



## Artículos

### *Apuntes sobre el reto del derecho de ser “Administrativo”, Tout Court, acorde con nuestro tiempo*

José Araujo-Juárez\*\*

*Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB*

*«No debemos juzgar esta civilización como si no hubiera sufrido nunca eclipses,  
tras de los cuales volvió a brillar. Está habituada a las restauraciones,*

*“Fluctuat nec mergitur”*

*M. Hariou ((1927).*

*Derecho Público y Constitucional.  
Madrid, Ed. Reus, XXXIX.*

**Resumen:** *Uno de los aspectos de mayor complejidad, ya no solo del Derecho administrativo, sino de cualquier área del Derecho, es la distinción clásica entre la realidad práctica, la metodología aplicativa y académica del Derecho. En esta oportunidad nos centraremos en la aproximación metodológica de análisis y de explicación orientada directamente al análisis de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema central de este ensayo: en suma, la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo», distinto al académico de elaboración de teorías que permiten comprender y explicar mejor el funcionamiento del sistema normativo de una sociedad en un momento dado.*

**Palabras Clave:** *Derecho administrativo, conexión, aplicación, transformación del derecho, ciencias sociales.*

**Abstract:** *One of the most complex aspects, not only of Administrative Law, but of any area of law, is the classic distinction between practical reality, methodology applicative and academic law. In this opportunity we will focus on the methodological analysis and explanation approximation focused directly on the analysis of the "connection" between, on the one hand, the system of Administrative Law, and on the other, the administrative reality or politics, which is the main aim of this essay: in short, the presence and «application of Administrative Law», different from the academic elaboration of theories that allow understanding and better explain the functioning of the regulatory system of a society at any given time.*

**Key words:** *Administrative law, connection, application, transformation of law, social sciences.*

---

\*\* Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Caracas, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Profesionales en Derecho Público y Administrativo, y de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo.

## SUMARIO

## INTRODUCCIÓN

- I. ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- II. GOBIERNO Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- III. PSEUDO-DERECHO «PUESTO» O «IMPUESTO» Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- IV. CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- V. ABOGADO IUSADMINISTRATIVISTA Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

## INTRODUCCIÓN

1.<sup>a</sup> Los desafíos del Estado y de la Administración pública –con carácter general– del siglo XXI atraen, cada vez con mayor intensidad, el interés de los estudiosos del campo del Derecho administrativo<sup>1</sup>. Por ello no solo resulta positivo reflexionar, con sentido de actualidad, sobre las grandes conceptos, categorías e instituciones del Derecho administrativo desde el prisma o marco de la Constitución (**Cap.1**), y de su vinculación con el Derecho constitucional (**Cap.2**), no porque coincida con un momento en que, una vez más, con una de las recientes severas crisis económica, política, social, sanitaria y ecomedioambiental en todas las latitudes que se ha ido afirmando como un proceso global sino, porque, al margen de esta situación temporal concreta, se impone más que nunca invitar a una reflexión de conjunto, lo que tanto contribuirá a seguir fomentando el análisis desde la perspectiva constitucional o, más propiamente, dentro del marco de la Constitución «administrativa» (**Cap.3**), para ampliar el conocimiento «crítico» del Derecho administrativo acorde con nuestro tiempo.

En este orden de consideraciones hemos de partir, desde luego, afirmando que como todo Derecho, también el Derecho administrativo estará sometido a la evolución histórica, aun cuando lo sea bajo fórmulas distintas a las que rigieron la formación del Estado que, a la vez, ha sido el telón de fondo dentro del cual se han dado los desafíos constantes de los procesos de su transformación, en razón de lo cual debería comprobarse, de tiempo en tiempo, si aún es adecuado a su objeto, lo que parece ser la clave de su gran vitalidad que ha mostrado tener desde sus orígenes en el Derecho administrativo comparado.

2.<sup>a</sup> Es en tal sentido que se habla de cambios, tendencias de evolución, crisis, ruptura, transformaciones, etc., y con ello se plantea con carácter general, la «cuestión de una concepción del Derecho administrativo acorde con el tiempo» (E.Schmidt-Assmann<sup>2</sup>). Y es que hablar de cambios y de reformas es tan antiguo como el Derecho administrativo mismo. Con todo hay tiempos de reforma o ruptura y tiempos de consolidación.

<sup>1</sup> El desarrollo del tema requiere de cierta precisión en torno al concepto preliminar del Derecho administrativo. Ahora bien, en lugar de seleccionar un concepto, de entre los muchos y excelentes que nos ofrecen los Manuales al uso, que no dejaría de tener una carga de subjetividad, apelo por la entrada que recoge el *Diccionario del español jurídico* que nació de la preocupación de la claridad y seguridad del lenguaje jurídico, que dice así: «Rama del derecho que estudia la organización y funcionamiento de las administraciones públicas, sus relaciones con los ciudadanos, así como el sistema normativo que las rige y las garantías jurisdiccionales correspondientes». Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2016). *Diccionario del español jurídico* (DEJ). Espasa. Madrid, 2016.

<sup>2</sup> Schmidt-Assmann, E. «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns». En DVBl, 1989, 553 y ss. (538). *Cit.* por Schmidt-Assmann, E. *Teoría General del derecho Administrativo como sistema*. INAP-MARCIAL PONS. Madrid, 2003.

La presente etapa que nos ha tocado se singulariza por cambios profundos en la sociedad y en el Estado, y nadie debería permanecer al margen del debate que se suscita.

Así las cosas, paso a una reflexión sobre una de las cosas más olvidadas –quizás por demasiado sabidas–, que determinan la lamentable hostilidad existente desde diversos ángulos, y claramente expresada en las referencias en un tono de acusación difícilmente velado, de un supuesto Derecho administrativo «estatista», «totalitario» o, no sabemos si es peor aún, «en decadencia», y por ende, proponen «eliminarlo»; y de ahí a la «quema» de las pilas de libros solo habrá un paso, lo que de ningún modo puede dar resultados fructuosos; todo ello, es bien cierto, producto del análisis de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema central de este ensayo: en suma, la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo».

En ese contexto, no se trata de simplificar lo complejo, ni de complicar de manera caprichosa lo simple; el interés de la reflexión proviene de varios órdenes de sustanciales causas, distintas pero que conforman una unidad, con la irrupción de una nueva forma de Estado que se ha dado en denominar «Estado administrativo» (*Verwaltungsstaat*), y puesto de manifiesto por A. Merkl<sup>3</sup>, que se define como un Estado en el cual el Poder se halla concentrado en los órganos administrativos o desplazado su centro de gravedad de los mismos, haciendo de la actuación administrativa el instrumento primordial de su acción cotidiana. Un Estado en el que desde el punto de vista no solo cuantitativo sino cualitativo, al menos, las organizaciones, las funciones, los medios y los fines de la Administración pública, en general, ha adquirido particular relevancia, y que se debe encuadrar dentro del «marco» de los principios, valores superiores y reglas de la Constitución, en general, y de la Constitución administrativa, en particular, como lo hemos pretendido demostrar a lo largo de la obra que antecede. Así que procedo a ello.

## I. ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

3.ª Como lo hemos anunciado, se trata ahora de situarse dentro de un proceso histórico para determinar el estadio al que, en la evolución del Estado contemporáneo, corresponde el modelo de Administración pública en general, o Administración Pública –con mayúscula– que positiva el Art. 141 de la Constitución de 1999, y del sistema del Derecho administrativo. Efectivamente, el Estado se ha ido transformando y ha ido pasando por sucesivas etapas, tales como el Estado policía, el Estado de Derecho, el Estado democrático y, por último, el «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia», según proclama el Art. 2 de la Constitución.

El siglo XX fue testigo de importantes y numerosas transformaciones. Cualquiera que sea el ámbito del pensamiento o de la realidad que se analice, de inmediato se observa hasta qué punto la onda de expansión transformadora ha llegado a tocar o a calar fundamentalmente en esta realidad o en aquella otra institución. Por lo que respecta a nuestro tema, interesa recordar que la cualidad sustantiva que caracteriza en sus inicios al Estado contemporáneo es su condición de *Estado «de Derecho»*, el cual comporta las notas esenciales en que la doctrina sistematiza tal condición, y que en todo caso tendría su origen en la protección de la dignidad humana y los demás derechos y libertades individuales, que se constituye en una barrera infranqueable que la persona opone al propio Estado, y ello tanto si se aceptan las teorías del contrato social como las limitaciones del Estado por un derecho superior.

---

<sup>3</sup> Morstein Marx, F. “La naturaleza del Estado administrativo”. En DA, núm. 117. Madrid, 1967, 35 y 36.

De ahí que no todo Estado es un Estado de Derecho, sino que éste es el Estado cuyo Derecho dota de una específica estructura y contenido a una comunidad política (L. Legaz y Lacambra<sup>4</sup>).

De ahí que el Estado de Derecho no responde sólo al principio de la subordinación del Estado al Derecho, sino que se asienta en otros presupuestos fundamentales que nuestra Constitución sistematiza así: 1ro., la aceptación constitucional del principio de la dignidad humana y de la correlativa necesidad de garantizar jurídicamente los derechos y libertades fundamentales del ser humano; 2do., la división del poder público entre titulares diversos, conforme a un criterio de distribución que es primariamente jurídico; y 3ro., el sometimiento del poder público a Derecho, a través del reconocimiento de determinados principios jurídicos, entre los que sobresalen el principio de legalidad o de juridicidad, el principio de responsabilidad y el correlativo principio de control jurisdiccional universal.

Así, pues, siempre en el Derecho administrativo, legalidad quiere decir tanto que la Administración Pública está condicionada por la ley, como que está delimitada por la ley. Como advirtiera con perspicacia G. Zagrebelsky<sup>5</sup>, la primera idea surgió en los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes provocara que la Administración pública no tuviera la posibilidad de actuar; la segunda en las Constituciones francesas de la Restauración y, en Alemania, donde la falta de leyes entrañaba la posibilidad de que la Administración pública actuara libremente para fines propios.

4.ª A partir de la Revolución Francesa se hubo planteado y se consagraron normativamente ciertas demandas de la sociedad, encaminadas a la modificación de las condiciones de vida de los grupos más débiles o desfavorecidos. Posteriormente, en el transcurso de los siglos XIX y XX, y debido a distintas causas –perspectivas demográficas, políticas, financieras públicas, etc.–, el contenido de las demandas fueron cambiando al tiempo que se iban incrementando. En todo caso tuvieron siempre como destinatario principal al Estado, buscando inicialmente que éste otorgara directamente las prestaciones, o bien después que al menos regulara los fenómenos vinculados con ellas, lográndose que las Constituciones recogieran tales exigencias en normas de distinto tipo (preámbulos, declaraciones, principios de acción, derechos, garantías, etc.), tendentes a garantizar su cumplimiento, recibiendo los Estados sucesivamente diversas denominaciones, y principalmente, Estado «del bienestar» (benefactor) y Estado «social», los cuales no son conceptos idénticos y las crisis de uno y otro modelo tienen tiempos y contenidos diversos.

Lo cierto es que el fenómeno de transformación se ha producido y, como tal, la irrupción de una profusa legislación y un conjunto de actividades estatales de signo intervencionista, desplazó su centro de gravedad, que van desde las sociales hasta las industriales que el Estado ha entendido que debería asumir, en esa labor fundamental de allegar el bienestar a todas y cada una de las personas tiene que ser logrado y, entonces, el Estado «salta» de policía necesario a Estado «del bienestar», e irrumpe como sujeto activo dentro de la vida socio-económica, en un marco en el que van a adquirir relevancia las distintas formas de la actividad administrativa, por un lado, y al ámbito de la contratación administrativa o pública, por el otro, como forma típica relevante de aquella –*Derecho de la actividad administrativa*–.

En definitiva, se fue alejando la concepción del Estado clásico cuya finalidad exclusiva era el Derecho. Pero también, es innegable, el tipo o modelo constitucional de Estado de Derecho ha cumplido una misión histórica y ha dejado en nuestra sociedad un fruto perdura-

<sup>4</sup> Legaz y Lacambra, L. "El Estado de Derecho". En *RAP*, núm. 6, 1951, 15.

<sup>5</sup> Zagrebelsky, G. *Il diritto mite*. Einaudi, Torino, 1992, 29.

ble hasta nuestros días: la concepción de un Estado sometido a la legalidad, informada por un principio de juridicidad y de garantía de respeto y protección al derecho a la dignidad y los demás derechos y libertades individuales y sociales.

5.<sup>a</sup> De manera más contemporánea, con el advenimiento de la idea de «fomento» –principio de reentronque con la vieja Cameralística alemana de la policía «de la prosperidad»– (L. Jordana de Pozas<sup>6</sup>), se da un paso positivo hacia el enraizamiento del Derecho administrativo con la realidad socioeconómica, pues la Administración pública como núcleo identificador de este Derecho, empieza a perder su carácter reducido al papel de vigilante «neutral» –o vigilante «nocturno» según la expresión de F. Lassalle– de lo que las personas –la sociedad– hace o deja de hacer –«*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*»–, para asumir el papel de agente activo en favor o en contra de ciertas actividades o intereses que considera beneficiosos o perjudiciales para la sociedad.

Así, a la concepción del Estado como «productor de seguridad» entra en la vida socioeconómica, al asumir como propia la producción y comercialización de ciertos bienes y servicios, asumiendo la titularidad de los medios de producción así destinados, y comienza a ejercer una influencia decisiva en el mercado, lo que supone el reconocimiento, con mayor o menor conformidad, de su existencia. La finalidad de esta decisión estatal es siempre política, y así el Estado comienza a impregnar las más diversas manifestaciones de la vida de las personas. Le acompaña –como enseñan los administrativistas clásicos con la idea de la omnipresencia– desde la cuna hasta el sepulcro, desde registrar la entrada del individuo en la sociedad hasta dar fe de su desaparición de ella, lo cual si ya era verdad al comienzo siglo XX, fácil es entonces deducir lo que ocurre al final del mencionado siglo.

La incorporación a la actividad administrativa de contenidos sociales, de positivas tareas de prestación de bienes y servicios a la sociedad, constituyó una empresa encomiable del Estado y de su Administración pública en el siglo XX. Al Estado de Derecho clásico que perseguía la legalidad y seguridad jurídica, vino así a sumarse la figura de los servicios públicos –*Derecho de los servicios públicos*–, ideada para justificar la «intervención» en sus diferentes niveles –y que además se impuso durante el siglo XIX como un criterio del Derecho administrativo–, que junto a la prestación –y luego la garantía de prestación– de los mismos asume, también, la gestión económica directa mediante la dación de bienes a la sociedad –*Estado «gestor»*–. Así, la nueva dimensión entre las nuevas tareas a cargo del Estado y los cambios producidos trata, no sin dificultad, de conciliar la juridificación del principio «de socialidad» en términos de prevención, control y aseguramiento, frente a los crecientes riesgos generados por la propia evolución del sistema económico-social (L. Parejo Alfonso<sup>7</sup>), con el anterior Estado de Derecho, definido desde entonces como Estado «social de Derecho».

6.<sup>a</sup> En mérito a lo anterior, debemos partir del hecho que si pensamos que la época del abstencionismo del Estado ha pasado definitivamente, y que la Administración pública considerada en su sentido amplio, no se agota en un conjunto de actividades organizativas o de relaciones jurídicas pues, durante el siglo XX, el Estado administrativo progresivamente hizo suyas infinidad de «tareas estatales administrativizadas». Y es que transcurre el tiempo, y la expansión de los fines del Estado fue haciendo más vasta y compleja a la Administración pública, en cuyo cuestionamiento se destaca la dimensión de «amenaza» o «peligro» de la expansión de lo público y de su gestión.

<sup>6</sup> Jordana de Pozas, L. “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo”. En *REP*, núm. 48. IEP, Madrid, 1949, 47.

<sup>7</sup> Parejo Alfonso, L. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”. En *RAP*, núm. 153, 2000, 219.

La consecuencia de todo lo anterior viene a ser, la gran transformación de la estructura misma del Estado y de la Administración pública, a partir de la cual las «reformas administrativas» sobre la idea de su refundación, se tornan una constante durante todo el siglo XX, y que continúa en lo que ya va del siglo XXI. Pero también es cierto, donde resulta penoso pero explicable por su propia naturaleza, advertir que dentro de las vicisitudes se encuentra el carácter perecedero de tales reformas administrativas que, a partir de la década de los 80 han ido desde la especial atención que se le concede a los principios «de descentralización» y «de regionalización», pasando por el fenómeno de privatización y desregulación registrado a escala mundial, y de las formas de organización administrativa en un contexto de «huida» hacia el Derecho privado, hasta llegar al espacio más significativo que se le concede a las denominadas «autoridades administrativas independientes» –*Derecho de la organización administrativa*–.

La constatación no es ociosa, pues sirve para ponerse en guardia contra la ilusión de poder encontrar de manera simplista fórmulas resolutorias de las reformas administrativas, más o menos mágicas; sirve, además, para evitar el riesgo de creer que si estos problemas están abiertos todavía hoy, ello debe imputarse sólo a la inercia o a la escasa fantasía y límites de la doctrina del Derecho público o administrativo. Aquí se encuentra el significado profundo de la «continuidad» del proceso de reforma administrativa, subsiguiente a la constante evolución de la realidad social y política. No es que aquellos problemas se planteen, porque no se les ha dado solución definitiva: cada momento, cada coyuntura política, cada gobierno ha propuesto sus soluciones y hecho su elección, para bien o para mal. Si están aún planteados es porque, en principio, problemas de este género no se concluyen nunca, sino que se plantean y se resuelven día a día, en el continuo transcurrir de los equilibrios entre las fuerzas políticas y sociales. A temas de esta naturaleza no se da nunca una solución definitiva, ya que cada solución, apenas adoptada, resulta en seguida puesta de nuevo en discusión por la evolución de las condiciones históricas, económicas, políticas y sociales concretas de cada sociedad.

7.<sup>a</sup> Como resultado de lo anterior, la «ejecución» de los fines del Estado ha postulado una compleja maquinaria o un aparato político-administrativo, también en sus aspectos dimensionales y estructurales de los Estados modernos, hasta llegar a tener el tamaño inmenso –hipertrofia burocrática– que presenta en nuestros días, lo que hace, a su vez, que el mayor núcleo de lo que hoy hace el Estado tiene naturaleza de «ejecución» administrativa». El obrar de la Administración pública reviste así una significativa importancia, a la luz misma del éxito o del fracaso de la nueva profesión de fe liberal persistente de la existencia de un gobierno «efectivo» y, con ello, la suerte que corre el bienestar de cada persona. Que sigue siendo uno de los grandes temas políticos de nuestro tiempo.

