

# Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial

El iuspublicista que en la docencia y la investigación se ocupa de las figuras fundamentales de la dogmática del Derecho administrativo y al mismo tiempo, a título de historiador del Derecho, lleva adelante estudios de historia de la ciencia acerca del surgimiento del Derecho administrativo, se ve inmerso en una situación de peculiar perplejidad. Por una parte, en el Derecho vigente sostiene tesis relativas a la parte general del Derecho administrativo, manifestándose a favor de cuya relativa «corrección» dentro del juego lingüístico que la ciencia del Derecho es, pero sin poder desconocer, como historiador del Derecho, su carácter históricamente condicionado.

Se podría, pues, decir, que el iuspublicista resulta «echado a perder» por su ocupación con la historia del Derecho, ya que él mismo socava la creencia en la «verdad e inquebrantabilidad» de su dogmática.

Este es un punto de vista que yo, obviamente, no comparto. Pienso más bien que es de todo punto de vista posible lograr que la historia del Derecho entable una relación del todo cabal con el Derecho público vigente —siempre y cuando no se exageren las exigencias planteadas a su potencialidad gnoseológica, se acepte que del pasado se puede obtener en todo caso clarificaciones, pero no extraer conclusiones imperiosas y se conceda a la dogmática no otra cosa sino el valor

de un producto artificial del intelecto con una utilidad relativa, si bien no desdeñable.

Bajo tales premisas quisiera en lo que sigue esbozar cuáles son las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial que creo percibir.

## I

En la actualidad contamos con más de una docena de manuales de la parte general del Derecho administrativo, de los que más o menos ocho plantean elevadas pretensiones científicas. Si se los compara entre sí, se patentiza por encima de todas las diferencias de exposición y concepción una sólida plataforma de figuras dogmáticas básicas. Desde la entrada en vigor de las leyes de procedimiento administrativo esta plataforma se ha vuelto incluso más sólida, ya que algunas cuestiones litigiosas han quedado resueltas por el legislador. En conjunción con un sistema de protección jurídica desarrollado y ajustado con innegable precisión, el Derecho administrativo parece estar ordenado paradigmáticamente, sobre todo si prescindimos por un momento de los «costos del Estado de Derecho».

A un mismo tiempo, sin embargo, se produce la impresión de que, a punto de cumplirse su primer siglo de historia, la dogmática jurídica se encuentra sumida en una profunda crisis. No es sólo que los trabajos de habilitación que versan sobre la dogmática del Derecho administrativo se hayan vuelto llamativamente infrecuentes; sucede también, en el plano de los contenidos, que desde hace años algunos puntos se repiten tantas veces que bien se los puede considerar neurálgicos. Lo que se dice es lo siguiente:

1. La dogmática habría dejado de cumplir satisfactoriamente su misión de liberar por regla general a quien ha de aplicar el derecho de la carga de racionalizar en cada uno de sus pasos a la argumentación, reconducir a «grandes líneas» la mayor parte de los problemas y ordenarlos en el seno de un **sistema**. Por el contrario, se dice que la dogmática se habría vuelto tan sutil que más contribuye a la confusión que a la claridad, de forma que no puede evitar que se formen algo así como tupidas redes de impenetrable casuística.

2. La dogmática tradicional estaría orientada demasiado intensamente por el mecanicismo de **intromisión individual** y **protección jurídica** y estaría operando sobre la base del esquema de una clara separación entre sociedad y Estado, por más que este modelo ha dejado de reflejar la realidad.

3. La dogmática sigue pivotando en torno al eje del **acto administrativo**, al que concibe como acto de ejecución vinculado a la ley,

mientras que la Administración actual opera mucho más con programas finales que con programas condicionales, y también el concepto actual de ley se aleja mucho del siglo XIX. Los programas finales, esto es: los **finés de la Administración**, no estarían, pues, recibiendo suficiente atención a la hora de construir el sistema teórico.

4. La relación entre Derecho administrativo y Derecho constitucional daría motivos para preocuparse por la seguridad jurídica. Pues, en efecto, cada vez es más patente la tendencia a recurrir directamente a la Constitución, con la consecuencia de que cada vez resulta más frecuente, apelando al artículo 1.3 de la Ley Fundamental (LF), dejar de lado la función ordenadora y filtrante de la dogmática en favor de una jurisprudencia ponderativa más o menos vaga.

5. Finalmente, sobre todo en el ámbito de la **Administración prestacional**, se manifiestan déficits dogmáticos, por ejemplo, en el Derecho de las subvenciones y en el Derecho social, pero también en sectores recientes como el de la normativa de la protección de datos, de las técnicas genéticas o el Derecho del medio ambiente.

