sobre el paciente papel.

A fines del siglo pasado, los físicos observaron fenómenos que no podían explicarse con las leyes de la física clásica, únicas válidas hasta el momento. Como se sabe, MAX PLANCK ha resuelto este enigma por medio de su «teoría de los cuanta». Si aplicamos los resultados de su investigación a la Administración, nos ayudan a reconocer hasta qué punto la regla general y la decisión particular pueden seguir leyes distintas.

Las reglas administrativas generales no se refieren a procesos o casos aislados, sino a una serie de ellos; nada dicen sobre el verdadero curso del caso particular. No fijan o predeterminan ese curso, sino que dan tan sólo criterios, puntos de vista, que hacen probable que el caso transcurre de ese modo *rebus sic stantibus et personis sic volentibus*.

Según eso, en la Administración solamente puede haber leyes de probabilidad; la forzosidad de un ordenamiento jurídico, dentro de cuyos límites las cosas se producen de acuerdo con puras necesidades causales, es extraña a la esencia de la Administración. El hecho de que a pesar de ello esa concepción haya surgido tan temprano, como veremos, y haya podido mantenerse hasta la fecha, se debe a que solamente se edificó sobre y para el macrocosmo de la Administración; es decir, para la Administración central y para la teoría, pero no se ajustó decisiva-

mente a lo que realmente acontecía; es decir, al modo cómo los afectados se las arreglaban con las reglas o normas ordenadas. En lugar de formular prescripciones generales se debería, por lo tanto, averiguar, ante todo, los *cuanta* de acción prácticos de la norma general en el caso concreto.

#### 4. La revolución francesa y el Estado de Derecho

Cuando, como consecuencia de la Revolución francesa, las bases jurídicas del ordenamiento administrativo patriarcal se derrumbaron y, al mismo tiempo, el desarrollo de la industria planteó nuevas tareas a la Administración, no fueron necesarias regulaciones generales para mantener en pie la misma; bastaba con encontrarle solución adecuada al caso singular, particular. Pero cuanto más se dilataron las áreas sobre las que discurría un proceso administrativo, cuantas más personas, sin o con débiles relaciones anteriores, participaron en el mismo, se añadieron a los intereses que era preciso tener en cuenta, en el caso particular, otros nuevos que hasta ahora no se habían presentado; estos eran, por de pronto, de naturaleza política. La Administración es, por esencia, federalista.

Ahora se manifestaron intereses desde arriba que alegaron a su favor puntos de vista centralistas. Ante todo, la unidad estatal, la coherencia del aparato estatal, etc., recomendaban regulaciones generales.

En tanto la burocracia se controló a sí misma en la Administración; es decir, aproximadamente hasta mediados del siglo XIX muy pocos domi-

nios fueron sometidos a una regulación general. Las regulaciones sistémicas eran casi inexistentes.

La cosa cambió cuando intervinieron los parlamentos en el control de la Administración.

A los representantes del pueblo les interesaba que las vinculaciones, las ataduras de los Gobiernos fuesen del mayor rigor posible. El mejor medio para lograrlo consistía, evidentemente, en otorgarles carácter jurídico.

Surgió el Estado de Derecho en el sentido actual. Así como se establecieron determinadas categorías para la actividad del Gobierno, parecía obvia la exigencia de crear otras para la Administración; con ellas debían vincularse, limitarse, de un modo quasi-legal, los organismos de la Administración. Pero fué más rápido el propósito que la realización, porque los que pretendían esa vinculación, los juristas, no tenían una imagen suficientemente clara de la Administración para obtener de la misma reglas generales.

De un modo inductivo, examinando caso por caso y ascendiendo al conocimiento general, los juristas no podían alcanzar su meta. Resueltamente, los representantes del derecho público se volvieron hacia el método deductivo. De su apuro, de su dificultad científica, hicieron virtud política, pues de ese modo, con ese método, suministraron las cadenas lógicas con las que los políticos pudieron atar la burocracia más o menos sospechosa de arbitrariedad.