La Administración pública será, así, una respuesta operativa frente a un conjunto de necesidades colectivas perentorias urgiendo su satisfacción (fines de interés general). Por tanto, dos cosas, si no opuestas, sí por lo menos distintas y con posibilidades variables de concordancia o desajuste. Mientras el Estado practicó el abstencionismo impuesto por la dogmática liberal burguesa, la cuestión no tuvo mayor importancia, pero la alcanzó, y en grado formidable, cuando el incipiente movimiento político de socialización impulsado por el desarrollo tecnológico –revolución industrial– trajo, como primer efecto, el extremo opuesto, el exacerbado «intervencionismo» estatal, con la consiguiente irrupción de la Administración pública en la vida económica, y no sólo política y social, de la sociedad.

8.<sup>a</sup> Ahora, dado que en el proceso histórico de creación y consolidación del Estado moderno y contemporáneo, tanto éste como la Administración pública han sufrido profundas transformaciones, hay que abordar un tema crucial como lo es, el que siendo resultado de la impresionante tarea que ha asumido la Administración pública, ha terminado por convertirlo en el centro regulador de la convivencia social, el verdadero gerente del denominado bien común, del interés general o, en términos jurídicos, del «interés público».

Así las cosas, las decisiones del Estado van a condicionar fuertemente la vida social, y ello hace que se planteen con frecuencia como decisiones conflictivas entre la sociedad y el Estado. Justamente por ello, se hizo urgente la ampliación de los cauces para una mayor presencia activa de la sociedad, en la génesis de las decisiones estatales y en los procesos de preparación, estudio y ejecución que lleva el Estado a todos los niveles. Es conjurar el peligro que ya advertían en Francia<sup>8</sup>, con la denuncia de que el Estado se hace cargo, centraliza y asume las tareas de tal manera que los ciudadanos, con expresivas palabras no dicen «el Estado somos nosotros», sino el Estado «son ellos», refiriéndose a los funcionarios que pretenden formar una nación dentro de la Nación.

9.<sup>a</sup> Ahora bien, en la siguiente transformación del Estado social de Derecho, se consolidó la idea según la cual la actividad de la Administración pública tendría que estar subordinada a la ley. Frente a este estado de cosas, surge también la necesidad del progresivo acercamiento y mutua compenetración entre la sociedad y la Administración pública, con una auténtica, efectiva y real garantía de «participación ciudadana» en la gestión pública, que se ha de producir, no solo al nivel de pequeñas unidades periféricas sino al más alto nivel administrativo, pues de otro modo resultarían altamente ineficaces, caciquiles o corrompidos<sup>9</sup>. El principio «democrático», surgido para perfeccionar el Estado social de Derecho, cumpliría esa función.

En tal sentido, otro de los temas centrales y más actuales en materia del Derecho administrativo seguirá siendo, por sus implicaciones con la exigencia de perfeccionamiento en la concretización del principio de Estado social de Derecho, en un marco en el que, además de afirmar el valor matricial del principio «de participación» cívica o ciudadana, cabe destacar el que las preocupaciones por el tema de la «procedimentalización» de la actividad administrativa adquieren siempre un nuevo impulso, y esto en la perspectiva de que el «procedimiento administrativo» forma un espacio abierto de encuentro de las Administraciones Públicas entre sí, y estas con las personas, a las que inicialmente se les dio el concepto ambiguo y discutido de administrados, y hoy de ciudadanía activa y co-responsable.

10.<sup>a</sup> Sin embargo, esas preocupaciones van acompañadas de la prosecución del interés público, del respeto y protección de los derechos e intereses –incluido los colectivos– de las personas, de la legalidad, de la igualdad, de la defensa, de la imparcialidad, de la proporcionalidad, de la buena fe, de la tutela de la confianza legítima, y un gran etc., temas éstos que reclaman en el momento presente más atención y más labor legislativa y doctrinal que cualquier otra, al punto que en las grandes ideas o pensamientos que vertebran las tendencias de evolución del sistema de Derecho administrativo termina siempre por serle referida de un modo decisivo –*Derecho administrativo de las garantías*–.

En efecto, la transformación en el plano del Derecho administrativo se impone también en el ámbito de las garantías jurídicas de las personas frente a la Administración pública, representando estas garantías un dato fundamental del régimen del relacionamiento jurídico que puede ser desencadenado por acción del Estado administrativo. El Derecho de la actividad administrativa y el Derecho administrativo de las garantías de las personas representan, el anverso y reverso del sistema del Derecho administrativo, y el primero no puede ser desligado del segundo, de tal modo que casi se vuelve desnaturalizado e incomprensible, hoy, el régimen de la actividad administrativa si apareciese desvinculado del régimen de las garan-

<sup>8</sup> VV. AA. *Pour nationaliser l'Etat*. «*Reflexion d'un groupe d'études*». Paris Seuil. 1968.

<sup>9</sup> Myrdal Gunnar, K. *El Estado del Futuro*, trad. de Florentino M. Torner. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1961.



tías jurídicas de las personas y, también, así, del régimen de control público –máxime, externo o jurisdiccional– de la Administración pública, aspecto éste último sobre el cual volveremos más adelante.

Por otro lado, en el Estado social de Derecho según la doctrina alemana, la actividad de información al público lo constituye tanto el derecho como el deber del Estado de informar acerca de sus actividades y sus objetivos políticos, los cuales van a introducir la contraloría «cívica» o social. En lo esencial, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en buscar en el principio democrático un fundamento constitucional para el derecho-deber –*Pflichtrecht*–, figura típica cuando se trata de funciones, de la actividad administrativa informativa. Y así el principio democrático también viene a integrar el círculo de los principios de la soberanía popular y del gobierno representativo, que se concilia igualmente con el anterior Estado social de Derecho, definido desde entonces como un Estado «democrático y social de Derecho».

11.<sup>a</sup> Por último, la producción del Derecho implica que ciertos sujetos que ejercen el poder público están investidos de autoridad, que se traduce en que sus declaraciones o manifestaciones de voluntad dentro de un ámbito tasado de competencia, se sitúan frente a los demás sujetos como imperativas y se connotan con todos los atributos de su validez y, por ende, de su exigibilidad y eficacia, del Derecho.

Frente a este preciso planteamiento del sistema lógico para la producción válida del Ordenamiento jurídico o sistema normativo, la «aplicación» o «ejecución administrativa» muestra que el acto estatal producido sin título alguno o mediante título desprovisto de validez, al efecto, o en general, no conforme a Derecho, será una conducta «antijurídica». La antijuridicidad implica, a su vez, una infracción a la que se conecta una doble función preventiva y sancionatoria-restitutoria. De ahí que las situaciones de antijuridicidad en general, y la administrativa en particular son, por tanto, el resultado de una relación de contradicción o desconformidad entre el acto o hecho y el Ordenamiento jurídico o el (sub)sistema normativo administrativo considerado como un todo coherente y sistemático. Por tanto, como el principio de juridicidad puede ser excedido por el Estado y, específicamente, a través del Poder ejecutivo –Gobierno y Administración pública–, es natural que se prevean los medios o garantías jurídicas para que en tales casos pueda ser restablecido, asegurando su supremacía.

Es indudable, en este sentido, que la última y más importante garantía radica en el control jurisdiccional por los órganos que integran el Poder judicial, con competencia en esa materia, ya sea general, ya sea especial, mediante el sistema de Justicia constitucional, o de la Justicia administrativa comúnmente denominado «contencioso-administrativo» –*Derecho procesal administrativo*–, que junto al sistema del Derecho administrativo, han sido instrumentos para asegurar la sumisión plenaria del Gobierno y de la Administración pública al principio de juridicidad, en medio de la persistente lucha histórica para controlar el poder y frente a las pretendidas inmunidades del poder (E. García de Enterría<sup>10</sup>). En este punto, se observa, la reconsideración de la Jurisdicción contencioso administrativa representa una de las grandes exigencias de la reforma, siendo por otra parte de obligada referencia sobre este aspecto que se atraviesa en este preciso momento, una fase de la más amplia discusión pública sobre la impostergable reforma integral del Sistema de Justicia.

12.<sup>a</sup> En este orden de idea es sabido que, en sus orígenes, la inmunidad inicial de los funcionarios en Francia hubo canalizado el Derecho administrativo hacia el «acto administrativo», e impulsó más tarde el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. En efecto, el

<sup>10</sup> García de Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª edición. Cuadernos Civitas, 22. Madrid, 1983.

control de la jurisdicción administrativa fue pensado y se desarrolló en función del acto administrativo que se convirtió así, tempranamente, en el eje del Derecho administrativo, con un rol central análogo al que ocupa la teoría del acto jurídico en el Derecho privado. Y precisamente por ser así, es por lo que el control jurisdiccional se reveló desde muy temprano insuficiente para proporcionar la adecuada tutela en situaciones cada vez más corrientes, en que el Estado no recurre a un acto administrativo propiamente dicho, sino a hechos sin las características propias de aquél, o simplemente a actos de distinta naturaleza como el acto de gobierno.

En el Derecho administrativo francés, el problema encontró una primera solución con la teoría jurisprudencial de la teoría de la «vía de hecho», luego ampliamente asumida por la doctrina como es costumbre, y exportada también a otros países que han estado bajo el radio de su influencia como Iberoamérica. Se desprende asimismo que, aun no existiendo acto administrativo, se garantizará una tutela jurisdiccional efectiva de las situaciones privadas, particularmente útil en el caso de daños causados, por ejemplo, el funcionamiento de los servicios públicos, que también las personas podrían demandar a la Administración pública por la denominada responsabilidad civil extra-contractual, o más propiamente, la teoría de la responsabilidad «patrimonial de la Administración pública» –*Derecho de la responsabilidad administrativa*–.

Por tanto, el Derecho (que puede coincidir o no con la ley, como distingue la propia Constitución), vincula plenamente a la Administración pública y al Gobierno, esto es, se configura como una Administración pública y un Gobierno que actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y, por ello, al control integral y universal del Poder judicial y esto, en definitiva, es verdaderamente la consagración del «Estado de Justicia».

Así las cosas, hablar del Estado de Justicia no implica que el principio de Estado de Derecho se deba olvidar. En realidad el Estado de Justicia no anula el Estado de Derecho, sino que lo complementa (J. Araujo-Juárez<sup>11</sup>). Por tanto, el Estado contemporáneo es también Estado de Justicia, de modo que se concilia con el anterior Estado democrático y social de Derecho, y así se cierra el círculo del modelo jurídico-político para quedar fundidos con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como un Estado «democrático y social de Derecho y de Justicia», como si todo sucediera como en el mejor de los mundos jurídicos. Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas, como veremos de seguidas.

## II. GOBIERNO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

**13.<sup>a</sup>** Ampliada la esfera de los fines del Estado como garante del orden público y jurídico interior y de la paz exterior, con la asunción de nuevos cometidos que abarcan desde el campo de la salud hasta el de la economía, desde la ayuda al indigente hasta la realización de una política total de bienestar social, de ello resulta que la complejidad de las relaciones entre el Estado y las personas constituye un continuo intercambio rico en consecuencias. Por eso mismo, Administración pública y Gobierno no aparecen divorciados.

La Administración pública es el Estado mismo en acción: la acción vital del Estado, pues la Administración pública es el instrumento en manos del Gobierno, en principio, para ejecutar en obras los ideales y los planes o programas políticos. De ahí que el Gobierno cuenta e influye de manera específica y constante en las diversas fases en que formalmente se

---

<sup>11</sup> Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV, Caracas, 2017, 289; y Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2020.

divide el proceso de formación, decisión y puesta en ejecución de las «políticas públicas», mediante la adopción de diversos instrumentos o mecanismos de dirección política tales como los programas, planes o directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración pública.

En efecto, la oposición entre sociedad y Estado, típica del pensamiento constitucional germánico, de honda influencia en toda Europa, se va a traducir en la separación de dos ámbitos. Uno, el perteneciente al mundo del Derecho y sometido, por tanto, a la norma y al control jurisdiccional, que comprendería las relaciones entre los ciudadanos, y entre el Estado y el ciudadano como tal; el otro, perteneciente al ámbito del Gobierno, que englobaría la organización del poder y las relaciones de sujeción especial. Este último ámbito aparecía personificado en la organización del Poder ejecutivo, máximo exponente de la acción «política» en la monarquía constitucional. La acción de gobierno era acción política, no sujeta por tanto al Derecho. Lógicamente, la expansión de las garantías jurídicas del ciudadano, y la realización plena del Estado de Derecho, implicaban la reducción de ese ámbito libre de acción política, e incluso hoy día la desaparición de cualquier ámbito de una «reserva» libre de control jurisdiccional.

Ahora bien, la división tradicional de poderes, que tiene esencialmente una dimensión orgánica, esto es, se traduce en la presencia de tres complejos orgánicos –poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial– se ha podido interpretar también desde una perspectiva funcional, reduciendo las funciones del Estado a legislación, ejecución y jurisdicción y, consiguientemente, subordinando las dos últimas a los resultados de la primera. Esta posición, que se expresa en algunos de los primeros textos constitucionales, se mostró pronto como eminentemente insatisfactoria, ante los datos de la vida política real. Reducir a tres las funciones del Estado, suponía dejar fuera de la clasificación tareas como las de control o arbitraje, y la doctrina constitucional fue pronto consciente de ello. Pero suponía también el olvido de una función tradicionalmente conocida por los tratadistas de la Política, y que se configuraba en forma muy distinta dentro del Poder ejecutivo: el Gobierno y la función «de gobierno», que versa sobre la orientación y dirección general de la comunidad política, la fijación de objetivos y metas, y por último, la superación de las situaciones de crisis que exigían una acción inmediata.

14.<sup>a</sup> En este orden de ideas, hay que hacer una verificación preliminar: aunque la distinción Gobierno-Administración pública existe, ella se produce en el seno de una unidad superior, como es el Poder ejecutivo. La Administración pública –la Administración del Estado, en concreto– es poder público y, precisamente, Poder ejecutivo. Por más que la Constitución haga referencia a la división de poderes, en general, y al Poder ejecutivo, en particular como por ejemplo, en el Art. 225 de la Constitución, es evidente, desde un punto de vista sistemático, que Gobierno y Administración pública conforman un *continuum* unitario, en la medida en que el primero dirige la segunda –Art. 226 de la Constitución–. Por su parte, el Gobierno como órgano constitucional, será también un sujeto de acciones y titular de competencias dentro del marco de la Constitución, es decir, los aspectos integrantes de la función «de dirección política».

Así las cosas, la aparición del Gobierno como órgano constitucional e inmediato del Estado ha destruido el sustrato de la tradicional concepción homogénea del Poder ejecutivo, y ha forzado a distinguir, dentro de este último, dos estratos o niveles –Gobierno y Administración pública–, con la consiguiente necesidad de interrogarse sobre las coincidencias y divergencias de régimen jurídico existentes entre ambos, como cuestión previa al análisis de la «conexión» o vinculación entre, por un lado el Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema sobre el cual volveremos más tarde.

No es ésta, como resulta obvio, la sede apropiada para examinar en profundidad el complejo problema de la diferencia y las relaciones entre Gobierno y Administración pública; pero sí conviene poner de relieve algunos aspectos de esta dicotomía que arrojen luz sobre la naturaleza de las competencias encomendadas al Gobierno y, en consecuencia, ayuden a dilucidar qué tipo de órgano es éste. Con frecuencia ambas instituciones son tratadas de forma separada, tanto desde el plano científico como desde el político (la especialidad no es sólo asunto académico), pero hoy resulta más fácil, aun cuando no sea realmente habitual, advertir las evidentes conexiones que existen entre ellas.

En efecto, como señala L.M. Díez-Picazo<sup>12</sup>, las competencias gubernamentales en cuestión han de calificarse, desde este mismo momento, como competencias constitucionales y al Gobierno, en cuanto titular de las mismas, como órgano constitucional «inmediato» *–ope constitutionis* en el sentido de G. Jellinek<sup>13</sup>, esto es, de órgano estatal que es creado directamente por la Constitución, a diferencia de aquellos otros que son instituidos por normas subconstitucionales, a los cuales se denomina «mediatos». Se trata de competencias gubernamentales que: 1ro., no cabe asimilar desde el punto de vista estructural y funcional a las competencias propias de la Administración pública; 2do., las competencias de esta índole inciden sobre la organización o funcionamiento constitucionales, es decir, afectan a la generalidad de los ciudadanos, por ejemplo, cuando se suspenden determinadas garantías en el estado de alarma (A.R. Brewer-Carías<sup>14</sup>), o bien a órganos del Estado ajenos al Poder ejecutivo (la declaratoria de disolución de la Asamblea Nacional), e, incluso, a otros órganos públicos (concesión de indultos); y por último, 3ro., el otro elemento definitorio según Díez-Picazo<sup>15</sup>, es que se trata de competencias inspiradas por un *telos* específicamente «político».

15.<sup>a</sup> En concordancia con esta perspectiva de aproximación a la institución del Gobierno, y ante la exigencia de superar la dispersión de las responsabilidades decisionales que tiende a identificar centros de poder, debemos mencionar que tanto el Gobierno como la Administración pública deben ser objeto de una estatuto básico, donde la regulación se habría de producir en sede de legislación, cuyo objeto debería ser una regulación más acabada en cuanto se trata de precisar y desarrollar las previsiones concretas de su organización, competencia y funcionamiento, y por consiguiente, donde se debería formalizar el deslinde y, por tanto, la diferenciación entre ambas instituciones constitucionales.

En nuestro país, la única novedad formal es que sólo la Administración Pública –con mayúscula según la Constitución– ha sido objeto de regulación mediante la ley orgánica respectiva<sup>16</sup>, mientras que el Gobierno se caracteriza por la orfandad o nulidad de regulación. A diferencia de la Administración Pública y por sus propias características funcionales, el Gobierno carece en la Constitución de una normación directa mínimamente precisa –únicamente existen unas disposiciones generales en el texto que regula a la Administración Pública–, circunstancia que se acentúa aún más si cabe, por razones obvias, en el caso de la Admi-

<sup>12</sup> Díez-Picazo, L.M. “La estructura del Gobierno en el Derecho español”. En DA, núm. 215, 1988, 45.

<sup>13</sup> Jellinek, G. *Teoría general del Estado* (trad. esp.). Buenos Aires, 1978, 412 y 421.

<sup>14</sup> Brewer-Carías, A. “El decreto del Estado de alarma con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado y bien inefectivo”. 2020. Leído en original.

<sup>15</sup> Díez-Picazo, L.M., *Ob. cit.*, nota 1050,46.

