



ESTUDIOS

ADMINISTRACION Y DERECHO: SUS DESAJUSTES Y REAJUSTES

Por LUIS DE LA MORENA DE LA MORENA

Sumario: 1. Realidad y Derecho: su divorcio en la construcción kelseniana del Derecho puro.—2. Retroacción de los postulados del Derecho formal al momento de su génesis histórica: la Revolución Francesa y su ideología burguesa.—3. La formalización del Derecho y sus consecuencias: la escisión entre el Derecho administrativo y la Administración.—4. La doctrina y su toma de postura ante tal escisión: la renovación del Derecho administrativo y el retorno a la Ciencia de la Administración.—5. La función social del Derecho en cuanto determinante de su estructura y comportamiento respecto de la realidad: planteamiento crítico.—6. Los principios «formal» y «material» en la génesis del conocimiento: ensayo de clasificación de las Ciencias que de ellos se sigue.—7. El Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración: cómo juegan en uno y otra los principios material y formal en orden a la delimitación de sus respectivos ámbitos.—8. La inserción de la realidad en el Derecho y en la Ciencia de la Administración: respuestas posibles (positivismo, iusnaturalismo, creación jurisprudencial del Derecho, institucionalismo y concepción de la Administración como «Deseinvorsorge»).

1. Realidad y Derecho: Su divorcio en la construcción kelseniana del Derecho puro

1.1 El enfrentamiento entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*, entre lo *dado* al hombre por la naturaleza y lo *puesto* por él sobre esa misma naturaleza, alcanzó su mayor tensión polémica, por lo que al mundo del Derecho respecta, con el advenimiento de la llamada Escuela de Viena, fundada por Kelsen y su teoría del Derecho puro, que al ser políticamente combatida degeneraría casi

en un dogma. Sin embargo, Kelsen no hizo otra cosa que imitar a tantos especialistas codiciosos de reivindicar para su disciplina el rango de saber autónomo e independiente. El Derecho quedaba así liberado de esa ingrata deuda que suponía el tener que reconocerse tributario de la política, la sociología, la economía, etc. Los cimientos de toda construcción se presupone que existen, pero no cuentan a la hora de su valoración funcional o estética. El Derecho se convierte así en un mundo cerrado y autosuficiente, y los que lo deseaban permeable o poroso serían tildados de heterodoxos por querer traer a su ámbito puro y aséptico perniciosas contaminaciones de disciplinas «no jurídicas».

Este esquema ideal, bellamente construido y de innegable perfección técnica, presentaba, sin embargo, una serie de puntos débiles (a lo largo de este trabajo iremos viéndolos) desde los que se le ha hecho una crítica que bien podría calificarse de demoleadora: el Derecho se aleja de la realidad y de la vida hasta convertirse en mera forma sin contenido, en pura idea sin vivencias, en un pensar absolutamente puesto. El Derecho ya no será para la vida, como dijo Jhering, sino que una cosa va a ser la vida y otra el Derecho. Es como si de repente ese Derecho se hubiera puesto a mirarse a sí mismo en el espejo de sus perfecciones formales y como un nuevo Narciso se hubiera ahogado en ellas. Que a eso es a lo que suele conducir la exaltación a ultranza de una técnica, de un estilo o de una forma: al Derecho por el Derecho, al Arte por el Arte, al transpersonalismo en suma con todos sus excesos deshumanizadores.

1.2 Estamos presenciando, en efecto, y tómeselo simplemente a título de ejemplo, siquiera altamente significativo, como la llamada pintura surrealista y, en general, el arte abstracto, prescinden de la realidad (lo pintado) para quedarse con la forma (la pintura). El precio que por ello va a pagar es bien conocido: quedarse en soledad, sin otro culto que el de la «Inmensa minoría» de los iniciados y de no pocos «snobs». Pero el Arte puede permitirse el lujo de aislarse para depurarse, precisamente porque el Arte es eso: un lujo de la existencia que persigue algo tan vitalmente relativo—pese a Platón— como la belleza. Semejante actitud le está, sin embargo, vedada al Derecho (a los juristas, se entiende), cuya razón de ser se hincó en la necesidad, casi biológica, de justicia que tiene el hombre, precisamente por su propensión, de ángel caído, a la injusticia.

De esta manera, el Derecho, y de ahí su fundamentación ética, se asemeja más a la Medicina que al Arte: vive de realidades (enfermedades-injusticias) y subviene a necesidades (salud-orden-justicia). Por eso un jurista refugiado en la torre de marfil del De e-

cho puro podrá llegar a ser tan funesto para la Sociedad y para los políticos que la gobiernan como aquel médico que tan magistralmente ridiculizó Molière y que prefería que sus enfermos se le muriesen observando las sagradas leyes de la Medicina a que se le salvaran infringiéndolas.

En este sentido el profesor De Castro ha subrayado vigorosamente el conflicto que puede surgir entre el jurista para el que sólo cuenta la «norma» y el político para el que lo más importante es la «acción», concuerde o no con aquélla. De ahí que mientras «los hombres de Derecho, asqueados de mezquindades partidistas, pretenden convertir su oficio en una zona exenta, en la que reine la técnica más abstracta y esotérica, políticos de las más distintas tendencias coinciden en dolerse de las trabas jurídicas, se impacientan e intentan suprimirlas o desconocerlas» (1).

2. Retroacción de los postulados del Derecho formal al momento de su génesis histórica: La Revolución francesa y su ideología burguesa

2.1 Pero la realidad es al pensamiento, no excluido, por supuesto, el jurídico, como la gravedad a los cuerpos arrojados al espacio: algo que inexorablemente los atrae de nuevo —y los trae— al centro del que se les quiso alejar. Un fino análisis psicológico de la conducta humana (las doctrinas no son, con frecuencia, más que esas mismas conductas cristalizadas en unos cuantos principios) nos revelaría sin dificultad cómo tras la especulación se parapetan siempre resortes tan vitales, y por ello intencionales, como los intereses o los ideales, cuando no los intereses disfrazados de ideales. No fue por casualidad por lo que Marx extrajo del idealismo hegeliano el materialismo histórico. El hombre siempre estará comprometido, por lo que «es» (realidad marxista) o por lo que «quiere y debe llegar a ser» (idealismo hegeliano), y la neutralidad no es más que una de las formas del conservadurismo. La opción acorralante de Cristo no puede ser aludida ni en moral ni en política, y el Derecho no es sino la síntesis de ambas: quien no está Conmigo, está contra Mí, y quien no recoge, desparrama.

«No hay que engañarse —dice De Castro—, aunque ello sea con el mejor de los propósitos. El Derecho Positivo presupone siempre una actividad política, y él mismo sólo puede ser conocido por com-

(1) Vid.: *Derecho Civil de España*, J. Madrid, 1949, p. 42.

pleto en su relación con la política. Lo mismo que política no es partidismo, el apoliticismo es un subtipo de la política liberal (2).

Es por eso por lo que el Derecho, siendo como es un poderoso instrumento de dominación y conformación social, nunca ha sido ni podrá ser social y económicamente neutro. Por otra parte, nada más natural que preguntar ante una cosa para qué sirve. Porque según para lo que sirva, o más exactamente, *a qué cosas sirva*, así será. Se es, pues, en función de aquello *para* lo que se es. Esto explica, a nuestro juicio, el porqué el Derecho, siendo como es, esencialmente formal y abstracto, no es, sin embargo, ni podría serlo, una pura entelequia desconectada de la realidad en que nace y lo envuelve y aséptico o neutro respecto de ella. Una bolsa vacía siempre será más útil, como tal bolsa, que una bolsa llena en la que nada pudiéramos ya meter o sacar.

Nos estamos refiriendo aquí, por supuesto, a un tipo concreto de Derecho histórico: al Derecho nacido «con» y «de» la Revolución Francesa, montado antes al servicio del individuo—del administrado—que al del Estado—la Administración—y que daría no sólo su nombre sino también su esencia al mismo Estado trasmutándole en Estado *de Derecho* (3). Desde aquí a la posterior fórmula kelseniana que identifica al Estado con el Derecho, no hay más que un paso, por más que tardará más de un siglo en darse.

2.2 Pues bien, ese formalismo, tan decantado, no sólo fue *intencional* en función de la ideología y de los intereses burgueses subyacentes, sino también *necesario* a la vista de los objetivos concordados de la Revolución: salvaguardar los derechos del individuo—especialmente proclamados—frente al Estado, y muy especialmente los de libertad y propiedad, núcleos de todos los demás, arbitrando para ello todo un sistema de garantías y obligando a la Administración a entrar en relación jurídica con el administrado cada vez que su gestión incidiera, con posibilidad de lesión, en la esfera privativa de sus derechos e intereses. Es como si a la Administración se le ordenara: Tú, Administración, límitate a asegurarle al individuo la paz, el orden y el respeto a sus derechos, que él hará por ti todo lo demás.

(2) *Op. cit.*, nota (1). p. 43.

(3) *Vid.* sobre este punto GARCÍA DE ENTERRÍA: «La revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea», en *Libro Homenaje a Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, pp. 202 y ss. Para la posterior evolución del Derecho Administrativo y su nueva fisonomía por efectos de la reacción antiliberal, *vid.*: J. M. BOQUERA OLIVER: *Derecho Administrativo y Socialización*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965.

Hasta entonces, entre el Monarca y el súbdito se había venido dando una diferencia de nivel jurídicamente insalvable aunque sólo fuera porque el Derecho era un monopolio inaccesible a éste: *quod Principe placuit legis habet vigorem; the King can do not wrong*. Esa diferencia va a ser ahora nivelada por obra y gracia del nuevo Derecho. El súbdito *con* la norma —hechura suya ya: Parlamento— pasa a ser más que el *Monarca* —y, por supuesto, que la Administración— *sin* la norma. He aquí entroncada, con la máxima majestad, la nueva soberanía del Derecho a la que —¡cómo no!— se le esculpirá también su lema lapidario: *Tú (Estado) patere legem quam fecisti*. Es decir, hazte sumiso de esa ley que te autolimita porque esa ley es la emanación misma de la voluntad general que te dio vida y te la conserva.

Nada, por tanto, más coherente, partiendo de aquella ideología burguesa, pragmática antes que teórica, y con más intereses que ideales, que la construcción del Derecho como un puro esquema formal de relaciones cuya nota esencial seguirá siendo la de «alteridad», de la que derivarán los conceptos básicos de «parte», de «tercero», de «derechos subjetivos», de «intereses legítimos», de «competencia», etcétera. Formalismo sí, por tanto, pero formalismo relacional, de contrapeso de poderes y de equilibrio entre obligaciones y derechos, dentro del Estado (separación de poderes y delimitación de competencias) y fuera del Estado (relación Administración-administrado y consecuente «status» de éste).

2.3 Semejante condicionado de origen creemos que explica algo que en apariencia pudiera parecer un contrasentido. Si el Derecho tiene una dimensión tan netamente formalista, ¿por qué tardó tanto en «juridizar» a la organización, siendo así que ésta es primariamente forma? Pues sencillamente porque la organización, en cuanto tal (aspecto estático o estructural), no le interesaba al Derecho como no fuera desde el punto de vista de las relaciones que generaba (aspecto dinámico o funcional). He ahí por qué el llamado Derecho orgánico lo acogió antes el Derecho constitucional (parte orgánica de las Constituciones) que el administrativo. Porque mientras el Derecho constitucional tenía que establecer la organización y las relaciones entre los tres poderes (legislativo-ejecutivo-judicial), el administrativo se contraía a estudiar el segundo de ellos, y un solo poder no puede entrar en relaciones consigo mismo. De ahí que desplazara su acento hacia las relaciones entre la Administración y los administrados, lo que determinaría, lógicamente, la primacía en el desarrollo de las leyes de régimen jurídico y de procedimiento sobre las propiamente orgánicas, a las que, inicialmente llegó incluso a ne-

garse carácter jurídico o, al menos, la procedencia de su inclusión en la genuina temática, del Derecho administrativo.

Consecuencia de todo ello: que la propia organización ministerial, en cuanto trabazón del Ejecutivo (Consejo de Ministros) fue vista más como un bloque frente a los demás Poderes (Gobierno) que como una yuxtaposición de Departamentos ministeriales con funciones administrativas propias, razón por la que su regulación tendía a hacerse por vía constitucional y no por medio de leyes ordinarias; menos aún por disposiciones de rango reglamentario. Nada más lógico, en consecuencia, que los tratadistas del Derecho administrativo continuaran esta pauta política y que tuviera que pasar más de un siglo para iniciarse su rectificación y llegar a la actual etapa de sustantivización de lo orgánico dentro del renovado marco del Derecho administrativo, convertido ya en Derecho público común y general del que las demás ramas—incluso el propio Derecho político—vienen a resultar meros apéndices (4).

3. La formalización del Derecho y sus consecuencias: la escisión entre el Derecho administrativo y la Administración

3.1 Nacido, pues, el Derecho administrativo como esquema formal de relaciones con funciones de garantía y protección para los derechos de los administrados, quedaba, en cierto modo, postergado, aunque no negado, el contenido material insito en aquellas relaciones. Los factores sociales, económicos, técnicos, etc., subyacentes, apenas logran traspasar la tupida malla formalista tejida por el Derecho. Hasta el difuso y reelaborado concepto de «policía» por el que seguirá infiltrándose la única realidad sociológica sobre la que la Administración venía operando (comportamiento de los administrados referido, ya a sus actos, ya a sus patrimonios en cuanto pudiera perturbar el orden y bienestar públicos, con daño para el bien común o la paz social) va a establecerse más desde los «límites» de lo que la Administración y los administrados pudieran hacer o no hacer y consecuencias jurídicas conexas, que desde su contenido y efectos de orden material o socioeconómico.

Al enjuiciar la obra de Otto Mayer, el genial creador del moderno Derecho administrativo, señalaba ya Erick Kauffmann con todo acierto cómo las formas jurídicas abstractas, que permanecen inmu-

(4) En este sentido, y con originalidad de argumentación, J. R. PARADA VÁZQUEZ: «Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 52, pp. 59 y ss.

tables, no nos dan una visión exacta de si el Estado admite la libertad de industria o si la regula a través de permisos o concesiones, o de qué forma y con qué fuerza influye en la formación de los precios de mercado, o en el tráfico de la propiedad inmobiliaria, o si reconoce como pública la función de seguridad social, o si permite escuelas privadas junto a las públicas; o de qué forma interviene el Estado en los sectores de la construcción, sanidad, tráfico, etc., y precisamente sobre todos estos problemas básicos que constituyen el núcleo interno del Derecho administrativo, ninguna experiencia podemos sacar de la obra de Otto Mayer (5).

Con el advenimiento de la idea de «fomento» —principio de reentronque con la vieja Cameralística— se da un paso positivo hacia el enraizamiento del Derecho administrativo con la realidad socioeconómica, pues la Administración, objeto formal de este Derecho, empieza a perder su carácter de vigilante neutral de lo que el administrado (la sociedad) hace o deja de hacer para asumir el papel de cobeligerante en favor o en contra de ciertas actividades o intereses beneficiosos o perjudiciales para la comunidad. Se empieza a cobrar conciencia de que «la realidad nunca es una indiferente: si no se hace de ella un amigo útil será para siempre un formidable enemigo» (6). Sólo que esta intervención material creciente tampoco va a repercutir decisivamente en contra de la concepción netamente formalista del Derecho administrativo, que seguirá teniendo más de puente que deja pasar la realidad a su entero albedrío, que de acueducto que la ciñe para mejor encauzarla por caminos y hacia metas previamente definidas (planificación social).

3.2 Pues bien, esta constante formalista del Derecho administrativo, pese al fondo material que en él empieza ya a aflorar y con el que trata de empalmar en planos cada vez más extensos, resulta de una importancia superlativa para explicar el origen y fundamento del binomio Derecho administrativo-Ciencia de la Administración (tema de fondo de nuestro trabajo) y la interacción continua entre sus dos términos.

El Derecho administrativo es, originariamente, un mundo relacional o formal, establecedor de límites y garantías, en tanto que la Administración es un contenido y una actividad teleológica de innumerables metas; el Derecho administrativo es una respuesta fren-

(5) Cita tomada de L. MARTÍN RETORTILLO: «La configuración jurídica de la "Daseinvorsorge"», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, p. 61.

(6) Vid. VILLAR PALASÍ, prólogo a la obra de OTTO NASS: *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. Madrid, 1964, p. 24.

te al deseo de seguridad y protección reclamados por los administrados luego de convertidos, colectivamente, en soberanos (*volonté générale*); la Administración una respuesta operativa frente a un conjunto de necesidades colectivas urgiendo su satisfacción (servicios públicos). Dos cosas, si no opuestas, si por lo menos distintas y con posibilidades variables de concordancia o desajuste.

Mientras el Estado practicó el abstencionismo impuesto por la dogmática liberal burguesa, la cuestión no tuvo mayor importancia, pero la alcanzó, y en grado formidable, cuando el incipiente movimiento político de socialización impulsado por el desarrollo tecnológico—revolución industrial—trajo como primer efecto el intervencionismo estatal con la consiguiente irrupción de la Administración en la vida económica, y no sólo política y social, del país.

Ya no va a bastar ese equilibrio inestable entre garantía individual y prerrogativa administrativa, tan ejemplarmente simbolizado en la Ley de Expropiación Forzosa, respecto del más representativo de los derechos: el de propiedad; ya no va a haber prácticamente «círculos exentos» (*quod non est permissae prohibite intelliguntur*) en los que la Administración no pueda o no deba introducirse, bien por la vía de la acción directa (socializaciones, nacionalizaciones, monopolios estatales, etc.), bien por la vía indirecta, de rodeo o cerco que supone la emanación de esa profusa y casuística legislación intervencionista con sus nuevas garantías reflejas o invertidas de protección a las partes desde el todo o en cuanto partes de ese todo, es decir, dictadas no tanto para proteger los derechos individuales *uti singuli* cuanto los intereses solidarios de la comunidad que empieza, por esta vía, a cobrar conciencia de su proceso de socialización y apartamiento de los postulados políticos liberales que modelaron su nacimiento.

3.3 El Estado—y con él la Administración—«salta» de gendarme a empresario, y como consecuencia de este salto, más cualitativo que cuantitativo, va a empezar a pisar sobre un nuevo terreno enormemente movedizo en el que difícilmente se mantendrán en pie las viejas y rígidas estructuras. De una parte, y como ya hemos dicho, los derechos y garantías del administrado que se habían configurado desde el supuesto de una Administración abstencionista (libertades de industria, de comercio, etc.) empiezan a verse socavados desde sus mismos cimientos por la irrupción de una profusa legislación de signo intervencionista; de otra parte, y por paradójico que parezca, la propia Administración, al hollar este nuevo terreno, no va a tener inconveniente en renunciar, en ciertos supuestos, a sus prerrogativas en aras a la mayor eficacia que para su gestión le proporcionarán los esquemas del Derecho privado.

De esta manera, la Administración, como la empresa, empieza a desplazar su centro de gravedad desde la forma al contenido y se va a comprometer ante los propios administrados al cumplimiento de una misión que le impondrá, antes que nada, actuar, y actuar con eficacia. En una palabra: con el nuevo giro las formas jurídicas tradicionales empiezan a tambalearse, y empiezan a tambalearse precisamente porque el contenido empieza a primar sobre la forma forzándola a transformarse en función de su nuevo contorno, más extenso y fluido y por lo mismo menos preciso y estable. Es, ni más ni menos, la culminación de la *revuelta contra el formalismo*, en expresión ya clásica de Morton White.

Mas esta transformación no se hace sin resistencia (el ser es una inercia a seguir siendo); resistencia que, según los «mono-juristas», expertos en toda clase de formalismos y técnicas, los primeros en alentar temerosos de que su «fuerte» —el mundo del Derecho puro— se vaya debilitando progresivamente en beneficio del mundo de la economía, de la técnica, de la sociología, etc., en el que tendrán ya que compartir su voz con la del economista, el ingeniero, el médico, el sociólogo, etc., cuando no convertirse ellos mismos en cultivadores de lo que estas disciplinas tienen de coadyuvantes o complementarias de las propiamente jurídicas.

He ahí el porqué los juristas puros al enfrentarse con la nueva situación que venimos describiendo y quererla diseccionar y clasificar en función exclusiva de sus categorías lógico-formales, van a tropezar con dificultades casi insalvables para llegar a resultados coherentes y acordes con los esquemas técnicos de su desfasado sistema.

Dignas de mención y enormemente sintomáticas a este respecto nos parecen las siguientes palabras del profesor Villar Palasí: «La ignorancia rellena de lógica: he ahí lo que el Derecho administrativo al estilo formal puede suponer para el conocimiento de la Administración. El cocerse en la propia salsa, sin percatarse de que la lógica deductiva es incapaz de extraer más verdades y más conclusiones que aquellas encerradas en potencia en las premisas conocidas, pero sin vigor para añadir ninguna más...» «Explicar el fenómeno del Derecho por el análisis jurídico es tan difícil como difícil le era al barón de Münchhausen salir del barrizal tirándose de los pelos...» (7).

Una luminosa respuesta a estas interrogantes puede encontrarse en P. Gaudemet, quien claramente pone de relieve cómo el fracaso de las teorías que han pretendido reconducir la naturaleza jurídica del plan a las clásicas categorías jurídicas de la ley o del contrato

(7) *Op. cit.*, nota (6), pp. 23 y 26.

obedece a haberse «ceñido exclusivamente al aspecto *formal* del plan, es decir, al procedimiento seguido en su elaboración, en lugar de ocuparse de su aspecto *material*, es decir, de su contenido» (subrayado también en el texto). De ahí que proponga la acuñación de una nueva figura jurídica: la del *acto-programa*, en la que quiebran o se desdibujan no pocos principios y técnicas que parecían inmovibles (*v. gr.*: mínima intervención y máxima vinculación del Parlamento frente a la máxima intervención y mínima vinculación del administrado; conversión del *jus variandi* de prerrogativa exorbitante en facultad ordinaria cuyo ejercicio no siempre responsabiliza a la Administración frente al administrado; subordinación del principio de seguridad jurídica, al de flexibilidad coyuntural, con lo que también la cláusula *rebus sic stantibus* se troca de excepcional en normal; quiebra del principio de jerarquía de normas, etc.) (8).

4. La doctrina y su toma de postura ante tal escisión: la renovación del Derecho administrativo y el retorno a la Ciencia de la Administración

4.1. Ya se comprenderá que las dificultades apuntadas van a suponer para el Derecho —y concretamente para los juristas— algo así como un «renuévate o perecerás». Y esa renovación va a venir por una doble vía: 1) Por la vía de renovación o transformación interna del mismo Derecho cuya dimensión política forzosamente tuvo que hacerle sensible o receptivo al nuevo ideario social que trajo consigo el intervencionismo (9), y 2) Por la vía externa de la Ciencia de la Administración, llamada a nutrirle, como antaño, de un mayor sentido de la realidad en, por y para la que la Administración opera. Es la tan voceada «vuelta a Stein» y entre nosotros «vuelta a Colmeiro», más allá de la cual se entronca con la vieja Cameralística y con la Ciencia de la Policía.

Es decir, el Derecho administrativo, sin renunciar a su carácter formal, va a tener que ganar, por puro instinto de conservación, una segunda dimensión de orden material: su vinculación cada vez más estrecha con la realidad de los problemas políticos, económicos y sociales entrañados en su objeto: la Administración. De esta manera

(8) Cfr.: *La influencia de la política de planificación económica en el Derecho público francés*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1968.

(9) *Vid.* una prueba de ello en el conocido libro de GARRIDO FALLA: *Las transformaciones del Régimen Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

el Derecho se instrumentaliza, hasta se contamina de sociologismo, si se quiere, pero con ello se va a hacer también cada vez más apto para servir a una Administración esencialmente dinámica y fluida que no se deja aprehender en esquemas abstractos y que postula unos instrumentos de actuación cada vez más expeditivos y flexibles.

Desde esta perspectiva el Derecho va a dejar de ser sólo un *patrón de medida* para convertirse también en un *objeto de contraste*. Es decir, que la norma no sólo va a medir sino que también va a ser medida. Y medida, no ya por el Derecho natural, a cuya función aludiremos más adelante, y que adquiere por ello el valor de «*mesura mensurata*» respecto del Derecho positivo, sino medida desde instancias sociológicas, políticas, etc.; en suma, desde abajo.

4.2 Fácíl es comprender, sin embargo (ningún radicalismo puede dejar impasible) a cuánto exceso y extremosidad se puede llegar por este camino: nada menos que a demoler el edificio jurídico so pretexto de dar una mayor solidez a sus cimientos. Es, más o menos, la solución a que llegó Otto Nass en su furibunda requisitoria contra el Derecho administrativo de corte clásico, al que viene a culpar, casi en exclusiva, de todos los males de la Administración. La lectura de su obra (10) es verdaderamente apasionante, acaso por efecto mismo de la pasión que él puso al escribirla. No vamos a repetir aquí los términos en que se planteó y resolvió la polémica desencadenada por esta obra; nos bastará con remitirnos a su ameno y jugoso prólogo —obra del profesor Villar Palasí—, que creemos deja las cosas en su justo punto.

En cualquier caso, lo que sí parece exacto es una cosa: el Derecho administrativo ha sido, en su mayor parte, la obra de unos profesores y, si se quiere, de unos intelectuales que sabían infinitamente más del Derecho que de la Administración, pese a ser ésta el objeto o materia de aquél. Ha resultado así el Derecho administrativo —ya lo dijimos— una combinación desproporcionada, con mucho de Derecho y muy poco de Administración.

De una tal concepción ya se comprende que el primer beneficiario tuvo que serlo el individuo «individual» estereotipado por el liberalismo cuyos derechos y garantías, y ¿por qué no? también sus recelos y desconfianzas hacia los órganos administrativos y desde ellos a la Administración misma, contribuirían decisivamente a eliminar de aquél Derecho o, por lo menos, a relegar a un segundo plano de su temática, los aspectos organizativos, burocráticos, técnicos, en suma,

(10) *Op. cit.* nota (6).

empresariales de la Administración, ofreciéndonos así, de ella, una visión si no deformada si, por lo menos, unilateral o parcial.

«La perspectiva jurídica—dicen Mosser y Cimmino— examina de hecho el fenómeno administrativo desde fuera y deja al margen de su campo de investigación las fuerzas internas del mismo. Por ello, los funcionarios de un Estado que consideren exclusivamente el aspecto jurídico de la Administración Pública y que posean una formación profesional totalmente orientada hacia el Derecho administrativo, terminan por conocer el Derecho y no la Administración, con la doble desventaja de ignorar algo tan esencial para su misma carrera y creer—lo que es peor— que después de lo que han aprendido ya a través de los textos de Derecho, no les queda nada que aprender de la Administración» (11).

4.3 No puede negarse, pues, esa tensión que denuncia Otto Nass entre lo que la Administración como entramado y organización de los intereses colectivos *necesita* y lo que los juristas *le han dado*. Tampoco que esa tensión se hubiera suavizado si la creación técnica de aquel Derecho no hubiera sido prácticamente la obra de unos juristas más especulativos que pragmáticos y con más mentalidad de abogados defensores de los derechos individuales que de administradores natos de los intereses públicos.

Frente a esta disociación entre geometría jurídica y «praxis» y como notable intento de armónico ensamblaje entre ambas, se alza el fenómeno singular del Derecho inglés, el cual, como su folklore, y hasta su mismo Imperio, ha sido más la obra consuetudinaria y cotidiana del pueblo y de su profundo sentido pragmático que la elaboración abstracta de unos intelectuales de gabinete. En Inglaterra la intelectualidad y el mismo Estado han venido siempre a la zaga del pueblo, único soporte y vehículo de toda tradición que merezca tal nombre. De ahí, quizá, los equívocos recíprocos a que se prestan las instituciones inglesas cuando son vistas o interpretadas desde moldes continentales y las instituciones continentales cuando son vistas con mentalidad anglosajona.

Con razón ha hecho notar Pérez Olea, con enorme agudeza y apasionante argumentación, cómo «todas las manifestaciones de la Ad-

(11) Vid.: *Ciencia de la Administración*, Editorial Rialp, Madrid, 1961, p. 60. Consciente de ello y de la procedencia jurídica de la mayor parte de los universitarios integrados en los Cuerpos Generales, el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios ha venido dando desde el principio a sus enseñanzas una orientación predominantemente técnica. Vid. A. DE LA OLIVA DE CASTRO: «El Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios», en *Documentación Administrativa*, núm. 38, p. 41.

ministración local inglesa (han quedado) deformadas hasta hoy por el prisma de las interpretaciones subjetivas y de los clásicos apriorismos doctrinarios, que no vacilan en violentar a martillazos la realidad rebelde a sus teoremas» (12).

Para el inglés, el llamado a elaborar el Derecho es antes el juez que el legislador (*Judge made Law*), porque sólo aquél está en una posición equidistante entre el hombre práctico al que los árboles no dejan ver el bosque y el hombre teórico al que el bosque no deja ver los árboles. Vuelve a cobrar así sentido el dicho aristotélico que sitúa a la virtud en el medio. Y ello, porque el medio es el único punto desde el que se pueden ver simultáneamente los dos polos o extremos de toda realidad en tensión sin que el uno nos anule o mínimice al otro.

Ciertamente que a la doctrina continental, vista con mentalidad anglosajona, le está sobrando un abrumador hacer y deshacer teorías, frente a las que un Hamlet bien podría volver a repetir aquella su deletérea sentencia: «¡Palabras, palabras, palabras!» Y entre tantas palabras (conceptos, principios, sistemas, doctrinas...), cuántas veces se velan más que se desvelan los contenidos vitales que bajo ellas palpitan.

La servidumbre a todo sistema, cualquiera que sea ese sistema, acabará siempre abocando a sus adeptos a una situación pareja a la del mono en la graciosa fabulilla que nos recuerda Villar Palasí: «El mono mete la mano en la calabaza, coge los cacahuets que contiene y cierra la mano; entonces no puede retirarla porque lo que cree que tiene le retiene» (13). También la Administración suele ser aprisionada por el sistema (el Derecho administrativo) cuando lo utiliza como único o principal instrumento para aprehender y dominar los hechos sobre los que opera. Y como el mono, tendría que romper la calabaza (el sistema) para extraer los cacahuets que encierra (la realidad).

4.4 El gran *pecado* original del Derecho puro y de sus cultivadores fue, pues, como hemos visto, el de su distanciamiento de la realidad; el intento de construir ese derecho sin otro material que el proporcionado por el análisis de la relación «Administración-administrado». Es como si la única idea-fuerza del Derecho administrativo hubiera sido ésta: *arbitrar un sistema de garantías que per-*

(12) Vid. prólogo a la obra de W. E. JACKSON: *La estructura del régimen local inglés*, Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1962, página 11.

(13) Prólogo a la obra citada en nota (6).

mita solucionar los conflictos que se presenten cada vez que la Administración pretenda de los administrados algo que no vengan obligados a hacer o que éstos se nieguen a hacer algo a lo que vengan obligados. El Derecho administrativo se «liga» así a la jurisdicción contenciosa hasta el punto de que donde esta jurisdicción no surge (caso de Inglaterra) no se acierta a ver aquel Derecho (14).

Vino a resultar con ello algo tan peregrino como si la elaboración del Derecho civil se hubiera querido realizar desde la ley de Enjuiciamiento civil en vez de hacerlo desde la realidad misma de la persona en cuanto titular de un patrimonio y miembro de una familia. Si el patrimonio y la familia son antes economía y sociología que Derecho, resulta evidente que el Derecho civil no puede ser sólo—y hasta diríamos que ni siquiera principalmente—Derecho. Sólo así se explica que los historiadores de mayor rigor y solvencia (Monmsen, por ejemplo) hayan podido extraer del Derecho o por su conducto nociones sociológicas, políticas, económicas, etc..., esto es, no jurídicas, que han contribuido decisivamente a penetrar en los sistemas y formas de vida de los diferentes pueblos y culturas.

Si quisiéramos avalar esta postura con un ejemplo suficientemente ilustrativo, tomado de la vida local—la más próxima a nuestra «vida»—, diríamos que mientras resulta concebible una Administración municipal sin un reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico, difícilmente podríamos representárnosla sin un reglamento de obras y servicios. Ello no obstante el predominio que venimos resaltando de lo «jurídico-formal» sobre lo «sociológico-material» se ha traducido aquí en la constatación de estos dos hechos por demás singulares: 1) en que sea precisamente el reglamento de obras el único que aún queda por dictar de entre los que para su desarrollo previó la vigente ley de Régimen local, y 2) en que el reglamento de servicios sea un reglamento «sin» servicios en el que la «expansión» del sistema ha producido la «expulsión» de esos mismos servicios.

Así lo advirtió, con su habitual lucidez, Clavero Arévalo en sus agudos comentarios al reglamento antes citado: «Llama poderosamente la atención—dice—de quien estudia el nuevo reglamento la sistemática puramente doctrinal con que ha sido estructurado...» «... el nuevo reglamento no constituye tanto una regulación de los servicios, cual indica su nombre, como una regulación abstracta y general de la actividad administrativa de las corporaciones locales»,

(14) Cfr. R. MARTÍN MATEO: «Derecho administrativo y materia contenciosa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 55.

... «El nuevo reglamento nos ofrece sólo una regulación abstracta y general de la actividad de las corporaciones locales, careciendo en absoluto de normas especiales y concretas relativas a los distintos servicios que integran la actividad de las corporaciones locales...»; «la verdad es que sólo se regula en él lo que pudiéramos llamar la parte general del servicio público local sin que la parte especial encuentre en él la más mínima expresión»; «al adoptarse ... una sistemática dogmática que excede de la propia idea de servicio, se han traído a este nuevo reglamento una serie de normas que por razón de la materia deberían figurar en otros reglamentos» (15).

Lo que ocurre es que el Derecho administrativo, surgido de la Revolución francesa y creador del llamado «régimen administrativo», vino a fijarse, casi exclusivamente y por las razones que ya han quedado expuestas, en estas relaciones intersubjetivas a que la acción administrativa da lugar en su incidencia sobre la esfera de los derechos de los administrados, haciendo caso omiso de las fases previa (organización) e intermedia o principal (acción material de administrar) que integran, junto con aquella relacional o final, el proceso administrativo en su total entidad material y formal.

De esta manera pudo producirse el formidable espejismo de creer que allí donde la relación Administración-administrado no apareciese como segregada del *jus commune* para su modulación conforme a un régimen especial, allí no había ni podría haber Derecho administrativo. ¡Como si fuera posible concebir un Estado sin Administración sin otro Derecho que el alumbrado por la Revolución francesa!

4.5 En todo caso el planteamiento expuesto nos hace empalmar de nuevo con la tesis de Otto Nass y nos permite darnos cuenta de hasta qué punto es cierto que el Derecho administrativo se «tragó» a la Administración arrojando después algo que ya no era Administración, sino Derecho.

Se explica, pues, que para lavarle de su «pecado original», para bautizarle y confirmarle en el «agua viva y vivificante de la realidad», surgiera toda una nueva constelación de nuevos «padres», imbuidos los unos de espíritu más renovador que iconoclasta, y animados los otros de espíritu más iconoclasta que renovador. Entre estos últimos habría que incluir, por supuesto, al propio Nass.

Sin remontarnos hasta la época de la cameralística o de la ciencia de la policía, ya que, en cierto modo, la postura que se critica

(15) Vid. CLAVERO ARÉVALO, prólogo al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, comentado y concordado por MARQUÉS CARBO. Editorial Suñer Hnos. Tarragona, s. f.

fue una reacción del dogmatismo jurídico contra ambas (Otto Mayer frente a Von Stein), si parece obligado destacar aquí—con referencia a la doctrina alemana—el influjo decisivo de los trabajos de un Erick Kauffmann, poniendo de relieve, con singular fuerza, la función de la organización en la génesis, y conformación del Derecho y de un Forsthoff con su genial intento de materializar o desformalizar el Derecho administrativo.

Del lado francés merecè especial recordación la que enfáticamente se denominó a sí misma «escuela realista» (Duguit, Jeze, Bonnard), así como la teoría de la «institución» de Hauriou y Renard, que busca los cimientos del Derecho más allá del Derecho, siquiera en un más allá que, a diferencia del jusnaturalismo católico, no cae sólo del lado de Dios, sino también del lado del hombre mismo en su total dimensión sicosocial.

Respecto de la doctrina italiana, tendríamos que destacar a Santi Romano, reelaborador del concepto de la institución, y a los numerosos seguidores, que han prolongado su obra hasta nuestros días, siquiera poniendo en ella una dosis de sociologismo muy superior a la que el propio maestro hubiera consentido (es el caso de Giannini, por citar al más significativo de todos).

Mención aparte merece la doctrina anglosajona, cuya influencia, siquiera mínima en el ámbito del Derecho puro o formal, debido a la disparidad de sistemas a que más arriba hacíamos alusión, ha resultado, en cambio, intensa, e incluso decisiva, en aquellos otros campos de los que el Derecho tradicional-liberal solió desentenderse en un principio, y que ahora, al tener que ocuparse de ellos, ha de hacerlo con un nuevo talante y transformando no poco sus primitivas concepciones. Es el caso de los derechos de la organización; de la economía; de las relaciones entre los grupos y los poderes sociales; de la empresarialización de la gestión pública, etc., temas todos ellos de ineludible presencia a la hora de acometer o reconsiderar una reforma auténtica de los Derechos administrativo y político, verdaderos railes de la locomotora estatal.

Por lo que a España conclerme, semejante onda expansiva, con tan diversos epicentros, necesariamente tuvo que resonar en la patria de Oliván y de Colmeiro (16), máxime en un momento en que

(16) Sobre el valor de estos autores y de algunos más (JAVIER DE BURGOS, SAINZ DE ANDINO, BRAVO MURILLO, etc.), como precursores de la Ciencia de la Administración, *vid.* el interesante trabajo de JORDANA DE POZAS: «Los cultivadores españoles de la Ciencia de la Policía», en *Centenario de los iniciadores de la Ciencia jurídico-administrativa española*, Madrid, 1944, así como el jugoso prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de OLIVÁN: *De la Administración*

irrupía en nuestro firmamento jurídico toda una constelación de brillantes administrativistas cuya sensibilidad no tardaría en reaccionar positiva o críticamente ante esta apertura del Derecho administrativo hacia la historia, la sociología, la ciencia de la Administración, etc. Inequívoco exponente de ello es una incipiente pero ya nutrida bibliografía—a la que oportunamente iremos aludiendo—cada vez más volcada hacia los problemas organizativos, económicos, sociológicos, etc., de los que el Derecho acaba siendo, como denunciaría Marx, una mera superestructura con funciones más de escudo que de palanca.

5. La función social del Derecho en cuanto determinante de su estructura y comportamiento respecto de la realidad: Planteamiento crítico

5.1 Una tal conexión o sintonía entre realidad y Derecho, como la que hasta aquí se viene postulando, necesariamente planteará, como cuestión previa, la de determinar su viabilidad y alcance. Porque bien pudiera ocurrir que el Derecho y la realidad se comporten entre sí como el cedazo y el agua, de tal modo que aquél sólo sirva para aprehender de ésta sus posos e impurezas. «El Derecho administrativo doctrinal—dice Villar Palasi—se ha construido desde la perspectiva de la patología del Derecho de la jurisdicción, de la contienda, y no desde el ángulo del funcionamiento normal y diario. Brinda criterios al abogado para preparar demandas contencioso-administrativas, pero no proporcionará líneas de comprensión al administrador» (17).

Visto el problema desde otro ángulo, cabría afirmar que el Derecho, por lo mismo que estaría de más en una hipotética sociedad de santos o en un imaginario mundo robinsoniano habitado por una sola persona, nos está revelando ya su dimensión—en la que tanto hemos venido insistiendo—*relacional y conflictual*. Dos notas extraídas de la realidad social, pero en las que ciertamente no se agota esa realidad social y que nos dan el componente y, por lo mismo, el exponente o diferencial del Derecho frente a la ética, la política y,

Pública con relación a España. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 9, del que son las siguientes palabras: «En OLIVÁN y COLMEIRO está pronunciada la teoría de la Administración de Von STEIN como acción de conformación social, que alcanza hoy todo su relieve en el orden práctico como en el orden teórico...».

(17) *Vid. Derecho Administrativo*. Tomo I. Introducción y teoría de las normas. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1968, p. 416.

lo que es más importante, la Administración y la economía en sus peculiares enfoques de aquella realidad.

Cierto que el Derecho no puede ir contra la ética, debe servir a la política y no puede desconocer las exigencias prácticas de orden administrativo y económico. Pero ese marchar sincronizado con todas ellas nunca podrá justificar la pretensión de reemplazarlas o absorberlas. El tener que contar con ellas es la prueba mejor de que nunca podrá llegar a ser lo que ellas o como ellas. El Derecho, en efecto, mira al amplio panorama social desde una perspectiva prefijada, esto es, selectiva y excluyente a la vez y, por tanto, inidónea para captarle en su plenaria realidad.

Insistiendo en el ejemplo de una supuesta sociedad de santos, es evidente que en ella la moral (manifestada en unas creencias íntimas y operativas y en unas correlativas prácticas religiosas), la política (traducida en unos objetivos de orden externo o material a alcanzar), la Administración (determinación de las funciones y encauzamiento de las actividades a desarrollar dentro del grupo en orden a alcanzar los objetivos trazados por la política) y la economía (empleo más útil de los escasos medios disponibles) se manifestarán en toda su virtualidad, pues la santidad sobre exaltar los ideales (moral, política) no excluye la exigencia de obrar (Administración) para la realización de los mismos (economía). Semejante manifestación mal podrá producirse, sin embargo, en el caso del Derecho al haberse descartado, por hipótesis, los presupuestos sociológicos que hubieran tenido que posibilitarla: violación de las normas morales o apartamiento de las directrices políticas, administrativas o económicas, con daño para la sociedad o alguno de sus miembros.

Reduciendo al máximo este simplificado esquema podríamos decir que allí donde detrás de una conducta no exista una posible sentencia (no necesariamente judicial), allí no habrá Derecho. Habrá, sí, moral, sociología, política, Administración, etc., pero no Derecho. En este sentido, conocida es la opinión de Maitland, para quien escribir la historia de las acciones ante los tribunales sería lo mismo que escribir la historia del Derecho inglés, afirmación que vale también para el Derecho continental (18).

Creemos que es desde esta perspectiva desde la que habrá que interpretar el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1958, que tan perplejo parece dejar a L. Martín Retortillo (19), y según la cual «la primordial finalidad del Estado es la

(18) Cita tomada de L. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, nota (5), p. 44.

(19) *Op. cit.*, nota (5), p. 44.

jurisdiccional»: no hay Estado sin Derecho, ni Derecho sin jurisprudencia, y en la medida en que ésta falte, faltarán aquéllos.

No cabe desconocer, sin embargo, que en el Derecho objetivo nos encontramos frecuentemente con prescripciones en las que no resulta fácil descubrir, *prima facie*, un contenido normativo concreto, esto es, la atribución de un derecho o la imposición de una obligación cuya efectividad venga garantizada en todos los casos por la congruente reacción de un aparato protector-represivo. Tal sucede precisamente con no pocas parcelas del hacer administrativo sin aparente proyección sobre los administrados, ya por el carácter interno o instrumental de tal hacer (es el caso de la llamada «esfera doméstica» de la Administración), ya por el ámbito de libertad o no sujeción en que el mismo se produce, bien por permisión de la propia norma (discrecionalidad), bien por imposición de la realidad misma en cuanto ésta tenga de imprevisible, limitativa o inmodificable. Semillante puntualización nos parece esencial para analizar desde nuevos ángulos la lúcida distinción que la doctrina italiana ha establecido entre las que llama «normas de relación» y «normas de acción». Por supuesto que entre estas últimas habría que incluir a las reguladoras de aquel hacer administrativo sin aparente incidencia, o con incidencia irrelevante, sobre los derechos subjetivos de los administrados.

De esta manera resultará que el grado y el alcance de la «juridización» de una actividad administrativa dependerá de la mayor o menor posibilidad que se tenga de «relacionarla», esto es, de ligarla normativamente a la voluntad o a los intereses de quienes sin tomarla directamente a su cargo se beneficien o perjudiquen con sus resultados. El hecho de que la acción y consiguiente reacción protectora o represiva pueda venir aquí por cauces y a través de órganos no propiamente jurisdiccionales (Jefatura del Estado, Parlamento, inspecciones especiales, etc.), no será sino una prueba más de la adaptación del Derecho a las realidades que quiere penetrar.

Un ilustrativo ejemplo de lo expuesto nos lo suministra la llamada potestad organizatoria de la Administración, que, como sabemos, únicamente adquirió carácter jurídico cuando se acertó a ver en sus determinaciones ese lado relacional (interorgánico) y conflictual de que al principio hablábamos, y del que surgirían, como típica reacción jurídica, las normas sobre conflictos de atribuciones (resolubles por la Jefatura del Estado y no por el poder judicial), delegación, sustitución y avocación de competencias, etc. Hasta ese momento, la organización había sido eliminada del elenco jurídico y relegada al mundo de la ciencia de la Administración, por considerarse que no

reunía las condiciones mínimas y necesarias para su clasificación como «materia jurídica».

5.2 De otra parte, el Derecho —y este dato nos parece también decisivo—, al estar hecho de «normas» y no de «opiniones», se auto-sustrae a toda relativización crítica. El Derecho está hecho de imperatividad; es un «orden y mando», un *ita jus esto*, que presupone, si, una opinión u opción (recuérdese la figura de la *responsa prudentium* del Derecho romano), pero que, una vez éstas tomadas, y en tanto conserven su vigencia, es decir, sigan siendo Derecho, no se pueden ya discutir, sino aplicar. O más exactamente, si se pueden discutir, pero para ello es necesario salirse ya del campo jurídico para adentrarse en terrenos de la moral, la política, la ciencia de la Administración, etc. De ahí que al jurista a secas tienda a reseccarse, por lo mismo, su espíritu, como se le resecaría al crédulo cuya fe, a semejanza de la del carbonero, sólo estuviera hecha de pasiva obediencia.

El Derecho objetivo, entendido como pura normatividad jurídica, necesariamente disolverá en un conglomerado de decisiones de poder, en las que la vida no cabrá entera y de sentido, tal como es, sino fragmentada y como desposeída de sus propiedades más esenciales. Sólo teniendo esto en cuenta nos será permitido medir un sistema en función de los demás sistemas posibles por depuración y contraste entre sus valores respectivos.

5.3 Semejante planteamiento nos hace pisar sobre un terreno polémico, en el que contienden, de una parte, el positivismo jurídico y, de otra, el jusnaturalismo, el historicismo, el sociologismo, etc. Para aquél, el Derecho es un coto cerrado al que nadie tiene acceso, salvo su dueño, esto es, el propio legislador; para éstos, un parque abierto, cuya entrada a nadie le está prohibida en principio, por cuanto de algún modo todos son sus dueños: los autores, a través de la doctrina legal; la jurisprudencia, por medio de los principios generales del Derecho; la Administración, a través de la potestad reglamentaria y de las prácticas administrativas; finalmente, el pueblo, a través de los usos y costumbres.

Por estas vías complementarias y renovadoras del puro racionalismo legislativo, el Derecho pretende ponerse a cubierto de dos de las más graves objeciones que le hemos venido imputando: su hermetismo frente a la realidad y su pretensión de autosuficiencia, dogmatizadas ambas en el aforismo *quod non est in Codice non est in mundo*.

Frente a semejante postura, el jusnaturalismo y sus epigonos sos-

tienen que el Derecho nace, vive y se desarrolla a impulsos de fuerzas no jurídicas, por lo que no ha de importar que la moral, la política, etc., penetren en el sagrado recinto de la juridicidad pura, pues que, en definitiva, siempre se llevarán al salir, adherido a sus plantas, más Derecho que moral o política dejen. Y así, la invasión del Derecho por la moral dio origen al Derecho natural; la intromisión de la política en el Derecho fue la base del Derecho político, etc. Este proceso culminará hoy con la erección de un Derecho de la economía, cuya problemática, como anteriormente apuntamos, fuerza al Derecho a contorsionarse en busca de la postura exacta que de él exigen las instituciones económicas y su peculiar modo de operar (planificación económica, economía concertada, subvenciones...).

5.4 En cualquier caso, y a la vista de cómo queda planteada la polémica entre realidad y Derecho, parece obligado penetrar en ella más con paso de explorador que de transeúnte, a fin de recoger y valorar mejor las posibilidades de reencuentro que entre una y otro se den.

A tal efecto, vamos a utilizar, como punto de partida, el examen de cómo se comporta el entendimiento humano en la apropiación progresiva de la verdad y de cómo en este proceso juegan decisivo papel los llamados principios material y formal, que, según el modo como entre sí se relacionen y combinen, darán origen a diversos tipos de conocimientos científicos y, consecuentemente, a otros tantos métodos o caminos para acceder a aquella verdad.

6. Los principios formal y material en la génesis del conocimiento: Ensayo de clasificación de las ciencias que de ellos se sigue

6.1 Todo conocimiento se presenta como la resultante de un principio *formal* que el hombre *pone* (desde dentro) y un principio *material* que se le *impone* (desde fuera). El ajuste entre estos dos principios genera la verdad, es decir, el conocimiento científico u objetivo de las cosas. De la verdad nos queda—y la aceptamos como punto de arranque—la clásica definición que de ella dieron los escolásticos: *adecuatio rei* (principio material) *et intellectu* (principio formal).

Pues bien, la verdad así concebida presupone, por tanto, una correspondencia objetiva entre la realidad externa al sujeto pensante (el mundo, la naturaleza, las cosas) y la representación intelectual que este sujeto (el hombre en cuanto ser dotado de razón) se forma de ellas. Ahora bien, ¿qué ocurrirá cuando entre pensamiento y na-

turalidad no se tienda tal puente o ligamen y la razón se nos aparezca como desligada de las cosas y sin otra apoyatura que su propia existencia? Las categorías lógicas, o entes de razón, a que más adelante aludiremos, productos de la más pura abstracción mental, ¿tendrán realidad, es decir, existencia independiente del propio pensamiento que las forja, o no serán sino meras imágenes de ese pensamiento reflejándose sobre sí mismas? (20). Al faltar aquella posibilidad de contraste objetivo o *adecuatio* entre la cosa real (*rei*) y el pensamiento (*intellectu*), ¿nos será lícito ampliar la noción de verdad, a fin de abarcar también en ella a las nociones especulativas sin aparente asidero objetivo alguno?

Una respuesta afirmativa a esta serie de interrogantes nos llevaría al establecimiento de dos órdenes o clases de verdades: 1.^a, verdades de carácter objetivo que se corresponden con realidades externas (perceptibles por la vía de los sentidos que nos ligan al mundo) y a las que cuadraría la definición tomista antes dada, y 2.^a, verdades de carácter formal que se corresponden no con una realidad externa o independiente del sujeto pensante, sino con las exigencias lógicas o inmanentes de una regla o norma puesta por el propio pensamiento. El contraste de esta verdad no lo dará ya la correspondencia objetiva entre pensamiento y cosa, sino la coherencia o concordancia—ausencia de contradicción—entre lo pensado y las reglas lógicas, porque ese pensar se rige (*adecuatio intellectu ad intellectum*).

6.2 De esta manera, y aceptando como válida la precedente dualidad, se concluye que no hay una realidad, sino dos realidades: una, lógica o formal, y otra, objetiva o material, o si se prefiere, una sola realidad, pero con dos dimensiones. Dos dimensiones con las que—inecesario es decirlo—va levantando la razón el edificio de

(20) Para la filosofía aristotélico-tomista no hay posibilidad de conocimiento sin la concurrencia de ambos principios, abstracción hecha del papel que cada uno juegue en los distintos tipos de conocimientos. Claramente lo proclama así el aforismo: *nihil est in intellectu* (principio formal), *quod prius non fuerit in sensu* (principio material). Contra esta tesis reaccionaria DESCARTES, *vid.* su *Discurso del método*, traducción de M. GARCÍA MORENTE, Madrid, p. 78, alegando que las ideas de Dios y del alma no han podido pasar por los sentidos y, sin embargo, están en la razón. Y fue precisamente huyendo de los sentidos que en su opinión jamás podrán proporcionar una certeza absoluta sobre la existencia real de las sensaciones que transmiten al alma, como llegó al descubrimiento y formulación de su famoso principio «pienso, luego existo» (*cogito ergo sum*) del que derivaría más tarde la moderna filosofía y, muy singularmente, el idealismo que conduciría a la anulación o descalificación del principio material o, en la terminología kantiana, al triunfo de la razón pura sobre la razón práctica.

nuestros conocimientos y hasta de nuestras actitudes. Conocimientos en los que unas veces habrá—si se nos permite hablar así— más forma que materia, y otras veces, más materia que forma. Precisamente serán el *cómo* y el *cuánto* de esa relación o binomio los que determinen, a juicio nuestro, las características de cada tipo de conocimientos y suministren con ellas una base de partida sólida para su agrupación o clasificación por ciencias.

He aquí un ensayo de cuál podría ser esa clasificación:

1.º Conocimientos sobre verdades objetivas y externas, con existencia separada o independiente de la razón humana, que puede, una vez que las *descubre* (no inventa) recurrir a su *comprobación* o experimentación fenomenológica. Son la base de las ciencias físicas, químicas, naturales, etc., a las que se accede por la vía de la «investigación».

2.º Conocimientos sobre verdades lógicas o de razón, a las que se llega discursivamente partiendo de principios o reglas no empíricas, evidentes por sí mismas o reducibles a la evidencia (demostración). Es el campo propio de la lógica con sus nociones de identidad, contradicción, causalidad, etc., y de las matemáticas, con sus conceptos de número, cantidad, línea, superficie, etc.

3.º Conocimientos metafísicos o de fe, que son aquellas respuestas dadas por el pensamiento o la revelación (creyentes) al problema del origen, esencia y destino de la creación y, por tanto, del hombre mismo, y que, sin participar de las notas de evidencia y demostrabilidad propias de las verdades lógicas, tampoco resultan susceptibles de comprobación objetiva, por versar sobre realidades de orden sobrenatural o trascendente. Son la base de la metafísica o filosofía, teología, etc.

4.º Principios axiológicos o de valor, que son aquellas ideas o voliciones que impulsan a la humana existencia hacia fines distintos de los de su propia conservación o reproducción, comunes con los animales, y de los que recibe su magnificación o envilecimiento; de ellos parten la ética, la estética, la política, etc.

5.º Conocimientos mixtos o por integración de factores, que son aquellos en cuya formación intervienen simultáneamente, y sin cuantificación posible, elementos objetivos, lógicos, metafísicos o axiológicos. En este grupo, de difícil concreción, tendríamos que incluir, residuarmente, a todas las demás ciencias o núcleos diferenciados de conocimientos que no encajen específicamente en los anteriores. Y, por supuesto, al Derecho administrativo y a la ciencia de la administración. Con todo, la disciplina más característica y absorbente

del grupo lo constituye, sin duda, la sociología, entendida en su sentido amplio y originario de «ciencia de la realidad social». De ahí que haya podido hablarse, con razón, del «imperialismo sociológico».

6.3 Un examen comparativo de estos cinco grupos nos revelaría cómo lo característico de los conocimientos encuadrados en el último grupo es el grado de complejidad con que en él se combinan los elementos de orden formal con los de orden material, y que contrasta con la relativa simplicidad de los grupos precedentes. Así, por ejemplo, en el grupo primero, relativo a las ciencias de la naturaleza, lo dominante es el principio material. La función del pensamiento va a ser aquí más receptiva que activa. Va a tener funciones de fotógrafo más que de pintor. Por eso el progreso científico va a depender para las ciencias encuadradas en él, antes que de la pujanza interna de ese pensamiento, de los elementos técnicos de que disponga el investigador para poder captar esa realidad exterior a él y que se resiste a ser desvelada. Podríamos decir, pues, que aquí «aprender es aprehender». Un físico o un químico mediocres, pero dotados de modernísimos laboratorios y centros de experimentación, siempre podrá «investigar» mejor y, consecuentemente, «descubrir» más que todo un equipo de sabios carentes de aquellos medios técnicos.

Ello no significa, sin embargo, exclusión del otro elemento—el formal—, presente aquí a través de la lógica matemática, y hasta tal punto presente, que, como en el caso de la astronomía o física celeste, se han podido descubrir astros antes de ser vistos, o en el caso de la química obtener productos nuevos que la naturaleza misma parecía desconocer; todo lo cual, observado por Leibnitz, le hizo exclamar su aguda y bella frase de que Dios hizo el mundo calculando, por lo que también calculando se le podría llegar a reconstruir y dominar. «Es maravilloso ver—dice Lichnerowicz— cómo este juego, en apariencia sin fundamento, de las matemáticas muerde cada vez más hondo en la realidad y le confiere su inteligibilidad.»

Esto nos traslada a las ciencias del grupo segundo; tanto la lógica como las matemáticas, son una directa emanación de ese *intellectu* que el hombre, al nacer, «trae ya dado», por lo que lo puede «poner» sobre las cosas y desde él dominarlas. Aquí, el proceso se genera de dentro afuera, y no de fuera adentro, con lo que los condicionamientos objetivos o externos van a ser mínimos: una simple cuartilla y un humilde lapicero van a poder aquí desempeñar la función mediadora y técnica que atribuíamos a los laboratorios y centros experimentales en el orden de la investigación física o química. De la resolución de una integral llegó a estar pendiente, nada menos, que la obtención misma de la bomba atómica.

En el tercero y cuarto grupos vuelven a predominar los elementos formales sobre los materiales, pero éstos existen, ya que, en otro caso, las llamadas ciencias del espíritu —y con ella la vida misma— se diluirían en la evanescencia imaginativa de los sueños, como en el drama de Calderón. ¡Qué duda cabe que la idea de Dios y la de eternidad, que de ella se sigue, tienen un soporte objetivo en la humana naturaleza! («In interiore homini habitat veritas», diría San Agustín.) ¡Qué duda cabe que alientan dentro de nosotros valores y sentimientos —lo bueno, lo bello, el amor, la piedad, etc.— capaces de arrastrar en uno u otro sentido la voluntad! Pero ¿cómo captarlos y analizarlos sino a través de esas mismas «vivencias» espirituales?

6.4 Frente al deseo de saber —el hombre es una inteligencia atormentada por la naturaleza, se ha dicho—, las ciencias objetivas o verificables sólo le podrán ofrecer explicaciones o razones penúltimas; jamás justificaciones o razones últimas. De ahí que el sabio consuma su existencia inquiriéndole a la naturaleza y a la vida, como el niño a sus padres, el porqué de todo por qué, al final del cual se encontrará siempre aquel inextinguible grito socrático «Cuanto más sé, sé que menos sé.»

Pero la estela de respuestas que la humanidad ha ido dando a aquellas interrogantes en cadena, ha ido dejando a lo largo de los siglos un precipitado espiritual, que es el «espíritu objetivo», concretado en los diferentes sistemas culturales que el hombre se encuentra ya «dados» al venir a este mundo, como se encuentra en el orden material con los fabulosos progresos de la física, la química, las matemáticas, etc. Encuentro del que va a extraer, sin embargo, una desconcertante consecuencia: mientras las ciencias de los grupos primero y segundo registran desde su inicio a nuestros días un progreso formidable e ininterrumpido, que deja casi al nivel de la escuela primaria las metas que un día alcanzarán Arquímedes, Pitágoras y demás sabios de la antigüedad, no sucede eso mismo con los conocimientos integrados en los grupos tercero y cuarto: Sócrates, Platón, Aristóteles, Homero, Fidias, etc., marcaron hitos que no se puede afirmar hayan sido todavía superados, sino, a lo más, modificados, contradichos o reelaborados desde nuevas perspectivas o estilos.

De esta manera, parece llegarse, respecto de nuestros conocimientos sobre las verdades trascendentes o últimas, incluidas en los grupos tercero y cuarto —aquellas de las que se dijo «sólo la verdad os hará libres»—, a la siguiente desconcertante conclusión: o sobre ellas está ya dicho todo desde la antigüedad clásica, por lo que no

cabe «progreso» respecto de las mismas, o se trata de verdades que por su naturaleza misma resultan incompatibles con la idea de progreso, entendida como acumulación creciente de conocimientos verificables. Realmente, creemos que ocurren las dos cosas, y ello porque los sistemas filosóficos, morales o culturales arrancan de la intimidad misma del hombre, pero con la diferencia, respecto de la lógica y las matemáticas —emanaciones también del humano pensamiento—, de no ser productos exclusivamente racionales o lógicos y, por ello, de valor constante, sino ideaciones o voliciones en las que intervienen como factores preconformantes, además de la razón o pensamiento puro común a todos los hombres de todos los tiempos, la intuición, el sentimiento, las necesidades vitales, las ideologías y, en general, cuantos factores espirituales, biológicos o históricos contribuyen a especificar o individualizar a unos hombres frente a los otros. Un matemático, por ejemplo, tendrá que «partir» de donde los demás terminaron, con lo que se asegura el «progreso» en el tiempo de este orden de saberes; un filósofo, un artista, en cambio, podrán —y hasta deberán, si se quiere— partir de sí mismos antes que de los otros, y ello no tanto por un prurito de diferenciación personal cuanto por aquella necesidad perenne de nuevas respuestas que tiene el hombre, una vez consumidas y desechadas por insatisfactorias o problemáticas, las que le sirvieron las generaciones precedentes.

De esta manera el principio «formal» se trueca aquí un principio de base más estimativa que racional, y se hace inapto no sólo para progresar o crear ciencia en sentido objetivo, sino para ser aplicado coherentemente al orden material o externo. Cabe que los sistemas filosóficos, morales o estéticos se destruyan recíprocamente, engendrando en quien los examine con criterio puramente racional u objetivo el escepticismo o la subversión. Esta posibilidad no es admisible en el mundo físico o en el lógico-matemático, en los que el *misterio* (resistencia definitiva) se torna *problema* (obstáculo provisional), y la duda deja de ser un *estado* para convertirse en una *situación*, es decir, en un valor posicional o estratégico (teoría, ficción, hipótesis), del que arrancar hacia la conquista de nuevas verdades. «Surge el sentimiento—dice Romano Guardini—de que alcanzar lo que aún es imposible es tan sólo cuestión de tiempo» (21).

Arranca de aquí el sistema cartesiano de la *duda como método*, tan fecundo para el avance de la ciencia moderna: partir de la duda

(21) *Cit.* tomada de C. FERNÁNDEZ DE LA VEGA: *La tecnificación de la Administración Pública*, editada por el «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1962, página 20.

para acabar en la certeza. Sabido es cómo el camino de la metafísica parece trágicamente el contrario: arrancar de la verdad (fe religiosa, valores morales, ideales políticos) para terminar en la duda y en la agonía (existencialismo, nihilismo, crepúsculo de las ideologías).

6.5 Los precedentes razonamientos parecen abocar a la conclusión de que el progreso científico sólo será posible cuando se cumplan para los principios formal y material generadores del humano conocimiento las dos condiciones o requisitos siguientes: 1) Respecto del principio formal que lo sea de base *exclusivamente* lógica o matemática y no metafísica o axiológica, y 2) respecto del principio material, que los datos objetivos o externos, o, si se quiere, la «porción de naturaleza» que en cada caso se incorpore, sea reductible o pueda ser puesta en función de las categorías formales con que la lógica y la matemática operan. Es decir, se puedan reducir a reglas o principios evidentes o demostrables; poner en relación de causa a efecto, pesar, medir o contar, etc.

Faltando estas dos condiciones—caso de las disciplinas de los tres últimos grupos—se hace imposible, en un sentido riguroso, la ciencia. Ni la metafísica, ni la ética, ni la estética, ni la sociología, ni aun la economía, son verdaderas ciencias. Pero los elementos «acientíficos» varían de las unas a las otras, por lo que el grado y las causas de su «acientificidad» tampoco serán las mismas. El Derecho, por ejemplo, por la decisiva función que en él juegan los valores morales, de orden inmaterial, será siempre más problemático o acientífico que la economía, cuya impregnación material es mayor y permite dar entrada, dentro de ciertos límites, a la lógica matemática y a la estadística.

Todas estas consideraciones llevarían al positivismo decimonónico a una brutal simplificación del panorama intelectual de su época, reflejado en la que Comte denominó «ley de filiación de las ciencias», cuya cabecera es precisamente las matemáticas y cuyo escalón de base lo constituye, no menos significativamente, la sociología. Con él se va a elevar al rango de nuevo dogma la «investigación científica», más allá o más acá de la cual está lo incognoscible, cuando no el error, la superchería o el prejuicio. Su lema o divisa bien podría ser éste: *Cuantifica todo lo que observes y ponlo en relación de causa a efecto, a fin de que pueda penetrar en ello el mundo matemático de la exactitud y el mundo lógico de la certeza.*

En consecuencia, desaparece lo metafísico del cuadro de los conocimientos científicos por su pertenencia a un estado cognoscitivo ya superado—llamado precisamente metafísico o abstracto—que habría de dar paso en el incesante progresar humano al estudio científico

o positivo en el que nos encontramos. El resultado de este despeje —o de este «despoje», según se mire— no podía ser otro que el que la dramática realidad de nuestros días nos ofrece en todos los campos del espíritu: eliminada la fe y suprimido el misterio, la religión, la metafísica y hasta la política misma se disuelven en la sociología o física social. El prefijo «meta» —símbolo de lo trascendente— se diluye en el sufijo «social» —síntesis de lo humano natural.

Fueron muchas las ciencias que a partir de entonces empezaron a adoptar una estructura matemática, apoyándose para ello en el formidable desarrollo de la estadística, del cálculo de probabilidades, de la investigación operativa, de la cibernética, etc. La misma matemática, como consciente de su papel señero, no tardaría en segregarse su propia técnica, sustituyendo la modesta cuartilla y el humilde lapicero, de que antes hablábamos, por los prodigiosos cerebros electrónicos, donde parece como si la misma razón humana se envasara e hiciera bien mostrenco para mejor ponerse al alcance y explotación de todos.

6.6 Finalmente, si consideramos, prosiguiendo nuestra especulación, que la verdad suele condensarse, así en el mundo de las ciencias fisiconaturales como en el de las políticosociales en las denominadas leyes o principios, ningún camino más seguro que el de profundizar en la estructura lógica interna de tales leyes o principios para llegar a la determinación de las peculiaridades que sustantivamente las diferencian.

En este sentido, el mecanismo por que, respectivamente, se rigen las leyes físicas, las leyes jurídicas y los llamados principios de la Ciencia de la Administración parece ser el siguiente:

1. El esquema de la ley física responde a la secuencia «si es A, es B», en donde A son los hechos y fenómenos determinantes (temperatura, presión, velocidad, etc.), y B el efecto o consecuencia determinado (la ley propiamente dicha).

2. El esquema de la norma jurídica adopta la estructura «si es A, debe ser B», en donde A es el supuesto de hecho acotado por la norma y B el efecto protector o represivo desencadenado por ella; y

3. El esquema de los principios generales de la Ciencia de la Administración se adecua a la forma «si es A, pueden ser B, o C, o D...», en donde A es la realidad analizada o situación real de partida y B, C, D..., las alternativas de acción que se ofrecen al dirigente para el logro de los objetivos que persigue, cada una con sus peculiares ventajas e inconvenientes.

El examen comparativo de estas tres fórmulas nos revela cómo mientras en la ley física se arranca de la realidad y se vuelve a ella

(de lo que *es* a lo que *es*), previo rebote en la razón conformadora (principio formal), en la norma jurídica se arranca, inversamente, de la razón y se vuelve a ella (de lo *supuesto* a lo que *debe ser*), previo rebote en la realidad condicionante (principio material). Una posición intermedia, ni tan ligada a lo material como la ley física —con la excepción, si acaso, de ciertas constataciones técnicas, verbigracia, medición de tiempos, mecanización de procesos, etc.— ni a lo formal como la norma jurídica, ocupan los principios de la Ciencia de la Administración: en ellos se parte de la realidad (de lo que es) y se vuelve, tras rebotar en la razón, a esa misma realidad, pero no para dejarla como antes, sino para transformarla, en función de ciertos valores o propósitos reconducibles, siempre al de eficacia o utilidad, y susceptibles por ello de medición o valoración en ventajas e inconvenientes, esto es, en magnitudes inexactas o no objetivas.

6.7 Trasplantando, por vía de resumen, las anteriores consideraciones a las dos disciplinas objeto de nuestro estudio —el Derecho y la Ciencia de la Administración— obtenemos estas dos conclusiones, de las que intentaremos extraer luego todas sus consecuencias:

1. El Derecho —y, por supuesto, el Derecho administrativo— es un *sistema lógico* que, amparado en una *técnica peculiar*, sirve a la realización de ciertos *valores morales o políticos* mediante la *imposición y contraste de determinadas conductas*. Cuando predominan en él sus componentes lógico-formal y técnico, surge el Derecho positivo, cuyo paradigma lo constituye, según ya vimos, el modelo kelseniano, completo y cerrado sobre sí mismo. Cuando aquellos componentes se subordinan o adquieren significación instrumental respecto de la realización de ciertos valores primarios conectables a la dignidad de la persona y el respeto al ser de las cosas, aparece el Derecho natural o material, abierto a aquellos valores y sólo perfectible y completable desde ellos.

2. La Ciencia de la Administración es un complejo de conocimientos sociológicos, económicos, técnicos, etc., integrados por la idea directriz de *potenciar al máximo la eficiencia de un sistema orgánico respecto de sus objetivos finales o institucionales*. Esta noción de eficiencia le hace entrar en contacto con la economía, a la vez que la apelación a unos objetivos finales le pone en comunicación con la política, todo ello dentro del marco psicossociológico de una organización. Su lema bien podría ser éste: *Al progreso moral y material (política) por el camino de la eficacia (economía)*. De ahí que un Estado que ha empezado a llamarse «Estado del Bienestar» (*welfare state*) forzosamente tenga que cargar el acento sobre la Ciencia de

la Administración en detrimento de la primacía que mientras fue sólo Estado de Derecho hubo de conceder al Derecho administrativo. De ahí que Herbert Simon configure al *homo administrativus* como un subtipo del *homo oeconomicus*.

7. El Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración: Cómo juegan en uno y otra los principios material y formal en orden a la delimitación de sus respectivos ámbitos

7.1 En las reflexiones que a modo de variaciones sobre el mismo tema vamos a continuar haciéndonos, una salvedad nos importa dejar ya consignada desde el principio, a saber: la falta de un criterio unitario acerca de cuáles sean los específicos contenidos, límites, metodología y técnica de la llamada, genéricamente, Ciencia de la Administración.

Así como la idea del Derecho aparece clarificada por una sedimentación secular, la idea de Ciencia de la Administración es un conglomerado de diversos ingredientes políticos, económicos, sociológicos, técnicos e incluso jurídicos, de los que cada autor o grupo de autores seleccionan a su antojo los que les parecen más relevantes y significativos desde cada uno de aquellos planos.

De cóctel de técnicas dispersas que ha actuado «como un incitante para disolver la actitud metafísica en general del jurista» le califica Villar Palasi (22). Por su parte, Garrido Falla ha puesto de relieve cómo frente a la pureza del método jurídico, la Ciencia de la Administración, por muy útil que su estudio resulte, tropezará siempre con la dificultad que su heterogéneo y disperso contenido representa para su reducción a unidad científica (23). En efecto—argüimos por nuestra parte—, ¿qué tiene de común, por ejemplo, la Ciencia de la Administración de L. V. Stein con el *scientific management movement* de Taylor, por citar sólo dos supuestos límites?

La causa de semejante confusión habrá que buscarla, evidentemente, en la contraposición entre Administración pública y empresa, a las que, según los casos y los autores, se toman como objeto de aquella Ciencia, pretendiendo luego el trasplante de sus principios de la una a la otra en base a unas supuestas equivalencias o analogías más que discutibles.

En efecto, mientras la Administración pública es un concepto y

(22) *Op. cit.*, nota (17), pp. 16 y 188.

(23) *Vid.*: *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961, p. 89.

una realidad jurídico-política en la que priman, por consiguiente, criterios axiológicos o valorativos, la empresa, por el contrario, es un concepto y una realidad técnico-económica en la que lo decisivo son los factores relevantes para su rendimiento y lucro. Ciertamente que no por ello la Administración deja de ser una empresa ni la empresa deja de ser una Administración, pero con esta esencialísima diferencia: que mientras la Administración es una «*empresa de gobierno*», la empresa es la «*administración de un negocio*» (*Business administration*). Es decir, lo sustantivo para la Administración se hace adjetivo o instrumental para la empresa, y al contrario.

Semejante inversión de perspectivas justifica la imposibilidad teórica de fusionar en un esquema común la Ciencia de la Administración de L. V. Stein y la Técnica de Administración de Taylor, expresiones contradictorias, por otra parte, si se piensa que el sustantivo Ciencia le cuadra mejor al empirismo tayloriano que al politicismo steiniano (*vid. supra*). En este sentido, y para evitar equívocos, a la Ciencia de Administración de Von Stein quizá conviniera llamarle «*política administrativa*» u otra denominación análoga, reservando aquel término para su acepción o versión norteamericana, de contenido más científico-técnico que político valorativo.

En cualquier caso, lo que verdaderamente merece la pena ser resaltado es cómo de una y otra acepción—la de Von Stein y la de Taylor—tenemos en nuestro actual movimiento de reforma administrativa sendas y notables manifestaciones; nos estamos refiriendo, obviamente, a los Cursos de Estudios sobre «*Problemas políticos de la vida local*», convocados por la Delegación Nacional de Provincias de la Secretaría General del Movimiento y celebrados invariablemente en Peñíscola, y a las Semanas de Estudio para la Reforma Administrativa celebradas en Santander (dos) y Tarragona (una), y organizadas por la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, respectivamente (24).

¿Quiere decirse entonces que no existe un principio cuya validez se extienda sobre los diversos aspectos englobados en la rúbrica Ciencia de la Administración y que pudiera por ello erigirse en eje o idea cardinal de la misma? A nuestro juicio, de existir tal principio tendría que ser—ya lo hemos anticipado más atrás—el de eficiencia, concepto éste de una mayor amplitud y flexibilidad que el de rendimiento empresarial y que acucia no menos al político que al gerente.

(24) *Vid. L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA: «A vueltas con la reforma administrativa. ¿Un nuevo aspecto de la misma?»*, en *Documentación Administrativa*, núm. 103, p. 47.

La única diferencia entre la Administración pública y la empresa privada en este punto radicaría en que mientras para aquélla la eficacia es o funciona como un *requisito de actuación* (art. 29 LPA), para ésta es un *requisito de supervivencia* (disolución por quiebra). La Administración nunca podrá sacrificar a la economía ciertos valores, es verdad, pero no es menos cierto que, a igualdad de resultados, deberá elegir el procedimiento más económico para alcanzarlos. La empresa tendrá, en cambio, que estar dispuesta a sacrificar cualesquiera ideales altruistas si no quiere que éstos le sacrifiquen a ella.

En cualquier caso, queda patente cómo no puede haber una buena política (V. Stein) con una mala economía (Taylor), o, lo que es lo mismo, una buena administración montada sobre una mala organización empresarial. El piloto que gobierna una nave antes llegará a puerto, a igualdad de pericia, cuanto más segura y veloz sea esa nave.

7.3 Hecha la anterior salvedad sobre el alcance y significados en que tomamos la expresión Ciencia de la Administración, vamos a adentrarnos ahora en el análisis del otro término: el de Derecho administrativo.

Vimos ya cómo éste sigue participando de la vieja noción que concibe el *jus* como *proportio hominis ad hominem*, en cuya fórmula privatista no hace otra cosa que introducir dos sustituciones que van a publicar esa relación o *proportio*: los dos sujetos dejan de ser ya una persona frente a otra persona, es decir, dos titularidades en un plano de igualdad o equiordenación para convertirse en una «Administración» frente a un «administrado», esto es, en dos personalidades situadas en un plano de supraordenación. Hecho esto, todo lo demás vendrá ya por añadidura y, por supuesto, siguiendo los mismos pasos metodológicos y utilizando la misma técnica del *jus commune*.

Sentadas tales premisas se llega a la misma conclusión ya obtenida con anterioridad: allí donde no se generen relaciones *inter partes*, allí donde no existe una situación de conflicto potencial, allí tampoco se manifestará el Derecho. Conclusión ciertamente decepcionante de admitirla sin ciertas atenuaciones, ya que define y configura el Derecho administrativo desde el lado negativo, desde el mal que se quiere evitar antes que desde el bien que se quiere promover. Pero el Derecho no tiene por qué quedarse en los conflictos, como la medicina no tiene por qué constreñirse a las enfermedades. Junto a la medicina curativa se alinea la medicina preventiva, cuyo supuesto y meta no es ya negativo—curar a los enfermos que haya—, sino positivo—que no haya enfermos que curar.

De ahí que acaso el más grave fallo o deficiencia del moderno Derecho administrativo—heredado del que más atrás hemos llamado

su *pecado original*— sea el que todavía carezca de unas técnicas jurídicas adecuadas contra la inactividad de la Administración, siendo así que ésta es por su origen y por su fin «servicio al administrado» (25).

Análogamente, el legislador, ya lo sea el Parlamento, ya la propia Administración en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, no parte tanto—y de aquí su diferencia con los Tribunales—de una situación de conflicto que solucionar cuanto de un ideal de perfección que realizar. El legislador no puede valorar más la valla, que defiende y cerca el jardín, que el jardín mismo. Y si esto se puede afirmar, en principio, de todo el Derecho sustantivo, con mayor motivo cabrá aplicarlo al Derecho administrativo, teniendo en cuenta que la Administración—su objeto—es esencialmente, al menos desde el intervencionismo, una actividad, un hacer que realizar, y un hacer mal se puede definir desde un «no hacer».

En este sentido, y *servata distantia*, podríamos equiparar la moderna Administración prestatoria de servicios con el Nuevo Testamento (nueva ley), cuya idea motriz es la caridad—actividad pura—, y la antigua Administración, abstencionista e intimidatoria (*ancien régime*), con el Viejo Testamento (antigua ley), cuyo hálito es el temor al castigo de la ira divina—negación pura—. De esta manera, a la serie de prohibiciones u obligaciones de no hacer del viejo Decálogo se correspondería el clásico concepto de la policía como veto y sanción, y a las palabras de Cristo a los bienaventurados en el día del Juicio Final (las llamadas obras de misericordia) el moderno Estado Social de Derecho con su conversión de la Administración en «Daseinvor-sorge» (*vid. infra*).

De esta misma idea se ha hecho eco recientemente en un bello trabajo Savatier, del que son estas consoladoras palabras: «En el nuevo marco, el del Derecho social, el eterno fuego del amor encuentra nuevos caminos hacia las personas de los necesitados y de los que sufren. Pero no es fácil abrirlos» (26).

7.4 Parece obvio, por tanto, que el Derecho administrativo no pueda ser ya únicamente un Derecho de límites y de negaciones, sino que ha de ser también—y antes que eso—un Derecho al servicio de las actividades y realizaciones de la Administración. Más aún: el Derecho administrativo, siquiera se le conciba como el Derecho estatutario del

(25) *Vid.* un sugestivo planteamiento del tema en A. NIETO GARCÍA: «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 37, pp. 75 y ss.

(26) *Vid.* SAVATIER: *El Derecho al servicio de la persona*, en 47.ª Semana Social de Francia, Grenoble, 1960.

sujeto o persona «Administración» (27), siempre tendrá que portar en su seno una carga mayor de lo que es el específico hacer de esa Administración (parte especial de aquel Derecho) que la que pueda soportar el Derecho mercantil, por ejemplo, en cuanto Derecho estatutario del sujeto «empresa» respecto del hacer de ésta.

Y ello porque mientras el Derecho mercantil—o más exactamente, el legislador—penetra en el ámbito de la empresa con la mentalidad del huésped que entra en casa ajena (autonomía de la voluntad traducida aquí en las clásicas aunque ya muy recortadas libertades de industria y comercio), el Derecho administrativo se adentra en los entresijos de la Administración con la confianza y desenvoltura de un padre de familia en su propio hogar.

La lectura diaria del *Boletín Oficial del Estado* nos confirmaría seguramente en esta aterradora presunción: frente a la promulgación de unas mil quinientas disposiciones administrativas anuales, las de Derecho privado estricto apenas si pasarían de la media docena en el mismo periodo de tiempo. Las estadísticas de las contiendas entre Administración y administrados, comprendidas la vía administrativa y la contenciosa y de particulares entre sí, reafirmaría seguramente aquel cálculo en la vertiente aplicativa de las respectivas normas.

No se olvide que una gran parte del Derecho administrativo se lo da la Administración a sí misma, con lo que cobra rango de Derecho formal una serie de normas organizativas y de régimen interno cuyo equivalente, del lado de la empresa, no constituirían propiamente Derecho. Solución lógica, por otra parte, si se piensa que mientras la empresa es de «sus» dueños, que tienen, por tanto, sobre ella, al menos en principio, un *jus utendi et abutendi*, la Administración es de «todos», y sobre la misma no pueden tener sus órganos y agentes más poderes que los que los representantes de ese todo, es decir, el Parlamento, y excepcionalmente el Gobierno, en cuanto que tiene también poderes normativos propios y carácter representativo, les atribuyan.

Esta distinción es del mayor interés por cuanto deja entrever claramente cómo mientras en el Derecho mercantil o de la empresa prima el aspecto relacional sobre el activo o material, en el Derecho administrativo ambos aspectos se equiparan. Y en este sentido, mientras el Código de Comercio y la ley de Sociedades Anónimas son—del lado de la empresa—el equivalente de las leyes de organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Administración pública, sus

(27) Sic. en GARCÍA DE ENTERRÍA: «Verso un conceto di Diritto amministrativo come Diritto statutario», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico* (1960), 2-3, pp. 318 y ss.

normas técnicas de explotación y gestión, al ser emanadas por la propia empresa, y no por un órgano legislativo o administrativo capaz de crear Derecho objetivo, no pueden corresponderse «jurídicamente» —aunque sí «materialmente»— con los Reglamentos de Obras y Servicios de la Administración, a los que sí cuadra objetiva y formalmente el carácter de normas jurídicas.

Para que en este punto se produjera una mayor aproximación —nunca identidad— entre Administración pública y empresa haría falta que ésta se publicara, convirtiéndose en «empresa pública», cuyo régimen jurídico es, como sabemos, un híbrido administrativo-mercantil.

7.5 De las consideraciones hasta aquí hechas cabría deducir, sin gran esfuerzo, la dificultad, más aún, la inutilidad, de intentar un deslinde objetivo de los campos sobre los que operan el Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración, ya que ambas disciplinas toman a la Administración por objeto de su temática. Ello hace que los nexos entre una y otra se revelen tan estrechos que más se asemejen a los hilos de un tejido que a los eslabones de una cadena.

Lo que sucede es que la realidad de esos vínculos no siempre se manifestará en primeros planos, sino en estratos más profundos, pero no por ello menos reales y operantes. La lectura del Derecho positivo, es verdad, difícilmente podrá sustituir al más elemental Manual de Ciencia de la Administración, ni éste reemplazar a aquella lectura. Pero esta afirmación, con ser verdad, no es toda la verdad, ya que incurre, acaso sin advertirlo, en el viejo resabio de identificar lo que existe con lo que se ve. Se olvida cómo por encima y por debajo de ese Derecho hay mucho más de lo que ese mismo Derecho dice, y cómo los postulados y principios de la Ciencia de la Administración son algo más que puras disquisiciones intraducibles a normas jurídicas. El ejemplo de la LPA bastaría para demostrar lo contrario.

Así como la máquina construida proclama los conocimientos físicos y matemáticos de su inventor, así el Derecho positivo presupone las ideologías políticas, los valores morales y los intereses económicos o de grupo de quienes lo emanaron. Ciertamente que todos estos presupuestos políticos, morales, y hasta si se quiere «extrajurídicos» (lo que no querrá decir «ajurídicos», pues estar «fuera de» algo no supone imposibilidad de incorporación a ese algo), no aparecerán siempre explícitos en el puro texto escrito de la norma, por la misma razón que no se incorporarán a las instrucciones para el manejo de una máquina los numerosos problemas de ingeniería y mecánica que tuvo que plantearse y resolver el técnico que la diseñó. Mas si surge una avería o deficiencia en su funcionamiento, no tendrá más remedio el usuario

que acudir al experto o mecánico, el cual, para repararla, no podrá prescindir ya de los diseños técnicos que sirvieron de base a su construcción.

Algo parecido le ocurre al técnico jurista respecto del complejo funcionamiento de la maquinaria jurídica: necesariamente tendrá que ir a buscar por encima o por debajo de la norma escrita los basamentos políticos o sociológicos que la sustentan y desde los que únicamente puede cobrar sentido y coherencia. Por esta vía se percibe cómo el administrador, el juez y, por supuesto, la doctrina no empiezan en rigor donde el legislador termina, sino que, en ocasiones, tendrán que remontarse hasta el punto mismo de donde éste arrancó, trascendiendo con ello el derecho escrito y dándole unas dimensiones en extensión y profundidad de las que a primera vista carece.

Para que así no fuera, o lo fuera en grado menor, haría falta que el Derecho positivo, en vez de funcionar como un aséptico sistema de soluciones que omite el planteamiento del problema resuelto, volviera a revestirse de aquella transparencia y jugosidad característicos del viejo hacer legislativo (piénsese en nuestras candorosas leyes de Partidas), de cuya lectura iba fluyendo, al tiempo que las *soluciones* proplamente dichas (mandatos), los *problemas* de que emanaban y los *principios* o criterios de todo orden (morales, políticos, técnicos, históricos, etc.) tenidos en cuenta para llegar a aquéllas. Este viejo sabor a humanidad aún perdura en el Derecho canónico del que es precisamente una de sus galas. Podríamos decir de tales leyes que estaban dadas y pensadas más desde los llamados a vivirlas (el pueblo en cuanto «sentidor de la justicia» o, como diríamos hoy, el «hombre de la calle») que desde los llamados a aplicarlas (los juristas), designio éste que mal han podido llenar después las exposiciones de motivos. La moderna arquitectura jurídica, tan racionalizada y geométrica, demanda cada vez más de los juristas y de los jueces la misión de devolver a las normas reseca de perfección técnico-formal la jugosidad de los contenidos sociales que no sólo les dieron vida, sino que, en su caso, se la siguen conservando.

La Administración, pues, objeto común del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración, marca y delimita el ámbito sobre el que uno y otro operan, y les suministra desde su compleja realidad, como la tierra a la semilla, los elementos de que se nutren y que luego cada uno asimilará y transformará específicamente.

Es verdad que no todos los principios acuñados por la Ciencia de la Administración serán igualmente aptos, por su misma problematidad, para convertirse en normas vinculantes y concretas. De ahí que su enunciación jurídica parezca adoptar en algún caso un tono más

desiderativo o programático que propiamente normativo o vinculante, lo que si bien se mira no es del todo exacto. En efecto, ¿qué diferencia cabrá establecer entre el deber de «buena conducta» impuesto a los funcionarios y el de que ajusten su actuación a «normas de economía, celeridad y eficacia»? En los dos casos nos encontramos con típicos modelos o *standard* de conducta cuya indeterminación habrá que ir a completar, bien a la sociología o moral social, bien a la Ciencia de la Administración, es decir, fuera del Derecho positivo, pero que en ambos casos se traducirá, y de ahí su común dimensión jurídica, en una idéntica responsabilidad disciplinaria para los funcionarios infractores.

7.6 De tales consideraciones cabe deducir ya lo que juzgamos característica más sustantiva y diferencial en el tratamiento jurídico de los problemas: el Derecho parte siempre de una realidad o materia social, en lo que coincide con la Ciencia de la Administración, pero a diferencia de ésta no para quedarse en esa realidad, midiéndola desde sí misma, sino para trascenderla y juzgarla desde módulos valorativos o externos. De esta manera se viene a superponer a la realidad material de cada situación, acto o conducta la del valor o valores cuya realización se pretende: el *ser* se troca en *valer* y la naturaleza se hace aprobación o repulsa (28).

Hasta tal punto se muestra consecuente el Derecho con esta su dimensión axiológica y técnica que no vacila en prescindir de la realidad, cuando de aceptarla «como es» se seguiría el sacrificio de valores que sitúa por encima de ella: he ahí la razón de las *fictio juris* o presunciones de hecho y de derecho, arbitrios supremos de la norma frente a la realidad por los que *lo que es no vale y vale lo que no es*. Si quisiéramos buscarle a la Ciencia de la Administración el equivalente a la ficción jurídica tendríamos que caer en el mundo imposible de los milagros y convertir en taumaturgos a los diplomados de Organización y Métodos (29).

(28) He aquí probablemente la razón profunda de la repugnancia que hacia el Derecho «puesto» por el hombre («animal corrompido por la Moral») sintiera aquel ardiente espíritu henchido de naturaleza que fue NIETZSCHE y que quiso, por eso mismo, situarse «más allá del bien y del mal». «Quien inventó la ley—dice—inventó el pecado», principio del que hará derivar condenaciones tan sorprendentes como ésta: «también el matrimonio (Moral-Derecho) ha venido a corromper el concubinato (naturaleza)». *Vid.*, «Más allá del Bien y del Mal», Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1947, pp. 106 y 322.

(29) Esta cerrazón del Derecho frente a los puros hechos ha sido también advertida por GARRIDO FALLA cuando afirma: «Esta observación de que para saltar del hecho a la norma es necesario atravesar el tamiz de un juicio de valor, es subrayada frecuentemente por los juristas. Si el «Rapport Kinsey»

La consecuencia que de esta contraposición se desprende es obvia: frente a una misma situación la postura o pronunciamiento de la Ciencia de la Administración deberá ser siempre idéntica; la del Derecho podrá no serlo. Ello no obstante, no vemos reparo alguno en afirmar que ambas disciplinas están llamadas a encontrarse y prestarse mutuo apoyo en el marco de aquellas cuestiones o materias cuya regulación jurídica por su marcado componente técnico, organizativo o económico deba hacerse desde posiciones axiológicamente neutras o políticamente no beligerantes.

8. La inserción de la realidad en el Derecho y en la Ciencia de la Administración: Respuestas posibles

8.1 La inserción de la realidad en el Derecho y la penetración de éste en aquélla ha sido vista desde dos posturas extremas, ya reiteradamente aludidas: el positivismo, para el que la norma hace a la naturaleza, y el jusnaturalismo, para el que la naturaleza hace a la norma. Semejantes radicalismos forzosamente han de adolecer de unilateralidad: la reducción a la unidad, la simplificación como sistema antes mutila que ilumina la realidad. Cuando esta realidad es compleja e inexacta (y la realidad social lo es esencialmente) nada habrá más erróneo e inexacto que la pretensión de simplicidad y exactitud. La verdad de una parte del todo nunca podrá ser sino una parte de la verdad total.

Se hace indispensable por ello solapar la vertiente de sombra del positivismo con la vertiente de luz del jusnaturalismo y la vertiente de sombra de éste con la vertiente de luz de aquél. De esta manera, anulando lo negativo y sumando lo positivo de una y otra postura, podremos acercarnos más y más (en el sentido del *approach* anglosajón) al verdadero ser de las cosas. Aproximación, huelga repetirlo, que sólo podrá ser obra de la jurisprudencia, merced a cuya labor nos es permitido contemplar el Derecho no sólo en su sustancia, sino también —y lo que importa más— en sus manifestaciones o actividad, esto es, en su articulación con la vida real.

8.2 De otra parte, un más detenido análisis de la cuestión habrá de tener en cuenta que no existe un solo Derecho, sino varios Derechos (privado, público, y dentro de aquél, el civil, el mercantil, etc.), y que

—y es éste uno de los argumentos más efectistas que se han manejado— llega a la conclusión de que la mayor parte de los maridos son infieles, no por ello hay razón de Derecho para permitir la poligamia.» *Vid. op cit.*, nota (23). página 55.

el grado de penetración de la realidad en la norma, y de la norma en la realidad, no puede ser igual en cada uno de ellos. En principio prevalecerá la naturaleza sobre la norma en los llamados Derechos sustantivos, en los que será máxima, por tanto, la influencia del Derecho natural, y, a la inversa, prevalecerá la norma (la técnica jurídica) sobre la naturaleza en los Derechos adjetivos o instrumentales, en los que será mínima, consiguientemente, la influencia o necesidad de apelación al Derecho natural (verbigracia, Derecho hipotecario o registral).

Importa hacer constar aquí, sin embargo, cómo la contraposición entre lo sustantivo y lo adjetivo no tiene el mismo valor para el Derecho que para la Ciencia de la Administración. Así, por ejemplo, las normas sobre actuación y procedimiento administrativo (LPA) y organización y régimen jurídico (LRJ), que desde un punto de vista jurídico-formal merecerán en muchos casos el carácter de sustantivas (30), lo perderán, en cambio, al ser examinadas desde el ángulo de la Ciencia de la Administración. Para ésta normas sustantivas serán las que regulen los denominados «servicios operativos o externos», y normas adjetivas las que se ocupen de los «servicios generales o de apoyo» (31). O también, y buscando otra equivalencia, acaso más exacta y expresiva, normas sustantivas serán las comprendidas dentro de la llamada «parte especial» del Derecho administrativo, que, como sabemos, se ocupa de la acción administrativa en los diversos sectores socioeconómicos, y normas adjetivas todas las incluíbles en su «parte general».

En efecto, el Derecho administrativo se sitúa sobre un doble plano sustantivo-instrumental acorde con el doble aspecto de servicio público y de aparato gestor atribuible a la Administración. Esta es un *para* condicionado a un *con qué*. En cuanto «para» la Administración dice relación a los administrados—no a sí misma—y cobra por ello pleno valor sustantivo no sólo en el plano jurídico (Derecho administrativo), sino también en el político (Ciencia de la Administración en el modelo de Von Stein). En cuanto «con qué», la Administración se convierte en una inmensa maquinaria humano-instrumental cuyo valor supremo y casi única exigencia es la de eficacia, idea de contenido tecnológico y económico, pero no así político ni moral. Ya se comprende que el Derecho que sobre ella se sustente será un Derecho

(30) Nos remitimos en este punto a R. MARTÍN MATEO: «La sustantividad del Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 53, mayo-agosto 1967, pp. 35 y ss.

(31) Cfr. L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA: «Problemática de los servicios generales en la Administración española», en *Documentación Administrativa*, número 97.

—si se nos permite la expresión— jurídico, que guardará más analogías con unas instrucciones técnicas sobre el montaje o el funcionamiento de una máquina (relación de hombre a cosa o de cosa a cosa) que con la ordenación de ciertas conductas (relación de persona a persona) conforme a criterios éticos.

Así, pues, si el para qué de la Administración nos lleva a la idea de servicio público y desde ésta al Derecho administrativo en cuanto ordenación de tales servicios, el con qué de la misma nos introduce directamente en el interior de la organización o sede de su fuerza motriz, de la que emerge un Derecho instrumental que por su contenido y propósitos apenas si es otra cosa que Ciencia de la Administración puesta en letra jurídica. Muchos de los preceptos de la LPA así lo corroboran haciendo recordar al llamado por la doctrina italiana *diritto amministrativo senza diritto*.

8.3 No se piense, sin embargo, que el positivismo y el jusnaturalismo, así como la jurisprudencia, en cuanto síntesis o convergencia entre ambos, sean las únicas respuestas posibles que se pueden dar al problema de las relaciones entre realidad y Derecho. Nuevas respuestas se han intentado, de entre las que nos parece obligado aludir aquí, siquiera muy someramente, a dos: a la doctrina de la «institución» y a la concepción de la Administración como soporte de prestaciones existenciales en la conocida tesis de Forsthoff.

El institucionalismo jurídico no es sino un intento genial de preclaros juristas (Hauriou, Renard, Santi Romano, Smitt...) por construir el Derecho desde nuevos módulos sociales. El «orden normativo o formal» no es si no una versión humana más del genuino «orden material o primario» que se suscita y fluye vitalmente en y desde el seno mismo de la realidad. Y cabe preguntarse: ¿no sería posible que el Derecho —el legislador— penetrará más profundamente en esa realidad a fin de incorporarla lo más pura posible (nótese que lo puro es aquí ya la realidad y no el Derecho) a la norma, desde el momento mismo de la emanación de ésta, haciendo con ello innecesaria —o menos necesaria— la posterior labor integrativa de la jurisprudencia? En caso negativo, ¿habremos de resignarnos entonces a soportar un ordenamiento jurídico construido a la medida de lo que la realidad no es y sin otra esperanza de acomodación a ella que los reajustes o adaptaciones que ante cada situación o conflicto en particular pueda, deba o quiera introducir la jurisprudencia? ¿Hasta qué punto cabría generalizar los mecanismos de concreción y de delimitación en que, respectivamente, se inspiran las llamadas «leyes-medidas» y «leyes-cuadros»?

Para dar una respuesta positiva a tales interrogantes, el institu-

cionalismo jurídico erige por sus pilares básicos a los dos principios siguientes:

1. Construcción del Derecho al nivel de las realidades sociales concretas en que diferencialmente la vida se manifiesta (instituciones), con lo que se evita la caída tanto en el casuismo caótico a que podría conducir la sustitución del Derecho por la jurisprudencia como el dogmatismo esterilizador a que irremediabilmente abocaría la solución contraria.

2. Consideración de que en la vida lo primero que surge son los *problemas* (sólo Dios carece de ellos, pudo decir Lessing), de los que emanan luego las *soluciones*, que acaban cristalizando en un *sistema* con cuya concepción se elimina de raíz el gran pecado original de todos los conceptualismos jurídicos: tratar a los problemas, es decir, a la vida misma, en función de las soluciones, esto es, del sistema jurídico, cuando debiera ser justamente lo contrario.

Se da la paradoja de que el Derecho sólo se pliega a la realidad cuando ésta falta, es decir, cuando ante un problema concreto se carece de norma o solución «positiva» aplicable (caso de las llamadas «lagunas» jurídicas). Verdad que en este caso habrá que ir a buscar tal solución al Derecho natural, que por esta vía volverá a revelarnos su engarce directo—sin intermediarios—con la realidad o problemática vital de cada situación. Al decir sin intermediarios queremos aludir a un Derecho natural que bien podríamos calificar aquí de *en estado naciente*, esto es, no cristalizado ya en soluciones o principios cuasi positivizados por la jurisprudencia o la doctrina legal. Desde el momento en que una solución se desliga del problema de que surgió para convertirse en norma o principio general, sale del campo de la realidad para ingresar en el de los conceptos, sale de lo tópico o problemático para penetrar en lo lógico o sistemático, con los riesgos y limitaciones ya apuntados (32).

8.4 Finalmente, resulta obligado aludir a la construcción jurídico-administrativa de Forsthoff como al más acabado intento de materialización del Derecho administrativo, partiendo para ello de una concepción muy actual y, por lo mismo, muy original de la Administración.

(32) Para un planteamiento frontal de estas cuestiones, *vid.* el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, al que se debe en gran parte la difusión que ha tenido entre nosotros la renovadora obra de VIEHWEG: *Topik und Jurisprudenz*, en la que se defiende y justifica el retorno al viejo método o pensamiento tópico tan magistralmente practicado por los romanos.

Para el ilustre autor alemán, la Administración de nuestros días puede caracterizarse esencialmente como una «Daseinvorsorge». ¿Qué significado encierra esta expresión, popularizada ya en la literatura jurídica? L. Martín-Retortillo, en un interesante estudio (33) nos indica cómo este término es un conglomerado de tres palabras distintas que dice relación con la idea de preocupación por la existencia humana, procuración de los presupuestos vitales o, más resumidamente, asistencia de prestaciones vitales. Esta concepción asistencial o previsor de la Administración en el ámbito de las necesidades existenciales le lleva a su configuración como una *leistende verwaltung*, es decir, como una Administración abastecedora de bienes y servicios a los administrados o, como en frase más divulgada se la ha caracterizado (sic en su *Tratado*), como «soporte de prestaciones».

Parte Forsthoff de una observación empírica o sociológica: el cambio experimentado en las condiciones de vida del hombre como consecuencia del vertiginoso desarrollo de la técnica que ha transformado sustantivamente su contorno cósmico y vital. Y es precisamente el estudio de este fenómeno y de las repercusiones por él producidas sobre el humano vivir lo que le lleva a distinguir entre lo que él llama «espacio o ámbito vital dominado o de señorío» y «espacio o ámbito vital efectivo».

Con el primer concepto alude a «aquella situación en que el individuo ostenta una serie de relaciones de señorío, de predominio—que no deben ser nunca confundidas con una propiedad en sentido estricto—sobre aquellos bienes que constituyen el ámbito en que se desarrolla su existencia: así, su casa, su propiedad más o menos pequeña, su pozo, su taller o su lugar de trabajo, etc. Se trata de un señorío sobre la mayoría de los bienes *necesarios* para poder desarrollar la propia existencia personal». Con el concepto «ámbito vital efectivo» se designan, en cambio, «las relaciones sobre una serie de objetos sobre los que no se tiene ninguna propiedad o señorío, es decir, sobre los que no se domina, pero con los que, por el contrario, se entra en relación en cuanto se *utilizan*, en cuanto uno se sirve de ellos como algo exterior y ajeno para poder ir dando cumplido desarrollo a la misma existencia humana».

Claramente se sigue de la expuesta distinción que mientras el «ámbito dominado» da independencia y autosuficiencia, más o menos intensa, al individuo, el «ámbito efectivo» se la quita por más que, a cambio, le dé, en compensación, comodidades y confort. El negro africano, al que todavía no han llegado los avances de la técnica, que vive en chozas y se alimenta de los frutos espontáneos que le pro-

(33) *Op. cit.*, nota (5).

diga la naturaleza, tiene, paradójicamente, más independencia, por lo que respecta a las necesidades mínimas vitales, que el habitante de una gran ciudad (gigante con pies de barro) que se enfrenta a una huelga total en el suministro de víveres y en los servicios de energía eléctrica, agua, transportes, recogida de basuras, etc., o, lo que es peor, a un sabotaje o simple avería técnica como el famoso apagón que paralizó casi por completo la vida neoyorquina con sus nueve millones de habitantes. A cambio, bien es verdad, dejará de ver apenas anochezca, no dispondrá de otros servicios que los que estrictamente se pueda proporcionar con su esfuerzo físico, y, en suma, tendrá que arrastrar las innumerables incomodidades y limitaciones derivadas de un contorno físico hostil aún no doblegado por el efecto transformador de la civilización.

8.5 Definida así la posición del hombre moderno frente a la sociedad tecnificada de nuestros días, aborda Forsthoff la correlativa definición de la «Daseinvorsorge». «Por tal entiendo —dice— a las medidas que el Estado adopta y tiene que adoptar para poner remedio a la inferioridad social del hombre moderno carente de un ámbito vital dominado de cierta entidad» (34).

En ausencia de tales medidas caerían por su base todos los derechos y garantías pródigamente reconocidos al ciudadano, el cual quedaría a merced de las fuerzas que monopolizan la producción, distribución o control de las prestaciones vitales. Mejor que nadie conocen y practican esta verdad los revolucionarios de cualquier matiz o tendencia, razón por la que el mismo Forsthoff ha hecho notar agudamente cómo en las comunidades industriales y civilizadas las revoluciones sólo pueden triunfar cuando logran hacerse con los dispositivos de la «Daseinvorsorge».

Al hilo del pensamiento forsthoffiano agudamente hace notar C. Fernández de la Vega cómo «el Estado víctima de la "primera racionalización política" (el liberalismo), sometido a Derecho y cohibido ante la sociedad, se convierte en protagonista (a través de la Administración) de la "segunda racionalización" (el intervencionismo), encaminada a transformar la sociedad. La sociedad para el Estado abstencionista era algo dado, obligante, lo mismo que la naturaleza era algo dado, obligante, para el hombre anterior a la época técnica. Para el Estado intervencionista, la sociedad ya no es algo dado, aceptado, obligante, sino todo lo contrario: objeto de su actividad transformadora (o conformadora, en frase más divulgada). Objeto de la actividad transformadora de la técnica es, como hemos visto, la na-

(34) Vid. FORSTHOFF: «La previsión existencial en la edad técnica», en *Documentación Administrativa*, núm. 100, p. 17.

turalidad. El paralelismo es sorprendente y pone de manifiesto la coherencia de nuestra época técnico-científica» (35).

El dilatado panorama abierto por la *Dasein* vorse a la actuación administrativa ha provocado, por tanto, una radical transformación de contenido y de sentido en la relación «Estado-sociedad», y, de rechazo, en su complementaria «Administración-administrado», verdadero eje articulador de todo el Derecho administrativo, como al principio de este trabajo hicimos notar. El contenido de tal relación pasa a impregnarse de una carga socioeconómica en la que lo estrictamente jurídico se diluye y desformaliza un tanto. Ello es consecuencia natural de la nueva manera de mirar a la Administración, y que permite ver en ella antes una *organización en actividad* que un *entramado de relaciones*, aunque ambas cosas sea.

Ya con anterioridad Erick Kauffman había advertido cómo lo verdaderamente grave de los esquemas formales del Derecho administrativo no es que no nos digan nada sobre lo que la Administración hace y por qué y para qué lo hace, sino que, además, *no nos lo puede decir*, pues con lo abstracto sólo se puede aprehender lo abstracto.

8.6 Este recorrido por la admirable construcción doctrinal de Forsthoff con intención lo hemos elegido para cerrar nuestro trabajo, cuya tesis central avala con su formidable autoridad: el Derecho administrativo ha venido mirando a la Administración con un solo ojo y urgía empezar a mirarla con los dos, pues que el relieve exacto y la total fisonomía de la Administración (antes geografía que geometría) sólo podrá ser captado mediante la conjunción de ambas miradas, la formal y la material.

Frente a los que unilateralmente han querido definir a la Administración desde el puro Derecho administrativo, importa seguir reivindicando la postura inversa y complementaria de los que aspiran a conformar el Derecho administrativo desde la Administración.

Sólo viendo esto claro y poniéndose a su servicio merecerán el nombre de «administrativistas» los que de su estudio se ocupen. En caso contrario se quedarán en juristas a secas, lo que, con ser mucho, hoy no es ya lo bastante.

(35) *Op. cit.*, nota (21).