

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA EVOLUCION DEL ESTADO

Juan-Cruz Alli Aranguren

Sumario: 1. El Estado liberal de Derecho. 1.2. El Derecho Administrativo en el pensamiento de O. Mayer. 2. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho. 2.1. El Derecho Administrativo en el pensamiento de L. Duguit. 2.2. El Derecho Administrativo en el pensamiento de F. Fleiner. 3. El Estado Social de Derecho. 3.1. El Estado Social y sus implicaciones. 3.2. El Estado Social y la procura existencial de E. Forsthoff. 4. El Estado Social y Democrático de Derecho. 5. La crisis del Estado Social y Democrático de Derecho.

La directa relación del Derecho Administrativo con el poder hace que su evolución se halle directamente emparentada con la evolución del Estado y de los sistemas políticos, que vierten las ideologías sobre la organización de la sociedad y del Estado. Como dijo P. LUCAS VERDÚ, «las normas constitucionales expresan una ideología jurídicamente organizada en una estructura social»¹. Para TRIEPEL, «el Derecho Público no es actuable sin consideración a la política; conceptos como Estado de Derecho, Estado Social, libertad, igualdad, dignidad humana, etc., no pueden interpretarse sin recurrir a las convicciones sociales y políticas de la comunidad»². En tal sentido se expresó GRANDI:

«Nosotros creemos no sólo que no existen confines o diafragmas entre Política y Derecho, sino que estamos convencidos de que entre ellos hay un nexo absoluto, en cuanto representan fases indisociables en el devenir de un pueblo. La política es la vida del Derecho: éste es la certeza, la unidad y la fuerza de la primera. El Derecho no está compuesto solamente de esquemas y de categorías lógicas sustancialmente inmutables. Debe proceder y desarrollarse, en su contenido esencial, en

¹ P. LUCAS VERDÚ, «Política y Justicia Constitucionales. Consideración sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en *Tribunal Constitucional, II*, Madrid, 1981, p. 1489.

² Citado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas*, REDC, enero-abril 1981, p. 85.

³ Citado por HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho, I*, Madrid, 1971, p. 338.

relación constante, coherente y orgánica, con las graduales transformaciones de la organización política y de la legislación del Estado»³.

Esta relación genera la dificultad de convertir la ideología en ciencia, tal y como observó H. KELSEN:

«Casi toda la ciencia jurídica tradicional se caracteriza por su tendencia a confundir la teoría del derecho positivo con ideologías políticas, disfrazadas unas veces con la especulación metafísica de la justicia, otras con la doctrina del derecho natural. La ciencia jurídica tradicional confunde el problema de la esencia del derecho —esto es, la cuestión de lo que el derecho realmente sea— con la cuestión acerca de lo que debiera ser».

La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente al poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional, brota de ciertos intereses o, más bien, de intereses distintos del interés por la verdad»⁴.

Sea o no parte de su evolución histórica, queda señalada la diferencia entre la época anterior y la posterior a la Revolución Francesa, de modo que, en el sentido actual de la disciplina, ésta se configura a partir de 1789 y se construye dentro del denominado Estado liberal de Derecho. La evolución de éste marca también al Derecho Administrativo, en cuanto corresponde a la Administración Pública un papel distinto en el régimen liberal o en el intervencionismo del Estado Social de Derecho. Como ha dicho JACQUES CHEVALLIER :

«Les grands auteurs du début du siècle XX eux-mêmes, tout en s'efforçant de construire une science du droit administratif, indissociable d'une théorie générale de l'État et adossé aux sciences sociales, entendent faire œuvre doctrinale»⁵.

Seguidamente se expone la relación directa del Derecho Administrativo con la evolución del concepto y función del Estado desde el Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho, garante de los derechos y libertades de las personas, a través de algunos significativos autores pertenecientes al mismo ámbito cultural, considerados «padres» de este campo del conocimiento. Nos centramos en significativos tratadistas europeos por cuanto en el capítulo siguiente se examinarán

⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1979, pp. VIII-IX.

⁵ J. CHEVALLIER, «Doctrine ou science?», *L'Actualité juridique-Droit administratif*, 7-8, 2001, p. 603.

las aportaciones de los autores españoles, recogiendo la evolución del Derecho Administrativo español desde el liberalismo al Estado establecido por la Constitución de 1978.

Todo ello nos confirmará, como expuso SANTAMARÍA, que «el Derecho Administrativo y la Administración son, ante todo, un producto histórico, y sólo desde una respectiva histórica pueden ser comprendidos»⁶.

Además, el proceso de evolución histórica nos aporta la experiencia de la mutación de las instituciones respecto a su finalidad y contenido, porque, como constató F. A. HAYEK:

«La ordenación de la sociedad [...] no es fruto exclusivo del nacimiento de instituciones y prácticas proyectadas a tal fin, sino resultado también, en gran parte, de un proceso denominado en un principio «desarrollo» y más tarde «evolución», mediante el cual ciertos comportamientos, adoptados por otras razones, o surgidos incluso de modo meramente accidental, prevalecieron porque aseguraron la primacía sobre los demás grupos de aquel de cuyo seno surgieron»⁷.

1. El Estado liberal de Derecho

Como es sabido, una de las características del orden político liberal era la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas autónomos, lo cual producía la inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales. El Estado constituía una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica. La sociedad, en cambio, era considerada como un orden espontáneo con una racionalidad inma-

⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, p. 35.

⁷ F. A. HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad*, I, Madrid, 1978, p. 21. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1973, p. 247, pone de ejemplo del origen de la institución del Primer Ministro delegado de Jorge I para presidir al Gabinete por el desconocimiento del inglés por el Rey.

El mismo autor, en *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, 1978, p. 89, explica su teoría de la *evolución adaptable*: «...las relaciones entre los hombres y sus instituciones, complejas, metódicas y, en sentido muy definido, encaminadas hacia determinadas miras, podría prosperar lo que se debía poco a un plan, lo que no se inventaba, sino que surgía de las separadas acciones de numerosos individuos que ignoraban lo que estaban haciendo. Tal demostración de que algo más grande de los designios de los individuos podía surgir de los chapuceros esfuerzos de los seres humanos, representó en cierto aspecto incluso un mauro desafío a todos los dogmas planificadores de la última teoría de la evolución biológica. Por primera vez se demostró la existencia de un orden evidente que no era resultado del plan de la inteligencia humana ni se adscribía a la invención de ninguna mente sobrenatural y eminente, sino que provenía de un tercera posibilidad: la evolución adaptable».

nente, expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, una racionalidad de estructura horizontal sustentada sobre relaciones competitivas, a las que se subordinaban las otras clases o tipos de relaciones⁸. Tal estructura inmanente a la sociedad no sólo tenía una solidez superior a cualquier orden o intervención, sino que generaba, además, el mejor de los órdenes posibles tanto en lo económico como en lo social. Bajo tales supuestos, el Estado ni debía ni podía tratar de modificar el orden social natural, sino que habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo al orden autorregulado de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos⁹.

El orden jurídico liberal se fundamenta en un Estado limitado en su actividad, cuya soberanía se orienta a garantizar el orden público y a la creación del Derecho Público, que se centra en la regulación legal de los derechos de la libertad y la propiedad, ésta eje del Derecho Privado:

«La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa de Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse «a base de una ley»¹⁰.

El Estado de Derecho liberal presenta las siguientes características:

- A. Los valores básicos del Estado liberal eran la libertad y la propiedad individuales, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio.
- B. Las exigencias de establecer:
 - el imperio de la ley como expresión de la voluntad general;
 - la división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial);
 - la legalidad de la administración por actuar conforme a la ley y existencia de control judicial dela misma, y
 - la declaración y régimen de garantía de los derechos y libertades fundamentales.

⁸ Para F. A. HAYEK, *Derecho...*, II, cit., p. 134, «considerar las cosas de otro modo es considerar la sociedad, no como un orden espontáneo de hombres libres, sino como una organización cuyos miembros están obligados a servir una única jerarquía de fines. Esto, sin embargo, implica transformar la sociedad en un sistema totalitario en el que la libertad personal brilla por su ausencia».

⁹ L. GARCÍA PELAYO, «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1985, pp. 18 y ss.

¹⁰ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 172.

La expresión *Estado de Derecho* se empieza a utilizar a mitad del siglo XIX y se desarrolla en su construcción doctrinal en el primer cuarto del XX¹¹. Sin embargo, era condición para la existencia del Derecho público, como constató HAURIUO al decir que «es la cuestión de la autolimitación del Estado (autolimitación objetiva) y de la realización del Estado de derecho lo que hallamos en los términos de nuestros desarrollos, como lo encontramos a la entrada, porque en cierto sentido, es la única cuestión del derecho público»¹².