### 5. El método civilista en Derecho administrativo

Por mucha confianza que se tuviese en la propia obra no cabía esperar que el público aceptase, sin más, co-

mo realidad jurídica, lo que había sido cavilado por el pensamiento jurídico. Se necesitaba, pues, una autoridad que legitimase el resultado práctico de la propia actividad teórica.

Como base o fundamento teórico sobre el que pudiera construirse el propio edificio de un derecho público, en especial Derecho administrativo, se ofrecía, de un modo obvio, el derecho privado.

La renovación contemporánea del Derecho civil, en el último cuarto del siglo XIX, confortó el aliciente intelectual del método civilista en Derecho administrativo.

Todavía luchaba el Derecho público por obtener en las altas escuelas de Alemania un hogar científico parejo al del hermano mayor civil. En el de los juristas acostumbrados a los nítidos y precisos conceptos del Derecho romano no disfrutaba de gran prestigio. Sin duda, el afán de equiparación no podía realizarse mejor que demostrando que se pensaba dentro de las mismas categorías de los defensores del monopolio civilista: bastaba con sondear levemente los terrenos de las normas civiles para encontrar las más hermosas pepitas administrativas en la arena jurídico-privada. ¿Cabía algo más natural que suponer que Derecho público y privado habían surgido de una magma común de conceptos jurídicos?

«Un» derecho público de obligaciones, «unos» derechos reales públicos, surgieron ahora en el papel de los tratados de Derecho administrativo.

El Derecho civil, a pesar de las advertencias tempranas, continuó siendo la cantera espiritual de los administrativistas, de la que obtienen el material con el que, tallado conceptualmente de un modo algo distinto,

según las mismas reglas, construyen un edificio teórico. El proyecto de ordenación administrativa de WÜRTTEMBERG, el último proyecto de Ley administrativa de carácter general con anterioridad a 1933, prueba lo dicho con toda claridad: se apoya notoriamente en el Código civil, cuya estructura y párrafos le sirven como modelo donde se «había esperado algo más autónomo y original».

GERBER había mostrado como ideal para el Derecho político la naturaleza científica del Derecho privado, que para él, discípulo de la Escuela Histórica del Derecho, estribaba «en la efectividad inmediata del espíritu colectivo del pueblo (VOLKSGEIST)». LABAND, que ha realizado para el Derecho político el trabajo del cual había sido profeta GERBER, vió una situación análoga para el Derecho administrativo: encontraba en el mismo «un conglomerado de principios jurídicos diversos», en los cuales debía encontrar el investigador «vinculaciones tangenciales» con el Derecho civil. A ese trabajo se ha entregado demasiado a fondo Otto MAYER, el colega de LABAND en Estrasburgo. Para LABAND fueron suficientes «posibilidades lógicas» para comparar la posición del emperador alemán con el concepto de la directiva o gerencia de una sociedad y para declararlo, en cuanto soberano militar, «administrador» de todas las fuerzas coercitivas del Reich. KORMANN encontró «acciones ilícitas del derecho público» que debían estar «en contraposición» (¿a qué respecto?) a las acciones ilícitas del Derecho privado y del Derecho penal. Resultados científicos tan fácilmente logrados tenían que tentar a cualquiera a ensayarse del mismo modo en el dominio del Derecho administrativo.

En cambio, esos resultados no ani-

maban a los funcionarios administrativos a ocuparse del derecho de su profesión. En su lugar asumieron la tarea civilista juristas del Derecho privado, con esa alegre confianza en la propia infalibilidad que con tanta frecuencia asalta a los científicos cuando creen poder apoyarse en la coherencia lógica de un sistema teórico. Toda la teoría del Derecho administrativo ha sido forjada hasta el momento, casi exclusivamente, por hombres que no pretendían enseñar cómo se administra del mejor modo, sino que estaban orientados tan sólo hacia el Derecho, y, ciertamente, como ellos lo concebían: un Derecho que llamaron después, a pesar de su falta de experiencia de la Administración, Derecho administrativo.

