

VIGENCIA SOCIAL DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS

Por LUIS F. CASANA PAVON

35.028

Sumario: I. Vigencia social de las normas jurídicas: concepto y significación actual. Vigencia social de las normas jurídicas administrativas.—II. Causas de la falta de vigencia.—III. Medios de investigación de la falta de vigencia.—IV. Consecuencias de la falta de vigencia respecto al orden jurídico general.—Observación final.

I. Vigencia social de las normas jurídicas: concepto y significación actual

FORMA parte del saber jurídico clásico la idea de que la Ley no tiene valor más que si se la aplica y en el modo en que se le aplica (1). Efectivamente, para que las normas cumplan su finalidad de ordenación social y de justicia es necesario que sean debidamente observadas y respetadas. Esta observancia y respeto viene a ser su propia eficacia. Ahora bien: esta eficacia de las normas jurídicas puede verse paralizada o impedida porque se ignore su exis-

(1) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.ª edición, T. I., p. 118. Vid. también JOAQUÍN COSTA: *La ignorancia del Derecho*, cap. IV.

tencia o contenido, porque se renuncien los derechos que atribuyen, por dispensa de las obligaciones que imponen, por su inobservancia y por fraude.

En todos y cada uno de estos casos, la ineficacia aparece referida a casos concretos en que por uno u otro motivo de los expuestos la norma jurídica no ha producido el fruto inmediato y básico de su aplicación. Es ésta la ineficacia entendida en sentido propiamente jurídico.

En un sentido sociológico o económico-social, o simplemente social, la eficacia de las normas de derecho hace referencia al grado avanzado de la realidad económico-social pretendida por un sistema o un plan o entrevista en una perspectiva en que las mismas no son, en unión de otros, sino un mero instrumento.

Ambos sentidos de ineficacia de las normas son, desde luego, interesantes y abarcan los aspectos más importantes que cualquiera de ellas presenta cuando pasa del mundo abstracto de los valores al de la vida social organizada. Y la circunstancia de que con frecuencia se presenten como antitéticos—a veces una eficacia social notable se debe a la norma en sí y no a su observancia perfecta, otras veces una norma observada a rajatabla produce efecto social mínimo—no disminuye la importancia de una estrecha relación entre ambas clases de ineficacia; en efecto, la eficacia jurídica es siempre antecedente y presupuesto necesario de la eficacia social.

Pues bien: dentro de la teoría general de la eficacia de las normas jurídicas, y más concretamente de entre los casos de ineficacia propiamente jurídica de las mismas, existe una de un relieve extraordinario y al mismo tiempo de una complejidad notable. Nos estamos refiriendo a la inobservancia.

Para analizar lo que de ella juzgamos importante prescindiremos del aspecto de la misma determinante de respuestas correctivas de la Ley ante supuestos concretos y generalmente individuales, normalmente tipificados o cuasi tipificados en los Derechos sancionadores. También prescindiremos del examen de la vigencia social como concepto perteneciente al campo puramente técnico de la problemática de la norma jurídica positiva para poner nuestra atención en la consideración de la misma como fenómeno que se produce en el campo de la humana convivencia, ya que la inobservancia adquiere, por vía de su reiteración, una dimensión social de trascendental importancia.

Esta inobservancia reiterada es, de modo indudable, desde el punto de vista de la norma en sí, una falta de aplicación que, abstracción hecha de sus motivos, podemos denominar falta de vigencia social.

Si tuviéramos que definirla diríamos que vigencia social es la proporción, grado o medida en que la necesidad jurídica de su aplicación, implicada en su validez (vigencia técnica), se satisface. Será la relación en que se encuentre el número de veces que se produzcan los acaecimientos o circunstancias a los que la norma es aplicable con el número de ellas en las que efectivamente se aplique.

Pero impresiona un poco caer en la cuenta de lo complejo que resulta, como dato operativo necesario para el examen exhaustivo de la vigencia social de las normas jurídicas, considerar no ya la aplicabilidad de las mismas, sino la realización de los supuestos de hecho estructurales de ellas, pues estos supuestos, que determinan su verdadera vida, son de la más varia naturaleza; tan varia que apenas tienen otro denominador común que el de ser causa inmediata de la incidencia efectiva de ella en la vida social; su conjunto apenas puede ser abarcado desde otro punto de vista que el de la dinámica de las normas, como sistema o sistemas de conexión de la regla con la realidad vital a que el Derecho se refiere y a la que debe racionalmente plegarse.

En su variedad se comprenden desde hechos o circunstancias independientes de la voluntad humana, en sí o en sus consecuencias jurídicas, hasta actos realizados en consideración, precisamente, a la aplicación de la norma; desde circunstancias totalmente subjetivas a complejas situaciones objetivas; desde situaciones plenamente manifiestas a otras que, por su naturaleza o modo de producirse, son casi imposibles de descubrir.

Claro que esta dificultad se aminora si reducimos nuestro intento al examen de la falta de vigencia social de las normas administrativas, pues a los órganos encargados de su aplicación siempre les está atribuido algún género de control de las relaciones por ellas afectadas u ordenadas.

Creemos, por último, que dada la magnitud del campo de investigación de la vigencia, pese al acotamiento apuntado, podemos honradamente prescindir de su examen por la suficiente razón de que la falta de vigencia social se da en grado lo suficientemente notorio como para que no necesite comprobación. Meros ejemplos de ello son la ley del Suelo, la de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia, como conjuntos de normas de honda trascendencia social; el artículo 18 del reglamento del Consejo del Reino y el 50 del de las Cortes, como preceptos dictados en pro de la pureza del sistema normativo; numerosos artículos de la ley de Procedimiento administrativo, como texto legal de un campo tan afanosamente atendido como el procesal, etc.

Así, podriase ir enumerando una cantidad importante de disposiciones fundamentales sin vigencia social, lo que da base suficiente para considerar un hecho notorio dicha falta de vigencia en nuestro ordenamiento administrativo.

Por ello, no trataremos el punto de la investigación de la falta de vigencia con otro detenimiento que el estrictamente necesario para esbozar un sistema que, al margen de cuanto este trabajo tiene de comentario de la realidad actual española, sirva para situaciones distintas en las que la cuestión de la vigencia o no de las normas administrativas no venga resuelta por la evidencia.

II. Causas de la falta de vigencia

En parte por la circunstancia de que la falta de vigencia social de una crecida serie de disposiciones de carácter administrativo merece la consideración de hecho notorio que, en consecuencia, no necesita comprobación previa; en parte porque aparece adaptado a nuestra mentalidad e irresistible a nuestra tendencia a dejar de lado la rigurosa meticulosidad de la generación científica, nos vamos a referir antes que al hecho de la no vigencia, y en relación con la falta de ésta en más o menos concretos grupos de normas, a las causas generales de este fenómeno.

Sin que, según entendemos, quepa hacer una enumeración taxativa de las causas de este hecho, si creemos que pueden considerarse fundamentales las siguientes:

1. INFRAVALORACIÓN DEL ELEMENTO JURÍDICO EN LA ORGANIZACIÓN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA CONVIVENCIA SOCIAL

En parte sustituido por otros instrumentos, en parte en trance de vehemente sustitución, se va considerando al Derecho casi como una especie social a extinguir.

Y es que el hombre ha caído en la cuenta de que la actitud de reverencial aceptación del bagaje cultural de sus antepasados, de irreflexiva adhesión a principios tenidos por inmutables como base de un buen número de sus convicciones, no pasan de ser más que estadios en la dinámica de las actitudes, meras instantáneas de una época. Entre los principios caídos está el de la sagrada y prudente majestad del Derecho. Si el «imperio del Derecho» es la alternativa

ordenada y pacífica —dicen W. Nort Seymour y Saul L. Sherman (2)— en la solución de los problemas sociales por la fuerza, es lógico que, siendo el uso de esta amenaza cada vez menos efectiva por la menor probabilidad de su uso, el imperio del Derecho y de la Ley pierden relevancia».

Es un hecho que el Derecho, por un cúmulo de razones de todo orden, ha perdido relevancia como factor de convivencia. Y que, decaído el Derecho, la vigencia social de las normas jurídicas, una de cuyas bases fundamentales es la completa aceptación por la comunidad de la superioridad de las mismas, ha perdido rápidamente estimación, sin que esta falta de respeto, por otra parte, pueda ya atribuirse sino de manera excepcional a una reacción o sacudida defensiva de los grupos sociales contra normas dictadas sin contar con sus coordinadas naturales.

La importancia de la devaluación del factor jurídico como causa de la no vigencia de las normas administrativas es decisiva; hasta el punto de que pensamos que es punto de referencia o adscripción lógica de todas las causas que, en último término, pueden encontrarse de la falta de vigencia de las mismas.

1.1 *Motivos de la desvalorización*

Si penetramos en el fondo de este fenómeno nos damos cuenta de que esta desvalorización es, a su vez, una manifestación más del cambio de sentido de la Administración pública y de la visión científica de su problemática y una implicación además de la remoción histórica de la jerarquía de valores.

1.1.1 *Remoción histórica de la jerarquía de valores.*—En cuanto manifestación de la alteración del orden de los valores humanos, la pérdida de vigor e incluso de presencia informante de lo jurídico ha de aceptarse en todo lo que tiene de superación de esa aceptación emocional del mito y en tanto en cuanto tienda a desterrar del campo de la convivencia los numerosos engendros —a veces monstruosos— de la picardía y el retorcimiento del legalismo a ultranza, verdadera degeneración histórica del Derecho, que dibuja a éste como arsenal de posibilidades dialécticas, como escudo legal contra responsabilidades, como artificiosa, parcial o aislada utilización de los efectos de las reglas jurídicas que quebranta su propia esencia como conjunto de normas que pretenden la perfección de la sociedad.

Pero en todo lo que este reajuste del orden jurídico rebase estas

(2) *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra. Vol. IV, número 2.

finalidades hay que rechazarlo, si no como ataque a la jerarquía de valores —respecto a la que nos encontramos además en una especie de «periodo constituyente»—, si en cuanto que es fruto de una postura cargada de inadvertidos factores emocionales que pretende, olvidando la honda sustancialidad del problema, edificar, con la inconsistencia propia de toda solución superficial y apresurada, nuevos puntos de vista, sin apenas carga de sentido, donde antes se asentaban vigorosas concepciones cuya degeneración podía haber sido evitada las más de las veces con criterios nacidos de instituciones puramente jurídicas —los de la lucha contra el fraude son un ejemplo— que yacen envejecidos en la olvidada entraña del Derecho.

Estas tendencias suelen proclamarse enmarcadas científicamente en direcciones metodológicas solventes como es la de la jurisprudencia de intereses; mas la artificiosidad de este cobijo queda manifiesta en cuanto se comprende que esta doctrina no supone negación ni menoscabo del orden jurídico, sino precisamente una reacción contra otras posiciones metodológicas exageradamente conceptualistas y una revitalización del Derecho mediante una cumplida toma de conciencia de los fines e intereses humanos.

Este desmedido afán innovador, por lo demás, cuyo vacío interior —como otros desolados vacíos del alma colectiva— es encrespado al azar por los estímulos alucinantes de un nuevo umbral de la historia, ha llegado, confundiendo lo consagrado con lo caduco, a preterir, en sus escasas reflexiones, instrumentos históricos que tanto sirven para la creación como para el reajuste del orden jurídico, como es el Derecho natural; no ha caído en la cuenta de que éste no es un conjunto arcaico de principios ideales, sino fundamentalmente una actitud de buen sentido y de fecunda e inteligente consideración de la realidad social; su concurrencia en esta fase de reestructuración de los factores de la convivencia social terminaría así con los ineficaces dogmatismos secos, llenos de sacralidad artificiosa, como con la picaresca, que, con las más variadas versiones, tiene carta de naturaleza en todos los campos del Derecho.

1.1.2 *Nuevo sentido de la Administración pública y de la visión científica de su problemática.*—Sin que en modo alguno aceptemos posturas extremas como la de Santi Romano, que, proclamando la radical insuficiencia de las normas jurídicas como medio de regular la convivencia humana, entiende que en el ordenamiento jurídico hay que dar entrada a normas de moral, economía, puramente sociales y hasta técnicas (3), es fácil comprender que a la Administración pú-

(3) SANTI ROMANO: *El ordenamiento jurídico*. Edit. Instituto de Estudios Políticos.

blica le van viniendo estrechas las reglas de Derecho para desenvolverse, y calificamos de extrema la postura de Santi Romano porque la norma jurídica puede haberse producido con el auxilio de la cultura técnica, moral, social, etc., sin dejar por ello de ser jurídica: Toda norma implica un mandato o una prohibición, y en la conducta que impone o prohíbe rara vez dejarán de contar factores y conocimientos distintos de los jurídicos. En suma, el mandato o la prohibición, sustancia esencial de toda norma, incluso de las llamadas «permisivas», que si no vinculan a los ciudadanos si sujetan a la Administración—como más arriba incidentalmente decíamos— a amparar la conducta regulada, es precisamente determinante de la eficacia de la misma, ya regule los derechos del comprador, las funciones de un órgano administrativo o un proceso técnico industrial; siempre será una regla de conducta.

No negamos, pues, la evidencia de que el elemento no jurídico abunda e incluso imprime carácter—deja su impronta— en la función administrativa, pero consideramos infundado el también evidente extremismo de las posturas que creen ver en esta concurrencia y consiguiente impronta de lo no jurídico en la Administración pública una circunstancia de vigor suficiente y especie adecuada para producir una escisión entre Administración pública y Derecho.

Tampoco aceptamos en esa afanosa búsqueda de una definición del cambio de sentido de la Administración pública la afirmación de que ella es, como la empresa privada, gestora de unos intereses—en el caso suyo los públicos—, pues así como la gran empresa privada mercantil o industrial con la que, consciente o inconscientemente, se pone siempre en parangón a la Administración no tiene otro objeto que el de recoger y poner en actuación los elementos necesarios para la obtención de un producto destinado al cambio, la Administración pública tiene el sustancialmente distinto de ordenar la convivencia mediante, unas veces, eliminar las divergencias y estimular las convergencias de las libres actividades individuales en aras del bienestar social, y otras, llevando a cabo la prestación de servicios, todo ello con una variada gama de actividades de represión, encauzamiento, inspección, control, indicación, incitación de los comportamientos individuales o de grupo, etc.; que sobre esto tiene la Administración un matiz gerencial, qué duda cabe; pero esta apreciación no puede referirse, y de hecho no se refiere más que a su régimen interno, a su metodología organizativa; mas no se puede definir su naturaleza pensando sólo en su organización, en su estructura o en su funcionamiento. No es obstáculo a esta concepción el hecho de que exista una Administración prestadora de servicios en cuyo entramado fun-

cional e incluso en el estilo de sus relaciones con los administrados se utilicen con frecuencia formas jurídicas y estructuras económicas que son un trasunto fiel de las privadas, ya que ni estas formas y estructuras pueden tampoco definir la Administración pública ni siquiera, sin otra perspectiva que la de la forma o instrumento de economía privada que se use, se puede decir que su finalidad sea la obtención de un producto, sino la satisfacción de una necesidad, mediante, tal vez, eso sí, un determinado género de producción, servicios o la ordenación de un disfrute en aras, en definitiva, del bienestar social.

Sin embargo, lo cierto es —y no es éste el lugar para tratar de ello— que la Administración pública ha cambiado, que este cambio afecta de manera espectacular a su estructura y funcionamiento y que el elemento jurídico ha dejado de ser el prevalente, viniendo a convertirse en uno más de los factores, en aumento cada día, a los que hay que acudir para hacer el esquema de su concepto. La complejidad de su misión, la colosal heterogeneidad de la naturaleza de sus fines, unidos por una línea de correlación e interdependencia que dibuja, con casi cerrado contorno, «algo» de impresionante semejanza a un superorganismo biológico —piénsese, por ejemplo, en la comparación de Payol con el sistema nervioso del hombre—, es función de altura tal que hasta el momento sólo podemos concebirla científicamente con un conjunto de ideas descriptivas.

Lo que sí sabemos es que el punto de referencia de la Administración pública no podemos colocarlo ya ni en la garantía del Estado, ni en la tranquilizante canalización jurídica de sus funciones o limitación de su necesaria posición de supremacía, ni en la defensa equilibrada de las libertades individuales, ni en la idea de servicio a la comunidad política. No se limita ya a la elaboración de fórmulas de transacción o compromiso entre los intereses públicos y los privados mediante un prudente sacrificio en cada caso de éstos en aras del bienestar general o interés público. Este sistema va resultando inadecuado porque si bien los casos de interferencia o tangencia de las órbitas de intereses individuales con la de interés general, justamente ahora, están perdiendo virulencia, su número o frecuencia se ha multiplicado de tal manera que resulta ya insuficiente proveer a su ordenación mediante un conjunto más o menos sistematizado de recetas; exige más bien un cambio de la actitud de fondo. Un desplazamiento del centro de gravedad de la propia Administración. Y es, en efecto, lo que va ocurriendo; la Administración pública se va introduciendo en la misma entraña de la sociedad, convirtiéndose en supremo intérprete del creciente sentido de comunidad de los individuos y de la expresión más desarrollada de éste, la totalización hu-

mana; estudia las necesidades de los grupos, detectando sus tendencias para canalizar las que de ellas considera que tienen valor social; va llevando su presencia —en una labor sutil y difícil— hasta las mismas determinantes de los comportamientos, condicionándolos, provocándolos o evitándolos. Y claro es que, muchas veces, tanto como influyente es influida. Su propósito en numerosos casos no es actuar «frente», sino «junto» al ciudadano. Procura que los administrados participen en la adopción de decisiones administrativas para conseguir que, antes de que éstas se adopten, los interesados muestren su parecer o incluso sumen su voluntad a la de ella misma; así, por ejemplo, resulta de los artículos 96 y siguientes y 147 y siguientes de la ley General tributaria.

En esta línea de pensamiento, en la que está manifiesta una razonable pérdida de preponderancia del factor jurídico, se busca un nuevo concepto de la Administración pública y de su problemática.

Pero en esta afanosa búsqueda se adopta una postura excesivamente pragmatista. Y lo malo de ello está—como dice Rivero refiriéndose al carácter axiológico de algunas funciones de la Administración—en que a fuerza de callar las verdades primeras se termine por olvidarlas, en provecho de las verdades segundas o terceras, técnicas o pragmáticas, que las van recubriendo lentamente.

Esta posición excesivamente pragmatista se manifiesta fundamentalmente en tres direcciones distintas:

a) Una visión demasiado simplista de la función integradora de las fuerzas sociales, con olvido de muchas peculiaridades individuales de inadvertida pero evidente convergencia con el bien común.

b) Una especie de polarización de la atención de los estudiosos de la Administración por el aspecto funcional de la misma.

c) Falta de discriminación, a los efectos de su atribución orgánica, entre las funciones técnicas y las funciones puramente administrativas.

Veamos cada una de ellas:

a) Visión excesivamente simplista de la función integradora de las fuerzas sociales, con olvido de muchas peculiaridades individuales de inadvertida pero evidente convergencia con el bien común.

Esta visión simplista ha dado lugar a que el indudable valor básico del factor organización, para la estructura y funcionamiento de la Administración, haya producido en la mente de muchos—con el apoyo científico de la «teoría de la organización»—una especie de triunfalismo organizativo un poco disolvente del sentido de la diversidad del objeto sobre que ella actúa, la diversidad humana, la

diversidad humana cuyo contrapunto ideal y al mismo tiempo necesario es el factor jurídico. Se pierde así el sentido de que la postura de la Administración ante la complejidad de factores que constituyen el campo de su trabajo debe ser la de estudiarla, ordenarla y enriquecerla en tanto en cuanto contribuya al desarrollo de la comunidad. La actividad organizativa exigida debe aplicarse, en gran parte, a captar los hechos y las ideas que—como dice Rodríguez Arias (4)—importan a la finalidad directiva con el fin de conducir al esfuerzo concertado todos los factores de la comunidad. Con estas observaciones creemos queda puesta de relieve la importancia básica de las todavía, si suficientemente reconocidas, no tan suficientemente puestas en práctica, funciones de comunicación y de coordinación en la Administración de un país, como el nuestro, en desarrollo.

b) Una especie de polarización de la atención de los estudiosos de la Administración pública por el aspecto funcional de la misma.

Nos lleva esta idea a recordar las dos posturas antagónicas y extremas, la jurídica y la no jurídica, desde las que, respectivamente, se pretende alcanzar nada menos que el fenómeno administrativo. En torno a ellas no diremos sino algo que está en la base inspiradora de este trabajo: que creemos llegado el momento de elaborar una síntesis al respecto: el fenómeno administrativo no puede ser como antes, estudiado sólo con instrumental jurídico, ni el Derecho puede dejar de formar parte importante de la Administración pública; y no solo para articular de una manera formalmente justa el elemento humano de su orgánica y estructura internas ni para lograr un para todos satisfactorio funcionamiento; en suma, no para su «eficiencia operativa», no para el *cómo* y el *cuándo* de su actividad, sino para el *qué* de ésta. Porque, efectivamente, se ha llegado a una escisión demasiado tajante entre la esfera interna y la externa de la Administración pública; entre su aparato orgánico, funcional, que se estudia y se cuida con afanosa y certera atención—claro que a tal extremo ello que a esta autocontemplación se ha calificado por algún autor como especie de «narcisismo administrativo»—y las doctrinas fuente de la moral social, el Derecho administrativo, la Economía y otras. Y fruto de esa escisión ha sido el venir a ser considerada la Ciencia de la Administración como una ciencia y arte subordinados del *cómo* llevar a la práctica *con eficiencia* los postulados que dichas disciplinas principales elaboran; como una ciencia de contenido puramente formal. Un claro ejemplo y consecuencia de esta visión de

(4) J. RODRÍGUEZ ARIAS: «Administración para la integración.» Conferencia en CICAP. Buenos Aires, septiembre 1966.

la Administración lo encontramos en la calificación de «operación» que se da a lo que en el proceso administrativo se conoce como «elaboración de decisiones». No es que la decisión administrativa no deba nacer a través de un cauce preestablecido y en un momento dado; no es que no sea fundamental el aspecto procesal del fenómeno; pero calificarlo de operación, *polarizar* los caracteres del mismo en torno a su eje formal con la carga sustantiva tan intensa que tiene, creemos es excesivo.

La Administración es esencialmente dinámica; su aspecto funcional es importantísimo. Incluso creemos que la dimensión más trascendental del dinamismo administrativo no ha sido aún comprendida, por el afán de poner siempre el acento en este orden, en la actividad de producción de gestos con celeridad y eficacia y no en algo mucho más fundamental: en la fecundidad interna de la propia Administración, en su carga de posibilidades para responder ágilmente al siempre cambiante medio social, en dotar de algo así como un especial sentido móvil a muchas de sus fórmulas concretas, e incluso anclándolos en estratos más profundos, a muchos de sus conceptos operativos.

Pero lo que no puede pretenderse es que inducciones hechas con la óptica minuciosa, pero sin perspectiva de lo funcional, quieran ofrecer rasgos característicos de una actividad que, como la administrativa, tiene por objeto algo mucho más complejo que la obtención de un producto.

Otro ejemplo de enfoque formal absorbente es lo que ocurre con la idea de eficiencia, a la que siempre se identifica con la cualidad de producir el mejor servicio al mejor coste; se le interpreta como una eficiencia burocrática, como una eficiencia operativa de oficina o de servicio. Se olvida —y termina por ignorarse— que desde el punto de vista de la comunidad a que sirve y sobre la que la Administración actúa, la eficiencia tiene además otro sentido: que la Administración haga lo más necesario o lo más conveniente para la utilidad general (5), y esto, en un Estado moderno, no puede significar otra cosa que actuación conforme a las normas o planes establecidos.

Son todo lo que venimos exponiendo manifestaciones de esa visión antes referida de la Ciencia de la Administración como ciencia de objeto formal. Y en esta visión se olvida, igual que ocurre en los dos ejemplos expuestos, que la aplicación de las antes referidas disciplinas o ciencias que hemos denominado doctrina-fuente —que ello sí es labor de la Administración, conforme al interés general y a los

(5) Vid. así RODRÍGUEZ A. (Conf. cit.)

matices propios de la fórmula política imperante—no es una actividad formal, sino en gran parte sustantiva—todo lo pormenorizada que se quiera, pero no por ello menos sustantiva ni digna de menor atención—, que no se puede llevar a la práctica con meras consideraciones instrumentales.

La determinación de ese *qué* en el obrar administrativo—la llamada tradicionalmente «acción administrativa»—, además de necesitar el desenvolvimiento sustantivo a que acabamos de referirnos, no se puede siquiera decir que sea siempre cometido de otras ciencias o técnicas; esto es sólo así respecto a la política y algunas otras, y, en cierto sentido, respecto de la economía, ciencias autónomas, independientes, en cuanto a las cuales la Administración es ciencia subordinada, que desarrolla sus postulados conforme a las técnicas de ordenación de conductas o aplicándolas directamente a sus funciones. Pero no se puede decir lo mismo respecto de la relación entre la Administración y la legislación o, en general, entre Administración pública y Derecho, pues *la función pública opera, interfiere, modela, rige, en suma, los grupos sociales mediante determinaciones propias que afectan notablemente al contenido de los comportamientos*, con una fecundísima actividad normativa que forma parte de su propia entraña, que marca no sólo el *cómo*, sino el *qué* ha de hacerse o el *qué* es conveniente que se haga por los administrados o por la Administración. Este aspecto sustantivo del obrar de la Administración lo encontramos recogido científicamente dentro del grupo que en la clasificación que Mehl hace de las funciones de ella se conoce como «actividades axiológicas»; en la clasificación de Fayol podría encuadrarse dentro de la función directiva de previsión.

Pensar cosa distinta sería tanto como dejar de contar con una realidad que está fuera de toda duda—el «Poder legislativo» no hace reivindicación alguna de competencias que no podría cubrir con su inadecuación orgánica a tan compleja y frondosa actividad—, está plenamente consolidada y reclama su reconocimiento efectivo con la consiguiente dotación de medios a tan ingente labor normativa.

Intentar reconocer en esta labor de la Administración a la antigua «potestad reglamentaria», sobre que en el fondo no conmoviera las bases de nuestra tesis, no pasaría de ser un afán de aferrarse a un vestigio de doctrinas políticas superadas en el plano dogmático, totalmente quebrantadas en el plano de los hechos por la realidad diaria y cuyo imperio hay suficientes razones para no restablecer.

Adscribirla al campo de la política es cosa que no resiste la más ligera crítica, porque el *qué* de la función administrativa a que nos referimos es distinto del programa político, que es, precisamente,

quien pone en manos de la Administración la elección de las realidades sustantivas, concretas, específicas y minuciosas que, entre una serie numerosa de posibilidades, estime las más idóneas para lograr los fines del programa, bajo las exigencias de la justicia y de la eficacia.

Si proyectamos esta postura doctrinal sobre la realidad social, quedará fortalecida; en efecto, en nuestro sistema legal, como en tantos otros, sólo las normas con jerarquía técnica de leyes son elaboradas por el «Poder legislativo». Pero fuera de él existe una enorme producción administrativa de normas de «rango inferior», en las que no obsta que sean desarrollo—lo cual a veces no pasa de ser una apreciación puramente teórica—de preceptos legales anteriores para que deban ser consideradas reglas de sustantividad normativa, superior muchas veces a la del precepto que complementan o desenvuelven.

Y al decir sustantividad normativa superior no nos referimos al margen jurídico de autonomía para concebirlas y redactarlas, pues ese sí, normalmente, viene jalonado por un precepto técnicamente superior; hablamos de sustantividad normativa superior, no asignando a tales disposiciones una superioridad normativa, sino una mayor sustantividad que, evidentemente, son cosas distintas; y decimos que las mismas tienen mayor sustantividad en cuanto esa labor del desarrollo del precepto legal antecedente—segunda fase de la normación total—no es una mera «puesta en marcha» del mismo, sino, con gran frecuencia, un delicado trabajo de conexión, de textura sociojurídica con la vida social, a la que interfiere, en la que opera o en la que incluso produce cierta conmoción, que merece el máximo respeto, dentro de la problemática general de la organización de la convivencia. Y esta función debe ser considerada, íntegramente, en el campo normativo, porque en el fondo de ella existe siempre la ordenación de una conducta.

Como ejemplo aclaratorio a cuanto acabamos de decir cabría citar una gran parte de las disposiciones que constituyen nuestro ordenamiento administrativo. Podemos referirnos en esta vía de ejemplo a los decretos 2855 y 2856 de 1964, que establecen zonas de preferente localización industrial agraria y sectores industriales agrarios de interés preferente, y al decreto 1325 de 1966, que establece una zona de preferente localización industrial, en relación tales decretos con la ley 152/1963, llamada «de industrias de interés preferente», a la que desarrollan.

La referida ley se limita a establecer un sistema razonable de incentivos a conceder por el Gobierno, si éste lo estima, y cuando

lo estimase conveniente, promover un determinado grado de expansión en un sector industrial o el desarrollo industrial de alguna zona geográfica. Los decretos mencionados son los que en un momento determinado hicieron uso de la autorización concedida al Gobierno —y que hasta entonces no fue utilizada— para aplicarla a ciertas zonas y sectores industriales. Pues bien: teniendo en cuenta, primero, que la ley 152/1963 no vinculó al Gobierno a seguir precisamente su sistema de incentivos en pro de la expansión industrial, puesto que sólo le confirió una autorización —necesaria por supuesto para hacer aplicación de los beneficios en ella previstos—, y, segundo, que el seguir la fórmula establecida en la referida ley no puede tener otro sentido que el de someterse a un sistema razonable de estímulos cuya posible concesión tuvo necesariamente que haberse previsto en una ley, ya que por su naturaleza (exenciones tributarias) suponen la dispensa de preceptos de rango legal, y que, en cambio, su aplicación o no por el Gobierno y su aplicación en uno u otro momento y a unos u otros sectores industriales o zonas geográficas son conceptos y alternativas de muy notable importancia, creemos que se puede afirmar que los mencionados decretos son de sustantividad normativa superior a la ley 152/63.

Y todo ello pese a que la ley referida marca un hito formal notable y tiene un carácter programático en el orden de nuestra política económica, cuyo marco institucional revisa en lo referente a la legislación industrial, derogando la ley de 24 de octubre de 1939 sobre industrias de interés nacional. Tal vez por ello la hemos escogido como ejemplo representativo de preceptos en los que, en contraste con una alta jerarquía, se da una sustantividad normativa no superior, al menos, a la de muchas disposiciones administrativas de inferior rango.

La sustantividad normativa de los preceptos constitucionales no puede ser medida con iguales módulos que la de las normas jurídicas ordinarias, debido a su profundo contenido político. Dichas altas reglas, que suelen tener un prestigio acrisolado precisamente en una vigencia sin menoscabo, hacen gravitar su imperio de forma inadvertida; pero es lo cierto que están dotadas de una normatividad latente que supera en mucho la de las normas ordinarias, que se manifiesta sobre todo en períodos de crisis políticas. Sin embargo, sin otro afán, naturalmente, que el de hacernos comprender, podríamos en la línea que venimos exponiendo, contrastar la sustantividad normativa del punto III de la ley de Principios Fundamentales del Movimiento, como precepto de la máxima jerarquía, con cualquiera de los decretos de aumentos de alquileres en viviendas y locales de ne-

gocio promulgados con posterioridad al régimen especial de Arrendamientos urbanos como preceptos de normatividad de trascendencia máxima.

Nos resistimos a analizar este interesante tema más allá de lo necesario para expresar completo nuestro pensamiento. Por ello, solo nos resta añadir que así como el concepto de libertad en concreto ha cambiado profundamente y hoy no se puede definir sino teniendo en cuenta las posibilidades racionales y efectivas de desarrollarla, así también, hoy, para jalonar el margen jurídico de autonomía del legislador al elaborar disposiciones de superior rango (leyes, normas constitucionales) hay que contar con la posibilidad lógica y racional de su desenvolvimiento, casi siempre determinada por realidades previas, concretas, definidas y llenas de vigor y exigencias, con lo que la autonomía del mismo queda reducida frecuentemente a una serie de posibilidades de elección entre tipos y fórmulas conocidos y experimentados por otros grupos sociales, con los que la uniformidad, a fuerza de ir ganando idénticas metas de civilización, va siendo cada vez más intensa. Podría decirse que, con frecuencia, los preceptos fundamentales de cada país, ya regulen actividades técnicas, políticas, religiosas, culturales, económicas, etc., son ya el resultado de la adopción de previsiones universalmente elaboradas y que, en cambio, a los órganos administrativos corresponde, cada vez más intensamente, bien por potestad inicial incondicionada o por haberse relegado a ellos tal función, ordenar la concreta y genuina vida social de cada país, cuyos preceptos, en contacto con una diversidad irreductible que es la de los individuos que la componen, todavía tienen poca universalidad.

Por todo ello, ¿hasta qué punto se puede afirmar que una norma que desarrolla otra tiene menos sustantividad jurídica que la primera? O, incluso, ¿hasta qué punto se puede afirmar que esa norma segunda es menos importante que la primera, que aquella a la que desarrolla?

Desde el punto de vista lógico-formal o técnico-jurídico, la contestación es clara: siempre la norma desenvuelta o desarrollada será más importante; pero ¿son los aspectos lógico-formal y técnico-jurídico los que deben señalar, además del rango jerárquico, la categoría humana de una norma?

Cualquiera que sea la contestación que en principio se dé a estas cuestiones, creemos que hay que admitir que en toda norma jurídica, y especialmente en las de índole administrativa, hay que distinguir entre su categoría técnico-jurídica, perfectamente determinada por

critérios de jerarquía legal y su trascendencia efectiva y significación en la comunidad, determinada por criterios de orden socio-jurídico, y que, hasta el momento al menos, han merecido escasa atención a los estudiosos de la Administración pública. Quizá en algo de esto pensaba Romanones cuando dijo su conocida frase: «Que mis enemigos hayan las leyes, pero que me dejen a mí hacer los reglamentos.»

El Derecho, ponemos de relieve, está constituido por todo el entretreído normativo que rige la vida de un país, desde la Constitución a la más modesta circular. A su jerarquización técnica no corresponde una paralela jerarquización jurídica y humana. Por ello creemos es un error no reconocer o no proceder en consecuencia de la importancia del factor jurídico en la Administración pública, siendo así que una enorme parte de su labor diaria, manifiesta en disposiciones administrativas de todo rango, pertenece al Derecho.

Y nótese que no nos hemos situado para poner de manifiesto la sustancialidad jurídica de las disposiciones administrativas en el fenómeno tan generalizado de la llamada «deslegalización», que representa el fruto más logrado hasta el momento en nuestro país de la creciente ascensión del poder normativo de la Administración, paralela al debilitamiento del «Poder legislativo».

Y, sin embargo, es un hecho universal; basta recordar casos tan significativos como los «poderes delegados del legislativo» de los países anglosajones y la «reserva reglamentaria» de la Constitución gaullista, que, prácticamente, como dice Vedel (6), instituye un poder normativo gubernamental que bajo la forma de ordenanzas estamos después viendo actuar frondosamente. En España tenemos en este orden los llamados «textos refundidos» y los «textos articulados». Bien es verdad que existen brotes de signo contrario, como el artículo 18.2 de la Constitución austriaca, que ha derogado el principio de la delegación formal del legislativo en el Gobierno, pero ello no hace quebrar la tendencia general a la expansión de las facultades normativas de este último.

Todo ello implica un saludable acercamiento del derecho a la vida, al ponerse en manos de órganos esencialmente dinámicos y en íntimo contacto con la realidad importantes funciones normativas. Por ello es chocante que la satisfacción que pueda producir el observar tan conveniente toma de conciencia por parte del Derecho, de la realidad vital de los grupos sociales, se vea disminuida por las dos circunstancias siguientes:

(6) VEDEL, citado por B. OLIVER en «Derecho administrativo y socialización.» (Ed. CFYPF 1965.)

1.^a ¿Cómo es que precisamente ahora (ni la subida de importancia de lo funcional ni la ampliación de su campo operativo lo justifican) la Administración ha preterido, entre las cuestiones que justamente le preocupan, la notable ascensión en ella de las facultades normativas?

2.^a Ese plegarse del derecho a la vida, a los hombres —esa concreta realidad diaria cuya infraestimación en tantos puntos denunciarnos—, se produce a veces en forma lastimosa, pues la Administración, al llevar adelante, por la fuerzas de las cosas, una actividad normativa amplísima y heterogénea, sin una correspondiente dotación técnico-jurídica y con una absorbente preocupación funcionalista (la mentalidad del «cómo» antes referida) que repele como cosa que no le va, consideración alguna detenida sobre la importancia del qué en sus decisiones, da inevitablemente a luz normas viciadas, que están condenadas por ello, y en atroz paradoja con la mentalidad imperante, a su total ineficiencia en un medio socio-económico en el que, con frecuencia, sólo a duras penas consiguen hacer impacto.

Quizá la razón de fondo de todo ello, y en suma de la desvalorización del factor jurídico en la Administración, sea la de que ha perdido relevancia hablar del mismo —que siempre presupone o previene algún género de discrepancia— y, por supuesto, de la idea moral de justicia, porque debilitada en su individualidad la persona, ésta pide un orden tanto para no sucumbir ante los desafueros del egoísmo o los abusos de la injusticia como para no verse dominada por la complejidad totalizante del mundo que la rodea, viniendo así a sustituir, en vez de renovarla, la idea del Derecho por la organización con una postura que es totalmente materialista.

c) Falta de discriminación, a los efectos de su atribución orgánica, entre las funciones propiamente administrativas (dirección, gestión) y las funciones técnicas (construir, educar...), pese a la clara línea que las separa.

Efectivamente, las primeras se atribuyen muy frecuentemente a mentes de formación técnica, habituadas a razonar por sendas definidas con la simplicidad rotunda de las leyes físicas o de las ciencias exactas, sin sentido alguno de valoración para las complejidades, ambigüedades y pequeñas contradicciones de la vida de los grupos sociales; sin sentido humanista suficiente para llevar adelante, con acierto, la concepción, redacción, interpretación o aplicación de normas jurídicas en que, en notable proporción, consisten muchas de las funciones que les están encomendadas. Ello, por otra parte, supone una sustracción lamentable de tales mentes, generalmente do-

tadas de una capacitación superior especializada y poco frecuente de las funciones que les son propias dentro de la Administración misma. Plenamente conforme con cuanto decimos es el proverbio inglés «el técnico debe estar siempre a mano, pero nunca encima».

1.2 *Especial alusión a la decadencia de los sistemas de control jurídico de la actividad administrativa como concreta manifestación de la desvalorización del factor jurídico general*

La desvalorización del factor jurídico en la Administración barrena de forma indirecta la vigencia social de las normas administrativas al haber generado, por falta de suficiente vitalidad que lo renovara, la decadencia de los sistemas de control jurídico de su actividad que tan importante fin cumplían en pro de la virtualidad efectiva de la legalidad objetiva.

La decadencia de estos sistemas es un hecho evidente en Derecho comparado, de carácter inevitable y que no representa otra cosa que una incidencia propia de un devenir histórico. El mal está en los casos en que esa evolución no ha sido compensada o acompañada por la erección de otros modos de control jurídico propios de una época de Derecho socializado.

Y es que la socialización del Derecho, cierta y reconocida, no ha dado en algunos países aún su fruto en el campo del control jurídico de la Administración. En ellos, entre los que incluimos al nuestro, al producirse la socialización del Derecho y decaer la individualidad, vienen abajo los modos en que la salvaguarda del orden jurídico se concibe y se logra mediante el perfeccionamiento de los instrumentos de reclamación por quebrantos de derechos o intereses subjetivos; y caduca la concepción de la legalidad como conjunto de garantías a disposición de los perjudicados. Pero, ante todo ello, no se procede, como sería la lógica respuesta, a readaptar a estas realidades los sistemas de control de la legalidad administrativa.

Son muy complejas las razones que han dado lugar no sólo a la insuficiencia del sistema clásico de control de la Administración en el ámbito jurídico, sino a un efectivo repliegue de la individualidad como protagonista activa de la defensa de la legalidad de ésta. Pero es un hecho comprobado que en un Derecho socializado—como es el de la mayoría de los países desarrollados o en vías de desarrollo—el recurso contra la Administración es a veces más oneroso que soportar una lesión debida a una ilegalidad de aquélla, y se opta por pechar con ella por una variada gama de razones, a recurrir contra la misma.

Y es otro hecho comprobado que al haber evolucionado el concepto de acto administrativo, y sobre todo al haber perdido éste su significación crucial en el estudio y regulación de la actividad administrativa, existe una falta de concordancia entre el sistema de control jurisdiccional de los actos formales y los nuevos modos de proceder la Administración.

La respuesta lógica a estos planteamientos no es aplicar meros remedios superficiales—como ampliar la base de legitimación para recurrir—, sino dar entrada a un sistema de control cuya actuación no exija un quebranto de un derecho o de un interés subjetivo, pues un sistema basado en tal quebranto podría ser—insistimos— propio de una época en que al final de cada procedimiento, en la meta de cada expediente, rara vez dejaba de encontrarse un ciudadano que reclamaría si el procedimiento o el acto no se habían realizado conforme a ley. No sin motivo en numerosos países de Europa—y también fuera de ella—se han producido claros y evidentes frutos de la renovación del factor jurídico a que antes nos referíamos. Y es que «el Derecho—como estableció en sus conclusiones la conferencia celebrada en Bangkok en febrero de 1965 (7)—, al igual que las demás instituciones humanas, jamás es estático. En el proceso evolutivo de las relaciones humanas que deriva de un avance social gradual, el imperio de la ley se transforma y su ámbito se extiende bajo la influencia de nuevas circunstancias que le asignan nuevos objetivos».

Por ello, Suiza, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Austria, los países socialistas, por referirnos sólo a Europa, han creado modernos sistemas de control jurídico de la Administración; en éste, como en otros importantes aspectos de la Administración, conscientes de que ninguna evolución puede implicar jamás otra cosa que, fatalmente, un aumento de la complejidad, una nueva síntesis operativa y no una simplista sustitución, han procedido, con sosiego, a una renovación del sentido del Derecho.

Por esto, es lástima que cuando nos hemos propuesto renovar nuestra Administración hayamos vuelto la cara preponderantemente no hacia países europeos, con algunos de los cuales tan importantes analogías tenemos, sino, quizá por el peso irresistible de las circunstancias, a los Estados Unidos, país en el que las determinantes sociológicas del sistema administrativo son exactamente opuestas a las nuestras y donde por imperio de la ley entienden algo tan desajusta-

(7) Conf. de juristas, Sudeste de Asia y Reg., pacífico sobre aspectos dinámicos, imperio de la Ley en la época moderna. (*Revista Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, febrero 1965.)

do a nuestra postura ante tal idea como «debido procedimiento» (8). Claro que allá consideran con pleno acierto para ellos que los principios abstractos (leyes) son pobres e insuficientes e inferiores al sistema de Common Law, pues entienden que «el sentido de justicia del hombre rebasa su capacidad para formular principios de justicia» (9). Y con estas ideas por base no es de extrañar que la frase «imperio de la ley» les tenga que sugerir algo muy distinto que a nosotros.

2. DEFECTUOSA ELABORACIÓN DE LA PROPIA NORMA

Aunque la actitud general frente al valor del Derecho administrativo en la Administración pública es el motivo al que se pueden reducir, como hemos dicho en el apartado anterior, todas las causas de la falta de vigencia social de las normas administrativas, no siempre dicha actitud general vale como explicación de todos los defectos de técnica legal en la producción de las mismas, y que, como instrumentos, cargados de sentido, pero instrumentos al fin, de la humana convivencia, mal concebidos, mal elaborados o mal aplicados, resultan a veces inútiles cuando no perturbadores.

Así es que dichos defectos de técnica en la creación de normas jurídicas administrativas deben ser enjuiciados con abstracción del sesgo impuesto en sus autores por la opinión dominante de la escasa significación de lo jurídico en la Administración.

Son éstos de índole tan diversa y amplia como la del campo a que abarca la técnica normativa, en el que cuentan tanto factores específicamente contenidos en la propia norma cuanto de la realidad socioeconómica en que ésta incide o que ésta tiende a canalizar.

El apresuramiento torpe, la ligereza, la precipitación en la concepción o en la redacción de disposiciones de escaso rango formal, pero de enorme significado social, nublan o alteran la perspectiva en que, llevándose a cabo la labor con sosiego, cabría contemplar previsoramente los efectos e implicaciones de cada regla.

La falta de reflexión suficiente, debida o no a la prisa en su redacción—a la falta de altura y adecuada amplitud de cada regla, que disminuiría el fatigoso y perturbador casuismo—dan lugar, a veces de inmediato, a la inadaptación de la norma al medio.

También comprobamos en muchas normas falta de una adecuada o suficiente incidencia de ella en la vida social, por debilidad o es-

(8) NORT SEYMOUR y SAUL L. SHERMAN, art. cit.

(9) Idem, id.

caz de los criterios o puntos de conexión de sus previsiones con la realidad social cuyas sinuosidades y quiebras debe tener en cuenta el legislador; no nos referimos así a una falta de adaptación de la norma al medio social ni a una defectuosa traducción jurídica de los fenómenos empíricos en que, en definitiva, debe ella fundarse, sino a una insuficiencia del sistema de conexión, de sus oportunidades de aplicación—permitásenos esta artificiosa «disección» para en términos de exposición aislar dicho sistema de la propia norma—, muy frecuentemente debido ello a ese afán connatural a nuestra idiosincrasia de hacer bien sólo lo que de alguna manera se nos presenta impregnado de categoría dogmática. Otras veces, esta conexión se produce, pero, también por defectuosa concepción del sistema, por la ignorada complejidad del medio, por olvidarse que las normas afectan a esfera vital mucho más amplia que la que las mismas ordenan, se producen «reflejos», implicaciones y repercusiones insospechadas.

Este fenómeno que de manera espectacular se da en el campo de la Administración económica, por la extraordinaria capacidad de respuesta de los grupos sociales a medidas de este orden, no deja de tener importancia en el resto del campo normativo de la Administración pública.

Otro defecto en la elaboración de las normas debido a factores específicamente contenidos en la realidad jurídico-social de la que, una vez promulgada, han de formar parte integrante, es el de aquellas normas en las que no se ha contado con la inexistencia de determinados factores positivos que condicionan la viabilidad del precepto, los cuales pueden ser de la índole más diversa, pues abarcan tanto elementos del medio humano (por ejemplo, actitudes sociales de confianza, de un cierto afán de colaboración en determinadas normas, sentido de comunidad en ciertos sistemas jurídicos, etc.) como elementos de la pura realidad jurídica (por ejemplo, preceptos complementarios eficaces) o incluso de la realidad física (por ejemplo, las infraestructuras en materia de desarrollo económico); y también el de aquellas normas en las que se desconoce la existencia de determinados factores negativos, los cuales pueden ser igualmente muy diversos, y tanto radicados en el medio humano (ignorancia, excepticismo) como en la realidad jurídica (preceptos contradictorios que darán lugar a colisiones imprevistas o difíciles de resolver, antinomias con la legislación precedente) o física (cualquier circunstancia de esta clase con la que no se haya contado pese a su existencia o a ser previsible su nacimiento). En fin, réstanos decir, a modo de intento de síntesis del inmenso campo de sugerencias que

las precedentes consideraciones colocan ante la mente, que la diversidad de factores a que se refieren es harto compleja, pues, a veces, se combinan entre sí, y que, en consecuencia, es muy necesario tener en cuenta que la publicación de cualquier norma jurídica, poco o mucho, tiene siempre algo de inserción orgánica en el medio socio-jurídico preexistente que exige de modo indispensable una reflexión mucho más amplia de la que a primera vista parece exigir su elaboración. Tal creemos fue el espíritu del legislador al dictar el precepto del artículo 129-1 de nuestra ley de Procedimiento administrativo («La elaboración de normas de carácter general y de anteproyectos de ley se iniciará por el centro directivo correspondiente, con los informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquellas..., etc.») La excepcional trascendencia de este precepto y de todo el capítulo en que se encuentra y del título III de la ley del Régimen jurídico de la Administración del Estado, exige una gran cautela para evitar que puedan considerarse cumplidas las previsiones que los mismos establecen, por el hecho de haber dado puntual e impecable satisfacción a sus exigencias procesales.

3. DEFECTO DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Tan importante y no menos grave que la deficiente elaboración de las normas administrativas, entre las causas de su escasa vigencia social, es el concepto equivocado que se puede tener del sentido y valor de ésta.

Bien es verdad que, en ocasiones, la falta de vigencia no es más que el resultado de una reacción defensiva de la sociedad o del grupo contra una regla mal hecha; en estos supuestos—cuyo contenido merecería una atención más detenida que la que en este trabajo ha de recibir—el procurar a ultranza la vigencia de la norma es muy fácil que produzca mayores males que dejarla marchar hacia el brumoso ángulo del desuso.

Pero ello nada tiene que ver con el hecho de que la legalidad administrativa, cuya motivación y contenido son puramente objetivos, rechacen toda modelación circunstancial por parte de los órganos encargados de su aplicación o control.

3.1 Personalización de las competencias

A título de ejemplo significativo, podemos referirnos, dentro del campo genérico señalado, a la estimación de las competencias administrativas como facultades de que el titular puede usar o no y cuyo ejercicio no se siente comprometido a poner en práctica, sino en la medida en que su propio y frecuentemente personal criterio le aconseja, dejándose llevar de la tendencia a creer que las mismas le están atribuidas como resortes de jefatura, motivos de preeminencia, prestigio o autoridad del órgano que encarnan y no por concretas razones de mando o servicio que nada tienen que ver con los citados resortes y motivos que, razonablemente, son atendidos por otras vías.

Y no es que no sean corrientes las prevenciones legales en torno a la irrenunciabilidad de las competencias. En nuestro Derecho positivo tenemos el claro precepto del artículo 4.º de la ley de Procedimiento administrativo, que establece que «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos en las leyes»; sin embargo, la redacción del precepto nos hace pensar que en el ánimo del legislador no pesaba, al dictarlo, otra posibilidad, de lo que hemos llamado modelación circunstancial de la competencia, que la que se podía producir mediante descargar en otros órganos su ejercicio.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido muchas ocasiones de confirmar este principio; entre otras, podemos citar, correspondientes a tres épocas completamente distintas, una sentencia de 17 de diciembre de 1930 que declaró que la competencia de un órgano más que una facultad es un deber; otra sentencia de 23 de abril de 1943 entendió, haciendo una referencia a las normas de orden público como conjunto de las que por su finalidad primordialmente pública o social, son inderogables, es decir, pertenecen al *ius cogens* y no al *ius dispositivum*, que «las normas de competencia son de orden público». También en 9 de noviembre de 1966 ha dictado el Tribunal Supremo otra sentencia en la que, en relación con la atribución a los gobernadores civiles, por el artículo 260 de la ley de Régimen local, el artículo 23 de un decreto de 10 de octubre de 1958 y por la orden del Ministerio de la Gobernación de 9 de marzo de 1946, de velar por la moralidad pública y sancionar los atentados a la misma, dice, que «como la atribución no implica mera *facultad*, sino la *obligación* de esa vigilancia para la efectividad de lo atribuido, es necesario reconocer a la autoridad responsabilizada del cumplimiento, un racional arbitrio a fin de adoptar las medidas preventivas eficientes o las represivas

articuladas que crea indispensables en la misión amparadora de la referida moralidad, disciplina de las costumbres y sana convivencia social». En esta sentencia, significativamente, se discriminan, haciéndolas compatibles, la discrecionalidad en cuanto al contenido concreto de las medidas a adoptar y la obligación de ejercer la misma competencia discrecional. Por último, citaremos otro fallo reciente y representativo, por demás, de la posición del Alto Tribunal en orden al sentido de las competencias discrecionales: una sentencia de 23 de noviembre de 1965 que, en línea con otros fallos anteriores, entre ellos los de 26 de abril, 22 de mayo y 2 de junio de 1959 y las de 5 y 26 de abril de 1958, dice que «la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, sino sólo a alguno o algunos de ellos» (10).

En el campo doctrinal, pese a haber una difundida concepción de la competencia administrativa como el contrapunto en Derecho público de la capacidad de obrar en Derecho privado, existen otras claras muestras de posturas similares a la nuestra. Así, por ejemplo, García Oviedo dice que «la competencia entraña para la autoridad que la posee el *deber* de obrar no sólo dentro del círculo de atribuciones, sino con sujeción al fin previsto en la ley» (11).

Es bastante significativo que en la generalizada postura de considerar a la competencia como algo análogo a la capacidad, se adivina una preterición de la cuestión que aquí tratamos de si la competencia adscribe al órgano facultades o deberes. Algo así creemos que ocurre cuando Garrido Falla dice que «la competencia es como la capacidad de obrar en cada caso concreto» (12). Se advierte en los estudios sobre ella cierta preocupación absorbente por una cuestión a la que realmente pertenecen la mayoría de los problemas prácticos que la misma plantea: la cuestión de su delimitación.

3.2 *Excusas de esta manera de actuar*

La personalización de las competencias administrativas es un hecho producido con frecuencia por motivaciones afectivas, puede que incluso heroicas o sublimes o por vulgares razones de pereza o compromiso, pero, siempre, con total abstracción de sus motivaciones (la tónica de este trabajo no es señalar vías de atribución de méritos o deméritos, pues ello, o carecería de sentido dada la naturaleza del

(10) *Vid.* también S. T. S. 29-9-66.

(11) G. OVIEDO: «Derecho administrativo», 6.ª ed. Madrid, 1962, p. 319.

(12) G. FALLA: «Tratado de Derecho administrativo», vol. II, p. 125, Madrid, 1960.

mismo tema o habría de ser considerado como concomitancia de segundo orden) implica una verdadera deformación de la función administrativa. En el mejor de los casos—y ciertamente el más frecuente—los órganos que así actúan no ven en sus competencias sino materia sustantiva, ingredientes a su disposición, para elaborar, probablemente cargados de nobles afanes, el marco final de un programa de personal actuación.

Pero ni el principio de autoridad de los órganos de la Administración del Estado ni las consideraciones políticas que en grado conveniente o necesario han de matizar determinados gestos de la administración diaria, pueden ser fundamento de un hecho tan frecuente como es el de que la competencia, que es el programa legal, unitario y objetivo a desarrollar por los órganos, se ofrezca a éstos en realidad, como un haz de posibilidades donde espigar. Esto es contrario a los principios y a las leyes. La competencia no sólo es cuestión de poder, de capacidad, de aptitud, de habilitación o autorización legal y de delimitación o compartimentación funcional, sino también una cuestión de deber, de obligación y de compromiso público. Y ni siquiera esta afirmación pierde vigor en el campo administrativo de lo discrecional, pues aun entonces—como tiene confirmado la pujante corriente jurisprudencial antes aludida parcialmente—el órgano al que se han atribuido competencias de este orden ha de actuar conforme a los módulos objetivos de lo prudente, de lo sensato, de lo acertado, lo que implica, consiguientemente—contra lo que entiende algún sector de la doctrina—, algunos límites más que el interés público genérico y la observancia de formalidades.

Esta manera de proceder tiene su campo propio en ese escalón cotidiano que es la aplicación concreta de las disposiciones administrativas, en el que razones de orden público o de índole económica o social, artificiosas, equivocadas o sobrevenidas precisamente por la inobservancia de otras normas, imprimen su acento a la función administrativa, por deseñocimiento, casi siempre, de la inconsistencia de fondo de las razones invocadas o de las implicaciones que tal actitud tiene.

En el fondo de estas actitudes es normal una bienintencionada consideración de las normas correspondientes, como proposiciones alejadas de la realidad, necesitadas de una «manipulación» complementaria, especie de interpretación especificativa en su aplicación, para plegarlas a las particularidades, siempre cambiantes, además, con el devenir social, imposibles de recoger como supuesto en preceptos legales anteriores, que no pueden pasar de ser previsiones teóricas y abstractas; entonces, tomándose como inspiración estas considera-

ciones con intensidad abusiva o con infundada reiteración, va quedando la norma reducida, en virtud de su inaplicación o aplicación deformada, a un intento de ordenación social o a un resorte del que, circunstancialmente, se echa mano cuando se quiere producir un efecto específico.

No es que no sea cierto que entre la ley y el caso concreto media cierta distancia que ha de ser cubierta con pautas para actitudes concretas y medidas de buen sentido. Pero también lo es que el uso que necesariamente se haga de esas fórmulas no puede ser abusivo, desproporcionado, ni quebrantar la norma superior so color de oportunidad y conveniencia. Y el peligro de que tal abuso o tal quebranto se den es, en verdad, grande y perfectamente explicable, pues si no mantiene una permanente vigilancia en torno al cumplimiento de los fines de las leyes, que son una de las grandes coordenadas de la organización pública, éstas pierden relevancia o se presentan desdibujadas a la actitud vital que exige el caso concreto, cargada de tensiones de absorbentes pragmatismos, que irá inadvertidamente socavando el orden superior. Tal rigurosa disciplina no puede mantenerse sino viendo en la legislación una realidad incommovible, alta y comprensiva, que no puede preterirse ni deformarse sino con base en reflexiones de la misma índole, acreditadas en los cauces establecidos y no con consideraciones sin perspectiva que emanen del caso concreto.

Estas ideas son el fundamento más profundo de los preceptos que en todas las legislaciones establecen el principio de jerarquía de leyes. En nuestro Derecho positivo está fundamentalmente proclamado en el artículo 17 del Fuero de los Españoles, el 26 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado y el 40.2 de la ley de Procedimiento administrativo.

La referida tendencia a los absorbentes pragmatismos tiene su motivación en la forma tal vez más refinada y sutil del egoísmo humano, en la convicción de que la historia no es más que una serie de retazos, una sucesión de actitudes ante el presente o la inminencia, ignorándose que los grupos, las comunidades, la especie humana, tienen sus dimensiones propias, sus exigencias distintas, que no pueden prevenirse ni atenderse con esa sucesión de previsiones de lo inmediato. El día en que el hombre medite sobre su pequeñez en el tiempo, como ya lo hace sobre su pequeñez en el espacio, tal vez, abatida del todo su soberbia, verá disolverse la causa última de muchas de sus vanidades y de sus más hondas insatisfacciones; dejará de afanarse por triunfar sólo de lo que tiene al alcance de su mano y se complacerá en edificar para la historia—para su especie—en

equipo, con una colectividad que no será una episódica agregación más o menos coherente de prójimos contemporáneos cuyas aristas le hieren por tenerlos demasiado cerca, sino un grupo—el de su especie— a cuya impresionante ascensión puede contribuir en una medida de magnitud infinitesimal inmediata, pero con posibilidades de reverberación histórica.

A las razones económicas, sociales, políticas o de orden público invocadas por las actitudes inmedatistas a que en los párrafos precedentes nos hemos referido, frente a la legalidad objetiva, hay que añadir, por ser también frecuentemente invocados, los criterios de oportunidad y eficacia, cuyo bien ganado prestigio atrae especialmente y de los que se hace uso con profusión, pese a que su correcta aplicación exige prudente reflexión y depuradas dotes de apreciación de todas las dimensiones de cada circunstancia.

3.2.1 *El factor orden público como excusa.*—Con el factor orden público ocurre una cosa paradójica: siempre se toma en cuenta como fundamento de la excepcionalidad y no como base de la necesidad de una sistemática aplicación de la legalidad. Ello ocurre por la sugestión que ofrece lo que tantas veces, a lo largo de este trabajo, denunciamos como móvil exclusivo y excluyente de tantos afanes y desvelos: el pragmatismo de lo inmediato, la resolución airosa del problema con que el rápido fluir de la vida nos ha encarado de improviso, en contraste, aquí, con una general falta de sentido para apreciar que el orden público se conmueve no sólo por las alteraciones más o menos espectaculares de la paz y de la pública convivencia o de zonas de la legalidad que por estar en directa comunicación con la sensibilidad popular—como es la económica—son especialmente atendidas, sino también por la continuada erosión de muchas otras normas administrativas.

En efecto: El ordenamiento administrativo está constituido por el conjunto de reglas que vertebran la vida pública de un país. Salvo que existan circunstancias cuya excepcionalidad esté prevista en sus propias normas, que sosegadamente ponderadas aconsejen soluciones distintas, ha de ser observado.

Ello quiere decir que la legalidad administrativa ha de considerarse uno de los pilares de la convivencia social, como una garantía inconvencible de su regular y ordenado desenvolvimiento. Su reiterado quebranto, aunque no afecte a la inmediata sensibilidad social, no dejará de producir corrosiva conmoción en las estructuras públicas, en forma tal vez lenta e inadvertida, pero poderosa, y, en definitiva—por esta vía de relajación de estructuras y servicios—, del

orden público, con la particularidad, además, de que, entonces, la vuelta a la normalidad es más lenta y laboriosa.

En suma; todo esto quiere decir que es necesario olvidar la estrecha visión del orden público como el estado social resultante de la normalidad externa. Es concepción ésta que hay que estimar anticuada e insuficiente. El orden público, como cualquier otra cuestión pública, hay que adaptarlo a los tiempos; la misma atención que merecen las alteraciones espectaculares de la normalidad debe prestarse —bien que no manifiesta en tensiones absorbentes y ocasionales de la normalidad, sino en frío y sistemático control— al más o menos soterráneo o fraudulento quebranto del orden administrativo. Y ello debe ser así en la hora actual, porque la presencia de la Administración en todas las encrucijadas y resortes de la vida social a la que interfiere, modalizando o condicionando su desenvolvimiento, debe sujetarse al cumplimiento de un orden racional y moral. Creemos que hay suficientes razones de todo tipo para estimar turbada la normalidad por el quebranto de dicho orden, tanto por los administrados como por la Administración. Si las mencionadas interferencias en las relaciones de los grupos o de los individuos se llevan a cabo sin sujeción al orden previsto, producen en el cuerpo social —aunque sin el matiz de peligrosa emergencia de las descargas espectaculares de repulsa y descontento— parecidos efectos que la alteración clásica del orden público y tan próximos a ésta, como cercanos están la pérdida de prestigio de los órganos de la Administración pública a la pérdida del respeto a los mismos.

Creemos que el camino iniciado dentro del ordenamiento jurídico administrativo con la ampliación del concepto de atentado al orden público por la ley de 30 de julio de 1959, que calificó de actos contra el mismo ciertos ataques contra el orden económico nacional o a la convivencia social, aunque no se perturbe la paz pública ni se altere el funcionamiento de los servicios, es un buen precedente. Idéntica estimación merece, en la misma materia, la ley 110/1963, de 20 de julio, que, dictada, según aparece de su texto, para la represión de las prácticas restrictivas de la competencia económica, contribuye de modo notable a perfilar esta ampliación del sentido del orden público, dando carta de naturaleza en nuestra legislación positiva al concepto de orden público económico; así, por ejemplo, en la exposición de motivos (IV, 1.4), de ella se declara que «el orden público es la idea matriz de la ley», y en el artículo 2.º se dice que son nulas como contrarias a la ley y al orden público las prácticas que tiendan a falsear o limitar la competencia en todo o parte del mercado nacional. El carácter dañoso para la comunidad y la protección al

consumidor son motivos en la ley para la represión de las prácticas colusorias y abusos de las empresas con dominio de mercado. Lástima que esta ley sea una de las normas de nuestro ordenamiento jurídico en la que la falta de vigencia social está muy próxima a ser absoluta.

Con todo, la organización actual de la vida social exige mucho más de lo que hasta ahora se ha intentado en este orden por nuestro Derecho positivo; exige una revalorización de la norma jurídico-administrativa como elemento constituyente de las estructuras sociales; estimar atentado a este su fundamental carácter cualquier género de menoscabo —y entre ello la falta de vigencia social— de la misma.

Propugnamos, pues, una ampliación del concepto de orden público.

Ahora bien: esta ampliación, en rigor, solamente podemos referirla al campo instrumental, pues en el sustrato común —cada día más extenso—, a nuestros ordenamientos jurídicos público y privado, existe el concepto que propugnamos.

Nuestra postura es simplemente la de ser consecuentes con la relación que hay entre las acepciones del mismo en nuestra legislación; y podemos resumirla así:

a) En nuestro Derecho positivo existen, claramente diferenciadas, dos acepciones distintas del orden público. Según una, el orden público es una situación de normalidad social. Según la otra, el orden público es una característica de ciertas normas jurídicas que tienen su *imperium* dotado de una especial rigidez frente a la voluntad de aquellos para quienes se dictan. El primer concepto es el dominante en Derecho público; el segundo es el del Derecho privado. Son dos conceptos distintos.

Ante esta circunstancia la doctrina se pronuncia de dos formas: O se llega a una escisión demasiado profunda entre ambos sentidos del orden público, o se considera que las alusiones que el Derecho privado hace al mismo son hechas a situaciones de normalidad social en aras de cuyo mantenimiento se somete la efectividad de las normas (13).

Pues bien: creemos que entre ambas acepciones de orden público, muy diferentes entre sí, existe una relación profunda. Esto es precisamente lo que amplía insospechadamente el fundamento de nuestra

(13) J. MARTÍN GONZÁLEZ: Trabajo publicado en *Boletín de Documentación del Ministerio de la Gobernación* núm. 46.

tesis, apenas aludida antes, de que por razones de orden público se ha de velar por la vigencia social de las normas administrativas.

Efectivamente: En el fondo de ese especial vigor, de esa rigidez especial, de esa imperatividad acusada, de las normas llamadas de orden público en Derecho privado, late la idea de respeto y acatamiento de un orden normativo superior orientado directamente a los intereses generales; y en el fondo de la invocación que las normas de Derecho público hacen al orden público, como situación de normalidad general que hay que mantener a todo trance, está clara también la idea de la necesidad de subordinación y de sacrificio en aras de un orden superior que es premisa de toda forma de convivencia humana y que representa la más simple, elemental y básica protección de los intereses de todos.

Más concretamente resulta esto de la consideración de algunos preceptos fundamentales de nuestro Derecho positivo; así, cuando el artículo 1.255 de nuestro Código civil se refiere al orden público, como límite material de los pactos en la contratación privada, creemos que si no defiende el bienestar social precisamente, está velando por algo tan básico a éste, y tan relacionado con él, en las hoy tan complejas relaciones de convivencia, como son las líneas institucionales del orden jurídico. Y cuando el artículo 4.º del mismo cuerpo legal establece como límite de las renunciaciones de derechos al orden público, está claro que si bien no previene ningún género de menoscabo de la paz social, está colocando fuera de la órbita dispositiva de sus titulares a una serie de derechos subjetivos, en aras, precisamente, de interés más general. Asimismo, cuando en el campo jurídico-privado internacional, en el que—como dice Castán (14)—«el orden público abarca a aquellas normas que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse, sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros», el Código civil dispone en el párrafo tercero de su artículo 11, que ningún convenio ni norma acordada en el extranjero producirá efecto en España cuando sea contrario a las normas de orden público, en realidad no hace sino impedir que esas líneas maestras de nuestro ordenamiento jurídico—esas nociones jurídicas impresas a fuerza de permanencia viva y de conformidad con nuestro ser en la conciencia popular—sufran atentados por parte de preceptos nacidos en otro país o de pactos en él concertados. Este es el verdadero sentido de la alusión al orden público por el párrafo tercero del artículo 11 que comentamos del

(14) CASTÁN: «Derecho civil español común y foral», 7.ª ed., p. 261.

Código civil, no el de que implanta una subordinación de los pactos o leyes extranjeros a la necesidad de mantener la normalidad social, como así se entiende en algún trabajo (15).

Otro tanto ocurre con otros numerosos preceptos de nuestro Código civil, en los que si hay una expresa invocación al orden público, están configurados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como normas sustraídas al poder dispositivo de sus destinatarios.

Encontramos, en resumen, como característica fundamental, y casi única, de las normas de orden público en Derecho privado la de que son reglas que por razones institucionales (por ejemplo, en Derecho matrimonial las normas que definen y caracterizan la propiedad o las que van definiendo y caracterizando su función social) o por tratarse de normas dictadas en interés de otros que aquellos a quienes se confía una misión a cumplir mediante el ejercicio de un derecho subjetivo (por ejemplo, patria potestad tutela, relaciones legales dentro del o para el matrimonio..., todo el Derecho de familia en opinión de algunos autores) o las que por puras razones de interés general no admiten modalización alguna en sus efectos, como—con escasa precisión se dice—son «inderogables» por los que a ellas están sujetos. Es decir, que son normas que protegen un orden que, precisamente por ser jurídico, es premisa necesaria de todas las formas concebibles de convivencia pacífica. Pues bien, en esta misma conclusión desembocaríamos si nos pusiésemos a examinar los caracteres de los preceptos que en nuestro Derecho administrativo se refieren al orden público.

Sintetizando podemos decir que en esta aludida rama del Derecho se piensa invariablemente en el orden público como algo siempre en torno al pacífico fluir de la vida social organizada; pero si pensamos con detenimiento, encontraremos siempre lo mismo: ese armonioso y desembarazado fluir—y hoy añadiríamos otro calificativo: fecundo—de la vida social está en relación de causa a efecto con un principio de organización en cuya entraña está siempre el Derecho, que ha canalizado—y hoy, diríamos, impulsado y hasta determinado—las formas, y también, a veces, el fondo de las relaciones sociales.

Con lo expuesto creemos que queda clara la relación fundamental entre las dos acepciones que del orden público existen en nuestra legislación. Y por ello creemos que, en suma, si el ordenamiento jurídico administrativo es un conjunto de reglas de directa e inmediata finalidad pública, cuyo imperio no pueden los administrados eludir ni adaptar a sus personales intereses, tampoco puede la Administra-

(15) J. MARTÍN, ob. cit.

ción arbitrar medidas que lo contradigan, ni tolerar su inobservancia, ni trocar su sistemática y recta aplicación en línea sinuosa acomodada a insuficientes o artificiosas excepciones o a situaciones cuya especialidad tiene su origen en la ineptitud o en la desidia.

b) La unicidad de concepto de orden público, para la aplicación de sus principios como la mejor salvaguardia del imperio de la ley, tiene también su fundamento en la lógica exigencia de un hecho irreversible: la recíproca invasión de sus respectivos campos por el Derecho público y el Derecho privado. Pues ante esto podemos preguntar: ¿Es que ese debilitamiento de la polaridad Derecho público-Derecho privado, que tanto y con tanta razón se proclama, además de por la referida invasión recíproca de sus campos respectivos, por contagio, también recíproco, de sus principios, no va —digámoslo así— a dar su fruto en cuanto al concepto de orden público?

De acuerdo con todo lo expuesto, podemos concluir que atentado contra el orden público será, además de lo que tradicionalmente se considera como tal, el quebranto, por la Administración o por los administrados, del orden administrativo fundamental. Hay que acabar definitivamente, como compatible con este concepto amplio, con el matiz de desacato a los órganos del Estado que todavía inspira casi en su totalidad el concepto legal y el sentir popular en torno a lo que ha de entenderse por atentado al orden público.

El criterio de considerar que la concepción clásica del orden público resulta ya estrecha y parcial guarda significativa concordancia, por lo demás, con el estado actual de evolución de los sistemas y estilos de valoración de personas, cosas y fenómenos, que atienden a las motivaciones y características internas, dándose a lo externo la relativa relevancia de lo puramente sintomático o de lo meramente ornamental; y ello con tal afán que —aparte de producirse lamentables extremismos muy próximos a la simple espontaneidad biológica— lo externo se rechaza siempre como elemento decisivo y frecuentemente como dato concurrente de valoración en los referidos sistemas y estilos: aceptarlo —y aquí está el exceso— se considera que significaría siempre traccionar los principios y tendencias al realismo, a la sinceridad al purismo, que inspira buena parte de las actitudes sociales.

4. DEFECTO DEL MEDIO SOCIAL

En rigor, la falta de vigencia social de las normas administrativas debida a los administrados puede darse tanto en el caso de las normas imperativas en las que, dándose todos los supuestos necesarios

para su vigencia real, éstas no tengan aplicación, como en el caso de las normas permisivas, cuando se den los supuestos previstos en ellas, salvo la adhesión espontánea a las mismas.

Conforme a ello, son tres los posibles casos de no vigencia social debida a los administrados:

4.1 *El mero incumplimiento*

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que éste no tiene necesariamente valor de no vigencia si se pone debidamente en movimiento la respuesta oficial correspondiente, que, por su fuerza de constrictión inmediata o de futuro (ejemplaridad de tal respuesta oportuna y adecuadamente dada), viene a ser el equivalente social de la observancia voluntaria, cuyo valor puede incluso rebasar.

4.2 *La ignorancia «imperdonable»*

Nos referimos a una ignorancia que no pueda racionalmente tener el valor de excusa de su cumplimiento.

El hecho de que una norma deje de observarse sin excusa racionalmente admisible no debe hacer pensar en que falta alguna circunstancia constitutiva del supuesto de hecho de la misma. En rigor, pues, el supuesto de hecho en cuanto a la actitud intelectual del obligado por una norma imperativa exige no el conocimiento efectivo de ella, sino la posibilidad racional de su conocimiento, viniendo a significar su ignorancia entonces una postura de aislamiento en la sociedad cuyas consecuencias desfavorables deben recaer exclusivamente sobre el que ignora la ley.

En otros casos de ignorancia, la falta de vigencia correspondiente no se puede atribuir a los administrados, sino a la Administración. Veamos por qué:

La ignorancia de la ley como causa justificativa o excusa de su incumplimiento es inadmisibles. En nuestro Derecho está proclamado este principio para toda clase de normas jurídicas por el artículo 2.º del Código civil. El fundamento de tal principio hay que buscarlo en una doble consideración: de un lado, en la de que parte de la hipótesis cierta de que, generalmente, la ley es conocida; de otro, en la de que cuando tal hipótesis falle, el principio encuentra su fundamento excepcional en la circunstancia de que nos encontramos ante un caso más de sacrificio de una situación legítima, que además de no poder ser probada, es individual, en aras de un interés general, cual es el del cumplimiento de las normas jurídicas. El fundamento

normal del principio es, pues, la hipótesis racional de que todos conocen las leyes en vigor. Y siendo así, es, entonces, el propio legislador el que destruye la base y fundamento de esta regla cuando haga racionalmente imposible el conocimiento de las normas jurídicas por falta de concordancia lógica entre la ordenación de su puesta en vigor y la ordenación de los medios de instrucción o conocimiento de los administrados. Y no debe la Administración poder invocar el fundamento excepcional del principio referido—que es, como hemos visto, el del sacrificio del interés singular—porque tiene en sus manos el procurar la racional posibilidad de conocimiento de las normas mediante una adecuada difusión. Además, en cuanto tal fundamento excepcional implica (aunque no esté en ello su fundamento) un cierto carácter sancionador de los que ignoran el Derecho positivo, debe quedar reservado para aquellos casos en que por ser racionalmente posible su conocimiento, el que realmente las ignore debe pechar con las consecuencias desfavorables de su ignorancia; y es que el orden administrativo, en definitiva, no hace otra cosa que reglar o condicionar los comportamientos con trascendencia pública, exactamente igual que los llamados usos sociales reglan o condicionan los comportamientos en el ámbito de las costumbres sociales, cuyo desconocimiento y consiguiente contravención no da lugar a ningún género de consideración benévola, sino que tal desconocimiento se considera ya en sí mismo una falta u ofensa a la sociedad.

En las normas permisivas en general no se puede hablar de incumplimiento, pero sí de ignorancia, y entonces cabe hablar de falta de vigencia de ellas, como algo anómalo que no debe ocurrir, pues hay que tener presente—de manera concluyente para las que pertenecen al campo de la persuasión o incitación y de manera más dudosa y justificación más sutil para las restantes clases de normas permisivas—que algún género de convergencia con el bien social se derivará de los comportamientos que amparan algún género de perjuicio o más probablemente algún género de pérdida de beneficios para la sociedad resultará del hecho de quedar en letra muerta las normas de tal especie dictadas.

LC.

4.3 *La falta de adhesión a los preceptos*

Además de la ignorancia, también pueden impedir la adhesión a tales normas, actitudes de desconfianza o de escepticismo de los administrados, por sí solas capaces de frustrar en buena parte, por el engarce o interrelación existente en ordenamientos de esta clase, ambiciosos planes de administración en todos los países modernos;

pero estas actitudes individuales son debidas a razones complejas, y por ello no resulta lógico atribuir a los administrados la falta de vigencia de sus normas, ya que ésta puede, en definitiva, derivarse de factores que influyen sobre ellos con poderosa e inadvertida gravitación.

III. Medios de investigación de la falta de vigencia

La falta de vigencia social, como al principio de este trabajo decíamos, no es una mera inaplicación de la ley, sino la relación en que se encuentre el número de veces que se produzcan los supuestos de hecho por virtud de los cuales la norma sea aplicable y el número de ellos a los que efectivamente se aplique. Sintéticamente podríamos decir que es la relación entre la aplicabilidad y la aplicación. Por tanto, en rigor, habría que expresarla mediante el índice o cociente que resulte de dicha relación. Ello, obviamente, exige la comprobación de que se han realizado todos los supuestos de hecho previstos en la norma. Lo que da al tema del epigrafe una particular dificultad.

Claro que estamos lejos de pensar que pueda hablarse, ni siquiera en un estudio ligero, del tema de la vigencia social de las normas administrativas, como punto sistemático, de «medios de investigación de la no vigencia». Y ello por las siguientes razones: *Primera*, por la de que el tema de la falta de vigencia social de las normas administrativas no está, por muy hondas que sean las convicciones sobre él de quien esto escribe, lo suficientemente arraigado en el pensamiento jurídico general como para intentar en la vía de su sistematización algo más que simples líneas generales, o al menos líneas que no comprometan a una tan profunda labor como la implicada en el enunciado del epigrafe; hasta que la profundidad del tema quede objetivamente acreditada, nuestro afán en este punto concreto está así limitado. Si, no obstante todo ello, hemos puesto en nuestro trabajo, como punto de su guión o sumario, tan ambicioso rótulo, es porque creemos, modestamente, que el mismo y las presentes reflexiones constituyen un enfoque más, un ángulo distinto que puede contribuir al diseño general de la cuestión de la falta de vigencia social de las normas administrativas. *Segunda*, porque, en realidad, como dijimos al principio y en concordancia con lo que acabamos de exponer, nuestro intento, en orden a la investigación de la falta de vigencia, no va a ser otro que el de esbozar un sistema que, al margen de cuanto este trabajo tiene de comentario sobre nuestro país, en

los actuales momentos pueda contener sugerencias útiles para situaciones distintas, en las que la falta de vigencia social de las normas administrativas no se dé en tan notable grado y de forma tan notoria que no necesite comprobación.

En consecuencia, no vamos a referirnos a medios específicos de investigación de la falta de vigencia. Sólo nos referiremos a la utilidad que a este efecto pueden rendir determinadas instituciones, como las de control de la actividad administrativa en las que, aunque no siempre, si con gran frecuencia dejan razón de su vigencia las normas administrativas; por otra parte, aunque las mencionadas instituciones están concebidas en gran parte como garantía del ciudadano frente al Estado, no dejan de tener, junto al de garantía y buen funcionamiento de la propia Administración, un aspecto importante de salvaguardia de la legalidad objetiva, cuestión bastante relacionada con la vigencia social en razón a que la falta de ésta es una de las quebras del principio de legalidad, e incluso puede, a veces, implicar la desaparición de una garantía general: la del efectivo imperio de la ley. Y, por último, hay que tener en cuenta que, en síntesis, lo que interesa realmente es poner de relieve que la vigencia social de las normas es tan importante como la propia existencia de la ley.

Dicha ya la naturaleza de nuestro intento, es necesario todavía acotar el campo del mismo con las siguientes precisiones.

Hay que excluir, por lo pronto, todo lo que más que falta de vigencia social implique algún género de quebranto o violación de los preceptos de la norma administrativa.

Deben quedar fuera de nuestra consideración, asimismo, aquellas normas cuya falta de vigencia social tenga su antecedente y explicación en la imposibilidad de vigencia real de las mismas, es decir, en su inaplicabilidad natural, por no haberse producido en la realidad aquellos hechos o circunstancias previstos en la propia norma. Claro que, conforme a lo dicho al principio de este trabajo nos referimos a casos en que carece de sentido hablar de vigencia social al no haberse podido dar la vigencia real. Y no es que no sea interesante —desde otro punto de vista que el de nuestro estudio— investigar esa falta de aplicación de las normas debida a no producirse los hechos previstos. Ello, aunque ciertamente carecería en algunos casos de significación, nos descubriría, en otros, el motivo del fracaso de determinadas reglas y previsiones de la Administración: por ejemplo, nos pondría de relieve el porqué de los fallos de las técnicas de incitación tan usadas por las administraciones públicas de todos los

países modernos; también, por supuesto, nos indicaría las determinantes de los éxitos rotundos en el orden mencionado, tan aleccionadores como los fracasos.

Han de quedar fuera también de nuestra consideración aquellas normas, bien escasas por cierto, que en ninguna circunstancia exigen comportamiento o abstención a la Administración o a los administrados. Son normas que, usando la terminología tradicional, podemos llamar «totalmente permisivas», y decimos que tales normas son escasas, porque si permisivas, de un lado, una vez llevado adelante el comportamiento que amparan—por la Administración o los administrados—resultan vinculantes para la otra parte—valga la expresión—, y en tal momento ha nacido ya el supuesto social que exige la aplicación de la norma, es decir, estamos en el caso ordinario de las normas imperativas; el hecho de que su efecto imperativo esté pendiente y condicionado a una determinada actitud o conducta previas y voluntarias, no quiere decir que la norma no sea imperativa, sino simplemente que tendrá una imperatividad condicionada.

Representaría un valioso auxiliar para comprobar la no vigencia el control jurisdiccional de la omisión administrativa, entendida ésta en su sentido propio, es decir, no sólo los casos de actitud pasiva ante una petición—los cuales, mediante el instrumento legal del silencio administrativo, ya tienen su entrada en la esfera jurisdiccional—, sino todos aquellos posibles casos en que la Administración, debiendo actuar, no actuó. Tal control, como tiene reiteradamente proclamado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no existe en nuestra legislación, y, efectivamente, la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en todos los preceptos en que trata del recurso se refiere siempre a actos positivos (Cfr. arts. 1.º, 10, 14, 28 al 30, 37, 39, 40, 41, 44, 46, 47, 51, 53, 55 al 58, 61 al 63, 83 al 86, 90, 103, 105, 113, 118, 122, 123, 125 y 132), nunca a las omisiones.

También podrían resultar útiles los sistemas de control que funcionan independientemente de cualquier lesión de derechos o intereses que la inaplicación de la norma produzca. Nos referimos al control, entendido como—en palabras de un autor (16)—«mero recuento del esfuerzo ejecutivo», de una rica variedad de matices, muchos de los cuales pueden resultar útiles de algún modo; por ejemplo, es señalado el valor que representan los controles efectuados por los servicios de inspección; pero, naturalmente, tendrán, desde nuestro punto de vista, valor superior aquellos controles específicos de la legalidad de la actuación. Estos tipos de control, erigidos para com-

(16) DE LA MORENA: «El control administrativo y figuras afines», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXIII, núm. 2, 1967.

pensar la pérdida de virtualidad de los sistemas jurisdiccionales, a la que nos hemos referido al tratar de la infravaloración del elemento jurídico en la vida de la Administración, van siendo cada vez más frecuentes. Aunque pensados para una fiscalización que en ninguno de ellos llega a ser una sistemática revisión—salvo de la función normativa—de las actividades de la Administración, proporcionan valiosa ayuda para investigar el grado de vigencia de las normas administrativas, como asimismo la representan, aunque la falta de vigencia social no se deba a abstenciones ni actitudes pasivas de la Administración, ya que se trata de tenerlos en cuenta sólo en tanto en cuanto suponen reflejo de un aspecto de la vida social.

No deja de ser interesante tampoco la conjunción de varias posibles medidas tendentes a crear un sentido en los órganos del Estado y una conciencia popular en torno a la irrenunciabilidad de las competencias de aquéllos. En una Administración que—como dijimos—va llevando su presencia hasta las mismas determinantes de los comportamientos individuales, condicionándolos, provocándolos o evitándolos, no es difícil lograr tal efecto.

La jurisprudencia contencioso-administrativa también nos puede proporcionar datos interesantes en relación con la vigencia social de las normas administrativas. Sin embargo, es necesaria la mayor cautela en la apreciación de los datos extraídos del movimiento jurisprudencial, cuya recta apreciación e interpretación exige el conocimiento del volumen comparativo de legislación vigente, grado de incidencia de la misma en la vida social, número de actos recurribles, opinión pública en torno a la objetividad del sistema de control, grado de incidencia, conforme a la vía de conexión prevista, de la legislación reguladora de lo contencioso-administrativo (por ejemplo, legitimación para recurrir). Por otra parte, es necesario tener en cuenta que muchas veces no se acude a esta jurisdicción aunque exista una lesión, se tenga un alto concepto de la imparcialidad del tribunal y perfectamente expedita la admisibilidad del recurso, porque—como dijimos antes—resulta más oneroso, hechas todas las consideraciones, el recurso que la ilegalidad.

En aquellos casos en que la falta de vigencia social tiene su raíz en la abstención del administrado, los medios más adecuados para descubrirla no podrán ser otros que las reglas del buen sentido aplicadas a los datos suministrados por estadísticas y por encuestas u otros sistemas de sondeo de la opinión pública.

IV. Consecuencias de la falta de vigencia respecto al orden jurídico general

1. REFERENCIA GENERAL

La falta de vigencia de las normas administrativas produce consecuencias e implicaciones en varios campos sociales. En el del orden jurídico general da lugar a efectos diferentes: en el de la concreta norma frustrada por el evidente incumplimiento de sus fines inmediatos y más propios, y en el de la normativa general porque barrena en sus cimientos el orden jurídico y menoscaba su prestigio con las entonces lógicas consecuencias y explicables secuelas del olvido y menosprecio de las técnicas jurídicas de interpretación, derogación y jerarquía de normas y porque quebranta los principios de tal orden y los preceptos que lo definen, que en nuestra legislación concretamente son los artículos 14, 23, 28, 30 y 37 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como asimismo los principios de autoridad y generalidad que se consideran perturbadores en un mero artefacto operativo.

1.1 *Valor estrictamente operativo de la observancia de las normas administrativas*

Como cuestión paralela a la del valor del Derecho como contrapunto ideal de la diversidad humana, es curioso observar que el rigor en el cumplimiento de la legalidad objetiva representa dentro de la Administración y en la relación entre ella y los grupos sociales el carácter de un auxiliar, diríamos, necesario para la eficacia y operatividad de la misma. Como dice Rodríguez Arias (17): «La Administración se torna ineficiente por el enervamiento de lo que quizá podríamos llamar el componente olvidado de la función pública: el Derecho.»

Por ello, al referirnos a la vigencia efectiva de sus reglas en una comunidad organizada, no debemos pensar en una espiritual reverencia a la Ley, sino sencillamente en un cauce de superior valor, pero que entre sus varias facetas encierra un sentido análogo en orden a la eficiencia operativa de la Administración en las técnicas de racionalización de su actividad. Juristas de la talla de Enrich entienden que la ciencia del Derecho, esto es la dogmática jurídica, no debe calificarse de ciencia, sino de tecnología! Y en parecida

(17) Ob. cit.

postura, García de Enterría con Max Weber (18) entienden que la Ley ha pasado a ser un simple medio técnico de convivencia, que puede incluso, por predominio de lo organizativo, llegar a ser—como dice Wieacker—un medio de organización de lo antijurídico.

Sea o no pura tecnología la ciencia del Derecho, sea o no correcta la consideración de la Ley como simple medio técnico de convivencia, es lo cierto que la legalidad objetiva—dada la imposibilidad de condicionar físicamente los comportamientos humanos, de interpretar la natural posición de supremacía de la Administración como una situación apoyada en una mera relación de fuerza dominante—es medio necesario para que ésta cumpla sus fines.

Por todo lo que exponemos, resulta carente de la menor base racional la pretensión de sustituir el sentido jurídico de la Administración pública por postulados de eficacia; primero, por la razón fundamental y obvia de que parangonar la eficacia con la legalidad es un absurdo, ya que ambas cosas pertenecen a órdenes de ideas totalmente distintas, y segundo, porque precisamente la legalidad, como hemos apuntado, es el medio de lograr el único orden de que es susceptible la sociedad, el orden moral, presupuesto necesario y básico para cualquier fin que rebase la órbita individual.

Ahora bien, para que ese valor operativo de la observancia de las normas administrativas no pueda tener nunca el efecto de rémora para la dinámica social es necesario que la legalidad sea adecuada, con total ausencia de formalismo jurídico y, por supuesto, con completa superación de la consideración estrictamente jurídica de la Administración.

Volviendo al sentido del enunciado diremos que la técnica legal, en concreto, tiene el carácter de un verdadero valor entendido, de verdadera clave que evita reiteradas insistencias—cuyo efecto revitalizador opera en sentido opuesto para las normas que quedan sin reiterar—, pormenorizaciones minuciosas y muchas otras dificultades en la redacción y en la interpretación de las disposiciones; es instrumento necesario para lograr una perfecta incardinación de cada norma en el ordenamiento jurídico preexistente en el que, aparte de levantar implicaciones sociales inesperadas, dará lugar a efectos secundarios de carácter jurídico que podrán estar controlados por la propia técnica.

En suma, la norma jurídica administrativa, que en sus motivaciones reúne elementos técnicos, jurídicos, morales, sociales, económi-

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho administrativo», art. en *Revista de Administración Pública* núm. 38.

cos, etc., con carácter de meditado trasfondo determinante, tiene en el escalón de su observancia el valor comprobado de un puro instrumento de eficacia.

En cambio, la ausencia de una preocupación jurídica en la ordenación y desenvolvimiento de la convivencia produce una auténtica deformación en el nacimiento y en la vida de la legalidad administrativa, que, rebajada de su categoría, despojada de sentido y dirección propia, de su carácter unitario, resulta reducida a una mera fuerza, susceptible de ser utilizada para las más diversas finalidades, solamente con hacerla objeto de la oportuna manipulación fraudulenta en su concepción (por ejemplo, dictando normas con motivaciones distintas—y aun opuestas— a aquellas que aparente y racionalmente las justifiquen) o en su aplicación (por ejemplo, entre otros muchos, la aplicación parcial o puramente circunstancial, como en el caso—que encierra una posible desviación de poder— de hacer cumplir, en un caso concreto, una norma sin vigencia social con un móvil de venganza).

Cada norma sin vigencia social es un semillero de problemas y una casi inevitable fuente de injusticias. La falta de vigencia social de una norma imperativa genera fatalmente su antítesis en forma de una hipotética y correlativa norma de tolerancia para los hechos contrarios, a cuyo amparo podrán nacer y robustecerse situaciones que conforme a los principios de equidad, buena fe y a los dictados elementales de justicia distributiva habría que defender como legítima.

En estos casos y en otros muchos, la aplicación de una norma sin vigencia social podría implicar una injusticia mucho mayor que su inobservancia. Piénsese en el problema que puede significar para los Tribunales y órganos de la Administración a los que se les demande la aplicación de normas sin vigencia social.

Observación final

Criticar a la Administración es cosa fácil y por ello generalizada hasta el tópico.

Por ello tenemos especial empeño en que nuestra tarea de hoy no se inscriba preconcebidamente de ese lado. Nuestra modesta pretensión apunta más que a remediar males a que no se malogren esfuerzos.

Es un intento—en ese inmenso solar yermo en el que todos deberíamos trabajar— de tender un puente entre las grandes indis-

tidas virtudes de nuestro pensamiento y la realidad diaria —que es la única realidad de todos— a la que aquél debe servir.

Por otra parte, no consideramos nuestra postura sino como una actitud extrema, reaccionaria si se quiere, nacida no de un afán de dar un modelo de actuación administrativa en relación con la legalidad objetiva, sino como posición compensadora, ingrediente de equipo, que debe tener su entrada en la entraña fecunda de nuestra Administración pública y que, como elemento paradójico, posiblemente en alguno de sus matices despierte, encienda y, en definitiva, haga mejor la labor de ésta.

Y tengamos muy presente que —como dice Rodríguez Arias (19)— «La Administración, la capacidad para administrar —fundamentalmente para comprender, comunicar, coordinar y dirigir— es la determinante principal del éxito de cualquier política en la consecución de sus objetivos».

(19) J. RODRÍGUEZ ARIAS. (Trabajo cit.)