El sintagma surge como *Rechtsstaat* en el Derecho alemán para designar a un Estado cuyo poder está sometido al Derecho, aun cuando el modo de tal sumisión es diferente según los distintos autores. Será JELLINEK quien desarrolle más sistemáticamente el concepto desde la autolimitación y la personalidad jurídica del Estado sujeto de Derecho y limitado por el que el mismo crea, como lo expone CARRÉ DE MALBERG:

«Esta teoría (de la autolimitación) ha sido precisada y desarrollada por JELLINEK. Así como en las relaciones internacionales el Estado no puede hallarse ligado o limitado sino en virtud de su propia voluntad y de su libre consentimiento, en el interior y en sus relaciones con sus súbditos la soberanía implica que el Estado no puede estar a más limitaciones que aquellas que resultan del derecho que ha creado el mismo. Es lo que JELLINEK expresa, bajo una forma no ya negativa sino positiva, al decir que la soberanía es la cualidad de la potestad estatal en virtud de la cual dicha potestad posee la facultad exclusiva de ligarse o delimitarse jurídicamente a sí misma».

«...el Estado no puede desasirse de su orden jurídico actual y de sus limitaciones presentes sino a condición de constituirse una organización y un orden nuevos, que formarán para él nueva fuente de limitaciones. A este respecto, está destinado a un régimen de limitación permanente, y en este sentido el concepto de soberanía resulta esencialmente distinto del de omnipotencia. Pero al menos el Estado es soberano por cuanto queda dueño de fijarse continuamente a sí mismo las reglas que por su naturaleza puedan limitarlo, y desde este punto de vista también, se ve que las limitaciones puestas a su potestad dependen de su voluntad»¹³.

¹¹ M. J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, 1992. Según M. GARCÍA PELAYO, *La crisis...*, cit., p. 53, «la expresión Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el Derecho positivo, sino que es resultado de la construcción de los juristas. Vagamente enunciado por primera vez por KANT y por HUMBOLDT y de modo más riguroso por MOHL».

¹² M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 706.

¹³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, 1948, p. 225.

En Francia el sistema se fundamenta en la separación de poderes, en el respeto de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y en la ley como expresión de la voluntad general¹⁴. En la Tercera República se concibe el Estado de Derecho como la supremacía del Parlamento, por la confusión entre ley formal y ley material. En el artículo 3 de las leyes constitucionales de 25 de febrero de 1875, en especial la llamada *Constitution Grévy*, el Poder ejecutivo queda reducido a vigilar y asegurar la ejecución de las leyes. Este modelo es el que CARRÉ DE MALBERG denomina *Estado legal (État légal)* porque en él reina la ley: «un Estado en el que todo acto de la potestad administrativa presupone una ley a la que se remite y cuya ejecución ha de asegurar». Estado legal en cuanto, formalmente, está sujeto a ley, pero no *Estado material de Derecho*:

«El Estado legal busca simplemente asegurar la supremacía de la voluntad del Legislativo y no implica más que la subordinación de la Administración a las leyes», mientras que «el Estado de Derecho significa que los ciudadanos no pueden verse afectados por otras medidas administrativas que las autorizadas por el orden jurídico vigente [...] que exige la subordinación de la Administración tanto a los reglamentos administrativos como a las leyes [...] el desarrollo natural del principio sobre el que reposa el Estado de Derecho implicaría no puede de ningún modo, por medio de leyes particulares, derogar las reglas generales consagradas por la legislación existente. Será conforme al espíritu de este régimen que la constitución establece como superior y garantiza a los ciudadanos los derechos individuales que deben estar por encima de los actos del legislador. El régimen del Estado de Derecho es un sistema de limitación, no sólo de las autoridades administrativas, sino también del Poder legislativo»¹⁵.

La evolución de la construcción del Derecho Administrativo correspondiente al Estado liberal de Derecho que surge de la Revolución Francesa la estudiaremos a través de dos significativos autores: el francés MAURICE HAURIOU y el alemán OTTO MAYER.

1.1. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de M. HAURIOU*

El estudio de la obra de HAURIOU permite analizar la historia y evolución del Derecho Administrativo en Francia y el alcance de su teoría de la institución aplicada al Derecho Administrativo.

¹⁴ E. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1972, p. 33, «La separación de poderes constituye, en efecto, el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo: legislativo popular, pues, intentando limitar el poder omnímodo del ejecutivo dominado por el rey [...]».

¹⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, pp. 491-492.

Se ha de destacar que no se trata de una obra puramente teórica, sino que encierra una gran preocupación práctica, como lo demuestra su análisis de la doctrina del Consejo de Estado y su preocupación por armonizar legislación, jurisprudencia y doctrina. Así lo advierte en el prefacio a la primera edición del *Précis de Droit Administratif*:

«He emprendido la tarea de exponer el Derecho Administrativo utilizando algunos importantes progresos realizados en estos últimos años por la Jurisprudencia del Consejo de Estado»¹⁶.

Para HAURIUO existen, en el Derecho Administrativo, tres grupos de reglas:

1. Las reglas de fondo son aquellas «cuyo núcleo se ha formado en torno a la noción del patrimonio, y que comprendía las reglas sobre la personalidad jurídica del Estado, de los departamentos, de los municipios y de los establecimientos públicos, así como las referentes al dominio privado de estas diversas personas administrativas».
2. Las reglas del «procedimiento o del contencioso formado con ocasión de los litigios suscitados por la actividad de la Administración, y que por otra parte, como ocurre siempre en los Derechos nuevos, contiene aún numerosas reglas de fondo mezcladas con reglas de forma»¹⁷.
3. El grupo de las reglas «sobre la Administración y el acto administrativo, que, constituido el último, debe su existencia a la práctica del recurso por exceso de poder dirigido contra las decisiones de las autoridades administrativas, y comprende las reglas sobre las condiciones de existencia y validez de estas decisiones»¹⁸.

A partir de las relaciones entre estas reglas, se enfrenta con el problema del acto administrativo, al cual durante mucho tiempo se relegó al ámbito de lo contencioso, de modo que «se asimilaban las decisiones administrativas a las sentencias». Tal asimilación era incorrecta, por cuanto el acto de administración no podía ser una sentencia que pone fin a un litigio, sino que «era él quien provocaba ese litigio; y, por otra parte, que, so pena de confundir todas las nociones, no cabía transformar a todas las administraciones en jueces. Este error, sin embargo, se ha mantenido en detrimento de la concepción general del Derecho Administrativo».

¹⁶ M. HAURIUO, *Obra Escogida* (traducción de SANTAMARÍA PASTOR y MUÑOZ MACHADO), Madrid, 1976. *Mélanges MAURICE HAURIUO*, París, 1929. L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen HAURIUO au droit administratif français*, París, 1966.

¹⁷ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 23.

¹⁸ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 24.

Fue el Consejo de Estado quien suprimió tal asimilación, tras superar la idea del Ministro-Juez tras haberse logrado la separación entre Administración y Jurisdicción:

«En efecto, al no considerar ya el acto de administración como una sentencia, inmediatamente se plantea la cuestión de averiguar qué es esa manifestación de voluntad que encierra. Y esta es la única respuesta posible: si se reflexiona sobre el hecho de que detrás del administrador que toma la decisión hay una persona administrativa, Estado, departamento o municipio, por cuya cuenta el administrador actúa, y que esa persona administrativa, para cumplir su misión, que consiste en asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, ostenta unos derechos, se llega fácilmente a la conclusión de que el acto de administración es una decisión relativa al ejercicio de derechos, y que, desde una perspectiva general, la Administración es el ejercicio de derechos de personas administrativas»¹⁹.

A partir del concepto de *acto administrativo* señala HAURIUO las diferencias entre Derecho Administrativo y Derecho Privado y el lugar y orden de los tres grupos de reglas:

«Las reglas de fondo sobre las personas administrativas y sus derechos; las reglas sobre la administración o el ejercicio de sus derechos; las reglas sobre el contencioso o sobre los litigios que pueden ser provocados por el ejercicio de los derechos».

Las unidades administrativas tienen una doble personalidad y, por tanto, derechos privados y derechos administrativos de poder, exorbitantes del derecho común, que son la clave del Derecho Administrativo:

«[...] hay que proclamar que las unidades administrativas tienen una doble personalidad: la de persona privada, que permite el disfrute de los derechos privados y la de poder público, que le confiere el disfrute de derechos de poder, entre los que se hallan los derechos de policía»²⁰.

«Por consiguiente, es necesario hablar del derecho de dominio público, del Derecho del impuesto, del derecho de expropiación, de los derechos de policía, como se habla del derecho de dominio privado, y clasificar en el grupo de las reglas de fondo todo lo que se ha convenido en llamar materias administrativas»²¹.

En la Introducción a la quinta edición (1903) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General*, HAURIUO realiza una introducción al Derecho Administrativo francés «como elemento compo-

¹⁹ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 25.

²⁰ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 26.

²¹ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 27.

nente del régimen de Estado», que «ocupa un lugar concreto en el Derecho general de una nación»²².