## 6. Construcciones teóricas con olvido de la práctica

Tales construcciones, dentro de la atmósfera prácticamente enrarecida de la pura teoría, no se percatan del hecho conocido de que realmente sólo conducen a algo aquellas consideraciones sobre fenómenos jurídicos que «parten de la averiguación de su importancia práctica para los interesados». Estos profesores juristas olvidaron demasiado, y con proclividad debida a la «comodidad esquemática», que sin tener en cuenta las consideraciones prácticas que realmente predominan en la Administración no es posible investigar su Derecho, pues la normatividad concreta surge siempre tan sólo de una determinada situación histórica. El administrador se decide siempre a la vista de una tal situación y no en consideración a un concepto.

«El problema decisivo de una dogmática jurídica; es decir, la pregun-

ta sobre una formación de conceptos históricamente sistemática» dentro del Derecho administrativo, lo resolvieron aparentemente, soslayándolo, por medio de su sistematización histórica. Sin dilucidar los fundamentos históricos, que en su mayoría no son de naturaleza jurídica, sus construcciones flotan en el aire. Pero no pretendían lograr con el método peculiar a su especialidad esclarecimientos creadores de la estructura histórica del fenómeno práctico de la Administración.

El ascético ideal científico del sabio alemán orientó las pretensiones de los administrativistas más bien que hacia el influjo en la vida real hacia la meta teórico-científica de obtener rango pleno en el círculo de las disciplinas académicas. La exigencia de Otto MAYER de un «sistema de institutos jurídicos peculiares de la Administración estatal» obedecía a la preocupación de que «la ciencia del Derecho administrativo pudiese entrar, como disciplina jurídica equiparada, junto a las hermanas mayores». Por eso fueron desterradas todas «las discusiones políticas subjetivas». No es extraño que la muy admirada obra de Otto MAYER pareciese dirigida exclusivamente «a los colegas de especialidad».

No se percataron de que ni siquiera establecían contacto en cuanto al método, al contenido y al alcance, con el sector de la actividad administrativa práctica consistente en la aplicación del Derecho.

La hipertrofia de la parte general del Derecho administrativo se produce a costa de la parte descriptiva especial que casi falta por entero.

Entre la teoría y la práctica asumieron una posición intermedia, mediadora, los «tribunales». En general se esforzaron «más que la ciencia en

hacer justicia al caso singular» y se guardaron de establecer principios que trascendiesen el alcance de la decisión del caso particular.

## 7. Necesidad de recurrir a situaciones reales

El administrador tiene que ser caudista. A su trabajo le falta, por naturaleza, el cariz universal que la ciencia del Derecho administrativo se atribuye como algo evidente.

A la larga, todo administrador que, con una juricidad exagerada, no tiene en cuenta las circunstancias, termina fracasando (condene o no este hecho el moralista jurídico). Su arte consiste, esencialmente en conciliar, con ánimo imparcial y superior destreza los diferentes puntos de vista en una solución objetiva, jurídica y moralmente irreprochable.

Para comprender el Derecho administrativo es preciso, por tanto, recurrir a las situaciones e intenciones reales. Hace falta desentrañar las circunstancias económicas y sociales que influyen tan poderosamente la eficacia jurídica.

Es ciertamente necesario abandonar la equivocada ambición de «lograr posiciones neutrales superiores» e investigar por de pronto las exigencias prácticas de estos dominios de los nuevos horizontes administrativos. Entonces las particularidades técnicas se reducen en la mayoría de los casos y se desarrolla un amplio cuadro de las más complejas relaciones. A partir de la armonía de esas relaciones se despliega la gran idea de una teoría científico-administrativa de la justicia que sintetiza particularidades técnicas y jurídicas en una unidad espiritual, moral y prác-

tica que convierte, a la vez, el proceso administrativo particular en decisión sumamente personal del administrador responsable, el cual debe apoyar su responsabilidad no sobre el frío cálculo de un tecnicismo reglamentado ni sobre el formulismo anémico de la juridicidad lógica, sino,

ante todo, sobre la creadora fuerza de configuración de sus medidas. «La acción creadora» ya no debe ser cohibida, como «en el curso de la última época de la historia de la Administración, en favor de la justicia administrativa formal». — FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO.