

# **SOBRE EL ESTUDIO Y COMPRENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. GUÍA PARA SU ESTUDIO<sup>1</sup>**

GASPAR ARIÑO ORTIZ  
Catedrático de Derecho Administrativo

*Universidad Complutense de Madrid*

En la exposición que a continuación se hace, con la que quiero saludar a mis alumnos de la Facultad de Derecho de Madrid, se recogen algunas consideraciones sobre el estudio y comprensión de Derecho público.

Con ellas quisiera introducir la atención de los estudiantes que acudan a la cátedra en éste y sucesivos cursos de vida académica. Más que afirmaciones apodícticas, quisiera señalar aquí, en un tono menor, algunos aspectos del aprendizaje de esta disciplina, que la experiencia de no pocos años me dicta. Trataré de reflejar lo que entiendo constituyen algunas peculiaridades sustantivas del Derecho administrativo –su específica naturaleza y caracteres-, de las que necesariamente derivan peculiaridades metodológicas en cuanto a su elaboración, estudio y comprensión. El método es el camino del conocimiento para la aprehensión de un objeto dado y bueno será que a la hora de iniciar éste –especialmente por el alumno de tercer año de Licenciatura- se tengan bien presentes algunas características de la materia objeto de su estudio.

No es necesario decir que la aproximación al Derecho público que en estas consideraciones se encierra es por completo deudora de la enseñanza de mis maestros cosa que se comprobará sin dificultad a través de su lectura. Es la línea de pensamiento científico en la que me he movido en los últimos años y que ha presidido las tareas desarrolladas hasta ahora por el Instituto de Estudios Administrativos, en el que he trabajado. Es de justicia que recuerde aquí a los Profesores Villar Palasí y Meilán Gil, que lo iniciaron, y que deje constancia igualmente de mi agradecimiento a quienes lo integran. De un modo especial, quiero hacer mención de mi compañero y amigo Prof. Gallego Anabitarte, con el que durante años he venido trabajando en esta Facultad de Derecho de Madrid y con el que en tantas y tantas ocasiones he discutido sobre estos temas.

## **1. El Derecho administrativo como respuesta al cambio social**

El Derecho administrativo no es una creación pacífica y lógica de la razón, sino una respuesta al reto social. Respuesta que estará siempre vinculada al entorno económico, político y social en el que se inserta, y que por esa misma razón adoptará sentidos diferentes, según las necesidades, las ideas, las exigencias sociales del momento. Por

---

<sup>1</sup> Este artículo es la transcripción de la Lección dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Octubre 1972. Por su interés -y con la autorización de su autor- lo publicamos en el nº 6 de la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE)

ello –se ha escrito-, “la comprensión de su sentido, su evolución y sus técnicas sólo es posible desde un conocimiento global de la sociedad, del conjunto de factores ideológicos, culturales, políticos y económicos que dibujan el cuadro general de cada tiempo histórico”.

Uno de los riesgos del administrativista es precisamente éste: responder a preguntas que ya no se formulan, o lo que es lo mismo, tratar de resolver falsos problemas, que no se plantean, olvidando los verdaderos. De ahí que una de las claves en la elaboración de un *Derecho administrativo que mire hacia delante* (no hacia atrás) es ésta: ahondar en las tensiones de intereses, en las demandas actuales de nuestra sociedad (más aún: en las demandas futuras), pues es lo cierto que las técnicas e instituciones administrativas deben responder hoy a ellas, y no a los anhelos de nuestros abuelos. El administrativista necesita por ello sensibilidad y tacto para descubrir en la urdimbre de los pequeños y grandes acontecimientos el sentido de la agrupación social en la que vive. Todos los grandes maestros de nuestra disciplina –Hauriou, Mayer, Romano o nuestro gran Colmeiro- fueron hombres que supieron *oír el pulso de la historia*. Las respuestas que dan hoy las instituciones y técnicas del Derecho administrativo clásico son en muchos casos anacrónicas e insuficientes, porque son sólo respuestas a viejos problemas. Por supuesto que hay metas definitivamente conquistadas que jamás se abandonarán. Pero es preciso percatarse de que hoy son nuevas cotas las que la sociedad reclama y que el Derecho administrativo debe servir a ellas. Y es preciso preguntarse: ¿son aptos para estas nuevas tareas los instrumentos que hemos heredado?.

Esta vinculación necesaria a su entorno se manifiesta de modo especial en el *imprescindible enraizamiento del Derecho administrativo en el marco constitucional*. Martín Retortillo y Gallego Anabitarte se han ocupado del tema entre nosotros y, recientemente ha sido recordada esta vinculación con estas palabras: “el Derecho administrativo es, antes que nada, el Derecho del Estado; sólo desde una visión unitaria del Estado puede nuestra ciencia alcanzar su auténtica dimensión en el ordenamiento jurídico. Como es sabido, las raíces de nuestra disciplina se afincan en el orden constitucional. No puede explicarse válidamente un sistema administrativo sin referencias continuas y precisas al orden constitucional que configura la peculiar organización de la vida colectiva de cada país. No siempre, sin embargo, se tiene en cuenta esta elemental exigencia. Se ha querido, a veces, explicar las instituciones administrativas como si viviesen sólo en los libros, como si fuesen inmutables o como si fuesen absolutamente fungibles de un país a otro”<sup>2</sup>.

En algunos temas centrales –por ejemplo, el régimen local o el sistema de lo contencioso-administrativo-, que están especialmente vinculados a la estructura política del país, se hace sencillamente imposible entender la realidad sobre la base de los puros textos legales. El aislamiento de la norma en estos casos, su desenraizamiento del contexto político social, lleva a conclusiones engañosas. Especialmente necesario

---

<sup>2</sup> LÓPEZ RODÓ, L., “*Nuevo horizonte...*”, , p. 191.

resulta mantener esta vinculación entre regla jurídica y contexto político en el estudio de las instituciones orgánicas<sup>3</sup>.

Ello explica también que las grandes transformaciones del Derecho público hayan coincidido con lo que podríamos llamar los “*tournants de l’histoire*”. Villar Palasí ha escrito sobre esto bellas y penetrantes páginas a las que me remito<sup>4</sup>. Quisiera únicamente añadir que esta vinculación al cambio político y social tiene para el jurista una desagradable consecuencia: la tremenda *inseguridad dogmática y técnica* que arroja sobre la elaboración del Derecho administrativo; pocas disciplinas se ven forzadas, como la nuestra, a ser construidas sobre un terreno tan inestable y movedizo: el terreno de las estructuras sociales, políticas e incluso tecnológicas con su creciente dinamismo.

## 2. Movilidad e inestabilidad del Derecho Administrativo

Es una consecuencia obligada de lo anterior.

Un gran jurista español de mediados del siglo pasado –don Pedro Gómez de la Serna– escribía hacia 1865: “mas no sucede con el Derecho Administrativo lo que hemos expuesto del civil...; compuesto de leyes, reglamentos y otros actos del Gobierno, producto de tiempos diferentes, amalgama de preceptos heterogéneos, animado en sus diversas partes de diferente espíritu, vario en los objetos a que se extiende, y por las formas de que se reviste, modificándose, destruyéndose y rehaciéndose sin interrupción, reflejando incesantemente las necesidades temporales de la sociedad, dominado de continuo por ellas, mudable por su índole, tiene actualmente que ser tan oscuro y tan difícil y tan complicado como las fuentes de que se deriva. La multiplicidad cada día mayor y la variedad infinita de sus prescripciones, la poca estabilidad de muchas, agregan a la dificultad del estudio de las leyes administrativas, la de desconocerse frecuentemente cuáles son las que subsisten en vigor, cuáles son las que se hallan derogadas, cuáles las que sólo han sido modificadas parcialmente”<sup>5</sup>. Esta realidad no ha cambiado con los años, sino que, quizás, se ha intensificado. Otro gran jurista de hoy, al cabo de un siglo exactamente, ha escrito: “el Derecho administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; es sobre todo de su materia de la que se alimenta la ininterrumpida e impresionante salida diaria del “Boletín Oficial del Estado” y la que nutre los rimeros de tomos de las

---

<sup>3</sup> Cfr. a título de ejemplo el intento revisionista de explicación del Régimen Local español que ha propuesto GALLEGO ANABITARTE (1969) “*Notas histórico-jurídicas sobre el Régimen Local Español*”. Comunicación al II Symposium de Historia de la Administración. IEA. Alcalá de Henares, noviembre de 1969.

<sup>4</sup> “*Derecho Administrativo*”, Caps. I, III y IV, in totum. Vid. también su prólogo a “*La cláusula de progreso de los servicios públicos*”, de MEILÁN GIL, donde denuncia los riesgos –y las trampas– del “mimetismo científico”.

<sup>5</sup> PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “*Jurisprudencia administrativa*”, en R.G.L.J., tomo XVI, página 423.

Enciclopedias y los Diccionarios legislativos, con apéndices y puestas al día nunca jamás conclusos”<sup>6</sup>.

El hecho es que estamos viviendo, según escribía García de Enterría recordando la agudeza y humor de Carl Schmitt, una época de “legislación motorizada” en la que es difícil seguir, perdiendo el aliento, al legislador<sup>7</sup>.

Aludiendo a este incesante devenir de las normas administrativas, ha dicho también Villar Palasí que en nuestra disciplina, a las instituciones “no se las puede fotografiar: es preciso filmarlas”, o lo que es lo mismo, no se las puede inmovilizar en un momento determinado porque cualquiera de estas visiones “fijas” resultaría insuficiente, ocasional, inservible para edificar sobre ella un sistema científico.

No es necesario insistir sobre esta realidad que es evidente. Pero sí convendrá señalar algunas consecuencias metodológicas que en principio parecen derivarse de esta “naturaleza de las cosas”:

1ª que se hace realmente *difícil la aplicación al derecho administrativo del método exegetico propio del positivismo legalista*, entre otras razones porque la misma movilidad y variedad de los textos, su carácter ocasional, de urgencia en muchos casos, hace de éstos, instrumentos altamente deficientes en su formulación y de no fácil integración por los puros caminos de la exégesis. Esta es hoy opinión común<sup>8</sup>, si bien en estos últimos años, y tras los ataques a que se vio sometido en los anteriores el positivismo, la doctrina ha reaccionado recordando que en ningún caso la superación del positivismo puede suponer el abandono de la *positividad del Derecho* y su sustitución por una especie de repertorio de juicios de valor, éticos o políticos. Garrido Falla recordó entre nosotros que aun cuando se apele a los principios jurídico-políticos del Ordenamiento para interpretar e integrar las normas, o al interés público como “standard interpretativo”, no debe olvidarse que nuestro sistema jurídico-continental es un sistema positivo y que la exégesis de los textos legales siguen siendo “la única forma lícita de razonar admitida por los Tribunales”<sup>9</sup>;

2ª en cualquier caso, el Derecho administrativo y sus normas *no pueden elaborarse con un sistema cerrado de conceptos*, con un contenido puramente racional, pues su mismo

---

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “*Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*”, civitas, p. 203.

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., loc., cit., página 204 por nota.

<sup>8</sup> Vid. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit.

<sup>9</sup> GARRIDO FALLA, F. (1961), “*La Administración y el método jurídico*”, RAP n° 35, p. 69. Por lo demás, recuerda Garrido, nuestro Ordenamiento jurídico está constituido principalmente por leyes escritas, las cuales tienen absoluta prioridad sobre cualquier otra fuente del Derecho, lo cual determina necesariamente la postura del intérprete: “el principio del Derecho escrito postula un tipo de intérprete exegeta”.

objeto –la Administración y sus instituciones- son esencialmente contingentes y vinculados a la política, por tanto, en alguna medida “irracionales”<sup>10</sup>;

3ª por eso también pienso que una investigación auténtica en Derecho administrativo exigirá muchas veces el *manejo de fuentes y el estudio de materias que en ocasiones serán extrajurídicas*, pero donde se descubren esas fuerzas ocultas que hicieron nacer o perfilaron el Derecho administrativo en cada momento. Se trata de *integrar el fenómeno jurídico dentro del marco económico-social en el que se inserta*. De una manera especial en nuestro tiempo, el Derecho administrativo se ha visto especialmente vinculado a la economía; en el actual Estado interventor y rector de la economía, muchas de las normas jurídico-administrativas responden a la coyuntura económica, y aquéllas resultarán indescifrables sin esta perspectiva. Meilán Gil ha destacado entre nosotros esta necesaria impostación extrajurídica para entender el Derecho administrativo económico<sup>11</sup>.

### 3. Derecho de conflicto

Se ha dicho muchas veces que el Derecho administrativo es un derecho de conformación social. Digamos ahora que es por ello mismo, *un derecho de conflicto*<sup>12</sup>. Y ello en varios sentidos.

En primer lugar, puede afirmarse que el Derecho administrativo es como *la resultante de la lucha por el Poder*, de la lucha entre el Estado y la Sociedad; esto se manifestará de una parte en la tensión Parlamento-Gobierno (toda la teoría de las normas y la

---

<sup>10</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “*Derecho Administrativo*”, *passim*. Irracionales desde el punto de vista de la “lógica formal”, pero no desde el punto de vista de otra “a modo de lógica material” que es la experiencia y la constatación histórica y de experiencia real: vid. sobre este doble camino del razonamiento, VILLAR PALASÍ, J.L., “*El perenne milagro del Derecho*”, *Atlántida*, nº 3, 1963, páginas 333 y siguientes. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Reflexiones...*”, *cit.* página 212, texto y nota 88.

<sup>11</sup> Vid. la cuestión ampliamente en su trabajo “*El estudio de la Administración económica*”, *RAP* 50 (1966), páginas 51-81, especialmente páginas 71 y siguientes donde puede leerse: “antes de examinar las normas relativas, por ejemplo, al sector agrícola –escribe-, es preciso, a mi modo de ver, tomar conciencia de los problemas derivados del exceso de minifundios, de la existencia de latifundios mal explotados, de problemas de infraestructura, como pueden ser los derivados de falta de agua, de la ausencia de una tradición empresarial o de la carencia de capitalización adecuada en los medios rurales, problemas planteados por el éxodo rural, o problemas originados por la tensión entre consumidores y productores agrícolas, en cuanto a la regulación del precio de los productos. Se trata de ver entonces cómo estas causas influyen en la legislación económica del sector”. Otras veces serán razones de tipo ideológico, o de tipo exterior, o puras motivaciones anecdóticas: “El jurista, concluye, ha de hacer notar las contradicciones internas del ordenamiento, y al mismo tiempo comprender el por qué de su existencia, si aspira al conocimiento completo de una normativa. Que ello es importante se demuestra porque, en ocasiones, se mantienen por rutina unas determinadas normas o unas determinadas organizaciones. Son algo así como el elefante que, aún después de morir, se mantiene en pie durante un cierto tiempo. Es preciso que alguien, con una buena dosis de ingenuidad y otra buena dosis de rigor, les dé un empujón y demuestre a la sociedad que están muertos, que son normas caducas que han tenido una explicación en un momento histórico determinado, pero que ahora mismo ya no la tienen” (páginas 74).

<sup>12</sup> He oído esta expresión en muchas ocasiones al Prof. Villar Palasí, ante el análisis de instituciones o disposiciones concretas que eran objeto de nuestro estudio, y aún ante sucesos y decisiones político-administrativas concretas. Aparece también recogida en su “*Derecho administrativo*”, *cit.* páginas 10-11.

progresiva racionalización y control del poder normativo responde a ello; también el principio de legalidad, la teoría de las potestades, los planteamientos presupuestarios, etc.); y de otra, en la tensión Administración-Juez (la historia del Derecho administrativo es, en este sentido, la historia del sometimiento al derecho de la inmunidades del poder, en frase de García de Enterría, o, si se quiere, la historia de la defensa del ciudadano frente a las intromisiones del poder en el ámbito de sus derechos). El Derecho administrativo ha sido el *instrumento de afirmación de la supremacía o de la garantía, según el predominio de las fuerzas en juego*. Ello explica que el régimen jurídico-administrativo sea una mixtura de privilegios y sujeciones, de prerrogativa y carga. El Derecho administrativo, es así, la solución de compromiso –la resultante- entre una incesante y creciente expansión del Poder público y un esfuerzo paralelo por reducir sus inmunidades, por someterlo al Derecho<sup>13</sup>.

Detrás de muchas de sus instituciones está el episodio histórico concreto de esa lucha. Creo haberlo puesto de manifiesto en el caso de los entes institucionales, en el manejo táctico de la personalidad jurídica que Maurio ofrecerá a una Comisión de diputados franceses en 1893; en el artículo 41 de la LACHP, que será una solución de compromiso por la vía de los créditos extraordinarios para el libre manejo por el Gobierno de fondos públicos; en la figura del contrato administrativo y en tantos casos más.

¿Cuál es la lección metodológica que se puede extraer de estas ideas?. Sencillamente, que en el estudio de las instituciones y técnicas administrativas es preciso considerar siempre ese trasfondo, esa base de sustentación de las mismas, que es política. Es claro que al jurista, en cuanto tal, no le interesa la “ganga de consideraciones o factores políticos, ideológicos o puramente pragmáticos que acompañan siempre a la actividad administrativa pero es igualmente cierto que el estudio del Derecho administrativo debe hacerse sin apriorismos conceptuales *sin acudir a explicaciones lógico-formales que no explican nada* porque no conectan con la realidad, sino que la ocultan<sup>14</sup>. La dogmática jurídico-pública debe reflejar esa realidad. Un tema donde este tratamiento lógico-formal ha sido llevado al límite, ocultando la realidad subyacente, ha sido el tema de la centralización-descentralización, explicada sobre el concepto de *personalidad jurídica*, arbitrariamente manejado. Y algo de esto ha pasado también con el principio de legalidad en su versión de la “norma previa”.

Por supuesto que la integración de ambos planos –el plano de la realidad del “poder” (en un sentido amplio) y el plano de la técnica jurídica- debe ser hecha sin mezclarlos.

---

<sup>13</sup> Se alcanzan en materia jurisdiccional nuevos ámbitos, pero la Administración crea nuevas zonas de acción inmune. Villar Palasí ha escrito: “todo el Derecho administrativo va haciendo nacer técnicas que en su nacimiento tienen pretensión de inmunidad jurisdiccional, y a medida que los antiguos artificios la pierden, crea nuevos artilugios con la misma pretensión. El administrado está satisfecho de ver cercenado el campo de acción del viejo “paraíso de los actos políticos” –paraíso para la Administración, purgatorio al menos para el súbdito-; pero no observa cómo un manejo del crédito privado por la Administración puede hacerle ir a la quiebra o a la suspensión de pagos, sin que tenga acción y a veces ni conocimiento del acuerdo gubernativo, que se considera acto de la potestad doméstica, no justificable”: “*Derecho administrativo...*”, cit. páginas 34 y 35.

<sup>14</sup> Esta construcción lógico-formal ha sido, sobre todo, realizada por la doctrina italiana, y obedece, en parte, a un proceso de reacción que inició Orlando.

Si se hace así, no se atenta contra la pureza del método jurídico, sino al contrario, se le da su verdadero sentido, pues se le hace idóneo, *apto para el análisis de su objeto –la realidad del Poder–* según la propia naturaleza de éste<sup>15</sup>.

Otra consecuencia de este carácter conflictivo que con frecuencia presenta nuestro derecho es su *preferencia por la solución de compromiso*. Meilán ha definido el Derecho administrativo como el resultado de “una serie de tensiones que dan lugar a distintos niveles de compromiso”: tensión entre prerrogativa y garantía, tensión entre unidad y especialidad, entre principios teóricos y exigencias prácticas, entre legalidad y eficacia, entre los derechos individuales y los de la sociedad<sup>16</sup>.

Cuando con una visión tópica, y en gran parte miope, se ve el Derecho administrativo como un *derecho de opresión* con el que el Estado invade la esfera de los intereses de los ciudadanos, exigiéndole un sacrificio de su libertad, de sus bienes o de su dinero, se olvida, como dice Villar, el otro lado del problema, “su anverso, su auténtica aspiración a ser un derecho de liberación”; liberación de la ignorancia, del aislamiento, de la enfermedad o de la miseria, de todas aquellas personas que se benefician de un servicio de abastecimiento o transportes, de un centro escolar o de un centro sanitario, para cuya prestación, naturalmente, otros ciudadanos han tenido que sufrir una invasión en sus bienes y derechos.

En el fondo el conflicto es siempre el mismo: entre el que tiene y el que no tiene. Y el Derecho administrativo ha de ser –esta es su grandeza– el instrumento para hacer realidad en la comunidad política aquel *suum cuique tribuendi* en que la justicia consiste; un poderoso instrumento, lleno de posibilidades, para la construcción de una sociedad más justa.

El Derecho administrativo reflejará siempre el compromiso, la solución hábil, adaptada al *hic et nunc* del hecho de que se trate para solucionar tales conflictos; supuestos paradójicos de esa pugna, y su compromiso, entre el interés general y particular, serán los que conlleva la famosa “cláusula de progreso” de los servicios públicos, o los que se perfilan en los supuestos de riesgo imprevisible en los contratos administrativos.

En el orden metodológico ello significa la *necesaria huida de los absolutismos conceptuales* y la no menos necesaria *aceptación de las gradaciones, las escalas, las matizaciones*. Y así se hablará de la escala de la demanialidad, o la escala de la contractualidad, o de la personalidad. No son viables en Derecho administrativo las

---

<sup>15</sup> No desconozco que, aunque en el orden empírico pueda parecer fácil de llevar a cabo esta distinción entre la ciencia jurídica y sus “elementos de construcción” (sociológicos, políticos, etc.), epistemológicamente es mucho menos simple y hay graves problemas, como ha señalado Giannini, “para trazar la línea de división exacta entre la ciencia jurídica y las demás ciencias”: “*General theory...*”, cit., página 424. Ahora bien, lo que se afirma aquí es que en ningún caso es lícito al jurista (al administrativista) desconocer la realidad, y el impacto de la norma en ella, por el purismo de un “método jurídico”.

<sup>16</sup> MEILÁN GIL, J.L. (1967) “*El proceso de la definición del Derecho administrativo*”, ENAP, páginas 53 y siguientes.

categorías cerradas, rígidas y absolutas; antes bien, se halla impregnado siempre de un sano pragmatismo, como lo estuvo el derecho romano clásico hasta la codificación justiniana.

#### **4. Derecho de realización**

El Derecho administrativo es un derecho de realización. No es hoy, fundamentalmente, un derecho límite, sino el cauce necesario de las realizaciones estatales. Desde que a mediados del pasado siglo la escuela clásica alemana del Derecho público inició el proceso de juridificación del Estado, el Derecho es el necesario camino que el Estado debe seguir para la realización de sus fines, hoy ingentes. El Estado actúa, pues, siempre a través de “formas” jurídicas. Ello supone que cuando, como ocurre hoy, el Estado ha asumido al conformación del orden social, el Derecho administrativo se convierte en un derecho para ser realizado, una norma que se dicta no sólo para no ser infringida, sino, positivamente, para ser cumplida, para conseguir unos fines muy concretos. La regulación de la concentración parcelaria, la red de centros asistenciales y sanitarios, la promoción industrial de una zona o la extensión a todos los españoles de la educación general básica, *no es equiparable a la regulación del Código civil sobre el usufructo o los legados*: al legislador no le importa si se constituyen muchos o pocos usufructos, y en cambio cuando dicta esa normativa agraria, sanitaria o educativa lo que sobre todo le interesa es que, mediante su cumplimiento, se alcancen los fines que persigue: la ordenación rural, la sanidad, la elevación del nivel de vida de las zonas deprimidas, la escolarización. Otro ejemplo más patente: la Ley de concentración parcelaria tiene un sentido –y por tanto una interpretación– totalmente distinta al retracto de colindantes del Código Civil (no obstante servir ambas a un mismo fin), pues aquélla contempla, más que el interés individual del propietario, el “interés general” de la estructuración de unas explotaciones agrícolas racionales. Por eso, porque busca ser realizada, se impondrá coactivamente a la minoría (pronta y eficaz satisfacción del interés general: artículo 40 LOE).

Ello tiene una explicación clara: el derecho privado no persigue fines o intereses colectivos, ni se realiza mediante actos “en masa”, necesarios para que aquéllos se consigan; además, se construye sobre la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho, de los titulares, que son el “*dominus negotii*”. El derecho privado es un proyecto de conformar *negativamente* la sociedad (el “*ius cogen*” es excepcional) y de abrir cauces a la actuación individual.

En cambio el Derecho administrativo requiere muchas veces actos en masa, busca fines de necesario o conveniente cumplimiento, y, además, se construye sobre el principio de legalidad (legalidad que es no sólo autorización o habilitación para actuar, sino mandato, orden de ejecución). El Derecho administrativo es así un proyecto de conformación social, *positivamente diseñado*, con ambiciones de pronta y eficaz consecución (artículo 40 LOE).

Este es un punto en el que se manifiesta la evolución del Derecho administrativo y el *cambio de sentido de sus categorías*. Tal es lo que ha ocurrido con el concepto de potestad. Tradicionalmente se ha concebido la potestad como aquel poder o haz de facultades que con *carácter tasado, limitado*, concedía el Ordenamiento jurídico a la

Administración para la intervención en la vida social. Esta categoría, así entendida, contempla un Estado cuya finalidad fundamental es el Derecho. Por eso –se ha dicho- el ámbito de la potestad administrativa debe ser siempre interpretado restrictivamente, según los términos estrictos de la norma legal.

Ahora bien, cuando el Estado, desde la primera guerra mundial comienza a asumir la tarea de configurar una sociedad más justa y cuando la Administración se hace cargo de la positiva satisfacción de necesidades sociales (ordenación de las relaciones laborales, fomento de la producción y el mercado, promoción de la vivienda y del turismo, etc.), la potestad cambia de sentido: ya no será sólo una “facultad” de actuar, ni una “autorización” para limitar los derechos individuales, sino un auténtico “deber de intervención”, un mandato de actuación para la consecución de aquellas finalidades que vienen a satisfacer necesidades apremiantes. El contenido de la potestad, así entendida, no alcanza solamente a los estrictos términos legales, sino a todos aquellos aspectos que sean necesarios para la consecución del fin que la Administración, por mandato legal, debe alcanzar. En estos sectores, las potestades administrativas reciben, por tanto, *una virtualidad expansiva*.

Las consecuencias en el orden metodológico son claras: la norma administrativa exige *una interpretación finalista*, como la doctrina unánimemente ha señalado<sup>17</sup>. Ocurre, sin embargo, que la investigación de éste no siempre es fácil desde el solo texto legal. Como apunta Villar Palasí, frente a la inmediata comprensión de los fines, causas y razones del ordenamiento jurídico privado, la norma administrativa se nos ofrece con un “relativo esoterismo respecto de sus fines” derivado unas veces de su carácter técnico y otras de su misma y casi siempre precipitada redacción, lo cual produce un “sinnúmero de perplejidades en el intérprete, el jurista y el juzgador”<sup>18</sup>. No es extraño por ello –y ya me he referido a este punto- que para descubrir el fin de la norma deba acudir en no pocos casos a disciplinas o campos diferentes, tratando de integrar el fenómeno jurídico en un marco más amplio (vid. lo dicho supra).

Otra consecuencia importante ante este sentido del actual Derecho administrativo es la *necesaria instrumentación de un control de la inactividad*.

## **5. El Derecho administrativo, un conjunto de microcosmos jurídicos: perspectivismo de sus conceptos**

Nuestra disciplina da a veces la impresión de falta de unidad, de incoherencia consigo misma, lo cual se manifiesta, como escribe Meilán, en que “dentro de él existen una serie de microcosmos con sus principios rectores, que ofrecen una larga serie de contradicciones internas. Si uno pregunta al propio ordenamiento qué dice de sí mismo,

---

<sup>17</sup> Vid. por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1957) “*El método en el Derecho administrativo*”, RAP nº22, páginas 11 y siguientes, especialmente, sobre la interpretación de las normas jurídico-administrativas según el fin, páginas 69 a 72.

<sup>18</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “*La potestad ordenatoria de la Administración*”, inédito, página 10.

la contestación no es única”<sup>19</sup>. Y es que las leyes administrativas se dictan con demasiada frecuencia revestidas de pretensiones totalizadoras, como auténticos microcosmos en el que se establece un régimen peculiar de todos los aspectos posibles, al margen de las leyes generales existentes para cada uno de ellos (son frecuentes las regulaciones organizativas, procesales o financieras al margen de la LRJ, LPA, LJC o LACHP). Esto puede estar o no justificado (a veces lo está y a veces no), pero en cualquier caso es una realidad, y ello produce, como ha destacado Villar Palasí, “que los conceptos se vean afectados de una relatividad, por mejor decir, de un *perspectivismo en su contenido y en su comprensión*”<sup>20</sup>: cada regulación los ve desde su punto de vista.

La primera consecuencia de esta realidad es que “*la interpretación cabal de los conceptos requerirá, así, por la inexorable exigencia de su perspectivismo, un deslinde previo de su conexión al fin del grupo normativo singular en que están insertos*”<sup>21</sup>.

La segunda consecuencia es que para el Derecho administrativo no es instrumento adecuado una concepción “esencialista” de *las categorías jurídicas*. Estas *no son “esencias” sino “consecuencias”*: lo que se trata de conseguir con su empleo es muchas veces la aplicación de un régimen jurídico, *en algún aspecto concreto*, pero sería erróneo en esos *casos de manejo táctico* la aplicación íntegra del régimen jurídico común de aquella institución en todos sus aspectos. Ejemplos paradigmáticos de esta realidad son los conceptos de servicio público, de personalidad jurídica, o el mismo concepto de Administración pública que nos ofrece el artículo 1º LJ, cuestiones éstas que he analizado en otros lugares<sup>22</sup>.

Es en definitiva este *perspectivismo de las definiciones legales* un argumento adicional que viene a apoyar la necesidad de un método de pensamiento tópico en el sentido de Viehweg, que ha sido propugnado entre nosotros por García de Enterría.

---

<sup>19</sup> Los ejemplos podrían multiplicarse: Meilán señala algunos como la diferente regulación de una misma institución (por ejemplo, silencio administrativo o revisión de oficio) en ámbitos administrativos diferentes (central y local); o entre dos leyes de una misma Administración (así, diferente tratamiento de la responsabilidad en cuanto a la jurisdicción, en la LRJ y LJ; o del recurso de reposición en las leyes de Jurisdicción, Procedimiento y General Tributaria), en “*El proceso de definición...*”, cit. páginas 43-44.

<sup>20</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “*Derecho...*”, cit., página 35: “Casi todas las ideas maestras del Derecho administrativo –escribe– están inficionadas de este carácter perspectival que aproxima los conceptos jurídico-administrativos a las categorías ubicuas, a fuerza de ser vistas por la norma desde tantas y tantas perspectivas diferentes, parecen quedar desprovistas de un contenido preciso, llegándose a afirmar su incomprendibilidad categorial. Con todo, es éste el modo de laborar del Derecho. Cada perspectiva ve un lado sólo de la totalidad categorial, en su totalidad, pero desde un punto de vista distinto cada vez: no se trata de visiones parciales de un supuesto de hecho más amplio, sino de comprensión total, pero desde una cierta y determina perspectiva, del supuesto abstracto de hecho”.

<sup>21</sup> VILLAR PALASÍ, *ibídem*.

<sup>22</sup> ARIÑO ORTIZ, G., “*Tres lecciones sobre servicio público*”, Escuela Nacional de Administración Pública, XI Curso de Técnicos de Administración, 1971, edic. dactilográfica; y también en mi trabajo “*Sobre la personalidad jurídica en derecho público. Los organismos autónomos. Consecuencias e inconsecuencias de su declaración de personalidad*”. ENAP, 1971.

## 6. El Derecho administrativo, disciplina “carrefour”

Es ésta una vieja expresión de Hauriou, que ha sido recientemente recordada entre nosotros. La idea es conocida y no es preciso insistir en ella. El Derecho administrativo, como Derecho que se va configurando en torno a un sujeto (aunque no sea sólo “el derecho de la Administración como sujeto”) supondrá, como se ha dicho, una cierta concentración, en torno a ésta, de la total materia jurídica; y así, los estudiantes, al abordar el estudio de los contratos administrativos o el dominio público, la empresa pública, el derecho disciplinario o el recurso contencioso se verán obligados a actualizar y poner a prueba lo que han aprendido en Derecho civil, penal, mercantil y procesal; no digamos nada del imprescindible encuadre constitucional e histórico que toda institución administrativa necesitará para ser comprendida cabalmente.

Ello quiere decir que al Derecho administrativo hay que venir bien pertrechado de ciencia jurídica básica, de esa teoría general del Derecho, desgraciadamente tan poco elaborada entre nosotros, en la que se contienen las categorías jurídicas fundamentales. Es ilustrativo recordar a este respecto cómo dos de los más grandes administrativistas de todos los tiempos –Hauriou y Laband- dedicaron largos años al estudio del Derecho romano y el Derecho civil.

Ahora bien, en la utilización de técnicas seculares, procedentes del Derecho civil o mercantil, el administrativista debe desprenderse de servidumbres dogmáticas y saber dotarlas del nuevo sentido que exija en cada momento la tensión Estado-Sociedad, la pugna constante entre el interés público y los intereses particulares. Por debajo de un mismo esquema formal de técnicas e instituciones, correrán siempre en ambos campos energías y líneas de fuerza diferentes; así creo haberlo señalado en dos institutos jurídicos básicos: el contrato y la persona jurídica.

Todo ello conlleva una exigencia: la necesidad de construir nuestra disciplina sobre su propio suelo y con sus propios materiales. Por supuesto que habrá muchos conceptos recibidos de (y contenidos en) el Derecho privado, pero es preciso, antes de su aceptación indiscriminada, someterlos a la prueba de fuego de su contraste con los textos positivos de nuestras leyes administrativas, y con las declaraciones, siempre creadoras, de nuestro Tribunal Supremo. Nuestro Derecho administrativo está muy necesitado de revisión y crítica de ese saber convencional con el que a menudo se nos explican las cosas, y que no se debe aceptar sin más, como dogmas inconcursos.

Pero más aún: ni siquiera en Derecho público los conceptos y categorías pueden ser aceptados como algo rígido, inmóvil, cristalizado. Como ya se ha dicho, ese manejo táctico por el legislador de técnicas y conceptos ha llenado en más de una ocasión de perplejidad el ánimo de los juristas, al comprobar cómo se aplicaban conceptos administrativos clásicos a realidades que estaban muy alejadas de sus supuestos de origen. Rivero ha recordado hasta qué punto se ha aplicado, por ejemplo, el concepto de concesión o de persona jurídica a supuestos muy alejados de lo que para los juristas era “su” concesión o “su” persona jurídica. Y otro tanto ha ocurrido con el concepto de servicio público, o con el concepto de contrato aplicado a la acción concertada. Este *modus operandi*, que es habitual, origina cierta confusión de las categorías, y misión del

jurista será poner nuevo orden y nueva luz en la inicial oscuridad que tales manipulaciones conceptuales acarrearán.

Se tratará en muchos casos de acuñar nuevos conceptos que identifiquen y conecten con la nueva realidad. Pero esto ocurre siempre en un momento posterior.

## **7. Un derecho apegado a lo concreto, un derecho de casos, un derecho vivo**

Es ésta una característica del Derecho administrativo que tiene múltiples manifestaciones y también algunas consecuencias metodológicas.

En primer lugar, el hecho de que “el principio de prevalencia de la ley formal actúa en la esfera de creación válida del grupo normativo, pero no en la aplicación específica del grupo mismo: la Administración trabaja más con circulares e instrucciones que a la vista de leyes generales abstractas”<sup>23</sup>. La razón de ello es por lo demás obvia y es que a medida que la norma gana en generalidad, pierde en contenido real. Ahora bien, ocurre que a diferencia del Derecho civil en que entre Ley (abstracta, general) y actuación concreta se encuentra la autonomía de la voluntad, que da contenido real a la primera, en *Derecho administrativo entre Ley y acto está la Administración*, y ese llenar de contenido real la norma abstracta y general no puede ser dejado en cada caso, incondicionadamente, al funcionario encargado de actuarla, sino que tiene que venir sucesivamente *concretada y llenada de sentido* por normas o actos intermedios.

El actuar administrativo está integrado así, en su gran mayoría por una escala de normas y una escala de actos que constituyen la sucesiva concreción y acercamiento a la realidad de la ley formal. Es una consecuencia ineludible del principio de legalidad y de la unidad y jerarquía de la Administración.

Pero junto a ello, debe recordarse que en los últimos años esta intermediación de la norma a lo concreto se ha intensificado: son, cada vez más, *los casos reales los que día a día alimentan esta rama jurídica*, la conveniencia pública viva, palpitante y exigente de cada sector de la vida del país.

Pues en efecto, las leyes administrativas no pueden hoy contemplar y regular de manera formal la realidad. Sin caer en el tópico, puede decirse que ya no cabe atribuir a las normas administrativas el papel de una “simple plasmación formal del orden jurídico administrativo”<sup>24</sup>. La Administración interviene de manera hasta hace poco desconocida en la esfera de las relaciones públicas y privadas del hombre moderno; la Administración penetra la entraña misma de la vida social, y su Derecho no sólo ordena y regula, sino que incide en ella, como ha dicho Garrido, “con pretensiones de

---

<sup>23</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., “Derecho...”, cit. página 14.

<sup>24</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., Prólogo a la obra de Otto Nass, “Reforma administrativa y ciencia de la Administración”, ENAP, páginas 24-25.

ordenación ortopédica”, para corregir una realidad social deficiente<sup>25</sup>. Al cumplimiento de esa misión, la Administración no suele acudir con grandes leyes generales con vocación de eternidad y pretensiones de regulación total, sino que *sale al paso* de las necesidades con medidas concretas de carácter sectorial, y aún singular.

¿Será necesario recordar ese doble proceso de evolución de la Ley que parece contradictorio?. De una parte, el fenómeno de la ley-cuadro con afirmaciones genéricas o abstractas que permiten moverse a la Administración dentro de ellas cómodamente. De otra parte, la ley-medida, ley que se dicta *para un supuesto concreto*, que nace para morir, en la que no hay “vocación de eternidad”, ni la estructura hipotética de la norma clásica (previsión de casos futuros), sino la perentoria urgencia de resolver un supuesto ya existente.

He dicho que este doble proceso es contradictorio, pero lo es sólo aparentemente. En efecto, responde en el fondo a una finalidad común: la necesidad de que la Administración acuda a resolver los problemas, en los términos concretos y singulares en que éstos se presentan, y para ello se acudirá bien a los amplios apoderamientos globales que contienen las leyes-cuadro, bien al uso de leyes-medida, sobre todo bajo la forma del Decreto-Ley sin control de urgencia o con urgencia provocada. Que esto supone un amplio margen de actuación “libre” para la Administración es indudable, pero así lo exige la tremenda complejidad actual de los problemas y de sus soluciones que no pueden ser tratados muchas veces al “estilo parlamentario” ni con meras formulaciones generales<sup>26</sup>.

Dedúcese de todo ello *la importancia del caso*, de la realidad concreta y singular, no solamente en el terreno del juzgador, sino también, y es mucho más importante, en su biología, su vida normal (tanto a nivel normativo como de actuación concreta).

He escrito en otra ocasión que esa valoración de la norma en su aplicación a la vida real se manifiesta muchas veces en nuestro campo no en sede jurisdiccional, sino administrativa, aplicativa de la legalidad vigente a través de órdenes de servicios, circulares, instrucciones, etc., y en otros casos, inaplicativamente: situaciones en que la Administración cede en su derecho porque le resultaría perjudicial hacerlo valer. Pues bien, pienso que en Derecho administrativo, toda investigación debe ser realizada no sólo sobre los textos legales, sino también sobre los criterios y principios con que la Administración entiende aquéllos; porque el orden jurídico no es sólo el orden que establece el juez decisor, sino también el orden de la vida vigente, vinculante y seguido

---

<sup>25</sup> GARRIDO FALLA, F. (1950), “*Administración indirecta y descentralización funcional*”, IEAL, página 109.

<sup>26</sup> FORSTHOFF, E. (1967) en “*Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*”, ENAP, ha señalado como la extraordinaria complejidad que observamos en la estructura de la moderna y técnica sociedad industrial se transmite naturalmente al Estado...

En una sociedad tan complicada como es la moderna sociedad industrial todos los problemas políticos se convierten en problemas técnicos...; esta complejidad lleva a que el elemento técnico avance cada vez con más fuerza, y a una preponderancia cada vez más fuerte de la Administración en comparación con el Parlamento.

en la mayoría de los casos. Esta es la razón de que en Derecho administrativo sea inestimable base de partida el conocimiento real, vivido a ser posible, de la materia que se trata de estudiar. La prioridad de la orden concreta en el orden aplicativo fuerza a ello. Puedo decir que en uno de mis libros (*“Teoría del equivalente económico en el contrato administrativo”*) tan importantes fueron para mí el estudio de los textos legales y doctrinales como las conversaciones mantenidas con ingenieros de caminos y contratistas, auténticos protagonistas del fenómeno.