HAURIUO reconoce que fue DICEY quien en su *Introduction à l'étude du Droit Constitutional* definió la esencia del Derecho Administrativo francés al configurarlo como un «Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración»:

«Es un Derecho de equidad en el mismo sentido que el Derecho de equidad inglés, por diferenciarse del Derecho común en sus orígenes y principios; en sus orígenes, por proceder de la concesión de gobierno, mientras que la Ley Común surge de la voluntad popular; en sus principios porque se inspira en ideas sociales distintas de la estricta justicia distributiva»²³.

Está, además, basado en la prerrogativa de la Administración, es decir, regula las relaciones entre la Administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad fundamental, reconociendo que la Administración está sustraída al Derecho común y concediéndole jurídicamente privilegios.

El instrumento u órgano de su desarrollo ha sido la jurisdicción administrativa, especialmente la del Consejo de Estado; la concepción jurídica que le ha servido para ordenarse como un derecho ha sido la teoría del acto administrativo. Es decir, que junto a los caracteres que interesan al Derecho público general y al Derecho Constitucional [...] conviene situar estos otros, más especialmente técnicos; el Derecho Administrativo francés es un Derecho jurisprudencial, pretoriano, hecho por el juez administrativo²⁴ [...]; es, finalmente, un Derecho organizado conforme a la teoría del acto de administración, es decir, del acto jurídico. En definitiva, estamos en presencia de un Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto»²⁵.

Para HAURIUO, el sistema descrito resulta satisfactorio por cuanto permite la colaboración de los ciudadanos con el poder, en un marco de equidad y de generosidad:

²² M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 50.

²³ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 50.

²⁴ Sobre el importante papel del Consejo de Estado en la construcción del Derecho Administrativo afirma: «En realidad, el Consejo de Estado se encuentra aislado, y mantiene la concepción tradicional de nuestro Derecho con su solo esfuerzo. Es una tarea para la que está bien armado y en la que, hasta ahora, no ha fallado en momento alguno, a pesar de haber sufrido algunos ataques famosos, pero una tarea que día a día se torna más peligrosa a medida que el aparato legislativo se vuelve más impulsivo, ya que una pequeña ley imprevista y rápidamente votada, fruto de una coalición de rencores, puede trastornar todo el contenido» (p. 64).

²⁵ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 51.

«El poder público ha entrado tan rápidamente en la vía de las concesiones, que nuestro Derecho Administrativo ya ha merecido ser comparado a un Derecho de equidad que se superpone al Derecho Común al menos hasta la mitad del camino. Cuanto más nos abandonamos a él, con más generosidad se comporta; se ha humanizado hasta el punto de reconocer que somos colaboradores suyos y que tenemos derechos en la gestión de los servicios públicos. Este resultado puede deberse en parte al espíritu de contradicción que, junto con el deseo de simplicidad, es uno de los rasgos de nuestro espíritu nacional y que, al empujarnos a dar más cuanto menos se nos pide, nos confiere una suerte de generosidad; pero en sí mismo, y cualquiera que sea la causa a la que se deba, no puede negarse que es satisfactorio»²⁶.

Afirma HAURIUO que la prerrogativa de la Administración no resuelve todas las cuestiones, siendo preciso hacerlo de acuerdo con los principios que inspiran el Derecho Administrativo, por cuanto «este Derecho no es en absoluto perfecto y presenta defectos innegables, pero a la que considero que puede ponerse remedio mediante el desarrollo de sus propios principios»²⁷.

Califica de elementos sustanciales del Derecho Administrativo el proceso al acto administrativo expreso presunto y la competencia administrativa:

«Considero que el proceso al acto se ha hecho poco menos que perfecto con la ley de 17 de julio de 1900, que ha asimilado el silencio guardado durante cuatro meses por un administrador sobre una reclamación a una decisión desestimatoria. Será sencillo hacer comprender al público esta simple idea: que sólo se puede litigar con la Administración con ocasión de un acto, que es necesario obtener previamente sobre el punto litigioso, que para ello es preciso formular una declaración y que, si no se obtiene una decisión positiva, una vez transcurridos cuatro meses se puede intentar el recurso. Con este punto estamos, pues, satisfechos, pero queda ahora por desbrozar el tema de la competencia. A pesar de los esfuerzos de coordinar, pues aún subsisten incoherencias, muchas se deben a antiguos textos cuya revisión habría que preparar ya. La partición de atribuciones es consecuencia inevitable de la separación de poderes, y se formula en una serie de principios bastante claros; lo que habría que aligerar es la lista de excepciones injustificadas»²⁸.

En la sexta edición (1907) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* HAURIUO expone su teoría del Estado, Derecho Publico y

²⁶ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 61.

²⁷ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 61.

²⁸ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., pp. 64-65.

del Derecho Administrativo y su evolución en relación con los cambios sociales que han dado lugar al régimen administrativo:

«El Estado es una formación social que evoluciona como todas las cosas, e incluso muy rápidamente. Yo no diría que se transforma sino que se desarrolla, y que caracteres que, en un principio, se hallaban débilmente marcados, se van acentuando y se convierten en predominantes, mientras que otros se debilitan.

El régimen administrativo ha sido más útil por el considerable dominio colectivo que ha creado, por el formidable presupuesto que todos los años detrae de las fortunas privadas, por la masa de funciones que ha centralizado, y por la seguridad que ha instaurado en todas partes su legislación y sus servicios públicos, metódicamente organizados. Ha creado en el seno del Estado una sustancia real y nutritiva que va distribuyéndose automáticamente a los ciudadanos en forma de “bienes”, de tal forma que cada uno alcance a tener algo de ella. Durante el período de conquista de las libertades políticas, el Estado multiplicó y aumentó los hombres; ahora aumenta y multiplica los bienes. Sin duda, los bienes pueden existir bajo los regímenes políticos más rudimentarios; la posesión de la tierra y la de algunos objetos mobiliarios pueden hallarse garantizados en estados sociales inferiores, pero tan sólo el Estado Administrativo, en su atmósfera saturada de estabilidad y seguridad, puede favorecer el desarrollo de bienes de una naturaleza no tan groseramente corporal, como son los valores mobiliarios, la propiedad industrial y literaria, las funciones públicas y las profesiones comerciales [...]»²⁹.

En el proceso de desarrollo del Estado distingue HAURIUO entre los bienes y las riquezas que se crean: «si las riquezas se producen siempre gracias a la iniciativa y al riesgo individual, el régimen administrativo no aspira más que a obtener de las riquezas producidas un número mayor de bienes»³⁰. Desde esta perspectiva, el elemento fundamental del Estado es aquel que crea y garantiza los bienes:

«[...] este papel principal no puede corresponder ni al elemento del poder o de la soberanía, que desempeña, en materia de seguridad jurídica, el papel de última *ratio*, ni a la ley, que no puede hacer otra cosa que delimitar los contornos exteriores de las cosas y los límites de las actividades, sino a las instituciones que tienen los equilibrios de las fuerzas activas de la que está hecha la estabilidad social»³¹.

²⁹ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 82.

³⁰ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 84.

³¹ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 84.

A partir del principio de separación de poderes califica al Estado como «institución de instituciones» y a cada uno de ellos como una institución:

«Un principio como el de la separación de poderes sería letra muerta sin la institución, sólidamente establecida, de cada uno de los poderes por separado; la separación de la autoridad administrativa y de la autoridad judicial no hubiera resistido en la práctica sin la institución de una jurisdicción de conflictos»³².

La misión de la Administración no es, exclusivamente, la de ejecución de la ley, correspondiéndole también «la de graduar y dar vida a las instituciones»:

«Si la Administración pública se deja imbuir gradualmente por la convicción de que su función es la de graduar y dar vida a las instituciones, una concepción vieja de nuestro Derecho Público va a desaparecer: la de que el poder ejecutivo tiene como única misión asegurar la aplicación de las leyes»³³.

«La ejecución directa de la ley por vía administrativa es algo que ha existido, pero que ahora nos hiera como un anacronismo. La ley no tiene ya necesidad de esta sanción, pesada y peligrosa, porque está sostenida por las mismas instituciones a las cuales se aplica»³⁴.

Su planteamiento de la institución admite la personalidad jurídica del Estado, tras comentar las opiniones de GIERKE, IHERING, MICHOU, ESMEIN y DUGUIT:

«La teoría de la institución admite la personalidad subjetiva del Estado e incluso la admite como una realidad social, no como una ficción, únicamente limita el alcance de esta personalidad subjetiva mediante otra noción, que es la de la individualidad del Estado. Esta individualidad objetiva no es otra que el Estado como institución, con sus medios del derecho disciplinario y de los fenómenos estatutarios. Cada una de las nociones tiene su propio campo. El Estado no es más que una institución si planteamos la cuestión de las relaciones de los órganos entre sí, o de los súbditos con los órganos; en este caso, el punto de vista objetivo de la institución y del estatuto es el que conviene. Por añadidura, el Estado es una persona jurídica, pero únicamente en las relaciones del tráfico jurídico propiamente dicho, es decir, en sus relaciones con las

³² M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 85. En sus *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 84, define la institución como «una idea objetivada, transformada en una obra social por su fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades individuales indefinidamente renovadas».