<sup>16</sup> Publicada en GO N° 37.305 del 17-10-2001, luego reformada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en GO N° 5.890 Extr. del 31-07-2008, y por último reformada mediante Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en GO N° 6.147 Extr. del 17-11-2014.

nistración Pública dependiente de aquél. Más allá de la cuestión de la regulación conjunta o separada, lo que no parece discutible es la necesidad misma y el carácter ya inaplazable de esa regulación.

Ahora bien, señala F. Villar García-Moreno<sup>17</sup>, esta básica distinción no quiere decir separación absoluta. Para empezar, y desde la óptica constitucional, Gobierno y Administración pública, aparecen como dos realidades estrechamente unidas entre sí, como dos complejos orgánicos que tienen asignada constitucionalmente «en mano común» la función ejecutiva (L. Parejo Alfonso<sup>18</sup>), en tanto que piezas complementarias del Poder ejecutivo. En el cumplimiento de su función ejecutiva, al Gobierno le corresponde la actividad directiva, y a la Administración pública la actividad así dirigida, o ejecución, en su variante «ejecución administrativa». Ahora bien, que existan puntos de contacto no puede hacernos caer en la tentación de confundir, como ha venido sucediendo últimamente entre nosotros, una y otra realidad. Y es que el Gobierno posee una dimensión político-constitucional singular que no resulta identificable, sin más ni enteramente con la propia y característica de la Administración pública.

16.<sup>a</sup> Ahora bien, presupuesto lo anterior, es necesario ahora abordar, aunque sea muy esquemáticamente, la temática de la relación entre Gobierno y Administración pública en el contexto del Derecho administrativo y dar cuenta de problemas, todavía abiertos, que obstaculizan el tratamiento de los efectos, esto es, la ejecución o la realidad administrativa y la Política. Por tal razón, recuperar y afirmar esa diversidad, entre Gobierno y Administración pública, con paralelo reconocimiento de su imbricación, constituye así otra de las razones de ser de este ensayo.

En efecto, enfrentarse, a la altura de los tiempos que corren, con un tema como el que vamos a desarrollar, como lo es la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo» que, por fuerza, ha de ser sucinto, no ha de resultar ni sorprendente, ni inexplicable por eso mismo, en gastar energía en ponderar la importancia objetiva que posee la cuestión de distinguir claramente entre Gobierno y Administración pública, a los que considera distintos y perfectamente diferenciables, lo cual supone interrogarse por el papel que debe asignarse al Gobierno en el esquema organizacional dentro del Estado constitucional de Derecho, lo cual puede ser abordado desde la perspectiva del «ser» —o de la «realidad administrativa» o de la «realidad política»—, como la del «deber ser» —o de la búsqueda del modelo más perfecto—.

Es obvio que este ensayo, que no pretende ser sino la reflexión introductoria sobre el contenido que aquella posee, no puede, ni de lejos, abarcar todas esas perspectivas, sino solo una más modesta, dar respuesta a la perplejidad que suscita para el autor, el planteamiento sobre el supuesto influjo pernicioso que esa realidad administrativa o política proyectaría sobre el Derecho administrativo y, viceversa, el que supuestamente proyectaría un Derecho al que se califica de «administrativo», sobre tal realidad administrativa o política.

17.<sup>a</sup> Esta es la razón, por la que en el centro de nuestras consideraciones dedicadas a la Administración pública y su actividad, y al Derecho administrativo que la estudia, encontramos que a la dimensión jurídica del Poder ejecutivo, viene a unirse una dimensión política, y con ello una decisión constitucional en favor de una auténtica reserva del Gobierno: el aspecto referido a las tareas o funciones de «dirección política» del Poder Ejecutivo por órgano del Presidente de la República, en tanto que «dirige la acción del Gobierno» de acuerdo con los

<sup>17</sup> Villar García-Moreno, F. (1996-1997). “Presentación”. En DA, núm. 246 y 247.

<sup>18</sup> Parejo Alfonso, L. “La regulación del Gobierno y la Administración: continuidad y discontinuidad en la política de política de desarrollo constitucional en la materia”. En DA, núm. 246-247, 1996, 13 y 49.

Arts. 226 y 236, núm... 2 de la Constitución, por oposición a las funciones de «dirección administrativa», que es el conjunto de competencias adjudicadas al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros y otros altos funcionarios como órganos de nivel superior de dirección de la Administración Pública, según los Arts. 238, 239, núm. 2 y 242 de la C, en concordancia con el Art. 44 de la LOAP.

Así las cosas, se ha hecho patente la necesidad de una acción directiva consciente y continua de las funciones estatales, incluida la actividad administrativa, lo cual ha puesto abundantemente en valor la importancia de la función «de dirección gubernamental» –*Staatsleitung* en la doctrina alemana, e *indirizzo politico* en la italiana–, y que en los análisis que se hagan de la «aplicación del Derecho administrativo» no pueden, ni suprimirse, ni ignorarse, sus consecuencias jurídicas.

La función de dirección política o gubernamental aparece, pues, asociada a la función de gobierno y atribuida, lógicamente, al órgano constitucional: el Gobierno. Y, al menos, parece que la función de dirección política implica una capacidad de impulso originario, de creación, que se atribuye a un órgano y no a otros, y que puede calificarse de función política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutora de mandatos de otros. Precisamente, el Art. 226 de la Constitución, al expresar que el Presidente de la República, en cuanto Jefe del Estado, viene a contraponer la función directiva gubernamental («... en cuya condición dirige la acción del Gobierno»), y que reitera el Art. 236, núm. 2 *eiusdem* («Dirigir la acción de Gobierno»), a la función administrativa del Art. 236, núm. 20 *eiusdem* («Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional ...»), conforme «a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos», según el Art. 18 de la LOAP.

Así las cosas, sostiene Parejo Alfonso<sup>19</sup>, la «función administrativa» (actividad típica de la Administración pública) es siempre y sólo función ejecutiva, pero en una precisa manifestación de ésta calificable como «ejecución administrativa», en cuanto que definida como al «servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades», según el Art. 5 de la LOAP, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, es decir, actuación sistemática para la realización de aquél fin conforme a la programación legal correspondiente. Por eso mismo, es siempre una actividad administrativa «dirigida», cabalmente por el Gobierno. Por el contrario, si descendemos del plano abstracto y general del Poder político en la plenitud de sus manifestaciones a un plano más estricto y limitado, es decir, hallamos en él a la acción o función política, caracterizada por ser acciones, espontáneas, originarias y autónomas (P. Gasparri<sup>20</sup>).

**18.ª** Ahora bien, un primer aspecto a tener en cuenta es que la exposición pormenorizada del ámbito de las funciones constitucionalmente «reservadas» al Gobierno, la delimitación de sus dimensiones ejecutiva o directiva, y la precisión del alcance de esta última supondría, ciertamente, un estudio de extensión muy superior al que aquí se pretende, pues su contenido incluye actividades formal y materialmente muy heterogéneas y, en forma más genérica (dentro de esta dimensión directiva), la función «de dirección política» de la Administración pública –civil y militar–, que va desde la designación de los cargos políticos de libre nombramiento y remoción (nombrar y remover ministros según el Art. 236, núm. 3 de la

<sup>19</sup> Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 19, 13.

<sup>20</sup> Gasparri, P. “Note introduttive al diritto amministrativo”, En *Rassegna ie diritto pubblico*, abril-junio, 1949, 54 y ss.

Constitución, pasando por dirigir la acción del Gobierno (Art. 236, núm. 2 *eiusdem*), y la elaboración de los planes y programas estratégicos, hasta el dictado de reglamentos (Art. 236, núm. 10 *eiusdem*).

En efecto, una discusión, siquiera fuera sumaria, sobre el alcance y peculiaridades de la «acción del Gobierno» en cada una de ellas debería ser objeto de un trabajo mucho más amplio que éste, y que, posiblemente, estaría condenado a ser siempre incompleto. Sin embargo, sí cabe realizar algunas consideraciones respecto, no de las materias en sí, sino de los límites que, de tales materias, podrían resultar respecto a las formas de actuación de otros órganos estatales.

El segundo aspecto a considerar aquí –y quizá el más espinoso–, en relación con la función gubernamental «de dirección política», como configuradora de un ámbito constitucional de reserva del Gobierno, es el referente a si esa reserva se proyectó también frente al ejercicio del control jurisdiccional por parte del Poder judicial: más explícitamente, si supone la existencia de un espacio de acción gubernamental exento del principio del control jurisdiccional universal.

Al respecto debemos recordar que, en un primer momento, se estableció una «zona exenta» de control jurisdiccional, que se definía –partiendo de ese carácter político– por cambiantes criterios –*raison d'État*– atendiéndose unas veces a los sujetos, otras a los intereses protegidos o fines perseguidos, pero siempre desde la perspectiva del carácter político de los actos pretendidamente «inenjuiciables».

19.<sup>a</sup> Así las cosas, debemos señalar que el tratamiento eminentemente jurídico del significado del Gobierno como órgano constitucional, su estructura y sus funciones, y su distinción con relación a la Administración Pública, en nuestro modelo de Estado constitucional de Derecho desde la aprobación de la Constitución de 1999, si se compara con el dado a los otros poderes del Estado, es ciertamente escaso, lo cual resulta paradójico, cuando ocurre que hoy es el órgano que ejerce el Poder Público que concentra en sus manos, la mayor cuota de poder estatal que la historia ha conocido en el país contemporáneo.

En tal sentido, conviene citar a M. Aragón<sup>21</sup>, cuando señala que haber dejado a la teoría alejada puede conducir a una doble y peligrosa consecuencia. Por un lado, como los hechos son los de una innegable potencia del Gobierno, la ausencia de reconocimiento jurídico de esa realidad política, lejos de frenar un poder así, más bien lo «desenfrena». Formalizar las competencias gubernamentales, o al menos articularlas teóricamente, supondrá siempre, entre otras cosas, limitarlas. Por otro lado, y paradójicamente, la misma falta de formalización jurídica y articulación teórica puede llevar a alentar el «gobierno de los jueces». Ambas consecuencias, perfectamente imaginables –y constatables, agregaríamos– representarían un terrible quebranto para el Estado constitucional de Derecho y, por lo mismo, una disminución de garantías de los derechos y libertades para las personas.

Así las cosas, concluye Aragón<sup>22</sup>, cuando se postula la necesidad de que la nueva teoría se acerque a la nueva realidad política no se trata, en modo alguno, de defender la impunidad de la acción del Gobierno, su no sujeción a control alguno; muy por el contrario, en el Estado constitucional de Derecho todos los órganos que ejercen el poder Público –incluido el Gobierno– deberán someter su actividad a la Constitución y a la ley, de acuerdo con el Art. 137 de la Constitución, y todas las irregularidades jurídicas, sea cual sea su origen, pueden ser controladas por el Poder judicial, por la jurisdicción especial –constitucional o administrativa–.

<sup>21</sup> Aragón, M. «Presentación» a *El Gobierno: Estudios*. En DA, núm. 215, 1988, 8.

<sup>22</sup> Aragón, M. *Ob. cit.*, nota 22, 8.

**20.<sup>a</sup>** En el Derecho positivo, el Gobierno aparece en el Art. 226 de la Constitución como un órgano constitucional complejo integrado tanto por órganos unipersonales –Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo y Ministros– como por órganos colegiados –Consejo de Ministros–; e inmediato, en el sentido que debe su existencia a la propia Constitución.

En tal sentido, según señala I. de Otto<sup>23</sup>, el Gobierno hace referencia directa a la acción pública, a la dirección y guía de los asuntos públicos. De ahí que el concepto de Gobierno ocupa un lugar central en el análisis no normativo de la organización y funcionamiento del Estado, especialmente en el seno de la Ciencia política. En segundo lugar, y en sentido opuesto, la ciencia del Derecho público reposa sobre la juridificación del poder público –incluido el Poder político–, es decir, sobre la supremacía de la Constitución y de la ley como fuentes legitimadoras de toda acción del Estado en sus diversos grados o niveles –incluida la acción o función política–. Dentro de ella, el concepto de Gobierno se ve tendencialmente sustituido por el de ejecución o Poder ejecutivo, expresión en la que se pone de manifiesto esa supremacía de la Constitución y de la ley, y la sumisión de todo órgano que ejerce el poder público a ella. El concepto de Gobierno como función aparecía, inicialmente, por tanto, como la antítesis del Derecho, y todo intento de contener o reintroducir esa esfera extrajurídica chocaba con el obstáculo de la juridificación progresiva por parte del Derecho público de toda la actividad del Estado, con la tendencial reducción de ésta al binomio legislación-ejecución.

Ahora bien, la realidad es que la característica fundamental en este punto es que ningún modelo de Administración pública es constitucionalmente autónomo o independiente<sup>24</sup> del Gobierno, o sea, un cuerpo social gobernado únicamente por sí mismo. Toda Administración pública nace subordinada jurídicamente a la acción política ejercida por el Gobierno, tanto en el Gobierno de origen democrático como autoritario. Así, la Administración pública no es solo un concepto sino una realidad jurídico-política. Por tanto, hay que tener presente que desde siempre, toda Administración pública está unida al sistema de Gobierno, como dice el refrán, «la puerta lo está a la pared». La puerta solo puede salirse si la pared se cae. Y aunque la puerta quede unida al marco, bastaría un empujón para abrirla de par en par.

En este orden de ideas, aún a riesgo de simplificar cuestiones en forma alguna simples, la exigencia, incluso en el plano constitucional, de que el Gobierno actúe de acuerdo con un plan o programa político, y que este sea conocido no solo por los partidos políticos como en general, por la opinión pública, parecería enteramente plausible en un principio, no obstante lo cual se encuentra llena de dificultades. Y sucede también que los planes y programas políticos tienden, por su propia realidad, a no ponderar adecuadamente –cuando no a ignorar por completo– los límites que a su acción conformadora ofrece la realidad. Por estas razones parece claro, que la exigencia de la presentación de un plan o programa de gobierno es el fruto de una idealización y racionalización de alguna medida exagerada de la acción política, y que, en principio, se inserta en el marco global de la responsabilidad política del Gobierno, según el Art. 232 de la Constitución.

**21.<sup>a</sup>** Por lo expuesto, hoy día no debería representar ninguna novedad que relacionemos Administración pública y su Derecho administrativo, con las estructuras de poder y, específicamente, con el propio Poder político o Gobierno. En las posiciones tradicionales del consti-

<sup>23</sup> De Otto, I. “La posición constitucional del Gobierno”. En DA, núm. 223, 1980, 143 y 171.

<sup>24</sup> Sobre la cuestión de si la Administración pública puede ser considerada como una institución, ya sea legitimada en derecho propio, o ya en función de sus particulares atributos, véase Dreier, H. “En torno a la «independencia» de la Administración”. En DA, núm. 234, 1993, 267 y 278.



tucionalismo, la delimitación resulta relativamente sencilla. Los órganos del Poder político toman decisiones, y los órganos administrativos las ejecutan con «eficacia indiferente» (F. Garrido Falla<sup>25</sup>).

Lo que sí es una novedad, es hacer de esa relación el elemento sustancial de la aproximación a los problemas administrativos (o de la realidad administrativa o política). Y, sobre todo, es una novedad no asumir como un dato de la realidad, el hecho de que la Administración pública, entendida como conjunto de organizaciones, se limita a aplicar ya sea la decisión política o ya sea formalizada legislativamente, la decisión «superior»; por tanto, sólo a través de los diversos actores, del análisis de las políticas públicas, se habrá de reconstruir el papel institucional realmente jugado por la Administración pública en todo el proceso de formación, decisión y puesta en marcha de las diversas políticas públicas en un momento dado.

Y este deslinde, lamentablemente, de planteamientos más generales, sobre el porqué y el cómo de la decisión –producto del Poder político–, que vincula a la Administración pública con las estructuras del Gobierno, no se detecta por algunas opiniones en el tratamiento meramente descriptivo de los problemas administrativos (o de la realidad administrativa o política), pues no pueden entenderse desde la sola perspectiva estrictamente «racional-legal» del Derecho administrativo, en el afán prescriptivo que rezuma en ciertos comentarios y estudios al orden del día.

22.<sup>a</sup> Ahora bien, la actividad o la función de Gobierno, considerada analíticamente, se halla integrada por dos momentos fundamentales: 1ro., la decisión; y 2do., la acción. Y es que primero es necesario decidir lo que se va a hacer –función y definición de la política–; la «decisión» comprende, pues, aquella fase de la actividad en la cual el Gobierno, en consideración a un fin u objetivo prefijado, lo sea por sí misma o constituya directriz política, elige entre las diversas alternativas posibles aquélla que, inicialmente, era dejada a su discreción más absoluta, y más tarde bajo el canon del principio constitucional «de ponderación», la que se considera la más adecuada al fin de interés público propuesto. Por su parte, la «acción» o ejecución se concreta en la actuación o materialización de la decisión –papel y definición de la Administración pública–.

Es así que, tanto la elaboración y la ejecución de los planes y programas políticos, como la determinación de fines estatales en la decisión, deberían estar condicionadas por las exigencias de la sociedad, cuya manifestación ha de llegar a la Administración pública, bien indirectamente a través de la política en sus formas más generales, o bien a través del contacto que surge de las diversas formas de la participación ciudadana en la gestión pública.

Resumen de la posición anterior es la posición de E. Forsthoff<sup>26</sup> según el cual:

El Derecho Administrativo es en esencia la ejecución de específicas decisiones y distinciones jurídicas. Esas finalidades radican en el campo del equilibrio entre las necesidades estatales y la libertad individual. Sólo donde este equilibrio se realiza por medio de decisiones y ejecuciones específicamente jurídicas, las funciones estatales se elevan del nivel de los actos de mera ejecución y participan en la *dignidad* del Derecho. Así se caracteriza la sustancia del Derecho Administrativo. (cursiva del autor)

Sin embargo, ya no va a bastar ese equilibrio «inestable» entre la libertad individual y las necesidades estatales que menciona Forsthoff, tan ejemplarmente simbolizado, por ejemplo, en la figura de la expropiación pública, respecto del más representativo de los derechos: el de la propiedad privada.

<sup>25</sup> Garrido Falla, F. *Comentarios a la Constitución*. Civitas, Madrid, 1980, 1029 y 1030.

<sup>26</sup> Forsthoff, E. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles, Bruylant. 1969.

En efecto, ya no va a haber prácticamente «círculos exentos» –*quod non est permissae prohibite intelliguntur*– en los que la Administración pública no pueda o no deba introducirse, bien por la vía de la acción directa –las políticas de estatizaciones, los monopolios estatales, la reserva estatal, etc.– bien por la vía indirecta, de rodeo o cerco que supone la emanación de esa profusa y casuística legislación de un Estado marcadamente «intervencionista», con sus nuevas garantías reflejas o invertidas de protección a las personas, desde el todo o en cuanto partes de ese todo, es decir, dictadas no tanto para proteger los derechos individuales o los intereses solidarios de la comunidad, cuanto la gestión de intereses ideológicos que empiezan, por esta vía, a cobrar conciencia del modelo de Estado clientelar y subvencional en una sociedad y en una época determinadas.

23.<sup>a</sup> Un último aspecto muy vinculado con todo lo anterior, tiene que ver con el control jurídico-público de la función «de dirección política» –ya no solo de la responsabilidad política propiamente dicha como medio de fiscalización de la acción política (G.V. Rescigno<sup>27</sup>)–, sino sobre todo del que les corresponde a los órganos de control jurisdiccional.

Al respecto es oportuno demandarse, como lo hace L. López Guerra<sup>28</sup>: «¿Debe, por tanto, admitirse que éstos puedan enjuiciar actos de evidente contenido de dirección política, esto es, según se vio, de carácter eminentemente creador y guiado por criterios de oportunidad, sin que haya así un parámetro normativo con arreglo al cual juzgarlos?». Por de pronto, debe tenerse en cuenta que no se plantea esta cuestión referida a todo «acto político», sino en las específicas funciones «de dirección política», que se han examinado más arriba, esto es, en ejercicio de funciones constitucionalmente previstas que implican, usualmente, la iniciativa en relaciones con otros órganos–así, la iniciativa presupuestaria, o la disolución de la Asamblea Nacional–, con la Administración pública –nombramientos y remociones de cargos gubernamentales–, o en fin, con la sociedad en general –por ejemplo, el caso de la muy reciente declaración del estado de alarma–.

La acción política –y de modo concreto la función «de dirección política»– aparecen, por definición, como actividades creadoras, esencialmente libres y, en consecuencia, imprevisibles. Y tal imprevisibilidad –señala López Guerra–, aparece como característica a tener en cuenta por quienes se coloquen, voluntariamente, en situaciones que queden a merced de decisiones gubernamentales de ese tipo. Se produce así una asunción de riesgos –normales y conocidos– derivados de la libertad de actuación y de dirección política, que convertirá en difícilmente aceptable, en muchos supuestos, una pretensión dirigida, por ejemplo, a exigir reparación por lesiones económicas derivadas, por ejemplo, de la política internacional; pero que no acontecería lo mismo, por ejemplo, con los daños derivados de la ejecución de un plan o programa de desarrollo económico y social que, en la construcción de la «suprema felicidad social», derive en una política de estatizaciones o nacionalizaciones de los medios de producción de riqueza y del ingreso mediante expropiaciones, ello independientemente del instituto de la responsabilidad «política» propiamente dicha, mediante los diversos mecanismos y procedimientos del control parlamentario requerido por el principio de democracia representativa.

En efecto, y dicho esto, no se puede excluir en modo alguno la existencia de supuestos en que, dándose al menos una apariencia razonable de legitimación del justiciable –como titular de un derecho o interés jurídicamente protegible y presuntamente dañado–, sea necesario verificar si, efectivamente, a causa de la función gubernamental de dirección política, han

<sup>27</sup> Es de gran utilidad el amplio resumen histórico que hace Rescigno, J.V. *La responsabilità politica*. Milán, 1977, 153 a 196.

<sup>28</sup> López Guerra, L. “Funciones del Gobierno y dirección política”. En DA, núm. 215, 1988, 39.

sido afectados o lesionados derechos o intereses de personas y, en consecuencia, si esa lesión aparece como legítima o ilegítima. Ello nos lleva a afirmar, junto con López Guerra<sup>29</sup> que, cuenta tenida tanto de razones de procedibilidad como las relativas al eventual examen de fondo del asunto, que si bien harían, sin duda, difícil el control jurisdiccional, no cabría excluir de entrada que, en algún caso, efectivamente la función gubernamental de dirección política se traduzca en auténticas transgresiones ilegales contra derechos e intereses de las personas, pues tal «carácter político» no puede impedir un examen de fondo del caso por los órganos jurisdiccionales competentes.

En el mismo orden de ideas, Parejo Alfonso<sup>30</sup> tratando el tema del control de los actos de Gobierno en cuanto a la regla de sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, precisa que tal regla rige, desde luego, también para la acción gubernamental de dirección de la Administración pública, donde la solución es la misma: plenitud tanto del control político por el Parlamento, como también del control jurídico, resolviéndose la cuestión de la verificación de este último de la única forma en esta sede plausible, es decir, por remisión a terreno procesal (impugnabilidad de los actos gubernamentales ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo y el Tribunal Constitucional, según sea el caso).

24.ª Por lo que respecta al Derecho positivo, no podemos olvidar las previsiones relativas al pleno sometimiento de la función administrativa o gubernamental a la Constitución y la ley, y el control o fiscalización jurisdiccional –sin excepciones– del Poder judicial sobre los actos del Gobierno con eficacia jurídica, por ejemplo, un acuerdo del Consejo de Ministros, y así quedó nítidamente plasmado en el Art. 137 de la Constitución, que la Constitución y la ley enmarcan y delimitan las posibilidades de actuación de la Administración Pública, así como del resto de los órganos que ejercen el Poder Público –incluido del Gobierno– y de los ciudadanos, dado que nos encontramos bajo un Estado de Derecho y de Justicia. Así las cosas, las actividades de todos los órganos que ejercen el Poder Público están sometidas al Derecho y, por supuesto también y específicamente, la desarrollada en ejercicio de la peculiar función de dirección política.

En efecto, las irregularidades en la conducta de los órganos que ejercen el Poder Público son susceptibles de control jurídico-público. Por ende, no pueden quedar nunca al margen del Derecho resultando de aplicación, bien los controles jurídicos típicos o propios de la actividad de producción de los actos estatales y de su ejecución, es decir, los controles propiamente jurisdiccionales, o bien los controles políticos jurídicamente regulados.

Ligada a la anterior, y como razón añadida que justifica el control jurídico-público, no puede quedar resquicio constitucional por donde pueda introducirse una posibilidad de incidencia del Poder ejecutivo –en sus diversas funciones, y entre ellas la específica función de dirección política– sobre los derechos e intereses de las personas, sin que sea posible la correspondiente tutela jurisdiccional efectiva ante los competentes órganos jurisdiccionales, ante la tajante afirmación del Art. 26 de la Constitución, donde se consagra que ninguna persona puede –por virtud de un supuesto o real «carácter político» de la acción gubernamental–, quedar desprovista del derecho fundamental que se le reconoce «de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos», poniendo término con ello a una situación de déficit de protección jurisdiccional al nivel de la Justicia constitucional o administrativa.

<sup>29</sup> López Guerra, L., *Ob. cit.*, nota 29, 40.

<sup>30</sup> Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 19, 46.

En conclusión, no podemos ni debemos olvidar que toda actividad del Gobierno, también y específicamente la desarrollada en el ejercicio de la peculiar función de dirección política, no puede quedar nunca al margen del Derecho, y no significa ni puede significar la inexistencia, aparte del permanente control político, de control jurisdiccional alguno. Por tanto, hoy día basta indicar que la teoría de campos del Gobierno exentos de un control jurisdiccional desaparece ante la tajante afirmación del mencionado Art. 26 de la Constitución, desarrollado abundantemente por la «correcta» jurisprudencia constitucional, administrativa y ordinaria, que establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todas las personas sin que, en ningún caso, pueda producirse denegación de Justicia.

Así las cosas, ante notable resistencia en general a formalizar la actuación del Gobierno, en contraste con extrema –y necesaria– formalización de la Administración pública, debemos resaltar que siendo «un poder esencialmente político, *enormemente resistente a la juridificación*, y por eso es por lo que hay que limitarlo jurídicamente al máximo *a posteriori*» (J. Pérez Royo<sup>31</sup>), la importancia de la figura determina que, en el marco de la necesaria y futura reforma y modernización institucional del complejo Gobierno-Administración Pública, debería contener, como sucede en el Derecho comparado, una fuente legal orgánica que tenga por objeto la regulación de la organización, composición, funcionamiento, competencias, incompatibilidades y control de la acción de la institución del Gobierno.

### III. PSEUDO-DERECHO «PUERTO» O «IMPUESTO» Y DERECHO ADMINISTRATIVO

**25.<sup>a</sup>** Y llegado a este punto de la exposición, la que aquí mantengo es, en definitiva, una concepción integradora de las grandes construcciones conceptuales basilares del sistema de Derecho Administrativo, dentro de las cuales destaca el (sub)sistema normativo administrativo.

De ahí que nos vamos a referir a uno de los aspectos de mayor complejidad, ya no solo del Derecho administrativo, sino de cualquier área del Derecho, donde hay que tener en cuenta la distinción clásica entre la realidad práctica, la metodología aplicativa y académica del Derecho. Por tanto, nos centraremos en la aproximación metodológica de análisis y de explicación orientada directamente a la «aplicación del Derecho administrativo», distinto al académico de elaboración de teorías que permiten comprender y explicar mejor el funcionamiento del sistema normativo de una sociedad en un momento dado.

Al respecto debemos empezar señalando que Aristóteles<sup>32</sup>, en su idea general de la república descrita en su *Política*, obra compuesta hacia el año 344 a.C., ya afirmaba lo siguiente: «Pero es preciso observar que *las buenas leyes no constituyen por sí solas un buen gobierno*, y que lo que importa sobre todo, es que *estas leyes buenas sean observadas*. No hay, pues, *buen gobierno*, sino donde en primer lugar se obedece a la ley, y después la ley a que se obedece esté fundada en la razón; porque podría también prestarse también obediencia a leyes irracionales». (Cursivas nuestras)

En este orden de ideas, debemos observar que la Administración pública tiene la condición de un poder público constituido que, según Parejo Alfonso<sup>33</sup>, quiere significar regulado jurídicamente: no simple poder de mando del imperante, sino poder de mando desde, en y

<sup>31</sup> Pérez Royo, J. (1995). *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1995, 579 (cursiva en el original).

<sup>32</sup> Aristóteles. *Obras Filosóficas de Aristóteles, Política*. Tomo III, Libro sexto, Capítulo VI, (Trad. de Patricio de Azcárate Corral). Edición digital en <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03.htm>, por el *Proyecto Filosofía en español*. Oviedo, 2005, 198.

<sup>33</sup> Parejo Alfonso, L. “Administración y Función pública”. En DA, núm. 243, 1995. 69.

para el «orden jurídico» (o sistema normativo). De ahí que, agregamos –y no puede ser de otra manera–, la dogmática jurídico-administrativa tiene, en primer término, la tarea de suministrar un «sistema de conceptos, instituciones, principios y reglas jurídicos» que facilite y dirija el manejo del Derecho administrativo, otorgándole orientación y seguridad; con ello contribuye, al mismo tiempo, a la transparencia del mencionado orden jurídico o (sub)sistema normativo administrativo propiamente dicho.

26.<sup>a</sup> En tal sentido, el punto de partida del Derecho administrativo sostiene S. Cassese<sup>34</sup>, es bien simple: nace conectado o vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. Ahora, dentro de las que podríamos llamar «señas de identidad» –en cuanto ideas o pensamientos que vertebran el sistema del Derecho administrativo en sentido propio–, está la que hace referencia a la conexión o vinculación al Estado en cuanto Derecho, el cual es «aplicado» –u observado en el lenguaje de Aristóteles– por uno de los tres poderes del Estado, es decir, por el Poder ejecutivo, de tal forma que todos los institutos del Derecho administrativo son referibles al Estado.

La segunda conexión –la que se expresa en la vinculación del Derecho administrativo a la ley– tiene dos significados diversos: la ley cumple un primer papel de protección de las personas frente a la Administración pública; y el segundo papel de la ley consiste en dirigir la Administración pública. Aquí la ley no es tanto un instrumento de protección de los ciudadanos frente a la Administración pública –y por tanto, un instrumento para controlar su discrecionalidad– cuanto, más bien, un instrumento para guiar a la Administración pública.

La tercera vinculación –la consistente en la sujeción del Derecho administrativo a los jueces– tiene también un doble significado: de instrumento de protección de las personas; y de instrumento de guía de la Administración pública. Así, el Poder administrativo está sujeto al control de los jueces; y cuando no lo está, se transforma en «arbitrariedad administrativa». No olvidemos que, justamente, en los orígenes del Derecho administrativo se suscitó el problema de si podía existir una Administración pública exenta de control jurisdiccional o si aquélla debía estar sometida al juez; e incluso, si la Administración pública debía estar sometida al juez de Derecho común, esto es, al mismo juez que resuelve las controversias entre particulares o, por el contrario, a un juez especial (por ejemplo, el Consejo de Estado).

Finalmente, si bien es cierto que el Estado como centro de disciplina de muchas actividades, hoy, en cambio, está cada vez más sometido al control por la formación de organismos supranacionales, con poderes normativos, administrativos y jurisdiccionales, pero no por eso resulta desvinculado al Derecho. Por el contrario, es claro que la naturaleza de poder público constituido de la Administración pública, y la «exorbitancia del Derecho común» del régimen jurídico de su organización y actividad, reclaman la especificidad del Derecho administrativo.

Por ello cabe afirmar que hoy por hoy, la Administración Pública es la que se configura como objetivamente al «servicio de las ciudadanos y ciudadanas» –*rectius*: personas– y, por consiguiente, en el ejercicio de las potestades que el Ordenamiento o sistema normativo le otorga para el desempeño de sus funciones, actúa «sometida al Derecho Administrativo», que es, en principio, su Derecho común, normal, estatutario y autónomo (J. Araujo-Juárez<sup>35</sup>), sin perjuicio de constatar que por virtud de las nuevas formas de gestión, la privatización, la globalización, etc., se ha atenuado y desdibujado la división entre el Derecho público y el

<sup>34</sup> Cassese, S. “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”. En DA, núm. 250-251, 1998, 216.

<sup>35</sup> Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo General*. Vol. I. *Concepto y Fuentes*. Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 52 a 58.

privado –entrecruzamiento–, y así este último invade el espacio del Derecho administrativo en algunas materias y erosiona su especificidad (S. Cassese<sup>36</sup>), o más propiamente, por cuanto el Derecho privado es capaz de arbitrar soluciones que harían inútil la regulación del Derecho administrativo, lo cual se califica como el «manejo táctico de las nociones de Derecho común» (Villar Palasi<sup>37</sup>).

27.<sup>a</sup> En este orden de ideas, bien se ha dicho que en el principio de todo Derecho están una potestad y un sistema normativo. La potestad es, sin duda, la posición jurídica más típica y característica del Derecho público (J.A. Santamaría Pastor<sup>38</sup>). De ahí que la funcionalidad básica del sistema del Derecho administrativo es el establecimiento de un conjunto de normas jurídicas de comportamiento tendentes a asegurar el correcto ejercicio de las potestades administrativas y la ponderación de los intereses sobre los que éstas han de incidir, y al cual ha de someterse la actuación de la Administración pública.

Así las cosas, el Derecho administrativo, además del carácter dogmático o doctrinal –conceptos, categorías, técnicas, etc. –, comprende también el estudio de la específica concreción jurídica en un determinado (sub)sistema normativo de regulación que ordena y facilita su producción, desarrollo, interpretación y aplicación, y que se articula mediante el dictado de normas –legislativas o reglamentarias–, de lo cual resulta un proceso de vinculación que se desarrolla entre dos extremos.

En efecto, la producción y aplicación del (sub)sistema normativo administrativo resulta del papel que corresponde, en primer lugar, a la acción del poder legislativo en el marco de «ponderación» de principios constitucionales, en lo que atañe a la producción de leyes administrativas, mediante las cuales se programa el contenido de la actividad administrativa y de la regulación de concretos sectores o instituciones –por ejemplo, expropiación pública, procedimiento administrativo, contratación pública, etc. –.

Después, presupuesta la corrección de la ponderación realizada por el legislador y, por tanto, la constitucionalidad de la regulación legal –presupuesto de validez y aplicabilidad– del sector o institución de que se trate, la vinculación al Ordenamiento jurídico se concreta posteriormente en relación con los otros órganos que ejercen el poder público –Gobierno, Administración pública y jueces–, con la efectividad del sometimiento pleno a la ley y al derecho, presidido por la Constitución.

En este sentido basta con remarcar que dentro de la lógica constitucional, para limitar o extinguir un derecho, por ejemplo, el de propiedad privada mediante la expropiación pública, deben intervenir los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial–. Ahora, las normas y actos adoptados por los diversos poderes públicos en el proceso de concreción serán válidos o dejarán de serlo, en función de que se respete y observe o, por el contrario, se desaplique, desvíe, desborde o manipule, el concreto proceso de acuerdo con las exigencias que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico les impone.

28.<sup>a</sup> Siendo ello así, el principio de objetividad comparece como técnica para lograr que la intensidad del sometimiento de la Administración pública al principio de juridicidad sea pleno o, al menos, máximo, al eliminar el margen de apreciación que en la interpretación y

<sup>36</sup> Cassese, S. *Derecho administrativo: historia y futuro*. INAP, Madrid, 2014, 452

<sup>37</sup> Villar Palasi, J.L. y Villar Escurra, J.L. *Principios de Derecho Administrativo*, T.I. FDUC, Madrid 1993, 41 y 42.

<sup>38</sup> Santamaría Pastor, J.A. *Principios del derecho Administrativo General*, T. II, 5ª. edición. Iustel, Madrid, 2018, 291.

aplicación de la legalidad administrativa siempre dispone el funcionario, imponiéndole la obligación de que sus labores hermenéuticas y «aplicativas» se ajusten a la voluntad normativa y prescindan de cualquier tipo de fin o interés subjetivo (desviación de poder).

Por eso ha dicho Cassese<sup>39</sup>: «La Administración está sujeta al Derecho; por ello, existe un Derecho administrativo», aunque si bien no limita totalmente las actividades de la Administración pública, pues inevitablemente habrá lo que denomina «agujeros negros» y «agujeros grises», como son las prerrogativas y privilegios, que ampliamente aceptados en su día, hoy se consideran contrarios al imperio de la ley y al principio de control de constitucionalidad; pero en eso consiste, también, la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (García de Enterría<sup>40</sup>).