Cada uno de estos cinco puntos de vista conlleva más o menos implícitamente la aseveración de que la dogmática del Derecho administrativo no da adecuada respuesta a los desafíos de la actualidad, ya que se ha mantenido en lo esencial fiel a la perspectiva de las postrimerías del siglo XIX. Enunciado con esta generalidad, el postulado contiene, a mi juicio, elementos correctos y otros erróneos.

## II

El Derecho administrativo (*Verwaltungsrecht*), como disciplina científica autónoma procede de la época posterior a 1848. Lo que antes de esos momentos se consideraba, junto con la vieja ciencia de la policía y a las materias cameralísticas, como Derecho administrativo (*Administrativrecht*) de los distintos Estados alemanes apenas era algo más que un apéndice ramificado del respectivo Derecho del Estado (en el original: *Staatsrecht*). Cuando, tras el fracaso de la revolución de 1848, se hizo más intensa la llamada al «Estado de Derecho», en cierto modo como compensación por la frustrada reclamación de participación política, el Derecho administrativo cobró una intensa importancia.

El año de 1866 prestó a esa tendencia nuevos impulsos políticos: el final de la poco apreciada Confederación Alemana, la terminación del dualismo austro-prusiano, la disolución del conflicto constitucional prusiano y la fundación de la Liga del Norte de Alemania abrieron posibilidades de culminación del Estado de Derecho a través del con-

trol judicial de la acción del Estado. Al mismo tiempo la reordenación estatal apremiaba a **reformas administrativas**.

Otto VON SARWEY, uno de los pioneros en Württemberg del Derecho administrativo, observó con total acierto que los gobiernos y las representaciones populares «no se podían cerrar a la percepción de que el desarrollo del Estado constitucional hace imprescindibles modificaciones en el actual estado de cosas de la Administración y de la jurisdicción administrativa».

Después de que fuera Baden quien empezara la carrera de la jurisdicción administrativa, pronto los más importantes Estados alemanes siguieron su camino. De esta manera creció asombrosamente la significación del Derecho administrativo: las primeras **clases universitarias** se instituyeron en los años setenta y ochenta, comenzaron a aparecer manuales y poco a poco se fue abriendo paso la idea del valor científico y político-jurídico que podría tener la conjunción de los distintos elementos a través de una dogmática del Derecho administrativo para Alemania.

El primer intento de esa índole procede del alto funcionario wurttembergués Friedrich Franz MAYER, realizado en 1857 sobre materiales prusianos, bávaros y del propio Württemberg; después vinieron, a partir de 1870, otros llevados a cabo por Ernest VON MEIER, Hermann ROESLER, Georg MEYER, Edgar LOENING, Otto VON SARWEY y, finalmente, en 1895, por Otto MAYER, quien, como hoy se aprecia con mayor claridad, pudo aprovecharse considerablemente del trabajo de esos precursores. Esta circunstancia no le arrebató su consideración del «creador y clásico del moderno método del Derecho administrativo alemán», pero pone de manifiesto la profundidad de los intentos de destilar la forma jurídica característica de toda la actividad administrativa y hacer pasar a un segundo plano los fines de la Administración.

El telón de fondo de esta dogmática lo constituye el Estado constitucional de Derecho, que a la hora de intervenir en la libertad y la propiedad se había vinculado a la ley como norma general emanada del Parlamento y aceptaba la revisión de la aplicación de la ley a los casos concretos por parte de jueces independientes. Concisa y ciertamente ha descrito Otto MAYER esta circunstancia: «El Estado de Derecho es el Estado del bien ordenado Derecho administrativo». Bien ordenado en este sentido le parecía el Derecho administrativo en la medida en que gracias a unos conceptos y sistemática claros permitía ordenar formalmente las distintas medidas que suponen ejercicio de autoridad y otorgar protección jurídica: pues sólo unos conceptos firmes («afilados», como gustaba decir Franz VON LISZT) aciertan a ofrecer, por decirlo una vez más en palabras de Otto MAYER, «esa uniformidad inquebrantable sobre la que descansa la bendición que para la comunidad es el Derecho».