³³ M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 88.

³⁴ M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 89.

partes, o con las personas que lo acompañan, en cuanto unos y otros no son contemplados como órganos o súbditos suyos»³⁵.

En la Introducción a la séptima edición (1911) del *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, HAURIUO aplica la teoría de la institución al concepto del Derecho Administrativo:

«El Derecho Administrativo no está fundado únicamente en relaciones jurídicas. Sin duda está penetrado por un importante tráfico jurídico [...] el tráfico que constituye la gestión de los servicios públicos aumenta el contencioso administrativo ordinario; y todo ello se encuentra ligado a la personificación jurídica de las Administraciones públicas.

El Derecho Administrativo es el derecho de esos personajes poderosos que son las Administraciones públicas [...]».

Sin embargo, estos personajes poderosos que son las Administraciones públicas están sometidos a la ley, al Derecho y a los derechos reconocidos a las personas. De tal modo que es el Derecho Administrativo el que busca mantener el equilibrio entre las prerrogativas del poder administrativo y la garantía de los derechos de los ciudadanos:

«Al ser este un Derecho de los personajes poderosos y al estar, por otra parte, completamente penetrado por el privilegio de la acción directa de estos personajes, el Derecho Administrativo posee un capítulo desconocido [...] que es el del ejercicio de los derechos»³⁶.

1.2. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de O. MAYER*

FORSTHOFF otorgó a OTTO MAYER el título de fundador del Derecho Administrativo alemán, aun cuando recordara la «vuelta a VON STEIN» de R. SMEND³⁷. Su obra *Le Droit administratif allemand*, publicada en 1903, responde al momento histórico del Estado liberal de Derecho surgido de la Revolución Francesa. Sostiene FORSTHOFF que «el paradigma del Estado de Derecho de que MAYER se sirve, se encuentra

³⁵ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 90.

³⁶ M. HAURIUO, *Obra...*, cit., pp. 99-100. En las pp. 37-42, aplica al Derecho Constitucional la idea del equilibrio entre la prerrogativa y la garantía, que M. HAURIUO expuso como característica del Derecho Administrativo, en cuanto le corresponde buscarlo entre el poder público y los derechos y libertades de los ciudadanos. Lo define «por la conciliación de la autoridad y la libertad [...] en el marco del Estado». El Derecho Constitucional se reduce a «un problema de conciliación de lo individual y lo colectivo, de la libertad y la autoridad [...] de determinar los campos respectivos del poder del Estado [...] y de la autonomía propia de los individuos [...]».

³⁷ E. FORSTHOFF, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966, p. 64.

determinado más por las formas del Derecho Administrativo francés, que por el curso especial de la historia de la Administración alemana», así como por el paralelismo con la concepción del Derecho Privado al adoptar la sistemática propia de las instituciones del Derecho Civil³⁸.

Para MAYER, el Estado constitucional liberal se caracteriza por:

- A. La división de poderes, de los cuales se da primacía al legislativo constituido por los representantes de los ciudadanos y que representa a la soberanía nacional, instaurándose la soberanía de la ley³⁹.
- B. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano, basada en la igualdad jurídica y en el reconocimiento de una esfera de libertad individual en la que se fundan los derechos fundamentales a los que no alcanza la intervención del poder ejecutivo.
- C. La vigencia del principio de legalidad del que se derivan consecuencias para la actividad administrativa y para la construcción del Derecho Administrativo, como:
 - a) La preeminencia de la ley por la habilitación para que la Administración intervenga en cuanto afecte a la propiedad y la libertad de los ciudadanos.
 - b) La reserva de la ley para conocer de tales materias en las que la Administración no puede inmiscuirse.
 - c) La actividad de la Administración referida a la defensa de este círculo de legalidad, dejando en manos de la libertad y la autonomía de los individuos el resto de las actividades sociales, económicas, etc.
 - d) Sometimiento de la Administración y los particulares a las normas, de modo que dentro de ellas se producen las relaciones jurídicas entre ellos: «la acción de la Administración ha de ser dirigida, en la medida de lo posible, por reglas de Derecho»⁴⁰.

MAYER entiende que la Administración es una parte de la actividad estatal de carácter residual por no constituir ni legislación ni Justicia:

«Para toda actividad que no sea ni Justicia ni Legislación se introduce la palabra Administración, no para reemplazar al vocablo Gobierno sino para designar una nueva rama de actividad, la cual, desprendiéndose también del Gobierno se ubica al lado de la Justicia, forma como ésta su opuesto».

³⁸ E. FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 85-87.

³⁹ O. MAYER, *El Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, p. 73. Contrapone el concepto de la ley como expresión exclusiva de la soberanía popular con la colaboración con el príncipe en el ejercicio del poder legislativo propia del sistema alemán (p. 77).

⁴⁰ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 80.

La Administración es «toda la actividad del Estado que no es Legislación ni Justicia», a fin de atender a «la realización de los fines del Estado»⁴¹. Tal actividad «se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él debe ejercer»⁴². De modo que el orden jurídico es el límite de la Administración y el fin de los Tribunales⁴³. Resume su pensamiento diciendo:

«La Administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico. Podremos dispensarnos de agregar la condición de que debe ser una actividad separada de la Legislación y de la Jurisdicción; eso está suficientemente especificado en las palabras bajo su orden jurídico. En efecto, en la Legislación, tal como la entendemos, el Estado se encuentra sobre este orden jurídico; en la Justicia, todo se hace por este orden jurídico. En cuanto a la Administración, su dependencia respecto del orden jurídico bajo el cual ella actúa, es menos estricta y más variada. Fijar la naturaleza de esta dependencia es el primer problema que tendremos que resolver»⁴⁴.

Al Gobierno corresponde «la alta dirección, el impulso que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y el interés general»⁴⁵.

El Derecho Administrativo es el Derecho «público propio de la administración»⁴⁶, el «relativo a la Administración», que regula las relaciones jurídicas, de modo que «no puede existir cuestión de Derecho Administrativo en tanto no se trate de relaciones entre el Estado y los súbditos, sean súbditos aislados o reunidos en grupos determinados»⁴⁷.

El paralelismo que establece con el sistema del Derecho Civil hace que la relación jurídica ocupe un papel central dentro de su sistema. Pero como esta institución es insuficiente para soportar el peso de todo el Derecho Administrativo, según señala FORSTHOFF, amplió el esquema con el concepto del *deber general de obediencia del súbdito*, que configura una relación de sujeción general, con la relación de sujeción especial de las personas sujetas a determinadas obligaciones específicas, que no provenían de una ley sino de normas dictadas por la propia Administración, «por la entrada en una institución pública, la cual era definida como la unión de medios materiales, personales en manos de la Administración para el logro de determinados fines de ésta»⁴⁸.

⁴¹ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 10.

⁴² O. MAYER, *El Derecho...*, cit., cit., p. 18.

⁴³ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 15.

⁴⁴ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 15.

⁴⁵ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., pp. 4-5.

⁴⁶ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 22.

⁴⁷ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 17.

⁴⁸ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 87-88.

La relación jurídica precisa de un acto de la Administración que declare una situación individual de acuerdo con la regla del Derecho. El acto administrativo «determina ahora una relación jurídica, que la misma autoridad está obligada a respetar y poner en ejecución tanto en beneficio del súbdito como contra él», porque «lo esencial es siempre la determinación jurídica del caso individual»⁴⁹. El acto administrativo completa la idea capital del *Rechtsstaat*, del Estado sometido al régimen del Derecho por la adaptación, a lo administrativo, de las formas judiciales de la sentencia. Considera que la gran aportación revolucionaria es el acto administrativo, anteriormente inexistente, y su paralelismo con la sentencia, de modo que si la sentencia está subordinada a la ley y los agentes han de ejecutarla, la ley se impone a los actos y los agentes se hallan subordinados a aquella y éstos: «no se logró someter exteriormente la Administración al poder de la Justicia. Pero la Administración debió adoptar ideas de las que era autora la Justicia»⁵⁰.

2. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho

La transición del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho será consecuencia de los cambios sociales y de las críticas al modelo por su insuficiencia para conocer las nuevas preocupaciones sociales y el nuevo significado de la actividad administrativa. La Administración liberal del Estado gendarme va a ir adquiriendo mayor protagonismo precisamente porque la burguesía dominante quiere fomentar la riqueza y necesita de una Administración activa que establezca las condiciones económicas para que la iniciativa privada desarrolle sus proyectos de enriquecimiento. Al mismo tiempo, la crisis social que el liberalismo económico había causado exigía medidas para evitar que se cuestionase el orden socio-económico y prosperaran las nuevas ideologías anticapitalistas en sus deseos de cambio revolucionario del orden liberal.

El último tercio del siglo XIX fue un período de agitación social como consecuencia de la fase económica depresiva entre 1870 y 1890, la depauperización, la aplicación de la ley de bronce del salario, la reducción del consumo, que fueron valoradas como el fin del sistema capitalista por sus insuficiencias y contradicciones internas⁵¹. Este con-

⁴⁹ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 82.