Por consiguiente, no hay duda que en el Estado constitucional de Derecho, las normas positivas y los valores que las fundamentan deben ser «reales y efectivos», y no meros postulados ideales o formales carentes de fuerza vinculante. De ahí que, como la labor hermenéutica y «aplicativa» del funcionario público se desarrolla en el ejercicio de las potestades administrativas que se le adjudican, la objetividad, entendida como fidelidad a la voluntad de la norma con independencia del propio querer, entraña, tal como señala J.A. Santamaría Pastor<sup>41</sup>, dos exigencias que se manifiestan, esencialmente, en el ejercicio de las potestades administrativas: 1ra., que la potestad administrativa de que se trate sea utilizada para la consecución del fin de interés público para el que específicamente se ha establecido tal potestad administrativa, sin que pueda utilizarse para la consecución de otro fin de interés público, evitándose así la desviación de poder; y 2da., que en el ejercicio de esa potestad administrativa, el funcionario actúe de acuerdo con criterios técnicos de congruencia o razonabilidad ajustados al fin que persigue la creación de la potestad administrativa.

29.<sup>a</sup> Lo anterior significa que cuando la Administración pública ejerce sus potestades administrativas «debe interpretar y aplicar», necesariamente, el sistema del Derecho administrativo en su sentido propio en todo su detalle. No hay lugar tampoco para la aplicación de otras ramas del Ordenamiento jurídico, salvo cuando sea necesario aplicarlas con carácter meramente supletorio –lo cual exige que no haya norma aplicable en el ámbito del Derecho administrativo–. Pero dado que, tanto la idea de «servicio de las ciudadanos y ciudadanas» como la idea de cumplimiento o satisfacción de los fines de interés público o general, deben estar omnipresentes en toda actividad –sea cual fuere– de la Administración Pública es, por tanto, necesario también que interprete y «aplique» en todo momento los principios, categoría e instituciones que el Derecho administrativo, *tout court*, contiene como Ordenamiento jurídico o (sub)sistema normativo administrativo específico, principios que se encuentran recogidos en el Art. 141 de la Constitución, así: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Lo expuesto nos permite llegar a la conclusión siguiente: toda la actividad o inactividad –sea cual fuere– de la Administración pública, sea ésta fruto del ejercicio de una potestad administrativa o sea manifestación de mera gestión administrativa está vinculada y, por tanto, sometida a los principios constitucionales que condicionan el servicio vicarial de la Administración pública, lo cual exige actuar «conforme a» los mencionados principios constitucionales. 'La actividad que suponga el ejercicio de potestades administrativas estará sometida, por

<sup>39</sup> Cassese, S. *Ob. cit.*, nota 37, 456.

<sup>40</sup> García de Enterría, E. *Ob. cit.*, nota 11.

<sup>41</sup> Santamaría Pastor, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, 250 y 251.

tanto, necesariamente al entero sistema del Derecho administrativo en todo su detalle, sin que sea posible abstraerse de la aplicación de norma alguna del mismo. Lo dicho se traduce en que el Derecho administrativo continuará siendo en todo caso –aquí y ahora– el Derecho propio y específico de la Administración pública y habrá de ser «siempre aplicado» por ésta, en todo su detalle y respetando los principios constitucionales y legales que –insistimos– como señas de identidad informan o vertebran el entero sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

En definitiva, como hemos intentado demostrar, el Derecho administrativo –como sector ordinamental o (sub)sistema normativo específico–, «debe» aplicarse cuando se está ante el ejercicio de potestades o de actividades administrativas, lo que condiciona la efectividad del sometimiento pleno a la ley y al derecho, presidido por la Constitución.

**30.<sup>a</sup>** Ahora, para que la aplicación del (sub)sistema normativo pueda hacerse de forma completa, por otra parte, sostiene A. Romano-Tassone<sup>42</sup> parecen necesarias algunas condiciones mínimas: 1ro., que se trate de un «sistema» normativo y no de una mera pluralidad desarticulada de varios actos-fuente entre los que, por tanto, debe ser individualizado un criterio ordenador, aunque complejo; 2do., que el sistema normativo así delineado tenga «efectividad» y no sea continuamente desmentido o puesto en discusión; y por último 3ro., que se prevean instrumentos eficaces de «garantía jurídica» del sistema normativo, que lo protejan de las eventuales transgresiones.

Todo lo cual no nos impide reconocer desde ya que estas condiciones en el Derecho positivo –o sea, el Derecho «puesto» o «impuesto»<sup>43</sup>– sean, como se verá, por causa de un Estado de Derecho y de Justicia «fallido» o «disfuncional», inexistentes o que existiendo se consideran nugatorias, aunque sea con diferencias relevantes entre los distintos sectores o sistemas o si se quiere sub-sistemas normativos, por la notable «manipulación de conceptos básicos del Derecho administrativo en Venezuela» (Brewer-Carías<sup>44</sup>), por cualquiera de los distintos órganos que ejercen el poder público.

**31.<sup>a</sup>** En el concepto clave «concepción del Derecho administrativo acorde con el tiempo» al cual nos referimos al inicio remite –como bien se comprende–, a las tensiones entre la misión o la función de las raíces y fundamentos últimos del sistema del Derecho administrativo, de un lado, y el Derecho «puesto» o «impuesto», esto es, la realidad «administrativa» o «política», de otro.

Por su parte, en el centro de atención del Derecho administrativo en su sentido propio se encuentra también el «estudio» de las formas de la actividad de la Administración pública y, por ende, puede ser abordado, tanto desde la perspectiva del «deber ser», o de la búsqueda del «modelo» más perfecto –técnica del método jurídico–, como desde la perspectiva del «ser», o del fenómeno administrativo o «realidad administrativa» –técnica del Método del Caso (MdC)–.

<sup>42</sup> Romano-Tassone, A. “Las fuentes del Derecho administrativo”. En DA, núm. 248-249, 1997, 144.

<sup>43</sup> Con la expresión Derecho positivo se designa el «*ius in civitate positum*», es decir, el Derecho «puesto» o «impuesto» por quien ejerce el poder en una determinada sociedad, y por ello, válido en su ámbito. A partir de entonces, los términos «Derecho positivo», o «ley positiva» serán frecuentemente utilizados para designar las normas prescritas, en principio, como válidas en cada sociedad.

<sup>44</sup> Brewer-Carías, A. R. *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencia*. Cuadernos de la Cátedra Allan. R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB, Caracas, 2019, 215.



Y aquí es necesario hacer de nuevo una precisión metodológica, sin la cual no es posible afrontar correctamente el análisis de los problemas del fenómeno administrativo (o realidad administrativa o política). En efecto –y esto es lo más importante–, la determinación de lo que es el sistema del Derecho administrativo no puede hacerse determinando previamente lo que «no es». El modo de proceder debe ser el inverso, esto es, identificar qué «es» el sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

En tal sentido, la función principalísima del Derecho administrativo en su sentido propio desde la perspectiva del «deber ser» es: la «racionalización»<sup>45</sup> de las actividades–sea cual fuere– de la Administración pública; el fomento de sus actividades «conforme a Derecho»; y, por último –pero no en importancia–la ordenación y eficacia del «control jurídico» de las mismas. Además, no debemos olvidar que la sustancial innovación, conforme al orden constitucional, en el desarrollo de la actividad de la Administración Pública tiene que ver más directamente con los ciudadanos –*rectius*: personas–, de acuerdo con el Art. 141 de la C, y el código jurídico de tal desarrollo, además del criterio clásico de la actividad administrativa conforme a Derecho, incorpora también el de la «buena» y «eficaz» Administración pública y, por tanto, de calidad.

32.<sup>a</sup> Así las cosas, la postura poco cordial de una minoritaria corriente hacia el Derecho administrativo se expresa –bien es cierto–, de forma significativamente conectada con la del «ser», o de la realidad administrativa o política en la aplicación del Derecho «puesto» o «impuesto», y de ahí la desilusión que sufriría un estudiante al asistir a una cátedra o al leer cualquier Manual al uso universitario.

Pero junto al error de perspectiva señalado, es necesario situar otro de carácter metodológico que no podemos silenciar: que el hipotético estudiante, medianamente avezado, tampoco necesitaría hacer un gran esfuerzo imaginativo para entender que una cátedra o en un manual de Derecho administrativo tiene por objeto el «estudio» tanto de los conceptos, categorías, instituciones, como del sistema normativo, y sus problemas, desde un punto de vista del «método jurídico» –«deber ser»–, y no desde la realidad administrativa o política –«ser»–, la cual habría de ser el objeto de las especialidades de otras ciencias sociales complementarias, tales como la Ciencia de la Administración, la Ciencia Política, etc., ya que también estas disciplinas tienen a la Administración pública como objeto de su temática<sup>46</sup>, aspecto este sobre el cual volveremos más adelante.

En este orden de ideas, es oportuno recordar que el enfrentamiento entre el mundo del «ser» y el mundo del «deber ser» alcanzó su mayor tensión polémica, por lo que al mundo del Derecho respecta, con el advenimiento de la llamada «Escuela de Viena» fundada por H.

---

<sup>45</sup> El concepto de «racionalización», según H. Schäfer, se deriva en su origen lingüístico unívocamente de *ratio* (razón, juicio), significa tanto como configuración (creación, conformación) racional. El concepto no revela, sin embargo, en su aplicación a las ciencias sociales y económicas, una significación completamente uniforme. De manera general, bajo el concepto de racionalización puede entenderse la sustitución de las formas tradicionales de proceder por otras racionales fundadas en el intelecto, analizadas en orden a la mejora de las situaciones actuales. Schäfer, H. «Racionalización y creación del Derecho». En DA, núm. 215, 1989, 156.

<sup>46</sup> En el Derecho administrativo angloamericano están los estudios administrativos y de otras disciplinas y donde se han encaminado los trabajos hacia materias tales como: Ciencia política, historia, sociología social, economía, administración de negocios (privada), etc. En Dwight Waldo. *Study of Public Administration*. N.Y., *Doubleday and Company, Inc., Garden City*, 1955, cit. por G. Laso Vallejo. DA, núm. 41, Reseña, 88.

Kelsen<sup>47</sup>, y su teoría del Derecho «puro», que al ser políticamente combatida degeneraría casi en un dogma. El Derecho quedaba así liberado de la deuda que suponía el tener que reconocerse tributario de la política, la sociología, la economía, etc. El Derecho se convertiría así, en un mundo cerrado y autosuficiente, y los que lo deseaban permeable o poroso serían tildados de heterodoxos, por querer traer a su ámbito puro y aséptico perniciosas contaminaciones de ciencias «no jurídicas».

Este esquema ideal, muy bien construido y de innegable perfección técnica, presentaba, sin embargo, una serie de puntos débiles desde los que se le ha hecho una crítica que bien podría calificarse de demoledora: el Derecho se alejaba de la realidad y de la vida hasta convertirse en mera forma sin contenido, en pura idea sin vivencias, en un pensar absolutamente puesto. El Derecho ya no será para la vida, como diría R. von Ihering<sup>48</sup>, sino que una cosa va a ser la vida y otra el Derecho.

**33.<sup>a</sup>** De lo anterior surge, irremediamente, el incremento y mejora –o desmejora, que también ha sido una realidad– de las relaciones entre el Estado administrativo y las personas, lo cual constituye uno de los aspectos más significativos de la época actual, que debe contemplarse dentro del conjunto de la evolución –o involución– de las relaciones entre el Estado administrativo y la sociedad en su conjunto. De ese modo, como señalara J.L. Villar Palasi<sup>49</sup>, se empieza a cobrar conciencia de que «la realidad nunca es una indiferente: si no se hace de ella un amigo útil será para siempre un formidable enemigo».

Así las cosas, si examinamos la realidad administrativa o política que surge del Derecho –puesto o impuesto–, y ello resulta en cierto modo paradójico, solo podemos quedar –como agudamente denuncia L. Martín-Retortillo Baquer<sup>50</sup>–, muy impresionados por la propensión a causar una gran tipología de irregularidades como son la dejadez, la pasividad y la falta de actuación de la Administración Pública en tantos niveles y espacios –donde se atenta más que a la calidad de vida de las personas contra la dignidad humana–; la ausencia de control de gastos y de la presencia efectiva de la intervención de órganos de control de la gestión administrativa y todos sus sucedáneos que no acaban de controlar; la contratación pública plagada de irregularidades y de corruptelas; de la misma falta de supervisión urbanística; y del uso y del abuso de los Decretos-leyes y de los Decretos de excepción, y tantos otros casos que están en la mente del lector; y, en general, agregamos, cuando no del extremo opuesto de un activismo «administrativo» con abusos y excesos (desviación de poder, prevaricación administrativa, usurpación de funciones, etc.) del Estado administrativo que vulneran, impunemente, el derecho a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales. Ciertamente, son todos ellos ejemplos de las innumerables disfunciones que exigen una contundente operación de adaptación permanente de las grandes categorías y de los conceptos jurídicos del Derecho en general, y del Derecho administrativo en concreto, tan vinculado, insistimos, a la vida en sociedad.

Tampoco escapa que una Administración Pública incontrolada, despilfarradora, excesivamente costosa, poco productiva, causa –globalmente considerada– por lo menos, tanto daño en lo económico, político y social en un país, como el originado por las eventuales

<sup>47</sup> Kelsen, H. *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*. Ediciones Olejnik. Madrid.

<sup>48</sup> Ihering, R. von. *La Lucha por el Derecho*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2018.

<sup>49</sup> Villar Palasi, J.L. “Consideraciones sobre el sistema jurídico”. En *RAP*, núm. 100. 1983.

<sup>50</sup> Martín-Retortillo Baquer, L. “El procedimiento como garantía (Una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios)”. En VV. AA. *Derechos y garantías del ciudadano* (López Menudo, Coord.). IUSTEL, Madrid, 2011, 39 y 40.

arbitrariedades y excesos de una Administración pública autoritaria e irresponsable. Lo que ocurre es que este tipo de Administración pública suele reunir, además, todas las características propias de una obscena ineficacia y corrupción.

Por último, debemos recordar que las características para la tipificación jurídico-administrativa de una forma de actuación administrativa –potestades y gestión administrativas– pueden resumirse en los requisitos de «conformidad a Derecho», y sus consecuencias jurídicas comunes de irregularidades jurídicas. Ahora, en el Derecho público por irregularidades jurídicas se entienden, tradicionalmente, todas las desviaciones, excesos o, en general, transgresiones (invalidez, responsabilidad, etc.) del Ordenamiento jurídico vigente.

34.<sup>a</sup> Ahora bien, allí donde la actuación del Estado y la Administración pública incurra, de modo concreto o sistemático en transgresiones del Ordenamiento jurídico, no existirá en la «aplicación» o ejecución del Derecho el anhelado «equilibrio» y, por ende, existirá cualquier cosa, menos la «dignidad» del Derecho administrativo de la que nos habla Forsthoﬀ. Tal conclusión parecería la indicada, si se tiene en cuenta que la identificación de los efectos de las transgresiones del Ordenamiento jurídico es la protección jurídica.

En efecto, ante la difuminación del Derecho y lo que no es Derecho *strictu sensu*, por los abusos y disfunciones de un derecho «del gobierno» (o del gobernante que viene a ser lo mismo); ante un derecho –puesto o impuesto– que solo se puede calificar, empleando la metáfora de «subterráneo» o «marginal» de nuevo cuño –bien cierto es, no por ello menos real–, con el que tales gobiernos dismantelan las instituciones públicas y privadas, sean o no de origen democrático, hacen un «mal Derecho», o lo que hacen cae en la esfera del «No-Derecho» del que habla D. Jesch<sup>51</sup>, todo ello muy distinto al sistema del Derecho administrativo construido, si se me permite emplear la terminología no jurídica –con todo útil desde el punto de vista expositivo–, sobre la «línea *Maginot*» en que consiste la relación dialéctica o de tensión Poder-Libertad, tal y como fuera ideado por los pensadores –«constructores del Derecho» o «*faiseurs de systèmes*»– clásicos del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio. Concisa y certeramente, O. Mayer<sup>52</sup> ha descrito esta circunstancia, así: «El Estado de Derecho es el Estado del bien ordenado Derecho administrativo». ¡Ciertamente, no muy poca cosa!

Un ejemplo de esa realidad administrativa que tiene causa en el Derecho –puesto o impuesto– pudiera ser, el caso de la indebida «manipulación» de la expropiación pública, lo que revelan los informes realizados en países tan distintos como España por la Defensoría del Pueblo<sup>53</sup>, y los meritorios estudios en Venezuela<sup>54</sup>, que proporcionan una extensa información

<sup>51</sup> Jesch, D. *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, 21.

<sup>52</sup> Mayer, O. (1949-1951). *Derecho administrativo alemán*, Tomo 1, trad. esp. del original francés de 1903. Depalma, Buenos Aires, 62.

<sup>53</sup> Inspección General de Servicios de la Administración Pública. “Inspección operativa de Servicio (IOS). 1988”. En el mismo sentido el Informe Anual del Defensor del Pueblo ante las Cortes de 1988.

<sup>54</sup> Vid. Sánchez Miralles, S. (2016). *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Caracas, EJV-CIDEP. Sobre la gran importancia de tal tipo de obras, recordamos la reseña bibliográfica firmada por G. Laso Vallejo, donde da cuenta de que el estudio de la Administración pública se inició con el principio de la civilización, pero pocas veces con tanta consciencia y nunca con el alcance y la intensidad que en nuestros días. En el caso concreto de USA, a partir de finales del s. XIX y comienzos del s. XX, se produjo un gran desarrollo en el estudio de la Administración pública. Desde entonces, en los *colleges* y universidades se dictan cursos que versan desde la administración de personal, pasando por las técnicas de análisis organizativo hasta las leyes administra-

sobre el modelo estatal intervencionista que se caracteriza por los graves abusos, problemas y deficiencias de la realidad expropiatoria, desde simplemente inaplicaciones cuando no obscenas transgresiones del (sub)sistema normativo sobre la materia, que han incidido negativamente en las garantías constitucionales del derecho de la propiedad privada, lo que ha posibilitado un diagnóstico actual que en síntesis lo que plantea es, insistimos, un análisis, excelente, de la realidad administrativa del Derecho –puesto o impuesto–, pero no del Derecho administrativo en su sentido propio, si nos atenemos a la misión o función que tiene encomendada –ver parágrafo 31.<sup>a</sup>–.

El anterior planteamiento parece necesario extenderlo a los demás sectores de la actividad administrativa nacional: contrataciones públicas, servicios públicos, orden público y seguridad ciudadana, sistema penitenciario, y un gran etc. Pero, precisamente, por ello, o a causa de ello, parece fuera de duda, que estamos en presencia del ejercicio del poder público en la «aplicación» de un derecho –puesto o impuesto– distinto, o en todo caso, de una noción hipertrofiada del Derecho administrativo en sentido propio.