Permítaseme recordar aquí unas bellas frases de aquel gran historiador que fue Vicens Vives: “ni los reglamentos, ni los privilegios, ni las leyes, ni las constituciones, nos acercan a la realidad humana. Son fórmulas que elevan límites, pero nada más que límites. La expresión de la vida se halla en la aplicación del derecho, de la ley, del decreto, del reglamento; en la forma como los hombres tergiversan la voluntad ordenadora del Estado, de una corporación o de una oligarquía. No en la institución considerada en sí misma, sino en el hervor humano que se agita en su seno. Para aprehenderlo históricamente es preciso prescindir del caparazón legislativo, ir directamente a la colectividad humana, con sus apetencias, sus pequeños orgullos y sus profundos resentimientos, que de todo hay en la viña del Señor”<sup>27</sup>.

Algo de esto es aplicable a nuestra disciplina, justamente por ese carácter polémico, conflictivo, lleno de apasionamiento, que le acompaña siempre.

## **8. No es un derecho para ser “aprendido”, sino para ser “comprendido”**

Cuentan de Romanones que decía: las leyes que las haga el Congreso, a mí que me dejen hacer los reglamentos (y esto, en un tiempo en que únicamente se legislaba desde el Congreso). Las leyes son, sin duda, los grandes esquemas del actuar administrativo, pero no dan razón por sí solas de la realidad, especialmente en lo que se llama *materia administrativa* (en los aspectos procesales u orgánicos es distinto).

Es por ello que el estudio del Derecho administrativo debe hacerse muy fundamentalmente sobre órdenes ministeriales, especialmente en las ramas o sectores más jóvenes de nuestra disciplina (Administración económica), porque es en ellas, tan próximas a la vida real, donde con más claridad se ven las posiciones, el juego de las técnicas, la conciliación de intereses en que toda solución jurídica consiste.

Tiene esto una consecuencia importante en el orden pedagógico: el Derecho administrativo no es un derecho para ser “aprendido”, sino para ser “comprendido”. Ya se ve que es inútil pretender que el alumno “aprenda” la regulación en concreto de cada uno de los sectores de actuación, tendencia a la que estamos muy inclinados los profesores de Derecho. Es ésta, también, una servidumbre que pagamos a los planteamientos del Derecho privado del pasado siglo. Ponía de manifiesto recientemente Rivero cómo la tradición de nuestras Facultades ha presentado siempre una masa de conocimientos jurídicos que constituían un *derecho inmovilista*: “aprender” el Digesto o el Código de Napoleón era sin duda “conferir al estudiante un

---

<sup>27</sup> VICENS VIVES, J. (1968) *“Aproximación a la historia de España”*, Prólogo, 5ª edición, página 14.

capital seguro que no corría el riesgo de ser devaluado”. Pero no es ésta, en Derecho administrativo, la dinámica del momento: las regulaciones se suceden unas a otras con relativa frecuencia y no sólo *no se debe exigir al estudiante que las aprenda* en detalle, sino que es mejor incluso que las olvide. Lo que importa es que la formación jurídica que se le proporciona le permita entender y aplicar rectamente las cuatro o cinco regulaciones que seguramente va a ver pasar a lo largo de su vida. Lo importante es que éstas se comprendan, esto es, que se vea la “unidad de sentido” a que responden.

Así pues, en la formación del administrativista, lo que hay que conseguir no es tanto la retención de una masa de conocimientos o reglamentación, sino que aprenda a recorrer por sí mismo el camino del razonamiento jurídico, ese ir y venir de lo concreto a lo general. Sólo si es capaz de ello, será capaz también de integrar, en un sistema de principios permanentes, la mudable y cambiante realidad de cada momento que se contiene en la pequeña y dispersa legislación del “Boletín Oficial” de cada mañana.

## 9. Derecho administrativo y sistema científico. Conclusión

En los últimos años, sobre todo a partir de 1950, la doctrina científica ha puesto en tela de juicio la validez y vigencia de un sistema científico del Derecho administrativo que se halla muy alejado de la Administración interventora y prestadora que hoy vivimos. Forsthoff ha afirmado rotundamente que “el sistema de Derecho administrativo asociado al Estado de Derecho y con ello a la garantía de la libertad legalmente regulada es incongruente, en su específico contenido conceptual, con la moderna Administración, fomentadora del bienestar”<sup>28</sup>.

Las consecuencias de la crisis de un sistema científico son siempre que los conceptos, antes bien definidos y correspondiendo a un contenido real específico, sufren un proceso de elastificación en la medida necesaria para dar en ellos entrada a las nuevas realidades que se presentan. Ya me he referido a este fenómeno. Ahora bien, al final de ese proceso surge siempre la pregunta: ¿sigue siendo éste un concepto jurídico con contenido preciso, es decir, capaz de determinar un régimen de derecho?.

Rivero ha descrito este proceso de distensión excesiva de las categorías con estas palabras:

“pour intégrer à la catégorie traditionnelle una situation juridique nouvelle qui s’en rapproche et s’en distingue a la fois, on élimine du schéma classique les traits incompatibles avec la situation considérée; ainsi, la catégorie se maintient et s’élargit; mais c’est au prix d’un *apauvrissement de son contenu juridique*; à la limite, l’apauvrissement est tel que la catégorie n’a plus qu’une valeur nominale; et rattacher

---

<sup>28</sup> Vid. FORSTHOFF, E., “*Sociedad industrial...*”, cit. página 88.

telle ou telle institution n'offre plus aucun intérêt, des lors que ce rattachement n'apporte rien à la connaissance du régime applicable à l'institution considérée<sup>29</sup>.

Nuestra disciplina conoce no pocos ejemplos de elaboración de teorías generales, a partir de un concreto modelo histórico al cual se pretende dar después valor dogmático y general (teoría del servicio público sobre los ferrocarriles, teoría de la personalidad jurídica sobre las comunidades, teoría del dominio público sobre los caminos, ríos y demás bienes del dominio natural y uso público; todo ello como conceptos unitarios). Ahora bien, por ese camino –y éste es el peligro de todo sistema- se llega, en un afán excesivo de unidad, a formulaciones vacías de contenido, o si se quiere, como es frecuente en Derecho administrativo, a *conceptos falsamente unitarios*, pues juegan con carácter polivalente según los aspectos a que se aplican. El ejemplo paradigmático es hoy, sin duda, el concepto de servicio público.

Justamente con relación a él se han mantenido polémicas doctrinales que no hacen sino confirmar la crisis del sistema en sus ideas cardinales<sup>30</sup>. Entre éstas es interesante a nuestro objeto, porque penetra en el núcleo mismo de la cuestión, la que se mantuvo en Francia entre Bernard Chenot, defensor de un “existencialismo jurídico” vinculado a realidades concretas juzgadas en su singularidad, y Jean Rivero, que salió al paso de tales posiciones en su famosa *apologie pour les “faisseurs de systèmes”*.