⁵⁰ O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 76.

⁵¹ E. DÍAZ, *El socialismo de Fernando de los Ríos*, Sistema, 152-153, 1999, p. 300, recoge la opinión de Fernando de los Ríos sobre el capitalismo: «Lo propio del capitalismo

vencimiento en los sectores más radicales llevó a actitudes revolucionarias que se manifestaron violentamente en la Comuna de París de 1871. Esta revolución antiburguesa sacudió el orden liberal y terminó con una gran represión. Los sublevados se levantaron «contra la religión, contra la burguesía, contra la industria, contra la familia, contra el trabajo, contra todo lo que constituye la dignidad, la seguridad y la vida de un pueblo»; no tienen «por dogma más que un ateísmo grosero, por doctrina más que un materialismo abyecto, por programa más que el vagabundeo armado, la expropiación de todas las clases por una sola, la igualdad de las partes en el comedero humano, la ralea de la fortuna pública y privada lanzada como presa a los apetitos y codicias del proletariado»⁵².

El movimiento obrero se recuperó y fue reconocido en Francia por la Ley de 21 de marzo de 1884 como consecuencia del acuerdo entre los líderes obreros, los republicanos reformistas y algunos sectores conservadores.

El proceso de transformación del Estado liberal se irá desarrollando desde finales del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. Durante este período se produjo una recuperación económica, la explotación colonial⁵³, la apertura de nuevos mercados, el incremento de la tasa de acumulación y de los salarios. Las mejores condiciones económicas redujeron la fuerza de los grupos revolucionarios, lo que propició la colaboración del movimiento obrero y de los partidos socialistas con las instituciones representativas, impulsando las reformas y las mejoras sociales.

La Constitución de Weimar configuró Alemania como una República democrática y federal en la que se reconocían los derechos fundamentales, dentro de la tradición liberal de la Constitución de 1849, que

es desentenderse del carácter del hombre a quien se utiliza como mercancía, comprando su trabajo». El capitalismo es la libertad de las cosas (libre mercado de oferta y demanda), y, consiguientemente, la explotación y esclavitud de las personas. La libertad económica capitalista no es una libertad para los hombres sino para las cosas. «Así como el capitalismo ha significado la exaltación de la idea de la libertad aplicada a los objetos económicos con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres, el socialismo, en cambio, representa el sometimiento de la economía a un régimen disciplinario para hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas»

⁵² A.J. ARNAUD, *Comunicación al Centro del Pensamiento político* de GÉRARD DUPRAT, junio de 1975. Citado por E. PISIER-KOUCHNER, «L'obéissance et la loi: le Droit», en *Histoire des Idéologies*, III, París, 1978.

⁵³ E. DÍAZ, *El socialismo...*, cit., p. 301, recoge la opinión de Fernando de los Ríos sobre el proceso colonial: «Toda la política del imperialismo económico ha consistido precisamente en apoderarse de los pueblos económicamente para poder justificar después el intervenir en su vida política» [...]. Tras los capitales están pues los gobiernos; tras los gobiernos, los ejércitos [...] lo que afirmamos es que el capitalismo en sí mismo es una organización no de lucha, sino de guerra y, como tal, enemigo de la paz entre los pueblos».

incorporó principios socialistas. El régimen de derechos fue configurado como derechos junto y con el Estado, más que contra aquel, en un marco social que encuadraba fines económicos, sociales y políticos. Se incorporaron como principios finalistas que desarrollar por el legislativo y ejecutivo las ideas de justicia social en la economía, la sociedad y la educación. En su artículo 148 se dispuso que en las escuelas se procurara la formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional, conforme al espíritu alemán de humanidad y de reconciliación entre los pueblos. A tenor del artículo 151 la vida económica debía responder a principios de justicia para asegurar a todos una existencia humana digna. El artículo 156 previó la socialización de los medios de producción y el artículo 165 la autogestión y participación de los trabajadores en la dirección de las fábricas⁵⁴.

En la construcción del nuevo orden político-social tuvieron una influencia decisiva las corrientes socialistas reformistas dispuestas a superar el sistema desde la libertad y la democracia. Es el modelo del socialismo liberal-democrático del *constitucionalismo social*, que describió FERNANDO DE LOS RÍOS:

«Mas si el principio del constitucionalismo social se ha elaborado en lucha con el conformismo del siglo XIX, no por ello es lícito decir que ha sido éste innecesario ni infructuoso; dentro de él, en su seno, y en parte por las propias facilidades que le ha ofrecido, se ha desarrollado la idea del constitucionalismo social y principia a realizarse; [...] y si en una primera etapa creyó suficiente a este propósito la libertad civil, la garantía personal, en una segunda estimó que era necesaria la libertad política y dedujo que requería ésta como forma instrumental la democracia. Y ahora, en una tercera etapa histórica, ante la presión social de nuevas fuerzas, ante la experiencia de siglo y medio de maquinismo capitalista y el requerimiento ideal de hombres de tendencia muy varias, comienza a hallar realización inequívoca el constituciona-

⁵⁴ Art. 156: «El Reich puede en virtud de la ley, previa indemnización, y aplicando analógicamente las normas en vigor para la expropiación, transformar en propiedad colectiva la propiedad de empresas privadas susceptibles de socialización [...]. El Reich puede además, en caso de urgente necesidad, establecida mediante ley, colocar en régimen de explotación común empresas y sociedades sobre la base de la autogestión y con el propósito de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, dando participación en la administración a patronos y obreros, y ordenar la producción, creación, distribución, empleo, fijación de precios, así como la importación y exportación de bienes, según reglas de utilidad general [...]». Artículo 165: «Los empleados y obreros están llamados a colaborar en pie de igualdad y en comunidad con los empresarios para establecer los salarios y condiciones de trabajo, así como a participar en el desarrollo económico global de las fuerzas de producción. Se reconocerá a las organizaciones de unos y otros, así como los acuerdos que ellas concluyan entre sí [...]».

lismo social, que sólo es posible negándole a las cosas lo que es privativo de las personas: la libertad»⁵⁵.

Tales principios sentaron las bases para la constitución del Estado Social de Derecho, en el que, partiendo del principio de la justicia social, se reconocerá a la Administración un protagonismo en la conformación social, al mismo tiempo que se respetan los principios del sistema económico capitalista.

La construcción del Estado Social no es una mera corrección del Estado liberal, sino una realidad política con un nuevo imaginario político y jurídico, que pone en establecer y asegurar las condiciones adecuadas de vida su objetivo, por lo cual se ha hablado del «imaginario asegurador»⁵⁶. Se aportaba una nueva visión de la sociedad y del papel del Estado y la Administración que exigía nuevas técnicas políticas y jurídicas, tanto para articular las relaciones Estado-Derecho como para la gestión de las necesidades sociales en una civilización más compleja y plural. El significado del Estado Social fue descrito por el español PEDRO DORADO:

«El Estado cooperativo cuyas funciones no son propiedad, por decirlo así, del soberano, sino más bien servicios colectivos, cuyos órganos y funcionarios no tengan otro carácter que el de administradores de los intereses generales y comunes, designados, por consecuencia, por la comunidad y responsables ante ella»⁵⁷.

Se trata, además, de establecer un nuevo sistema de relaciones entre la persona, la sociedad y el Estado, con la reforma del Estado y del Derecho que legitime un nuevo modelo de comportamientos y relaciones jurídicas propias del Estado Social, distintas a las del modelo de Estado liberal. Como sentenció GURVITCH, el Estado de Derecho «es el predominio definitivo del orden del derecho social sobre el orden del derecho individual en el interior del derecho público»⁵⁸.

⁵⁵ J. A. PORTERO MOLINA, *El Derecho Político en la obra de Fernando de los Ríos*, Sistema, 152-153, 1999, p. 117.

⁵⁶ F. EWALD, *L'État providence*, París, 1986, p. 531.

⁵⁷ P. DORADO, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, RDP, XII, 1899, p. 251. G. PECES-BARBA, *Religión y Estado en Fernando de los Ríos*, Sistema 152-153, 1999, p. 172, recoge cómo este ilustre penalista fue separado de su cátedra en la Universidad de Salamanca por la dictadura de Primo de Rivera, a instancia del Obispo de la diócesis, tras una denuncia por exponer doctrinas perniciosas como el positivismo y el materialismo.

⁵⁸ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, París, 1935, p. 263.

H. KELSEN cuestionó la objetividad y la juridicidad de un orden social justo, por cuanto se trata de un juicio de valor subjetivo fundado en valores emocionales:

«Es obvio que no puede existir un orden justo, esto es, capaz de procurar la felicidad de cada uno. La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente felicidad en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentos, vestidos y habitación. Pero ¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde? Estos problemas no pueden ser resueltos por medio de un conocimiento racional. La solución de los mismos implica un juicio de valor determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo sólo a él»⁵⁹.