Con los anteriores ejemplos se ha querido mostrar por dónde debe discurrir la discusión sobre el centro de interés del verdadero problema de la actuación del Estado administrativo y de la Administración pública en particular y, en definitiva, de la «aplicación» –o inaplicación o inobservancia– del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio. Afortunadamente la tendencia de las descalificaciones *a radice*, de momento, en cuanto limita seriamente el análisis del fenómeno administrativo, resulta aún minoritaria, y sobre todo no ha calado lo suficiente en una posición administrativa en la obra de los cultivadores del Derecho administrativo nacional, en los que predomina un método jurídico en la forma de abordar los problemas de la aplicabilidad –o de la inaplicabilidad– del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

35.<sup>a</sup> Vaya por delante, aquí también defendemos la posición identificadora del Derecho administrativo en su sentido propio, en tanto ciencia jurídica que «estudia» a la Administración pública quien, a su vez, tiene encomendada, de acuerdo con el principio de Estado constitucional de Derecho, la función de «aplicar» el (sub)sistema normativo administrativo, los modos o procedimientos que deben seguirse para su aplicación, y las vías para remediar las irregularidades jurídicas que se hayan producido en su aplicación o ejecución. De esta forma, abogamos por la ciencia del sistema del Derecho administrativo que enmarcado, principalmente, dentro de una concepción garantista de la persona ante la actuación del poder público, asume y defiende una posición de equilibrio entre los factores Poder-Libertad, ante un posible «abuso de poder» por parte del Estado administrativo. ¡El Derecho administrativo será garantista, o no será!

Por tal razón bastaría recordar como en la Alemania que tenía como telón de fondo la época del nacionalsocialismo, según relata M. Stolleis<sup>55</sup>, se produjo la ruptura del Estado

---

tivas, etc. Como método de enseñanza se utiliza con frecuencia el «método de casos», en los que se presenta un problema real de la Administración pública, libre de la posible deformación o errónea preconcepción de los libros de texto, con lo cual vedaría al estudiante el sentido de lo que es en verdad la Administración pública, a través de esos relatos de problemas administrativos. A partir de los años 30 y 40, tal tipo de estudio entró en un periodo de actividad, expansión y crecimiento como lo acreditan los archivos de la *Public Administration Review (Revista de Administración Pública)* desde su fundación en 1940 por la *American Society for Public Administration*. En *Ob. cit.*, nota 46, 84 y 85.

<sup>55</sup> Stolleis, M. “Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial”. En *DA*, núm. 234, 1993, 7 y 8.

constitucional y del Estado de Derecho, y por ello la dogmática del Derecho administrativo (*Verwaltungsrecht*) se vio expuesta a una nueva situación. Pero no fue el Derecho administrativo quien se hubo de posicionar al respecto, sino fueron los abogados administrativistas en la confrontación entre partido y Estado. De un lado, los que se congregaban en torno al lema de salvación del «Estado Nacional de Derecho», y trataban las exigencias de regularidad, de protección y la mayoría de las figuras dogmático-jurídicas tradicionales; y del otro, se situaban los activistas de partido que apremiaban la abolición de la jurisdicción administrativa, y cuyo credo se condensaba en definitiva en la temible frase de un cuadro del partido y posterior Presidente del Tribunal Administrativo del *III Reich*: «Una Administración sana no necesita leyes ni reglamentos».

Tampoco hoy deberíamos ignorar que, a quienes sentaron en el banquillo de los acusados en los juicios de Núremberg fue a los responsables que, en su condición de funcionarios del gobierno –civil y militar– y de jueces del poder judicial, participaron en la interpretación y «aplicación» del sistema normativo alumbrado e impuesto por los poderes del *III Reich*, y que además asumieron como fuentes del derecho, entre otras, el liderazgo «providencial» del *Führer*, el Programa del Partido Nacionalsocialista, privando a los ciudadanos del «gobierno de las leyes» (A.M. Peña Freire<sup>56</sup>); pero en modo alguno fue al Derecho público alemán, referente siempre del Derecho comparado<sup>57</sup>.

Finalmente podríamos invocar en este contexto que el Derecho público en general, y el sistema del Derecho administrativo en particular, formalmente, fueron concebidos para el modelo de Estado de Derecho, y que, como tales, no pueden servir o convertirse en instrumento de ideologías totalmente contrarias a las que, se insiste, han sido las señas de identidad que les dieron origen. Lo demás sería incurrir en una desnaturalización de la esencia o *dignidad* misma del sistema del Derecho administrativo, como aconteció en la barbarie nazi donde, según Peña Freire, los jueces nazis como los juristas en general, solo eran «idealistas radicalizados que emplearon el derecho para implementar una moral perversa que ellos consideraron correcta», para construir lo que en rigor solo era un pseudo-orden o, en expresión de Legaz y Lacambra<sup>58</sup>, un «pseudo-Derecho vigente».

#### IV. CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

**36.ª** Pero puestos en un plano especulativo, no podemos quedarnos en una simple constatación de una realidad administrativa o política concreta. ¿Qué ocurre cuando se produce una «discrepancia» entre las determinaciones positivas del (sub)sistema normativo y la organización jurídico-administrativa, y la realidad administrativa o política? Parece evidente que si en la práctica observamos que si un Estado cualquiera aplica el pseudo-Derecho adminis-

<sup>56</sup> Peña Freire, A.M. *Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía del derecho: Radbruch y el positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 2020, 43.

<sup>57</sup> Sin embargo, no debemos olvidar los casos muy notables donde el Derecho administrativo se hubo construido en un entorno de autoritarismo y de déficit democrático, como lo testimonia la llamada “década prodigiosa del derecho administrativo español”, con la aparición en 1950 de la *Revista de Administración Pública* que contribuyó de modo decisivo, luego con la promulgación de importantes leyes básicas (expropiación, justicia administrativa y procedimiento administrativo) en la estructuración del Estado de Derecho, y a partir del cual empezaron a aparecer los grandes manuales modernos de profesores de la talla de E. García de Enterría, F. Garrido Falla, J. González Pérez, J.L. Villar Palasi, entre otros, de gran influencia en nuestros iusadministrativistas, y con el cual el Derecho administrativo latinoamericano tiene una gran deuda. “Entrevista a Jesús González Pérez (TRF)”. En *RPP*, núm. 200, mayo-agosto (2016), 11-22.

<sup>58</sup> Legaz y Lacambra, L. *Ob. cit.*, nota 4, 33.

trativo o una noción hipertrofiada del Derecho administrativo, como un instrumento más en las desviaciones del modelo que consagra la Constitución, para construir una realidad administrativa o política no conforme a los principios, categorías e instituciones administrativas basilares del sistema de Derecho administrativo en su sentido propio, de modo alguno es de recibo la afirmación que por eso éste haya dejado de ser lo que es, o que está al servicio del gobierno, pues se adolecería de un craso error de perspectiva. En todo caso, hay que andarse con cuidado cuando empleamos los adjetivos, como si de un significante con significado se tratara.

En efecto, en el conjunto de las posiciones desacreditadoras del Derecho administrativo late una misma concepción: desconocer que el abordaje del análisis científico del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio –a diferencia de la Ciencia de la Administración o de la Ciencia Política– debe hacerse desde conceptos generales con un alto nivel de abstracción –*scientia iuris*– y no desde contaminaciones valorativas de las interpretaciones o «aplicaciones» del (sub)sistema normativo administrativo o de los fenómenos o problemas puntuales o generalizados –disfuncionalidades, desviaciones, patologías o procesos degenerativos de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia fallido o disfuncional–, que requieren soluciones *ad hoc*, ya sea a través de un proceso de reformas legislativas o administrativas, o ya de la construcción de nuevos paradigmas como sucedió en la Alemania de la postguerra, donde seis meses después entró en vigencia de nuevo la jurisdicción contencioso-administrativa.

En todo caso, a los fines de precaver la manipulación de citas descontextualizadas, «conviene advertir que lo señalado no quiere decir que las realidades administrativas o políticas no existan». La realidad –como la verdad– es como es, y de nada sirve resistirse a ella, y lo que nos queda es prepararnos para afrontarla y manejarla desde los afinados mecanismos o garantías de control público –instancias nacionales o internacionales– y de defensa y protección del derecho a la dignidad y los demás derechos fundamentales, articulados y contruidos al efecto desde siempre en el seno del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio y que, sin duda alguna, han desplegado su eficacia en el modelo de Estado democrático y social de Derecho; pero, lo que si no es aconsejable, es intentar adaptar drásticamente la realidad administrativa o política a nuestros estrechos y particulares criterios de simetría.

37.<sup>a</sup> Ahora bien, y sin pretensión de exhaustividad, en línea de continuación con el tema de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro la actual realidad administrativa o política del pseudo-Derecho –puesto o impuesto–, como la que hasta aquí se viene postulando que incide, desde luego, en el proceso de deslegitimación por la gestión y el resultado a que lo público está sometido, necesariamente plantea como cuestión previa, la de determinar su viabilidad y alcance.

En tal sentido, debemos señalar al respecto que el sistema del Derecho administrativo –como el Derecho en general–, debe ponerse a cubierto de dos de las más graves objeciones que se le pudieran imputar: 1ra., el hermetismo frente a la evidente realidad administrativa o política; y 2da., la pretensión de autosuficiencia, dogmatizadas ambas en el aforisma latino «*quod non est in Códice non est in mundo quod non est in Códice non est in mundo*».

Y es que tampoco deberíamos olvidar que si el Derecho en general tiene una dimensión relacional y conflictual –y donde solo estaría demás en un imaginario mundo robinsoniano de una sola persona–, lo mismo cabría decir del sistema del Derecho administrativo, con solo recordar las lecciones de J.L. Villar Palasi<sup>59</sup> cuando afirma: «El Derecho administrativo doc-

<sup>59</sup> Villar Palasi, J.L. *Derecho Administrativo*. Tomo I, *Introducción y Teoría de las Normas*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, 416.

trinal se ha construido desde la perspectiva de la patología del Derecho de la jurisdicción, de la contienda, y no desde el ángulo del funcionamiento normal y diario. Brinda criterios al abogado para preparar demandas contencioso-administrativas, pero no proporcionará líneas de comprensión al administrador». No se trata, pues, de bigamias metódicas, sino del cabal entendimiento de la función real del Derecho, nacido para vivir no precisamente en el «Cielo de los conceptos puros», como irónicamente escribía Thebing.

Es por lo expuesto que importa hacer constar aquí, que en la vida lo primero que surgen son los problemas –solo Dios carece de ellos, pudo decir el teólogo G.E. Lessing–, de los que emanan luego las soluciones, que acaban cristalizando en un sistema normativo con cuya concepción se eliminan de raíz, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en el grave pecado original de todos los conceptualismos jurídicos: tratar los problemas, es decir a la vida misma, en función de las soluciones, esto es, del sistema jurídico, cuando debería justamente ser lo contrario.

**38.<sup>a</sup>** El Derecho administrativo, sin duda, ha dominado el escenario de reflexión sobre la Administración pública, su organización y funcionamiento, en razón precisamente de que otros campos de dedicación intelectual han estado alejados de la realidad administrativa o política, como «producto del poder», salvo muy contadas aportaciones significativas.

Por ejemplo, la preocupación esencial de la Ciencia Política ha sido, y continúa en parte siendo, el estudio de la formación del poder político, su legitimación y estructura interna, y sin referirse, por tanto, al verdadero «ejercicio» del poder político, es decir, a las actuaciones de ese poder político en su relación con la sociedad a quien formalmente representa (se preocupa por la legitimidad de origen del poder político, pero no así de la legitimidad en su desempeño). Es probable que esta sea la causa de la altura del listón crítico que algún que otro autor aplica en el análisis que arroja la realidad administrativa o política en las dos últimas décadas.

Ha sido, pues, la experiencia actual, por las cada vez más numerosas manifestaciones de un «mal Gobierno» o una «mala Administración», con los que se producirá el primer encuentro que ha conducido a algunos autores a la legítima preocupación por esa realidad administrativa o política, con la aparición de importantes estudios que con una perspectiva descriptora han dado cumplido testimonio de tal época, en razón a que la actual Ciencia política no haya podido llenar ese vacío adecuadamente, salvo error u omisión de mi parte. Y el tema, digámoslo ya, nos preocupa no solo desde un punto de vista académico o teórico, sino sobre todo por lo acuciante de los retos con que nos enfrentamos al Estado administrativo, potenciados por la sobrecarga de tareas del gobierno actual, y por la difuminación tanto de los controles públicos eficaces sobre las mismas como de los límites entre los ámbitos de lo público y de lo privado.

**39.<sup>a</sup>** Ahora bien, cuando es el Estado, y de manera específica la Administración pública, quien con su actuación no responde al modelo jurídico-político diseñado por la Constitución en general (Brewer-Carías<sup>60</sup>), y por la Constitución administrativa en concreto –y este problema, con relación a nuestro país, cobra especial interés–, es en ese sentido que se debería hablar de una «discrepancia» entre el Derecho administrativo y la realidad administrativa o política, no para referirse a la infracción de una norma administrativa en concreto, sino para señalar la ausencia o escasa entidad de una realidad administrativa o política que se supone

---

<sup>60</sup> Brewer-Carías, A.R. “Sobre el modelo político y Derecho administrativo”. En *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (A. Montaña Plaza y A.F. Ospina Garzón Editores). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2104.

que la Constitución o el Derecho exigen<sup>61</sup>. Y en el caso de que el (sub)sistema normativo administrativo existente no se concrete o materialice en la realidad administrativa o política, esto es, que los destinatarios de dentro o fuera de la Administración pública no lo interpreten o apliquen conforme a Derecho, lo que se produce son «déficits de aplicación de programas», y donde las causas pueden ir desde el déficit de aceptación, pasando por los déficits de control y sanción y, por último el déficits de estimulación (W. Hoffmann-Riem<sup>62</sup>).

Sería por ello craso error interpretar el continuado déficit de «aplicación» o «ejecución», o incluso la indebida «manipulación» del (sub)sistema normativo administrativo observable, como la «decadencia» del Derecho administrativo mismo, pues, es simplemente ignorar que los estudios sobre la implementación de las normas jurídicas, donde se encuentran son en un complejo proceso de dirección político-administrativa. En conformidad con lo que afirma Hoffmann-Riem, si se quiere analizar la capacidad del Derecho de «incidir en la realidad social», los tradicionales estudios sociológico-jurídicos deberían simultanearse con estudios «de implementación». Esto vale también para el Derecho administrativo en concreto. Por ejemplo, la débil garantía que en la práctica forense se puede constatar del procedimiento administrativo sancionatorio (F. Pesci Feltri<sup>63</sup>), de la expropiación pública, o en fin de cualesquier otra institución, lo que viene a significar es un déficit o falta de aplicación, implementación o realización del (sub)sistema normativo administrativo.

Cosa muy distinta es que la evolución del Derecho administrativo ponga al descubierto, una serie de carencias y necesidades que no encuentran respuesta adecuada en el (sub)sistema normativo administrativo vigente, en la medida que tal o cual sector, como por ejemplo el procedimiento administrativo, esté urgido de actualización que pasa por el acomodo –reformas de 2ª, 3ª o hasta de 4ª generación– del mismo a las nuevas exigencias de simplificación, de técnicas de reducción de cargas y la eficiencia en la gestión del procedimiento, etc. –*Better Regulation*–. La falta de mejora de regulación del (sub)sistema normativo en esta parcela, no solo cuestiona las exigencias del principio de buena administración, sino también el sistema de garantías jurídicas de las personas.

40.ª En la línea de defensa del método jurídico iniciado por E. Orlando en 1889, F. Garrido Falla<sup>64</sup> puso la cuestión a punto, al señalar que frente a la «pureza del método jurídico» en que consiste la ciencia del Derecho administrativo, la Ciencia de la Administración, por muy útil que su estudio resulte, es un conglomerado heterogéneo y disperso contenido que representa una dificultad para su reducción científica. La consecuencia que se desprende de esta contraposición de enfoques diferentes de los problemas de la Administración pública es obvia, y es lo que merece verdaderamente la pena ser resaltado: por ejemplo, como la Administración pública es, pues, objeto común de las ciencias del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración, marca y delimita el ámbito sobre el que uno y el otro operan, recíprocamente, y les suministra desde la compleja realidad, los elementos de que se nutren y que luego cada uno asimilará y transformará específicamente.

Ahora bien, el método jurídico no puede suponer desconectar de la realidad administrativa o política pero, en modo alguno, a diferencia de lo que se pretende, la ciencia «del Dere-

<sup>61</sup> Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 45.

<sup>62</sup> Hoffmann-Riem, W. “La reforma del Derecho administrativo”. En DA, núm. 234, 1993, 24 y 25.

<sup>63</sup> Pesci Feltri, F. *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. EJV-CIDEP. Caracas, 2018.

<sup>64</sup> Garrido Falla, F. *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961, 89.



cho administrativo no crea esa realidad», así sea una realidad administrativa o política. En efecto, la ciencia del Derecho administrativo no puede presentarse con afán de agotar, desde su perspectiva del análisis o método jurídico, el multifacético universo de la realidad administrativa o política. La misma complejidad de esa realidad administrativa o política, la multiplicidad creciente de sus funciones, el constante abuso o manipulación de los mecanismos formales e informales en el ejercicio de sus fines, los numerosos puntos de contacto que presenta su actividad en relación con instituciones y agregados sociales de todo tipo, hacen del estudio de la Administración pública, al mismo tiempo, una labor apasionante, por lo que tiene de central en la dinámica social, como difícil de reducir a los parámetros de una sola ciencia jurídica.

De esta manera dijo alguien una vez, el Derecho –y de ahí su fundamentación ética– se asemeja mucho a la medicina: vive de realidades (enfermedades-injusticias) y subviene a necesidades (salud-orden-justicia). Por eso, también es cierto, el abogado iusadministrativista que se refugia en la torre de marfil del Derecho administrativo puro podrá llegar a ser tan funesto, como aquel médico que tan magistralmente ridiculizó Moliere, y que prefería que sus enfermos se le muriesen observando las sagradas leyes de la medicina a que se le salvaran infringiéndolas.

41.<sup>a</sup> En este orden de ideas, como señala Hoffmann-Riem<sup>65</sup>, sería oportuno preguntarnos si es posible abordar la ciencia del Derecho en general, desde el prisma de una ciencia que trata del control y de dirección de comportamientos, esto es, como una ciencia «de dirección». Y solo después plantearnos dentro de la discusión, la cuestión de si se puede conseguir, y en qué medida, configurar a la ciencia del Derecho administrativo –también– como una ciencia «de dirección» que se ocuparía –además de lo que la define en su misma esencia–, de las condiciones de incidencia del (sub)sistema normativo administrativo en sus destinatarios dentro y fuera de la Administración pública, así como de las condiciones de incidencia de los sistemas normativos sobre el comportamiento de sus destinatarios y de terceros afectados.