Chenot contrataba una vez más<sup>31</sup> que la evolución de los hechos sociales y económicos ha dado lugar a contradicciones en el clásico sistema del servicio público presidido por el paralelismo entre naturaleza, fin y régimen jurídico del ente o actividad en que el servicio público consiste. El progreso técnico, las guerras, la intervención consiguiente del Estado en la economía rompen este equilibrio del sistema, dando lugar a actividades del Estado sometidas a Derecho privado y viceversa, actividades de particulares u organizaciones privadas en régimen de Derecho público (el Conseil d'Etat se niega a configurar como entidades administrativas los comités de organización económica o las organizaciones profesionales y sin embargo les encomienda misiones de servicio público).

No es del caso entrar ahora en el problema sustantivo, sino reflejar su significación para la metodología y el sistema científico. Y su significación, para Chenot, es que a los conceptos jurídicos, a las categorías elaboradas por los “*faisseurs de systèmes*” para la tranquilidad de profesores y estudiosos, no puede seguir dándoseles una significación determinante del régimen jurídico. El juez –escribe-

---

<sup>29</sup> RIVERO, J. (1952), “*Le regime des entreprises nationalisés et l'évolution du droit administratif*”, en “Archives de Philosophie du Droit”, Recueil Sirey, página 157.

<sup>30</sup> Conocida es en España la polémica que levantó el trabajo de VILLAR PALASÍ, J.L., “*La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*”, RAP, páginas 53 y siguientes, a cuya formulación, secundada por GARCÍA DE ENTERRÍA, “*La actividad industrial y mercantil de los municipios*”, RAP 17, páginas 87 y siguientes, se opuso Garrido Falla, “*La crisis de la noción de servicio público*”, en “Las transformaciones del Régimen administrativo”, Madrid, 1962, páginas 141 y siguientes.

<sup>31</sup> CHENOT, B., “*La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*”, Etudes et Documents, 1950, páginas 77 y siguientes.

“est ennemi de la “chose en soi”. Il ne cherche pas à connaître l’essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herviré. Il doit dire quelles sont les règles qui régissent dans un cas déterminé, le comportement juridique d’une personne publique au privée”<sup>32</sup>.

Por ello –concluye– queda desechada la posibilidad de construir una noción institucional, estable y “a priori” del servicio público, y este método dogmático debe ser sustituido por otro vinculado “*aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique su l’essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l’existence sociales de elles’ci*”.

Se afirma con ello la primacía de un existencialismo jurídico, y el fin de los “sistemas”.

Conviene no exagerar las cosas. Si con ello se quiere decir que en Derecho administrativo, quizás más que en ningún otro, es necesario no perder de vista la realidad y matizar debidamente las situaciones concretas, sin pretender forzarlas en unos moldes apriorísticos; si se insiste en que es necesario seguir muy de cerca la evolución de los hechos económicos y sociales para ver el fin y el sentido de las regulaciones que se dictan (pues éstas emplean muchas veces conceptos procedentes del viejo sistema, que no pueden entenderse hoy como ayer); si se quiere decir esto, todo ello es encomiable y aceptable, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente a lo largo de estas páginas.

Ahora bien, si con estas críticas al sistema jurídico se pretende decir que cualquier categorización y ordenación racional de los conceptos resulta estéril e inútil para el juez, porque éste ha de mirar siempre a los problemas –a la “existencia”- y no a las esencias, entonces tal mentalidad iconoclasta de la ciencia jurídica resulta no sólo utópica, sino claramente atentatoria contra el buen orden social, y por tanto inaceptable.

Es cierto que el juez debe declarar *el derecho para el caso concreto*, y que en principio es pensable un sistema pretoriano de aplicación del derecho, esto es, un derecho sin sistema, como lo fue el Derecho romano clásico. Pero creo que tal cosa es hoy imposible, y además inconveniente, por dos razones fundamentales que ha señalado Rivero<sup>33</sup>:

1ª Porque el Derecho, en nuestro tiempo, está basado en reglas que son, por definición, generales: “la regla de derecho no puede regular los casos más que reuniéndolos en el cuadro de una categoría, en un esquema abstracto”, ha escrito este autor, es evidente que en este paso inevitable de lo concreto a lo abstracto hay riesgos; y lo es también, que “la tentación del jurista estará siempre en considerar las nociones a las que llega, no como la expresión momentánea de soluciones abocadas al cambio, sino como realidades objetivas dotadas de una vida propia y permanente”<sup>34</sup>. Ahora estos riesgos no pueden

---

<sup>32</sup> CHENOT, B., “*La notion...*”, cit. página 82.

<sup>33</sup> RIVERO, J., “*Apologie...*”, cit., páginas 100-101.

<sup>34</sup> RIVERO, J., *ibídem*.

llevarle a abandonar el sistema porque sólo él es capaz de darle unidad y complitud al Ordenamiento. Renunciar, a ese ir y venir constante de lo concreto a lo general, por el riesgo que entraña, sería renunciar al razonamiento jurídico.

2ª Pero es que, además, este *riesgo* del sistema tiene también su *ventura*; y ésta consiste en uno de los valores más cotizados de nuestro tiempo: la seguridad, seguridad jurídica en nuestro caso. El sistema permite al ciudadano “prever de antemano qué regla se le aplicará en aquella situación en la que él quiere colocarse”. Cualquiera que fuese la justeza y precisión que alcanzase la solución de un juez sabio y prudente siempre presentaría el tremendo riesgo de la imprevisibilidad, que hoy resulta odioso a nuestra mentalidad. Lo que sí debe afirmarse rotundamente es que en Derecho administrativo, si no quieren quedarse vacíos de contenido, los esquemas teóricos del sistema deben revisarse constantemente a la vista del dato normativo y de la evolución económico-social<sup>35</sup>.

Los administrativistas estamos, mucho me temo, condenados a tejer y destejer constantemente los propios planteamientos teórico-dogmáticos; primero, porque no podemos trabajar sino con abstracciones, y segundo, porque éstas, que son siempre inducciones, que para ser válidas han de estar umbilicalmente unidas a la realidad, que es cambiante.

Y con ello quiero finalizar estas consideraciones que son, como decía al comienzo, el resultado –hecho discurso sin pretensiones- de no pocos años de experiencia. Dicen que la experiencia es intransferible y posiblemente así será. La lectura de estas páginas no ha de ahorrar al alumno su propio esfuerzo. Pero sí pueden, quizás, ahorrarle obstáculos innecesarios, o evitar que ande por caminos que no conducen a ninguna parte. Esta fue la finalidad con la que se escribieron.

Alcalá de Henares, a dos de octubre de mil novecientos setenta y dos

---

<sup>35</sup> “Será especialmente necesario reelaborar una y otra vez esas categorías generales a partir de la mudable realidad de cada momento, en las ramas o sectores más jóvenes de nuestra disciplina (Administración económica, Administración social”: LÓPEZ RODÓ, L., “*Nuevo Horizonte..*”, cit. página 199.