Al contrario que los juicios de valor, «los juicios jurídicos son juicios que pueden ser objetivamente comprobados con ayuda de los hechos. Por ello son admisibles dentro del ámbito de la ciencia del Derecho. Los de justicia no pueden ser objetivamente comprobados, consecuentemente, la ciencia jurídica no tiene lugar para ellos»⁶⁰.

Por tratarse de los autores más relevantes de este momento, se recogen las opiniones de León DUGUIT en el Derecho francés y Fritz FLEINER en el Derecho alemán.

2.1. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de L. DUGUIT*

La obra de DUGUIT con su concepción del Derecho, del Estado y su soberanía, de los derechos individuales, de la solidaridad, sus críticas al

⁵⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1979, p. 7. Define el juicio de valor como «un aserto por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior. Semejante juicio se halla siempre determinado por factores emocionales» (p. 8). «La necesidad de una justificación racional de nuestros actos emocionales es tan grande, que tratamos de satisfacerla aun a riesgo de engañarnos a nosotros mismos. Y la justificación racional de un postulado que se base en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo, en el que todos los hombres sean libres, por ejemplo, o en el de que sean tratados igualmente, es un autoengaño o —lo que equivale a lo mismo— una ideología» (p. 9).

B. DE JOUVENEL, *La soberanía*, Madrid, 1957, p. 297, afirma que «ninguna proposición es tan propia para escandalizar a nuestros contemporáneos como esta: es imposible establecer un orden social justo. Hacer justicia es aplicar en un reparto el orden de serie adecuado. Pero es imposible al espíritu humano establecer un orden de serie adecuado para todos los recursos y para todos los puntos de vista».

⁶⁰ H. KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 57.

individualismo liberal⁶¹, su concepción del poder sindical, la función social de la propiedad⁶², su actitud favorable a la descentralización y el federalismo, y sus propuestas sobre el servicio público supuso cuestionar los valores del sistema liberal y del Estado de Derecho según había sido concebido desde la Revolución. Este autor inicia así una línea de pensamiento antiliberal en la doctrina administrativista, como ha señalado ALEJANDRO NIETO:

«DUGUIT [...] introduce la mala conciencia en el Derecho administrativo francés. Este autor denuncia el desplazamiento que ha experimentado el centro de gravedad de la disciplina —corrido desde la persecución de intereses colectivos a técnica de defensa de derechos individuales—, y para restablecer el equilibrio [...] insiste con energía en el fortalecimiento del factor desatendido, o sea, en lo que ahora se denominan servicios públicos. A tal efecto procede a desmontar la concepción idealista del Estado que los juristas conservadores habían estado elaborando durante un siglo. DUGUIT es un pragmático que ha comprendido que los atributos de soberanía cuasimítica con que venía envolviéndose el Estado era una maniobra ideológica a través de la cual pretendían las clases dominantes ocultar el fenómeno de la manipulación egoísta del mismo. A partir de ahora debe volver el Estado al servicio de la comunidad, liberándolo de quienes se lo han apropiado»⁶³.

Por ello no deben sorprendernos las reacciones de sus conservadores contemporáneos cuando dijeron que había caído en una quimera anarquista (*chimère anarchiste*) (ESMEIN)⁶⁴, que era autor de *une théorie proprement anarchique, incompatible avec les nécessités sociales* (MICHOD)⁶⁵, *anarchiste de la chaire*⁶⁶, que ha realizado *le tour de*

⁶¹ Para N. PÉREZ SERRANO, *Tratado...*, cit., p. 210, el individualismo «tributa culto al individuo del cual acaba por consumir el sacrificio de la sociedad [...]. El Estado no es el Dios que HEGEL reverencia; tampoco es, sin embargo, el Satanás del que los anarquistas abominan: el Estado es un mal necesario [...]. Figuras preclaras del movimiento son en Alemania, HUMBOLDT; en Inglaterra, BENTHAM, los MILL y SPENCER, y en Francia no pocos teóricos de la época revolucionaria, y posteriormente Jules SIMON, LEROY-BEAULIEU y otros».

⁶² L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, París, 1912, p. 19, analiza el derecho de propiedad desde «una concepción exclusivamente realista, que elimina sucesivamente la concepción metafísica del derecho subjetivo: es la noción de función social». «La propiedad no es el derecho subjetivo del propietario; es la función social del detentador de la riqueza» y «en realidad sólo se percibe una situación de hecho: la afección de la utilidad total de una cosa a un fin determinado» (p. 158).

⁶³ A. NIETO, La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo, RAP, 76, 1975, pp. 21-22.

⁶⁴ A. ESMEIN, *Eléments de Droit constitutionnel*, París, 1927, p. 40.

⁶⁵ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en Droit française*, 1906, p. 32.

⁶⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, París, 1910, p. 79.

*force d'être à la fois socialiste et anarchiste*⁶⁷ y conduce a «*l'anarchie doctrinale et juridique*»⁶⁸ (HAURIUO). A todos ellos respondió rechazando que fuera un epígono anarquista:

«...la anarquía consiste en negar la legitimidad de todo acto de [fuerza, coacción] política y no es ser anarquista decir que el poder gubernamental no puede legitimarse por su origen, sino solamente por el fin que persigue, que se impone legítimamente cuando y sólo se ejerce conforme al derecho social [...] Anarquista, si se quiere, mi doctrina, si puede llevar mejor que cualquier otra a limitar jurídicamente el poder del Estado y a fundar verdaderamente una regla de derecho determinando el sentido y el alcance de los actos de los gobernantes. Espero demostrar que mi doctrina calificada de anarquista, además de que sólo se adapta a los hechos sociales actuales, atiende a este doble desiderátum, y también que asegura la obediencia a las decisiones legítimas de los gobernantes mejor que la afirmación solemne del pretendido principio de autoridad, principio vacío de sentido y de contenido»⁶⁹.

DUGUIT, secundando a la sociología de COMTE Y DURKHEIM, trata de acomodar el Derecho a la realidad social. Para ello, construye una doctrina del Derecho y del Estado basada en la naturaleza social del fenómeno jurídico y desembarazada de toda concepción metafísica, suprimiendo todo cuanto no pueda ser conocido por la experiencia.

DUGUIT fue un reformista, no un revolucionario, porque trató de superar el injusto orden liberal a partir del mismo, buscándole soluciones y alternativas desde el ejercicio de los derechos y libertades democráticos. Buscó una nueva vía de articular las relaciones entre las personas, la sociedad y el Estado, que superase el individualismo liberal y no cayese en el socialismo colectivista o en el puro anarquismo. Trató de hacer compatibles la libertad individual con el progreso social, el Estado y la solidaridad social, el mercado y el servicio público en beneficio de la libertad real de las personas. El nuevo Estado Social lo concibe desde la libertad individual y colectiva en un marco democrático en el que es posible la libertad real, que no formal, el protagonismo de la sociedad y el intervencionismo del Estado.

Su concepción jurídico-política del Derecho, el Estado y la sociedad se fundamenta en los siguientes cinco puntos:

⁶⁷ M. HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, RALT, 1911, p. 40.

⁶⁸ M. HAURIUO, *Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, RDP, XVII, p. 346.

⁶⁹ L. DUGUIT, *Traité...*, cit., pp. 653-654. Para N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, p. 208, el anarquismo es un «concepto exaltado de la libertad que detesta cualquier coacción, y rechaza, por tanto, el Estado, cuyo poder, contrario a la humana personalidad, no permite a ésta su cabal desenvolvimiento».

a) Rechazo del derecho subjetivo. Como ha recalcado BONNARD:

«Rechaza tanto el derecho subjetivo del individualismo constituido por el derecho individual natural, como el derecho subjetivo que resulte del ordenamiento jurídico creado por el Estado. Este sistema subjetivo lo sustituye por un sistema objetivo estableciendo la regla de Derecho como elemento fundamental del sistema jurídico»⁷⁰.

b) Rechaza la idea del Derecho natural abstracto y metafísico.

Busca el fundamento social del Derecho en la misma sociedad y en sus relaciones sociales, en la «solidaridad» y la «interdependencia social», que son hechos objetivos que fundamentan las relaciones jurídicas. De este modo, la norma social es una «ley inherente al hecho social que determina la actitud activa o pasiva de todos los miembros del grupo social, para que éste y los individuos que lo componen puedan vivir y desarrollarse, ley cuya violación entraña forzosamente una reacción, que es el hecho del grupo vinculándose naturalmente a la ley que preside su vida»⁷¹.

c) La descentralización, el federalismo y el asociacionismo.

Manifiestan la solidaridad social, articulan la participación de los ciudadanos en los servicios y son factor de integración social. La interdependencia social que crean los grupos, asociaciones y sindicatos, colaborando en la prestación de servicios, constituye una auténtica descentralización:

«...cuando el hombre moderno, habiendo tomado una clara conciencia de la interdependencia social que vincula a todos los miembros del grupo, gobernados y gobernantes, ha reconocido a éstos el deber de asegurar la ejecución de las diversas tareas en todos los órdenes de la actividad humana, forzosamente ha debido producirse una tendencia descentralizadora. Los gobernantes, que sólo son los detentadores de la mayor fuerza, no pueden por ellos mismos, o por sus agentes directos, realizar estos trabajos. Serán entonces ejecutados necesariamente por grupos de individuos, con una cierta independencia respecto a los gobernantes imprimiendo el impulso al servicio, incluso dirigiéndolo, bajo el control y vigilancia de los gobernantes y sus agentes. Esto es precisamente la descentralización»⁷².