Las consideraciones de Hoffmann-Riem conducirían, entonces, a preguntarnos si las categorías, conceptos e instituciones del sistema del Derecho administrativo habrían de orientarse –y dejando de ser lo que son en esencia–, de acuerdo con las necesidades actuales de dirección en el Estado y la sociedad, y con las posibilidades reales en ese mismo orden. Al respecto se podría responder que, sin duda alguna, la ciencia del Derecho administrativo con sus premisas y propiedades dogmáticas, no podría abordarlas adecuadamente desde un punto de vista puramente jurídico, pues no cuenta con normas relativas al empleo de los factores de dirección; mientras que, por el contrario, la Ciencia de la Administración no solo los contiene, sino que los considera relevantes para la actuación de la Administración pública desde el punto de vista de la «teoría de la dirección», y en consideración de factores políticos y sociales de peso.

Con lo anteriormente expuesto, queremos significar que no se puede equiparar el sistema del Derecho administrativo a la Ciencia de la Administración, pues no hay que olvidar que el estudio de la Administración pública y su actividad, desde el punto de vista jurídico, constituye de por sí un sistema conceptual y didáctico de enorme significación. Y solo a los efectos de hacer memoria, nos permitimos recordar que el origen de semejante perspectiva hay que buscarlo en los nombres de los eminentes juristas del Derecho administrativo de la Europa continental, donde predominaba una preocupación esencial: la legalidad o la juridici-

---

<sup>65</sup> Hoffmann-Riem W. *Ob. cit.*, nota 65, 26.

dad. De ahí que el mérito del Derecho administrativo estriba –como una señal de identidad– en el hecho de haber juridificado al máximo la Administración pública, en su organización, estructura, funcionamiento y fines, que tanto ha influido en las épocas posteriores y aún en nuestros días, y no el de ser un instrumento de un Estado que «no es de Derecho».

42.<sup>a</sup> Sin embargo, también es cierto, estudiada solo desde el punto de vista jurídico, la Administración pública resulta excesivamente abstracta. Que a eso es a lo que suele conducir la exaltación a ultranza de una técnica, de un estilo o de una forma: al Derecho por el Derecho. Así las cosas, mientras que el Derecho administrativo es, originariamente, un mundo relacional o formal, establecedor del «equilibrio» Poder/Libertad, la Administración pública es un contenido y una actividad teleológica de innumerables metas. La Administración pública interviene hoy en demasiados campos para que los problemas administrativos puedan reducirse a simples problemas de Derecho (P.M. Gaudemet<sup>66</sup>).

Es por ello que, en esencia, el Derecho administrativo siempre ha sido, es y será una respuesta frente al deseo de seguridad y protección jurídicas del derecho a la dignidad humana y demás derechos fundamentales de las personas frente al Estado y su Administración pública. Esta perspectiva jurídico-administrativa, por tanto, puede y debería ser completada mediante planteamientos de la Ciencia de la Administración que atienda a factores como son la aceptación y la eficacia del (sub)sistema normativo administrativo. Mas lo cierto es que si bien ambas categorías «no se deben confundir», no cabe entre ellas la incomunicación ni el aislamiento. Recordemos a J. Ortega y Gasset<sup>67</sup> cuando señaló: «Toda recta sentencia sobre cómo deben ser las cosas presupone la devota observación de la realidad». En suma, el «deber ser» sirve para ordenar y enjuiciar al «ser».

En definitiva, cierto es, no se debe reducir a una mera cuestión de principios dogmáticos, sino del tratamiento técnico-jurídico de una cuestión que reclama un análisis de tal naturaleza, y si ambos fenómenos están relacionados entre sí –si bien de una forma subyacente–, de esta conexión no debe inducir a conclusiones apresuradas, como pretender endosarle al Derecho administrativo en su sentido propio, la manipulación o los déficits de su «aplicación» o de realización por parte del Estado y de su Administración pública. *¡Il' y a une petite difference, mais quelle difference!*

43.<sup>a</sup> Por otro lado, todo Derecho aspira a la eficacia, a la efectividad. Es por ello que hoy día surge en la moderna dogmática alemana del siglo XXI, que se inscribe y entronca con la mejor tradición del Derecho administrativo como disciplina sistemática de pensadores como O. Mayer y F. Fleiner, y que encabeza Schmidt-Assman<sup>68</sup>, la preocupación de proponer el postulado del Derecho administrativo como ciencia «de dirección» (esto es, como un Derecho que aspira a dirigir los procesos sociales), y que se asienta en la premisa de que la ciencia jurídica no puede detenerse en la construcción dogmática de reglas jurídicas, categorías, institutos sino que, además, debe preocuparse para encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho administrativo sea eficaz y eficiente.

Así las cosas, en la actualidad, el debate parece haberse desplazado hacia otros terrenos en la búsqueda de una más eficaz acción administrativa, eso sí, dentro de las coordenadas que trazan la Constitución y el Derecho. Se trataría de un análisis o de una aproximación, en todo

<sup>66</sup> Gaudemet, P.M. “La enseñanza de las Ciencias Administrativas en Francia”. En *RAP*, núm. 4, 1951, 337.

<sup>67</sup> Ortega y Gasset, J. *Obras Completas*, Tomo III, *España invertebrada*. Alianza Editorial, Madrid, 1922, 101.

<sup>68</sup> Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 27.

caso científica, por la perspectiva funcional o, lo que sería lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y satisfacción de los fines que el (sub)sistema normativo administrativo le asigna en cada caso a la Administración pública.

Hasta ahora, los instrumentos o técnicas de dirección con los que ha contado el Derecho administrativo son las técnicas coercitivas y de ejecución (autorizaciones, mandatos, órdenes, prohibiciones, etc.). Pero es solo una cara del tema. También las «ciencias sociales» en torno al concepto de dirección han puesto de manifiesto que, junto a los instrumentos reguladores, existen mecanismos como la creación de incentivos o el uso de la información. Este nuevo análisis permite integrar nuevas formas de acción administrativa, como las que se dan en el ámbito de la resolución y ponderación de conflictos, el uso de la información y del conocimiento, las nuevas formas de cooperación o, en fin, la aplicación de las reglas inspiradas en criterios económicos, y de ahí que hoy día, la racionalidad económica y la eficacia administrativa también se convierten en parámetros de la acción administrativa (Schmidt-Assman<sup>69</sup>).

En todo caso, la referencia o el auxilio que las demás ciencias sociales y, en particular, la «teoría de la dirección», le pueden brindar al Derecho administrativo, no significa que sus funciones hayan de devaluarse o a desembocar en una suerte de «técnica social»<sup>70</sup>. Ahora, con esta aproximación al sistema del Derecho administrativo resultaría más fácil identificar, y solucionar, los problemas administrativos o los déficits de la Administración pública en el cumplimiento de los fines que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico le tienen encomendados, que desde la más estrecha perspectiva centrada en un enfoque hermenéutico y normativo.

Por tanto, debería constituir un objetivo prioritario en la actualidad, como sostiene el citado Schmidt-Assman, la gestación de una «nueva metodología» que integre de modo interactivo las distintas perspectivas que aportan la teoría, la dogmática, la historia, la economía y la moderna ciencia social. Es por ello que, quien de verdad esté interesado o se dedique al Derecho administrativo de nuestro tiempo, no puede pretender seriamente estar a la altura del debate, con solo acudir al argumento de su «eliminación», por la sencilla razón que el reto de la nueva metodología resultaría muy exigente para el verdadero «investigador», que remite a cuestiones de hondo calado, puesto al tiempo que le obliga a introducirse para las profundidades del sector de que se trate, debe mantener su capacidad para la reflexión y la abstracción, camino que aún está por recorrerse.

Por último, tampoco habría reparo alguno en: 1ro., afirmar que el sistema del Derecho administrativo y las demás «ciencias sociales» que tienen por centro de estudio la Administración pública, están llamados a prestarse mutuo apoyo en el marco de aquellas cuestiones o materias cuya regulación jurídica y realidad social –administrativa o política– se superponen; y 2do., alentar con amplitud de miras, a los estudiantes y abogados, no solo a cultivar el Derecho administrativo en la teoría y en la *praxis*, sino a favorecer también su contacto con otras ciencias sociales complementarias pero, «ciertamente distintas», con las cuales se han tendido puentes donde se ha ganado significado y relevancia, como lo veremos a continuación.

## V. ABOGADO IUSADMINISTRATIVISTA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

44.<sup>a</sup> Hemos ido repasando hasta aquí los principales elementos que destacan, según nuestro punto de vista, en el tratamiento por parte de diferentes ciencias sociales de la realidad administrativa o política. En todos los casos hemos señalado los elementos específicos

<sup>69</sup> Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 34.

<sup>70</sup> Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 30.

que provocan, insistimos, la muy legítima preocupación por la actuación y el funcionamiento del Estado administrativo, pero también las limitaciones que se detectan desde la perspectiva formal del Derecho administrativo, que no puede dejar indiferentes a los abogados iusadministrativistas que, por profesión y vocación, tienen que estar muy atentos al acontecer del mundo jurídico.

Así las cosas, fácil es comprender, sin embargo, que no habría lugar en la ciencia del Derecho administrativo para tanto extremo ni extremosidad: 1ro., por la obra de quienes pretenden saber más infinitamente del Derecho –o de Economía, de Historia, de Filosofía, etc.– que de la Administración pública, pese a ser éste el objeto o materia de aquella ciencia jurídica; y 2do., por la obra de quienes en el otro extremo –aprovechando la distracción de la sub-cultura del buenismo que pareciera imperar en estos tiempos–, pretenden eliminar o demoler el edificio del Derecho administrativo –al grito de «¡Venimos a destruir!»–, so pretexto de dar mayor solides a sus cimientos, cuando no con la pretensión de refundarlo desde lo que habría de quedar de sus cimientos, puesto que ningún radicalismo puede dejar impasible incluso al Derecho administrativo.

En mérito a lo antes expuesto, es oportuno también traer una cita de F.C. Mosher y S. Cimmino<sup>71</sup>, que si bien está referida a la formación y perfeccionamiento del funcionario público, es también válida para la formación del estudiante o del abogado, que no solo pretende ejercer ante la Administración pública, sino también escribir o enseñar Derecho administrativo. En efecto, los mencionados autores con toda razón han hecho notar, con enorme agudeza y contundente argumentación, que la perspectiva jurídica examina de hecho el «fenómeno administrativo» desde fuera y deja al margen de su campo de investigación las fuerzas internas o externas del mismo. De ahí que refiriéndose en concreto a la formación de los funcionarios del Estado que solo consideran el aspecto exclusivamente jurídico, y que poseen una formación profesional teórica totalmente orientada hacia el Derecho administrativo, terminan por conocer solo el Derecho y no la Administración pública, con la doble desventaja de ignorar algo tan esencial para su misma especialización y creer –lo que es peor– que después de lo que han aprendido teóricamente ya, a través de los muchos y muy buenos textos de Derecho administrativo, no les queda nada por aprender de la Administración pública.

45.<sup>a</sup> Frente a tales posiciones extremas, que forzosamente han de adolecer de unilateralidad –la simplicidad como sistema antes mutila que ilumina la realidad–, están los abogados iusadministrativistas que se hayan en una posición equidistante entre, aquél pragmático al que los árboles no dejan ver el bosque, y aquél otro teórico al que el bosque no deja ver los árboles.

Es por ello que, como notable intento de armónico ensamblaje entre ambas posturas, debemos poner en valor a una gran mayoría de integrantes de la Escuela del Derecho administrativo venezolano que, precisamente, por haberse formado tanto en la teoría como en la *praxis*, a partir de la década de los 60 del siglo pasado, construyeron un formidable foro nacional, y de resaltar cómo la *Revista de Derecho Público* fundada en 1980, con los temas prioritarios que siguen alimentando sus páginas, al dejar un elenco de aportaciones portadoras de una visión innovadora y de calidad científica, da buena cuenta de ello al cumplir vigorosamente el 40 aniversario en este año 2020, y pese a las circunstancias conocidas por todos, seguirá como referente insoslayable de la comunidad académica e investigadora en el escenario de Iberoamérica.

---

<sup>71</sup> Mosher, F.C. y Cimmino, S. *Ciencia de la Administración*. Ediciones Rialp S.A. Madrid, 1961.

Es por ello que si quisiéramos avalar tal postura hoy día, y tómesese esto simplemente a título de ejemplo, siquiera altamente significativo de la vida nacional, es digno de mencionar al Maestro A.R. Brewer-Carías, fundador y director de la mencionada Revista de Derecho Público, e inequívoco *pivot* del Derecho administrativo y paradigma vocacional de la permanente transformación del Derecho administrativo, jurista con apertura hacia la historia, la sociología, la hacienda pública, las políticas públicas y demás ciencias relevantes.

Y que por eso mismo, a quien no solo cabría leer y citar, sino por sobre todas las cosas –cuando se está cada vez más escaso de referentes públicos–, seguirlo por la «ejemplaridad»<sup>72</sup> de jurista, cuya obra ya de por sí solo testimonia la vitalidad que tiene el Derecho administrativo venezolano actual, junto con otros muy notables abogados iusadministrativistas nacionales cuya obra «hecha» sería larga de enumerar.

46.<sup>a</sup> Ahora bien, volviendo al punto inicial, tal modo de comprender: 1ro., el propio Derecho administrativo y sus categorías, conceptos e instituciones y sus problemas; y 2do., su vinculación con la Constitución en general y con la Constitución administrativa en particular ha calado tan profundamente, por fortuna, que no es infrecuente encontrar artículos, ensayos o manuales de excelente factura por parte de abogados iusadministrativistas, en los que el examen de una categoría o institución jurídica administrativa se encabeza con una exposición de los principios, valores superiores y reglas constitucionales, pues estos contienen «*les têtes de chapitres*» de la ciencia jurídica que se examina y, por supuesto, con su vinculación a otras ciencias sociales complementarias.

Así las cosas, la mención de las temas administrativos basilares que fueron analizados a lo largo de esta obra (**Caps. 4 a 10**) solo han sido meros ejemplos, fácilmente multiplicables, pero que constituyen muestra inequívoca de cómo la Constitución administrativa ha sabido incorporar a su seno, las más destacadas categorías, conceptos e instituciones de la dogmática en orden a la transformación –adaptación e innovación– y enseñanza científica del Derecho administrativo, tan trabajosamente conseguidos y depurados, tras larga y laboriosa evolución durante algo más de 2 siglos; y que desde el prisma o marco constitucional, el Derecho administrativo será más idóneo a servir, no solo de contrapeso y de canon de control público en el complejo equilibrio alcanzado del dilema Poder-Libertad, sino más comprometido con la protección, la defensa y la promoción del derecho a la dignidad humana y de los demás derechos fundamentales de la persona, no solo en tiempos de situación de normalidad sino, de forma especial, en situaciones de anormalidad (Estado o derecho de excepción), frente a la actuación del Estado administrativo cuando se salga de la órbita del modelo jurídico-político de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia definido por la Constitución –no solo en su «eficacia normativa» sino en su «vigencia social»–.

47.<sup>a</sup> En definitiva, el Derecho administrativo como el Derecho en general no son, como nos enseña M. Baena del Alcázar<sup>73</sup>, un elemento estático de la sociedad sobre el que pasan los acontecimientos políticos. Justamente, al contrario, después de la Revolución Francesa y cada vez con una intensidad mayor, el «verdadero» Derecho ha llegado a ser un instrumento de ordenación social en manos de los que detentan el poder político.

Hoy las cosas han cambiado completamente y el Estado, a través del Derecho –leyes, sentencias, reglamentos y demás actos estatales, así como de los Principios Generales– y con

<sup>72</sup> Véase más ampliamente el ensayo sobre la ejemplaridad como una figura ideal de dignidad. En Gomar Lanzón, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus. Madrid, 2019.

<sup>73</sup> Baena del Alcázar, M. “El papel del Derecho administrativo en la economía”. En DA, núm. 94, 1965, 44.

mayúscula, lleva a cabo todos los días una recomposición social –para bien o para mal–, cuyo programa cotidiano son las páginas de los boletines o gacetas oficiales. Todo esto no es precisamente una decadencia del Derecho, como ha dicho G. Ripert, sino una transformación del Derecho. La corriente del decadentismo solo es un punto de encuentro en la conducta de «manipulación» en la aplicación o el ejercicio –público o privado– del Derecho.

Así las cosas, en los estudios y reflexiones de recientes autores (J.B. Auby<sup>74</sup>) sobre el carácter dinámico del Derecho administrativo, y la necesidad de constante actualización determinada por diversos fenómenos, en ocasiones ajenos a lo «jurídico» –el empleo de algoritmos avanzados basados en tecnología artificial, o la irrupción de nuevas tecnologías como el derecho robótico, *Robot Law*–, son manifestaciones de las nuevas líneas de evolución que constituyen, sin duda, nuevos retos que tendrán una importante repercusión en las construcciones jurídicas propias del Derecho administrativo.

48.<sup>a</sup> En esta inteligencia, para Cassese<sup>75</sup>, tres conclusiones resultan del análisis que surge del proceso de transformación que sufre el sistema del Derecho administrativo: 1ra., el Derecho administrativo es cada vez menos estatal, aunque no por esto resulta desvinculado del Derecho, antes al contrario, aquél resulta vinculado a una pluralidad de derechos y ordenamientos; 2da., el Derecho administrativo está sometido cada vez más a las decisiones judiciales, con la consecuencia de que, al día de hoy, administrar y juzgar tienden a reunirse en una sola función; y 3ra., la irrupción de nuevos vínculos (constitucionales, convencionales, supranacionales), y la guía de la Administración pública asumida por los jueces reducen el espacio de la gestión administrativa, justamente cuando ésta es más necesaria.

A causa de las transformaciones Cassese se pregunta ¿el Derecho administrativo está realmente en crisis? A esta cuestión responde, sintéticamente que, si tal crisis existe, ésta afecta más a lo adjetivo que a lo sustantivo, porque el Derecho circunda cada vez más a la Administración pública y está en plena evolución. Y a lo dicho añade que si la crisis existe, no es tanto una crisis del Ordenamiento cuanto una crisis intelectual y, por ende, relativa a la capacidad de análisis de una ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes.