## III

Cuando miramos hacia atrás, observamos con asombro que este concepto de la obturación de los fines, su puesta entre paréntesis, la concentración en la forma jurídica —y, en especial, en el acto administrativo como elemento nuclear del poder de policía— se ha mantenido hasta bien entrados los años treinta de este nuestro siglo XX, por más que ya entonces la realidad de la Administración había experimentado decisivas transformaciones. Las rectificaciones dogmáticas afectaban más bien a problemas marginales, que ya en los tiempos de Otto MAYER se habían mostrado precisos de rectificación, como, por ejemplo, la administración de la figura del contrato de Derecho público, a cuyo favor, y ciertamente con éxito, había intervenido su discípulo Ottmar BÜHLER. Simultánea y posteriormente, TEZNER, LAUN y otros elaboraron la teoría de la discrecionalidad; Georg JELLINEK proporcionó la primera monografía sobre el Derecho público subjetivo, Walter JELLINEK reportó las categorías de los actos de mera autoridad (*schlicht-hoheitliches Handeln*), del acto bilateral y del acto de sometimiento (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*). Albert HENSEL, a partir del Derecho tributario, desarrolló la por él llamada «obligación legal de Derecho público» (*gesetzliches Schuldverhältnis des öffentlichen Rechts*), y Fritz FLEINER, en su clásico manual de 1928, se ocupó de nuevas formas jurídicas del Derecho administrativo económico. En su conjunto, sin embargo, hasta el final de la República de Weimar se mantuvo dentro de los «carriles» del Estado de Derecho liberal parlamentario, basado en la separación de poderes y sujeto al control de los tribunales del orden administrativo, tal y como correspondía a las condiciones de su nacimiento, anteriores a 1914.

Tan sólo cuando el nacionalsocialismo produjo la ruptura del Estado constitucional y del Estado de Derecho, cuando las formas jurídicas perdieron su valor ínsito y se impuso descaradamente una forma de pensar orientada hacia los fines, la dogmática del Derecho administrativo se vio expuesta —casi como de la noche a la mañana— a una nueva situación. Los administrativistas también se posicionaron en correspondencia con las líneas de frente porque discurría la confrontación entre partido y Estado: de un lado, estaban aquéllos que se congregaban en torno al lema de salvación del «Estado nacional de Derecho» y trataban de preservar las exigencias de regularidad, protección jurídica y la mayoría de las figuras dogmáticas, por más que también reforzaran el énfasis en las ideas de deber y comunidad; del otro lado, se situaban los activistas del partido, que predicaban el fin del Derecho público subjetivo, apremiaban a la abolición de la jurisdicción administrativa y cuyo credo se condensaba, en definitiva, en la te-

mible frase de un cuadro del partido y posterior presidente del Tribunal Administrativo del *Reich*: «Una Administración sana no necesita leyes ni reglamentos» (*Eine gesunde Verwaltung braucht keine Paragraphen*).

No podemos aquí entrar en los detalles de estas tensiones, irresueltas hasta el mismo final del régimen. A mi entender, para caracterizar las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo es más importante llamar la atención acerca de la función modernizadora que pese a todo cumplió el nacionalsocialismo. Pues el aplastamiento del Estado de Derecho liberal, además de las espantosas consecuencias que todos conocemos, significó también un impulso modernizador para el Derecho administrativo. Por primera vez fue posible fijarse a fondo en lo que representa la tecnificación del mundo, la existencia del Estado intervencionista y la dependencia física y síquica del individuo con respecto a los aparatos prestacionales del Estado. Conectando con ideas de Karl JASPERS, Ernst FORTSHOFF ya en 1935 describió el fenómeno de la postura existencial (*Daseinsvorsorge*) como una transformación en profundidad de las relaciones entre Estado e individuo, acabando de perfilar este planteamiento en 1938 en una obra titulada precisamente «*Der Staat als Leistungsträger*» (*El Estado como agente prestacional*). Fue también en aquellos años cuando, por primera vez, se vio en el plan la figura jurídica caracterizadora del Estado intervencionista y cuando se desarrollaron los primeros apuntes de un Derecho de la planificación.

Desde entonces, uno de los problemas del Derecho político y del Derecho administrativo contemporáneos lo constituye el reajuste de las ideas directrices y dogmáticas del viejo liberalismo a la realidad del Estado industrial, tan aceleradamente transformada. Las aporías que a tal efecto se producen se han hecho con el tiempo aún mayores, pues la República Federal —en reacción justamente frente al Estado nacionalsocialista— ha vuelto a asumir y ha desarrollado las viejas tradiciones liberales: la tutela de los derechos fundamentales y, en general, la tutela de las posiciones jurídicas, la vinculación de la Administración a la ley y la separación entre Estado y sociedad, tan capital teóricamente como de hecho irrenunciable para la protección jurídica del individuo. A un mismo tiempo, sin embargo, cada vez más se ha vuelto más claro que la realidad queda descrita mucho más certeramente con las fórmulas del Estado interventor, Estado prestador, Estado de partidos y Estado de administración de masas.

Los primeros esbozos de aquella transformación de la realidad se remontan bien atrás. La ruptura política con el liberalismo primitivo quedó acometida en 1878, cuando Bismark cesó a cuatro ministros liberales a fin de poder adoptar una política aduanera proteccionista y una política social. Los intereses de los sectores cerealísticos y meta-

lúrgicos, por una parte, y la cuestión social, por la otra, forzaron al Estado a asumir de nuevo una responsabilidad global económica y político-social que tras la época del mercantilismo se había considerado precisamente superada.

Esta «responsabilidad global» no ha hecho otra cosa sino multiplicarse a partir de entonces. En la actualidad el «Estado», entendido aquí como el conjunto del sistema político y sus entramados internacionales, regula no sólo la producción de los productos alimenticios básicos y se apropia de los excedentes, sino que también se ocupa del suministro de energía, del abastecimiento de agua y de la depuración de las aguas residuales, de la eliminación de basuras y cualquier otro tipo de residuos, de prestaciones sociales que van desde los jardines de infancia hasta las residencias de ancianos, del tráfico, los deportes, el tiempo libre y la cultura. Lo mismo solicita la creación de industrias que simultáneamente subvenciona la eliminación de las consecuencias nocivas de las mismas, igual que trata de crear determinados estímulos por la vía del ofrecimiento de pagos compensatorios (primas de cultivo para los agricultores de montaña, primas por el sacrificio de animales, indemnizaciones por la reducción de las cuotas de captura de pesca, etc.). Todos conocemos estos ejemplos.

Es evidente que detrás de estas **prestaciones a cargo de la Administración** no hay ningún sistema racional en el sentido económico puro ni en el sentido de la economía política, sino la racionalidad específica del sistema político, consistente en que unos grupos con capacidad de articularse imponen sus pretensiones valiéndose del factor de mediación que constituye el Estado de partidos y las anclan en el sistema jurídico, ya sea a través de la ley o mediante la acción competencial (art. 3 LF) o por la vía de apelación a la protección de la confianza. Desde el punto de vista de la adquisición y el mantenimiento del poder, los actores políticos operan «racionalmente» cuando fomentan con intención a determinados grupos, y en el proceso de transferencia, que hace tiempo se ha vuelto impenetrable, consiguen dirigir el mayor número posible de recursos en favor de aquéllos. Los grupos que resultan beneficiados o perjudicados de este proceso se encuentran en una determinada jerarquía según su fuerza en votos, su poderío económico y su capacidad de articulación: campesinos y funcionarios públicos, profesionales libres y empleados, trabajadores, mujeres, consumidores, rentistas, inválidos de guerra, desempleados, perceptores de ayudas sociales y, al final de la cadena, indigentes, drogadictos y reclusos en centros penitenciarios.

No es el individuo el que define la situación, sino el grupo, los intereses conjuntados, la asociación. La jerarquía grupal se determina por el elemento numérico y por la capacidad de conflicto, que varía en función del interés concreto de que se trate.

Un Derecho administrativo y una dogmática del mismo que deban dominar esa realidad no pueden seguir por más tiempo concentrados exclusivamente en la protección de la libertad y la propiedad del individuo. La protección de los derechos individuales es ciertamente algo irrenunciable, máxime cuando al Estado que interviene activamente se le puede imputar, por razón de su mismo carácter, un número de transgresiones del ordenamiento jurídico relativa y absolutamente mayor que el llamado Estado gendarme, pero en cualquier caso los centros de atención han experimentado un desplazamiento. Una mirada al catálogo de funciones de las Administraciones locales y de los niveles medios de la Administración del Estado nos hace encontrarnos con decisiones tomadas en unión de grupos, contra ellos o sobre ellos, así como actos administrativos en masa y decisiones y procesos decisorios de carácter formulario y con consecuencias de largo alcance.

— En los procedimientos de planificación a escala local las Administraciones se ven en la actualidad confrontadas, por regla general, con iniciativas ciudadanas, partidos, sindicatos y otros grupos corporativos. Este es un fenómeno que con frecuencia no sale a la luz por la circunstancia de que los grupos designan (o tienen que designar) a algunos de sus miembros como «afectados».

— Las construcciones de residencias, hospitales o instalaciones deportivas, que suponen inversiones millonarias, se hablan y negocian completamente con las asociaciones competentes, lo que quiere decir que en el sector de la Administración prestacional el Estado interviene cada vez menos como una instancia de acción y planificación soberana y más como un elemento de estímulo e intermediación, como un factor «componedor».

— Las decisiones relativas a la construcción de vías públicas, en materia catastral, saneamiento urbano, aeropuertos (Munich-norte, Francfort, Hamburgo), tramos de autopistas, centrales nucleares e instalaciones de depuración de residuos producen la movilización de grandes escenarios y obligan a la Administración a adoptar **decisiones complejas y multifásicas, actos administrativos masivos**, a colaboraciones costosas y a la audiencia de cientos y hasta miles de implicados, en algunas ocasiones a proceder a detenciones masivas y a la toma de decisiones políticas que rebasan con mucho el ámbito local.

— Las decisiones sobre la admisibilidad de cierto grado de contaminación de aguas públicas ya no se toman entre un órgano de la Administración y una empresa concreta por la vía de un acto administrativo, sino que se presentan hoy en día como un procedimiento complejo, jalonado en el tiempo y con implicaciones científicas y políticas. La afectada no es sólo la empresa, sino la población del conjunto de la zona, que tan sólo no trabaja en la empresa en cuestión, sino que



también recibe sus aguas potables de lo que se da en llamar expresivamente los «filtrados ribereños».

Como un último ejemplo, permítaseme referirme —junto a los actos administrativos producidos mecánicamente (en sí mismos todo un capítulo)— a las autorizaciones-tipo de viviendas prefabricadas, máquinas, vehículos de motor, instalaciones de cremación de residuos o procesos de producción. Desde el punto de vista formal se trata de **actos administrativos**, pero sus consecuencias afectan a industrias y regiones enteras. La revocación y la retirada de los actos administrativos en la práctica pueden carecer de virtualidad una vez que las infraestructuras están dispuestas y ofrecen puestos de trabajo.

Antes de pasar a analizar las consecuencias de estas observaciones para la dogmática querría extraer un balance provisional en forma de **cinco tesis**:

1. Quienes se relacionan con la Administración son en medida creciente grupos organizados, dotados de capacidad conflictiva, que persiguen sus intereses por la vía de presiones políticas y valiéndose de hombres de paja y procedimientos formularios. La tutela de los derechos en general y de los derechos fundamentales que se presta a través de los tribunales administrativos ha cobrado así una nueva dimensión, tanto jurídico-material como procesal.

2. El peso específico de la Administración prestacional ha continuado incrementándose. Los grupos que se mueven en torno a ella presionan a la Administración para que ésta pase del papel que en la actualidad cumple, esto es, del papel de actor, a otro de simple intermediario o «componedor».

3. Las decisiones administrativas de mayor significación tienden a convertirse en **procedimientos masivos** altamente politizados, cuya dimensión rebasa la capacidad personal y material de las Administraciones municipales y distritales. Los saltos competenciales son la consecuencia de todo ello.

4. Las decisiones adoptadas por la Administración cada vez más tienen unas repercusiones tan complejas que sólo se pueden realizar como **procedimientos jalonados en su dimensión temporal** y su imposición sólo es posible a base de establecer cláusulas de reserva y de experimentación. En consonancia con ello han crecido también las necesidades de asesoramiento científico, hecho, por lo demás, que no ha supuesto un incremento del prestigio de la ciencia: ¡cada una de las partes tiene su propio científico!

5. En una era como la nuestra en la que es posible cualquier grado de reproducibilidad técnica, las decisiones administrativas sobre **sujetos fácticos tipificables** despliegan unos efectos que transforman sensiblemente el perfil del acto administrativo en lo que tienen de de-

cisión relativa a un caso concreto. Lo mismo se puede decir respecto de los **actos administrativos masivos producidos mecánicamente**, de los que casi han desaparecido sus rasgos individualizables.

En términos totalmente generales se puede decir, por ello, lo siguiente: los actores han experimentado una transformación, los campos de tareas se han continuado desplazando, han aparecido **problemas procedimentales** antes desconocidos y el lugar de las decisiones individuales, que todavía eran en alguna medida abarcables y calculables, lo han ocupado hoy en día **decisiones poligonales y de gran complejidad**. Para la solución de estos problemas ya no basta la tradicional mezcla de formación jurídica y **common sense**.

#### IV

La dogmática jurídico-material y procesal del Derecho administrativo se debería percibir forzosamente a partir de estas transformaciones. Más o menos desde la asamblea anual de la asociación de profesores de Derecho público de 1971 (BACHOFF y BROHM) reina unanimidad en torno a que hace falta continuar desarrollando las viejas figuras y, sobre todo, de que el pensamiento dogmático no ha de seguir buscando más su punto central en la distinción entre intervención y prestación (esto es: en la reducción o en el aumento de los derechos individuales), sino que los fines de la Administración deberían tener una significación estructural sensiblemente mayor que en la actualidad.

**Fines de la Administración** en este sentido lo son aquellas tareas elementales, no susceptibles de ulterior reducción, de cuyo cumplimiento depende en la actualidad la legitimación de la propia Administración. En líneas generales se los puede clasificar de la siguiente manera:

1. Aseguramiento de la satisfacción de las **necesidades primarias** (energía, agua, lucha contra la contaminación atmosférica, eliminación de residuos, hospitales, enterramientos, sistemas de comunicación de todo tipo).
2. Creación de ofertas en relación con las **necesidades secundarias** (formación, fomento del empleo, planeamiento urbanístico, infraestructuras de vivienda, cultura y tiempo libre).
3. **Seguridad material (social)** frente a riesgos vitales estadísticamente inevitables y elementales y compensación por sacrificios especiales.
4. Prevención y reacción de **peligros individuales y colectivos** (policía en sentido amplio, protección de datos, defensa del medio ambiente).

5. **Establecimiento de obligaciones básicas** (deber de tributar, obligación de satisfacer contribuciones sociales, servicio militar y servicio civil). Tomar estos cinco complejos de cometidos de la Administración como el rasero fundamental de una dogmática moderna significa, claro está, que de nuevo se está prescindiendo hasta cierto punto del grado de abstracción (tal vez exageradamente elevado) de un OTTO MAYER, que se están constituyendo cinco o seis dogmáticas especiales por encima de las cuales ya no hay otro elemento envolvente sino la Constitución. El riesgo de que al perder la dogmática unitaria también estemos perdiendo la «unidad de la Administración» está bien a mano. Pero esto ya es en parte una realidad: hay una serie de ámbitos enteros que ya se han independizado (legislación social, código de la construcción, código de trabajo, código de sanidad). También la decisión del legislador de renunciar a una uniformización de las leyes de procedimiento en el Derecho administrativo, el social y el fiscal pone de manifiesto la intensidad de esa tendencia. De todo ello extraigo la conclusión de que una importante línea de evolución de la futura dogmática estriba en continuarse apartando del modelo unitario clásico —o, dicho con otras palabras, que cada vez haya más dogmáticas «específicas» referidas a campos igualmente específicos—. De esta manera, el Derecho administrativo acomete algo que en el Derecho político se viene percibiendo desde hace mucho tiempo: el adiós a la idea directriz de un poder del Estado monolítico, siempre presente, soberano.

Un segundo y capital aspecto guarda relación con ese hecho. Si nos apartamos de la imagen de una «dirección centralizada según el modelo jerárquico» (BROHM), así como de una idea predeterminada y estática de bien común y optamos más bien por la imagen de un «interés público» concretado en procesos de formación de la voluntad bien ordenados, el acto administrativo deja de ser el centro de la dogmática y su lugar pasan a ocuparlo el **procedimiento administrativo** en cuanto vía para llegar a decisiones vinculantes, así como los derechos de participación e información, imprescindibles al efecto, y la **relación jurídico-administrativa** que a todo ello surge.

En todo este proceso el acto administrativo es tan sólo una estación. La **relación jurídico-administrativa** es, por el contrario, la cáscara que lo contiene todo, hablando en términos temporales, y que viene definida por el fin de la Administración de que específicamente se trata. Las analogías con respecto a la relación obligacional del Derecho civil y a la autonomía privada son algo que se puede establecer con facilidad, por más que ello no hace sino ocultar propiamente lo que es peculiar de la Administración: pues la «conformación» administrativa está sometida considerablemente en sus objetivos y métodos a poderosos vínculos jurídicos.

Ahora bien, en la misma medida en que la relación jurídico-administrativa empieza a ocupar una posición central, crece igualmente la

tendencia a utilizar las técnicas administrativas informales, más flexibles, que caracterizan a dicha relación. Entre ellas están las técnicas de imagen y publicidad de la Administración, todas las formas de asesoramiento e información recíprocos, el otorgamiento de bienes y servicios, una amplia utilización del Derecho privado, la creación de estímulos del rendimiento, etc.

El **procedimiento** constituye el tramo a lo largo del que se mueve la relación jurídico-administrativa. Comoquiera que todo puede variar en ese lapso —el número de implicados, los elementos de hecho, las opiniones en Derecho— y como son muchos los puntos litigiosos que se van resolviendo «sobre la marcha», de hecho los procesos de interacción son con frecuencia más importantes que los mismos resultados, esto es: lo que se sitúa en el primer plano es la lucha por el reconocimiento de derechos de audiencia, participación e información.