Por otra parte, la descentralización implica una forma de equilibrar el incremento del poder público que se deriva del aumento de los servicios públicos que reclama el progreso de la civilización:

⁷⁰ R. BONNARD, *Les idées de L. Duguit sur les valeurs sociales*, APDSJ, 19323, 1-2, p. 15.

⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, I, París, 1921, pp. 81-82.

⁷² L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 140.

«...el número de los servicios públicos aumenta cada día; es un movimiento que coincide con el progreso de la civilización. Teóricamente esto no puede aumentar el derecho del poder de los gobernantes porque tal derecho no existe. Sin embargo, es difícil negar que aumenta su poder de hecho. Pero es necesario no olvidar que tal crecimiento del poder queda equilibrado, si no anulado, por un movimiento extremadamente importante, que es una de las características de la moderna evolución del derecho público: el movimiento descentralizador»⁷³.

e) La regla objetiva de derecho que obliga a gobernantes y gobernados.

El Estado es un fenómeno social de fuerza que al carecer de legitimidad jurídica no puede crear Derecho, pero ha de estar sometido al que se cree en la sociedad. Pero la ley positiva que aquél crea tiene validez por su presunta conformidad al derecho objetivo.

f) El servicio público.

Para desmitificar el Estado liberal, rechaza la concepción de aquél como un poder soberano de dominación para convertirlo en un gestor de servicios públicos, que le legitima desde la satisfacción de las necesidades sociales interviniendo en sectores que el liberalismo había reservado a la iniciativa individual y a la propiedad. Alude a una nueva forma de Estado, estableciendo las bases del Estado Social al criticar el modelo liberal y proponer sustituir la soberanía por la solidaridad, la potestad por el servicio público: el Estado está formado por «un grupo de individuos que ostentan una fuerza que deben emplear para crear y gestionar los servicios públicos. La noción de servicio público se convierte en la noción fundamental del derecho público»⁷⁴.

La idea del servicio público de DUGUIT se basa en la solidaridad como valor que estructura a la sociedad. Precisamente para hacerla efectiva se prestan los servicios públicos y se imponen a la Administración deberes prestacionales que cumplir⁷⁵. Los gobernantes no son órganos de una persona colectiva que manda, sino «los gerentes de los negocios de la colectividad»⁷⁶, por lo que «se impone la necesidad de un sistema de derecho público que dé fundamento y sanción a esta obligación positiva»⁷⁷.

Precisamente critica la concepción que tiene ESMEIN del Estado como mero protector de los derechos individuales porque su conce-

⁷³ L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 56.

⁷⁴ L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. XIX.

⁷⁵ E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, 1972.

⁷⁶ L. DUGUIT, *Traité...*, cit., II, p. 66.

⁷⁷ L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 32.

ción es impotente para limitar el poder del Estado porque nada aporta para «crear la obligación del Estado de realizar prestaciones positivas para el beneficio del individuo [...] pero el individuo no le puede exigir ninguna ventaja. [...] Esmein rechaza formalmente reconocer al individuo el derecho de resistir a la opresión»⁷⁸.

La considerable transformación consistente en dar prioridad al servicio eficiente a la solidaridad social, frente a la idea de poder:

«Esta noción de servicio público no será realidad más que en la medida en que encontremos, en las sociedades modernas, hechos de los que será la síntesis, y que serán como la subestructura de las instituciones positivas dibujadas por la expresión abstracta del servicio público»⁷⁹.

«El poder de dominación existe siempre; pero no es un derecho subjetivo del que el Estado-persona jurídica sea titular; es ante todo una función social. Esta función social, es en el fondo el servicio público; y así M. Hauriou está cerca de reconocer que el servicio público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno»⁸⁰.

En opinión de DUGUIT el eje fundamental del Derecho Administrativo está en la protección de los intereses colectivos por medio de la prestación de los servicios públicos: «El servicio público es el fundamento y el límite del poder gubernamental. Por ello mismo mi teoría del Estado se encuentra acabada»⁸¹.

f) Superación del Estado gendarme por el Estado agente activo.

DUGUIT no cree en el liberalismo económico, ni en la «mano invisible del mercado», sino en una sociedad estructurada por grupos sociales, asociaciones y sindicatos, en un federalismo social dentro de un Estado descentralizado en el que corresponde al Estado el «control y la vigilancia»⁸², conforme a la regla de derecho nacida de la solidaridad o la interdependencia social⁸³.

La interdependencia se desarrolla cuando el Estado organiza servicios públicos capaces de asegurar a los ciudadanos las comunicaciones, el transporte, el alumbrado eléctrico, la asistencia sanitaria, la enseñanza, el seguro contra el paro, etc.⁸⁴. El intervencionismo del Estado

⁷⁸ L. DUGUIT, *Traité...cit.*, pp. 639-640.

⁷⁹ L. DUGUIT, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics. A propos de l'arrêt du Conseil d'État*, 21 décembre 1906, Syndicat Croix de Seguey-Tivoli, RDP, 1907, p. 415.

⁸⁰ L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, París, 1913, p. 39.

⁸¹ L. DUGUIT, *Traité*, II, 3.^a ed., p. 23.

⁸² L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., pp. 41-42.

⁸³ L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., pp. 42-43.

⁸⁴ L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., pp. 47-51.

en la vida económica y social es una realidad «inevitable» e «innegable». Pero no resulta imprescindible adjudicar al Estado el único protagonista, porque también la sociedad puede autogestionarse bajo el control y vigilancia estatal:

«Todas las funciones económicas y sociales, que adquieren por el desarrollo del sindicalismo una estructura jurídica definida, pueden así, bajo el control de los gobernantes, dar el impulso y la dirección a la parte del trabajo que les incumbe»⁸⁵.

Es, por tanto, una amplia concepción ideológica la que construye para superar el Estado gendarme y dar paso a otro activo que se compromete socialmente:

«La noción de servicio público fue colocada por Duguit en la base de su teoría general del derecho. No sólo los servicios públicos son, para él, un elemento del Estado, sino que expresan su esencia [...] Duguit enuncia una doctrina política. La actividad del Estado —sobre todo de los gobernantes— carece, en su opinión, de valor cuando no persigue un fin de servicio público»⁸⁶.

g) La responsabilidad de los poderes públicos.

La idea de solidaridad implica la igualdad ante las cargas públicas, por lo que unos no pueden sufrir daños más gravosos que otros. Además, el deber del Estado de asegurar frente al riesgo social y contra todo daño proveniente de su actividad. También la noción de servicio público como sustituto de la de soberanía conduce a establecer la responsabilidad del Estado, frente a la irresponsabilidad que se derivaba de aquélla:

«Incontestablemente, es la mayor extensión dada a la responsabilidad del Estado lo que revela mejor que cualquier otra cosa, la transformación profunda del Estado moderno y la desaparición constante y progresiva de la noción de soberanía [...] Al mismo tiempo que se reduce la noción de soberanía, se amplía por el contrario la noción de la responsabilidad estatal»⁸⁷.

h) El sindicalismo, elemento de integración social.

Su rechazo de la concepción individualista llevó a DUGUIT a entender que el orden social se ha de basar en la fuerza de los grupos y del movimiento sindicalista, como «movimiento de integración social que se extiende a todas las clases», como «movimiento social que consti-

⁸⁵ L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 43.

⁸⁶ R. PINTO-M. GRAWITZ, *Méthodes des Sciences sociales*, Paris, 1969, pp. 162-163.

⁸⁷ L. DUGUIT, *Traité...*, III, p. 426.

tuye incontestablemente el hecho más importante, el más característico de nuestra época, quiero decir el movimiento que se ha convenido en llamar sindicalista»⁸⁸. Frente al temor de la burguesía al movimiento sindical y a su legalización, DUGUIT lo defendió como factor de integración y pacificación social:

«El movimiento sindicalista no es una realidad de la guerra emprendida por el proletariado para aplastar a la burguesía, para conquistar los medios de la producción. No es, como pretenden los teóricos del sindicalismo revolucionario, la clase obrera consciente de sí misma para concentrar en ella el poder y la fortuna y eliminar la clase burguesa. Es un movimiento más amplio, mucho más fecundo, diría mucho más humano. No es un medio de guerra y de división social; creo que es, por el contrario, un potente medio de pacificación y de unión. No es una transformación sólo de la clase obrera; se extiende a todas las clases sociales y busca coordinarlas en haces armónicos»⁸⁹.