Y esa es la regla general, que tiene excepciones –infortunadas, si se quiere– y otras pocas más que no hacen al caso, pero que no pasan de ser eso: excepciones en el horizonte del sistema del Derecho administrativo comparado.

49.<sup>a</sup> Lo anteriormente expuesto está muy lejos de quienes adoptan posturas que no pasan de ser sino una *boutade* que, al proclamar el déficit y los abusos («mala administración» o «mal gobierno») –siempre indeseables– de un Estado administrativo, se plantean con una ligereza –acorde con el desconocimiento sobre la esencia y evolución histórica–, de si hoy día se justifica o no la existencia de un Derecho administrativo, o de los auspicios de los agoreros que anuncian el fin del Derecho administrativo. «¡Como si fuera posible concebir un Estado sin Administración y sin otro Derecho que el alumbrado por la Revolución francesa!», incluido en el otro sistema del Estado moderno como lo es el Derecho administrativo inglés<sup>76</sup> dentro del *common law*, que alguno falsamente identifica con el Derecho privado

<sup>74</sup> Auby, J.B. (dir.) (2019). *Le futur du droit administratif*. LexisNexis, SciencePo. Paris, 2019.

<sup>75</sup> Cassese, S. *Ob. cit.*, nota 37, 224 y 225.

<sup>76</sup> Sostiene Cassese, que el Derecho administrativo inglés fue descubierto por estudiosos, profesores todos ellos de la *London School of Economics and Political Science*, revelando que la igualdad entre Administración pública y particular era un mito, porque el Estado puede expropiar, imponer

pues, como se sabe, es un Derecho que comprende desde antes de A.V. Dicey, una gran masa de leyes administrativas y desarrollado ampliamente tribunales administrativos.

Viene a resultar con ello algo tan peregrino, como si quienes cultivaran el Derecho penal o Derecho procesal penal –o cualesquiera otra ciencia jurídica–, se plantearan lo mismo o en parecidos términos, y procedieran a denostar a tales ciencias jurídicas por culpa de la realidad «judicial» o del Sistema de Justicia, que de modo sistemático profiera decisiones donde el error, la impunidad o, en fin, de cualquier otra que sea manifestación pura y dura de «denegación de Justicia», a no ser que tengan motivos suficientes para afirmar que se encuentra con mejor salud que la Administración Pública.

**50.<sup>a</sup>** Con las referencias sumarias que anteceden hemos procurado dejar identificadas, aunque en corte transversal, las grandes transformaciones del sistema del Derecho administrativo y la manera de abordar los problemas administrativos, remitiendo deferentemente al lector para profundizar hacia los desarrollos que constan de las diversas y excelentes obras pública das por iusadministrativistas nacionales y extranjeros.

Y si una síntesis final es posible a este propósito, ésta debe ir en la dirección de destacar que el Ordenamiento o (sub)sistema normativo administrativo –por obra de la innegable realidad administrativa o política, entre otras causas– se encuentra en un punto de cambio: en el que se procurará llevar a sus últimas consecuencias las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho y de Justicia que, como decisiones constitucionales fundamentales son, al tiempo, «los valores básicos del Derecho administrativo» (Schmidt-Assman<sup>77</sup>) y el cual es, radicalmente, incompatible con viejas –pero todavía existentes– tendencias autoritarias que tradicionalmente han marcado al Estado administrativo y su actuación, lo cual produce la «discrepancia» entre el sistema del Derecho administrativo en sentido propio y la indebida manipulación de su interpretación y aplicación en nuestro tiempo.

Fundamental es cierto, también, que la impostergable transformación del propio sistema del Derecho administrativo que parece imponerse ahora no sea una oportunidad perdida en términos de aproximación de los sistemas normativos en el espacio Iberoamericano<sup>78</sup>. Innovar sobre este particular nuestro (sub)sistema normativo administrativo, pero con el mejor conocimiento de las realidades administrativas más próximas, ultrapasándose una situación histórica –pero incomprensible–, que particularmente se hubo afirmado en el espacio nacional, de déficit de ese conocimiento. No se puede reincidir en una situación que tiene su momento, de alejamiento mutuo entre el sistema del Derecho administrativo en sentido propio y la aplicación o la realidad administrativa o política.

---

tributos, condenar al pago de una sanción administrativa, actividades todas estas que el particular no puede ejecutar, y que se enfrentan a las conocidas tesis de Dicey, poniendo en tela de juicio con frecuencia los errores de interpretación del Derecho administrativo inglés, y la valoración tan positiva de este sistema que de aquellos deriva. No obstante, el reconocimiento pleno encuentra dificultades: en primer lugar, se ha de romper el cordón umbilical con el Derecho constitucional y donde la mayor parte de los manuales tratan las dos ramas del Derecho; y en segundo lugar, se ocupa de la patología de la Administración pública (de la justicia administrativa), en lugar de reconstruir los principios y conceptos del sector, si bien hoy día existen muchas semejanzas con el modelo del Derecho administrativo francés. Cassese, S. En *Ob. cit.*, nota 37, 65 a 68 y 98.

<sup>77</sup> Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 51.

<sup>78</sup> Véase para el régimen de los bienes públicos Torrealba Sánchez, M.A. “Inembargabilidad absoluta de los bienes públicos: un anacronismo desde la perspectiva iberoamericana (A propósito de la sentencia 1582 del 21 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional)”. En *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos* (A. Canónico Sarabia, Coord.). CAJO-EJV, Caracas, 2014, 139 y ss.

## VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

**51.<sup>a</sup>** Analizado el fondo y la esencia de la Constitución administrativa en lo que al diseño del modelo de Estado en sus decisiones constitucionales fundamentales refiere la obra que antecede, queda pendiente un aspecto que es más bien de índole pragmática y real. ¿Qué posibilidades hay que dicho modelo constitucional del Estado no quede en algo meramente retórico y cristalice en la vida social? ¿Estamos ante una formulación meramente abstracta y programática, sin virtualidad para incidir verdaderamente en nuestra convivencia social? Con ello se busca reivindicar una doble superioridad al desbordar los enfoques estrechos y usuales del método jurídico para indagar, con indudable profundidad en los temas, no con tono de academicista puro, sino desde la perspectiva del ciudadano de a pie, y también desde los nuevos retos del Poder Público –especialmente del Gobierno y de la Administración Pública–, y también del diálogo con las demás ciencias sociales complementarias que los estudian.

Nos encontramos ante la entrada cobijada por el pórtico de un nuevo tiempo, –y muy lejos de pretender dominar lo que se ha dado en llamar «futurológica»–, tan imprevisible como lo es anticipar la figura que surgirá en un caleidoscopio cada vez que se agita, y por ello la apasionante tarea de plantear un paradigma emergente para las reformas que el Estado y la Administración pública que nuestra sociedad reclaman perentoriamente, y superar la deriva autoritaria que ha sufrido en las últimas décadas, sin pretender desconocer que: 1ro., las grandes dificultades para reconstruir en el ámbito nacional el real Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, son palmarias y de todas clases; y 2do., la desmoralización que cada día parece dominar más nuestras relaciones que las hacen cada vez más difíciles y polarizadas.

A pesar de la antigüedad del tema, con ella también corre pareja su actualidad. Tarea urgente e impostergable, por otro lado, si hemos de responder a las también exigencias urgentes de las nuevas generaciones cuyas esperanzas tiene su justificado fundamento.

**52.<sup>a</sup>** Con esta reflexión conclusiva puede comprenderse la importancia de reivindicar, con carácter prospectivo, cuáles pueden ser algunos de los desafíos más acuciantes y que, de un modo más general, o transversal, se le presentan a nuestro sistema de Derecho administrativo y al Estado administrativo partiendo de la actual realidad administrativa y política, en términos que permitan la necesaria relegitimación social.

Esta relegitimación pasa, indefectiblemente, en primer lugar, por la llamada a «repensar el Estado», con la irrupción de una nueva forma de «Estado garante»<sup>79</sup> como alternativa del Estado administrativo, abocado a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales, que sepa responder al reto inmediato de situarlo en los cánones de modernización que exige el ingreso del país –con evidente retraso– al siglo XXI, dando paso a las iniciativas de reordenación con nuevos objetivos sobre la reforma administrativa, y con nuevos enfoques sobre los problemas democráticos y socioeconómicos.

Y es que, como señala Parejo Alfonso<sup>80</sup>: «el Estado, al menos en sus formas clásicas o establecidas (...), se experimenta como inadecuado e inidóneo», por la profunda imbricación entre ese Estado y la sociedad, que caracteriza las nuevas formas contemporáneas del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Y es que se ha ido quedando obsoleto, el modelo del Estado y de la Administración pública como actores unitarios, imparciales y garantes únicos del interés general o público, al que debe sustituir un perfil relacional, regu-

<sup>79</sup> Esteve Pardo, J. “La administración garante. Una aproximación”. En *RAP*, núm. 197, 2015, 20 y ss.

<sup>80</sup> Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 7, 217 y ss.



lador y cooperativo, con el impulso de las nuevas tecnologías que permitan llevar las garantías jurídicas que existen en el mundo real al mundo virtual; en suma, con sensibilidad para descubrir en las aspiraciones y los movimientos de la ciudadanía formal y sustantiva, el signo de los tiempos.

En fin, un Estado garante donde se fortalezcan la cultura de los sistemas de mérito y de integridad (códigos de conducta, conflictos de intereses, grupos de presión, etc.), sobre todo en sectores vulnerables como la contratación pública, con ética y responsabilidad para darse cuenta, lo que en la encrucijada de una nueva etapa histórica se espera del mismo, y donde se reflejen las grandes tendencias de la evolución actual, en extremo capital para la plena funcionalidad del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia definido por la Constitución, capaz de superar así la realidad administrativa y política actual.

**53.<sup>a</sup>** Frente a ese estado de cosas en la sociedad de nuestros días, al Estado garante le corresponde la misión de crear un nuevo Ordenamiento jurídico institucional que, al superar la intensa actividad administrativa cada vez más interventora y autoritaria, pase a liderar las transformaciones de los modelos políticos y administrativos que se observan en los sistemas más desarrollados, mediante un conjunto de fenómenos como la preocupación por la «eficacia» con las consiguientes privatizaciones y desregulaciones; la vuelta al sentido genuino, material y realista de la descentralización administrativa y regional; de similar contextura son los problemas de racionalidad de la libre iniciática pública directa en la actividad económica, por el nuevo paradigma de la asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control; los instrumentos de reducción de la burocracia y la corrupción, la generación de mercados internos y competitividad, y un gran etc., tratando de centrar el ámbito de actuación que le es propio como Estado garante, siendo como es el instrumento configurador por excelencia de la vida social, porque para implantar el bien común –*favor publicum*–, el bienestar social no solo basta con las leyes, las sentencias y los demás actos estatales, pues no se trata solo de declaración del Derecho, sino de remediar necesidades individuales y colectivas concretas y perentorias (por ejemplo, las pandemias).

Y, por supuesto, mucho menos con el solo libre juego de las «leyes del mercado», que son un factor de regulación de la economía pero no de la sociedad. Recientemente –por poner un caso bien actual y concreto en tiempos de pandemia–, se puso de manifiesto cómo la falta de interés económico de las empresas de telecomunicaciones que dominan el mercado, aisló aún más la España «vacuada», contraviniendo incluso el desiderátum de la idea de A. Smith<sup>81</sup> en sus lecciones de trascendencia fundamental, con la metáfora económica de que cada individuo deberá actuar en su propio interés, pero siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de las buenas costumbres. Ahora, si y solo si esa competitividad se desarrolla dentro del marco de los derechos fundamentales garantizados por el Estado, solo entonces será la «invisible hand» la que contribuirá a un desarrollo armonioso del mercado y de la competencia. Sólo de esta manera es que el interés propio serviría de palanca del interés general que, en el ejemplo traído al caso, es alcanzar la solidaridad y la cohesión territorial.

**54.<sup>a</sup>** En segundo lugar, según lo propone Martín-Retortillo Baquer<sup>82</sup>, se impone una mayor presencia del Derecho administrativo, pero no del Derecho administrativo de los privilegios y prerrogativas, de límites y de prohibiciones –poder–, sino del Derecho administrativo del cumplimiento o satisfacción del interés público centrado en la dignidad humana y los

<sup>81</sup> Smith, A. *La riqueza de las naciones (Libros I-II-III y selección de los Libros IV y V)*. Estudio preliminar C. Rodríguez Braun, Primera Reimpresión. Madrid, 1996, 551 y 554.

<sup>82</sup> Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 40.

demás derechos fundamentales –persona–: en suma, del Derecho del poder al Derecho de las garantías de la persona.

De ahí que, en cierto modo, es válida aquella afirmación de que el Derecho administrativo no «es»; el Derecho administrativo «está siendo». Seguirá forjándose trabajosamente como sistema complejo, abierto, lo cual significa cuestionar la permanencia de los dogmas –o de algunos de ellos–, pero con nuevos enfoques o análisis serios del método jurídico de actualización y puesta al día. Por otro lado, intentar mantener dogmas o criterios exclusivamente jurídicos no es fácil, por lo que resulta necesario, asimismo, no descuidar y reforzar los enfoques interdisciplinar y prospectivo sobre las cuestiones doctrinales generales y sectoriales de los conceptos jurídicos, económicos, políticos y de otras ciencias sociales complementarias, para afrontar los nuevos retos que plantea la vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo.

Y en este orden de ideas, señala Martín-Retortillo Baquer<sup>83</sup>, es así cómo aparecen nuevos significados, se amenguan otros, a veces se paralizan para luego reaparecer, pasan las modas y los ejemplos foráneos, pero al final podemos concluir que el edificio del sistema del Derecho administrativo, levantado por una pléyade de eminentes juristas provenientes de los diversos modelos jurídicos del mundo occidental, permanece en su esencia con sus señas de identidad, y cuyas aportaciones todavía siguen vivas entre nosotros. Lo que significa que las más importantes construcciones conceptuales del sistema del Derecho administrativo, con las adaptaciones oportunas, seguirán siendo válidas y de enorme utilidad. Milagrosamente nacido, el Derecho administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado según P. Weil<sup>84</sup>, y por ello el signo del Derecho administrativo: un permanente proceso de actualización e innovación: en suma, de «transformación» desde que se consolidó como tal, según el conocido título de L. Duguit<sup>85</sup> que ya cumplió la nada despreciable cifra de más de 100 años.

55.<sup>a</sup> En tercer lugar, qué duda cabe, también es imprescindible que se haga presente el abogado iusadministrativista, y si bien no es que se espere de él la grandeza de cambiar la Historia misma –consciente de las grandes dificultades por superar–, pero sí que cada uno de inicio al cambio, así sea un poco, y del conjunto de todas y cada una de las aportaciones con honestidad intelectual –fundadas y probadas– y pensamiento crítico –desde la ecuanimidad y el respeto a aquello que juzga–, y sin caer ni en el dogmatismo ni en la opinión totalitaria, se plantee un constante debate institucional, jurídico y doctrinal en el reto de la «racionalización» del Estado garante, como utopía permanente o principio de orden inexcusable –organización y actividad– que, al fin y al cabo, redundará en un movimiento de innovación, revalorización y enseñanza científica integral del sistema del Derecho administrativo.

Y por último –pero no en importancia–, y con ello en absoluto incurrimos en un contradictorio, recordar que la ciencia jurídica no obra como Penélope destejiendo a cada noche lo que hizo en el día; por el contrario, trenza cada nuevo saber sobre el anterior, y elabora los

---

<sup>83</sup> Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 39 y 40.

<sup>84</sup> Weil, P. et Pouyaud, D. *Le Droit Administratif*, 24<sup>ème</sup> ed. PUF, Col. Que sais-je?, Paris, 17 2010; y Weil, P. *Derecho administrativo*, trad. española. Ed. Civitas, Cuaderno Civitas. Madrid, 1986.

<sup>85</sup> Duguit, L. *Les transformations de Droit public*. Paris 1913; y Duguit, L. *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*. Ediciones Colmenares. Madrid, 2007.

nuevos conocimientos sobre los que ya existen<sup>86</sup>. No es más que recordar algo perfectamente simple: 1ro., siempre hay que releer a los clásicos, por cuanto es indudable que muchas de las conclusiones a las que llegaron otras muchas de las señas de identidad, a partir de las cuales se construyó el Derecho administrativo son perfectamente trasladables y utilizables en nuestro tiempo, ya que después de todo, como alguien dijo una vez, los clásicos nunca terminan de decir lo que han de decir; y 2do., llamar la atención sobre la importancia de los estudios de Derecho administrativo comparado, pues siempre han sido determinantes para llevar a cabo los esfuerzos de innovación jurídica.

Por todo lo anterior, entre las ciencias sociales, a la que corresponderá el papel más importante, seguirá siendo siempre el Derecho administrativo, *tout court*, cumpliéndose así la deseable profecía de Schmidt-Assmann<sup>87</sup> cuando afirma: «El Derecho Administrativo continuará manteniendo por ello una posición central en el sistema jurídico». En nuestro tiempo, el cambio se habrá de dar, en principio, de manera generalizada como plasmación de la experiencia de nuestra más reciente historia, en la idea de una impostergable innovación del sistema de Derecho administrativo, cerrándose así una etapa funesta de la realidad nacional en su propia esencia cíclica.

Y no deseo extenderme más en esta reflexión por razones de espacio –por fuerza incompleta, de propósito limitado, pero de gran trascendencia–, de parte de la temática que plantea una obra sobre la Constitución administrativa, en lo que nos parece más acuciante, más de nuestros días. Por ello son más bien unos apuntes –con lagunas de las que estoy consciente– sobre el reto del Derecho de ser «administrativo», *tout court*, acorde con el tiempo, y que precisará un tratamiento más amplio y más acabado. Por de pronto queriendo destacar en los apuntes –siendo partidario de la copa medio llena y no de la medio vacía–, la función estimuladora por sobre todo de lo que tienen de afirmativo, de positivo y, en fin, de alentador de todo aquello que nos permita mirar esperanzadamente hacia el porvenir para la formación intelectual de las futuras generaciones de abogados iusadministrativistas.

Ahora sí, ya para para cerrar, me permito invocar y compartir de nuevo las palabras de Martín-Retortillo Baquer<sup>88</sup> cuando afirma:

De modo que, lejos de nosotros las tentaciones derrotistas o abandonistas, sino todo lo contrario. ¡Muy importantes reglas, muy importantes principios!

---

<sup>86</sup> Villabella Armengol, C.M. “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”. En *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica*, UNAM\_III, México, 2015, 930. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

<sup>87</sup> Schmidt-Assman, E. “El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea”. En JA, N° 13, 2001, 25.

<sup>88</sup> Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 41.