Los implicados, por ejemplo, presuponen que una determinada carretera se va a construir en todo caso. Sus energías, por tanto, no las concentran en impedir la adopción de las resoluciones de planificación en cuanto tales, sino más bien en alterar el objeto de la planificación, desplazar el trazado, reducir la anchura de la vía o imponer medidas de protección frente a los ruidos.

Por decirlo en forma de tesis: la segunda línea importante de evolución va a consistir, a mi entender, en que la **función conformadora** de la Administración adquiera perfiles dogmáticos más intensos y que la **relación jurídico-administrativa** y el **procedimiento administrativo** pasen al primer plano mientras que el acto administrativo deje de constituir el fin del procedimiento y el principio de la tutela jurídica procesal.

La ampliación ya apuntada de la relación clásica entre Estado y ciudadano en la línea de las llamadas relaciones poligonales (con vecinos, con competidores, con otros implicados y afectados) está en consonancia con la estrechez y complejidad de las relaciones que se producen en la moderna sociedad industrial. Normalmente el individuo no se encuentra aislado frente al Estado, sino que actúa en varios planos y asumiendo diferentes papeles como productor y consumidor, como contribuyente y perceptor de prestaciones, como trabajador y como persona afectada por ruidos y por la polución atmosférica, como seguidor de un determinado partido y como miembro de una iniciativa ciudadana que actúa contra ese partido.

Estos bien conocidos enmarañamientos de intereses complejos presentan consecuencias jurídico-materiales y procesales a las que, aunque sumariamente, me gustaría aludir en este lugar:

a) La jurisprudencia experimenta hace tiempo las mayores dificultades para delimitar aceptablemente con ayuda de la llamada **teoría de la norma de protección** el círculo de los afectados a quienes corres-

ponde una legitimación para recurrir. Como muy tarde, desde Chernobyl resulta claro que el círculo de los potencialmente afectados se difumina en el infinito cuando es el caso que los daños afectan lo mismo a los renos de Finlandia como a los cultivos de avellanos turcos o a la leche del Allgäu. La más reciente monografía sobre el Derecho público subjetivo muestra la absoluta miseria de esa casuística procesal de afectaciones y aboga enérgicamente en pro de un nuevo enfoque dogmático, renunciando a la teoría de la norma de protección.

b) Ahora bien, no es sólo la legitimación para recurrir, sino también todas las llamadas **acciones de terceros** (tercerías, en alemán: *Drittklagen*), en las que se trata de los efectos colaterales que en terceros produce la actuación de los poderes públicos en cuanto tales (acciones de colindantes, acciones de competidores en el caso de prestaciones de todo tipo, acciones en materia de ascensos) lo que está necesitado de una ordenación dogmática y —en definitiva— de un innegable recorte.

c) En el Derecho administrativo material el acrecentado grado de complicación de la realidad actúa en diversas direcciones: sobre todo en la **multiplicación y ralentización de los pasos procedimentales**, en una **vaga definición de los objetivos legales y de los mandatos de ponderación** y en la **apertura a un número mayor de participantes** (lo que acto seguido vuelve a forzar, en sentido inverso, a una rigurosa esquematización). Las leyes se hacen más complejas, más desmenuzadas y más imprecisas, esto es, en conjunto más sensibles a fallos.

La **tercera línea de desarrollo** de la dogmática jurídico-administrativa que de este modo se puede constatar no resulta precisamente alentadora: cada vez va a ser más difícil reconducir a estructuras dogmáticas básicas abarcables un Derecho administrativo que debe ordenar una sociedad compartimentada, altamente tecnificada y cada vez más envuelta en redes internacionales. Esto, sin embargo, es algo que se necesita apremiantemente: pues la dogmática debe ante todo hacer de la aplicación del Derecho algo seguro y uniforme y ha de servir a ahorrar pasos de fundamentación, esto es, a liberar de cargas fundamentadoras. La función ordenadora y sistematizadora de la dogmática es también importante, porque de otra manera no sería posible contener la práctica de recurrir directamente a decisiones valorativas tomadas de la Constitución o sujetas a ella, que se ha abierto paso al calor de la Ley Fundamental (art. 1.º, ap. 3). Y que hay que ponerle freno es algo que me parece indubitado a la vista de los riesgos que de esa práctica derivan para la seguridad jurídica y del propio riesgo de politización incontrolada del Derecho administrativo.

En relación con la complejidad de la sociedad industrial y de su Derecho se encuentra una observación adicional, frecuentemente formulada, la de la **creciente pérdida de fuerza decisoria de los Parla-**

**mentos** —o dicho de otra manera: la de una transformación, muy profunda y discutida en el Derecho público, del **concepto de ley** clásico y de la figura jurídico-administrativa de la **reserva de ley**—. La propuesta que hace años formulara Klaus VOGEL de sustituir la reserva de ley por una reserva de derechos fundamentales tiene sus raíces en esa observación. No disponemos aquí de tiempo para examinar el tema de la pérdida de fuerza directiva de la ley parlamentaria, pero si esto se produjera, la consecuencia resultante para la dogmática jurídico-administrativa no podría ser otra sino la que en el futuro le correspondería una significación aún mayor, ya que debería asumir en medida más intensa funciones propias de la ley, esto es: la liberación de la decisión singular o la creación de claridad y seguridad jurídica. En el Derecho de la planificación esto resulta enteramente claro bajo la batuta, por ejemplo, del Tribunal Administrativo Federal.

La quinta línea de desarrollo (o mejor dicho: el quinto jalón) se sitúa en el punto en que el sistema del Derecho administrativo y de la tutela jurisdiccional administrativa en su conjunto se ve sobrecargado por una expansión cada vez más penetrante de los derechos subjetivos. Ya en la actualidad deparan considerables dificultades los títulos, estudiados sólo en parte, que legitiman para exigir y obtener garantías planificadoras, oportunidades de educación, indemnizaciones en supuestos de errores en la planificación o en la propia legislación, la omisión de medidas de favorecimiento a terceros, el ejercicio sin fallos de las facultades discrecionales y el desarrollo «correcto» de los conceptos jurídicos indeterminados. Y ello es así porque la densidad del control frente a la Administración se ha disparado y los tribunales están al borde de sus fuerzas.

## V

Llegado al punto en que me gustaría dar por finalizado mi esbozo, permítaseme el retorno con algunas palabras al inicio de estos apuntes: las quejas referentes a la situación en que se encuentra la dogmática jurídico-administrativa me parecen estar en parte justificadas. Efectivamente, en la dogmática hemos seguido conservando mucho de lo que eran las condiciones de partida del siglo XIX, mientras que, por otra parte, la **realidad administrativa** del almacenamiento electrónico de la información, los teléfonos, los automóviles o los aviones apenas si tienen algo que ver con la que conociera Otto MAYER. En la medida en que los elementos de la dogmática apuntan a la tutela jurídica del individuo se los debería preservar, examinar (en cuanto a su idoneidad) y desarrollar bajo la premisa de unas circunstancias humanas, democráticas y basadas en el Estado de Derecho. Hay otros ámbitos que

requieren una urgente adaptación, porque de otra manera la función ordenadora y sistematizadora de la parte general del Derecho administrativo ya no se podría cumplir. Esta es una tarea que incumbe a la ciencia del Derecho público, que aquí tiene que «mediar», «ordenar» y «penetrar con ideas» las normas que, por una parte, va amontonando un legislador apresurado y la casuística que, por otra parte, brota de la jurisprudencia de unos tribunales que trabajan cual diligentes hormigas.

Por ello, me parece que las más importantes tareas actuales que corresponden a la dogmática del Derecho administrativo no estriban en introducir nuevos y adicionales factores de complicación, sino en simplificar, fundir lo heterogéneo y reconducir a sus líneas esenciales a una realidad que se ha ido haciendo borrosa.

### BIBLIOGRAFIA

- O. BACHOF y W. BROHM: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», en *VVDStRL* 30, 1972.
- H. BAUER: *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlín, 1986.
- K. H. FRIAUF: «Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre», en *Der Staat*, 9, 1970, 223.
- P. HÄBERLE: «Das Verwaltungsrechtsverhältnis», en *Das Sozialrechtsverhältnis* (Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, vol. XVIII), 1980, 60 y ss.
- E. KERN: «Aspekte des Verwaltungsrechts im Industriezeitalter», en *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, 2.ª ed., 1989, 81 y ss.
- G. PÜTTNER: «Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts», en *Festschrift für Otto Bachof*, 1984, 115-129.
- H. H. RUPP: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tubinga, 1965.
- E. SCHMIDT-ASSMANN: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, Heidelberg, 1982.
- «Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung», en *Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg*, 1988, 381 y ss.
- F. WIEACKER: «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», en *Festschrift für G. Gadamer*, 1970, vol. 2, 31 y ss.
- M. ZULEEG: «Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?», en *DVB*, 1976, 509.