Además del sindicalismo, el asociacionismo es otra forma de integración social, en una actitud que tenía enemigos en Francia desde la Revolución y la supresión de cualquier forma de organización social por la Ley CHAPELIER de 14 de junio de 1791⁹⁰, para dejar al individuo sólo como dueño de su destino:

«Sindicatos obreros, sindicatos patronales, asociaciones de las diferentes categorías de funcionarios, federaciones de las diferentes agrupaciones, federaciones de trabajadores intelectuales, asociaciones agrícolas, asociaciones de pequeños comerciantes y de pequeños industriales, sindicatos de capitalistas, todos estos grupos se forman actualmente de una manera puede que desordenada, pero todos tienden consciente o inconscientemente al mismo fin, un fin de integración social»⁹¹.

DUGUIT reclamó la representación en el Parlamento de las fuerzas sociales, frente a la concepción individualista que la consideraba como un riesgo para el interés general. Sostuvo que tal presencia suponía una

⁸⁸ L. DUGUIT, *Traité...*, I, pp. 662-663.

⁸⁹ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, París, 1908, p. 120.

⁹⁰ Conforme a la exposición de motivos de la Ley Chapelier se dijo: «No existe más que el interés particular de cada individuo y el interés general. A nadie está permitido inspirar a los ciudadanos un interés intermedio, separarlos de la cosa pública por un espíritu de corporación». Según expone A. HAURIU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, 1979, p. 66, «los filósofos del siglo XVIII y los hombres de la Revolución no aceptan aún todas las libertades: repudian las de asociación y fundación, por considerarlas susceptibles de servir de ayuda para reconstruir un orden social incompatible con el individualismo absoluto».

⁹¹ L. DUGUIT, *Traité...*, cit., p. 510.

mayor representatividad al incorporar a las nuevas fuerzas sociales surgidas con la industrialización:

«...el gran movimiento sindicalista, que se manifiesta en todos los países y particularmente en Francia, prepara para un próximo porvenir, se quiera o no, la representación profesional que será esencialmente sindical»⁹².

«Los hechos serán más fuertes que los hombres. Puede ser que el movimiento sindicalista no esté todavía suficientemente preparado para que se pueda iniciar la empresa de una legislación positiva sobre este punto [...]. Pero, ciertamente, en un porvenir que verán los jóvenes de hoy, se organizará, al lado de una representación proporcional de los partidos, una representación profesional de los intereses, es decir, una representación de las diversas clases sociales organizadas en sindicatos y en federaciones de sindicatos»⁹³.

Esta concepción de representación orgánica le llevó a proponer que la representación profesional constituyese una Cámara, que podía ser el Senado, mientras que la Cámara de los diputados fuese elegida por sufragio universal⁹⁴.

2.2. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de F. FLEINER*

Para FLEINER, las nuevas actitudes ideológicas y los cambios sociales y económicos han dado un nuevo protagonismo a la Administración, lo que exige adecuar el Derecho Administrativo a la nueva actividad económica y a los nuevos modos de gestión. Todo ello ha de contribuir a la propia identidad del Derecho Administrativo y a su menor dependencia del Derecho privado, sin que ello impida la utilización de este último.

Afirma que es la Constitución el instrumento para que el Estado se constituya como persona jurídica y establezca órganos para utilizar su *imperium* o poder de dominación, que le permite «mandar a hombres libres y obligarlos a obedecer a sus mandatos»⁹⁵. El Estado se manifiesta por medio de la Administración, que es «el conjunto de la actividad desplegada por el Estado o por otra persona jurídica de Derecho público, bajo el imperio de su propio orden jurídico, para realizar sus fines de existencia y que no entra en el campo de la legislación ni en el de la jurisdicción»⁹⁶.

⁹² L. DUGUIT, *Traité...*, cit., II, p. 755.

⁹³ L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 127.

⁹⁴ L. DUGUIT, *La représentation syndical au parlement*, RPP, 1911, pp. 28-45.

⁹⁵ F. FLEINER, *Les principes généraux de Droit Administratif Allemand*, París, 1933, p. 11.

⁹⁶ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 9.

Expone FLEINER el proceso histórico que ha dado lugar a la configuración del Derecho administrativo alemán como un Derecho especial, advirtiéndolo de su distinto origen respecto al Derecho Administrativo francés, por cuanto «no ha surgido de una crisis profunda del Estado y de la sociedad, sino de un lento proceso de transformación que se ha desarrollado en los territorios particulares»⁹⁷. Desde el Estado patrimonial de la Edad Media, se evoluciona al Estado de policía de la reforma protestante y al absolutismo⁹⁸. La propia configuración del Estado de Derecho fue distinta en cuanto se mantuvo el poder legislativo en los príncipes y la doctrina del Fisco reconocerá que al Estado, persona jurídica única, se puede aplicar el Derecho Público y el Privado. Ese último irá perdiendo papel en la medida en que se incrementaba el protagonismo de la Administración y su actuación como poder al margen de la situación de igualdad propia del Derecho Privado. De tal modo que «el Derecho público ha nacido como un Derecho especial para las relaciones que se refieren a la Administración en las que el Derecho privado no constituye el Derecho adecuado»⁹⁹, o como el que regula «las relaciones jurídicas de dominación entre el Estado y los ciudadanos»¹⁰⁰.

Corresponde al Derecho Administrativo «regular las relaciones jurídicas que nacen entre el Estado administrador (u otra persona pública encargada de la gestión de una administración pública) y sus súbditos (individuos o grupos)», puesto que «todo orden jurídico tiene como misión delimitar los derechos y las obligaciones de los sujetos de derecho en relación unos con otros»¹⁰¹.

Acepta FLEINER la supremacía del Derecho Privado sobre el Administrativo, por su mayor solidez material, formal y sistemática «en la codificación integral contenida en el Código civil alemán y, además, en la posición central que ocupa la jurisdicción civil y en la formación principalmente civilista de una gran parte de los juristas alemanes que está ligada a ella»¹⁰².

⁹⁷ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., pp. 24-25.

⁹⁸ Respecto al origen divino del poder en que se funda el absolutismo, A. HAURIUO, *Derecho...*, cit., pp. 124-129: La doctrina del origen divino del poder [...] ha tenido dos formas sucesivas: la doctrina del derecho divino sobrenatural y la doctrina del derecho divino providencial. La doctrina del derecho divino sobrenatural fue defendida especialmente por BOSSUET [...]. La doctrina del derecho divino providencial, sostenida por Joseph de MAISTRE y BONALD».

⁹⁹ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 32.

¹⁰⁰ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 36.

¹⁰¹ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 35.

¹⁰² F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 33.

Ahora bien, al no tratarse de un sistema dotado de la misma «unidad de estilo» del francés, determina que el Derecho Administrativo alemán alcance a todas las normas que regulan la actividad de las Administraciones públicas, sean de Derecho Público o de Derecho Privado¹⁰³. Además, existen formas e instituciones comunes a ambos derechos, y su origen no las caracteriza para siempre en uno de los ámbitos, porque pueden adaptarse a las necesidades de su utilización por los poderes públicos, ya que ambos Derechos «se completan y penetran mutuamente»¹⁰⁴. Por ello, el Derecho Administrativo debe comprender, en sentido estricto, las «disposiciones de Derecho Público cuya reunión constituye un Derecho especial de la Administración pública. De otra manera, Derecho Administrativo es el Derecho público establecido para las necesidades de la Administración pública»¹⁰⁵.

Precisamente el elemento de poder o dominación propio del Estado y de su agente la Administración, como *potentior persona*, es el que define la naturaleza de las relaciones jurídicas que establece y el determinante del orden jurídico, público o privado, aplicable¹⁰⁶.

Tras la Primera Guerra Mundial se incrementó la intervención del Estado en la vida económica y social. Si inicialmente se utilizó el servicio público, posteriormente se ha acudido a nuevas formas para intentar lograr una mayor eficacia y eficiencia, reducir la burocratización y los controles. Ello ha llevado a las Administraciones a utilizar formas de gestión privada por «la superioridad de los principios de la economía privada en la gestión de las grandes empresas económicas; las formas estrictas de Administración pública se mostraron demasiado pesadas para dar facilidades puramente económicas». Esta situación lleva a diferenciar entre la Administración de autoridad (*Hoheitsverwaltung*) y la administración económica o de empresas (*Betriebsverwaltung*).

El supuesto paradigmático es la empresa pública «organizada jurídicamente o simplemente técnicamente en establecimientos públicos independientes o no independientes respecto de la organización administrativa general, con el objeto de poder ser llevada de acuerdo con los principios distintos de los que se aplican a la Administración Pública, como una empresa comercial particular»¹⁰⁷. También se ha acudido a utilizar el Derecho Mercantil para la creación de sociedades cuyo capital social es de titularidad pública. FLEINER considera que «el Derecho

¹⁰³ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 44.

¹⁰⁴ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 45.

¹⁰⁵ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 44.

¹⁰⁶ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 38.

¹⁰⁷ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 81.

Privado ha ayudado a la Administración Pública a extender el ámbito de su poder de una manera casi imposible de apreciar»¹⁰⁸.

El intervencionismo económico demuestra «que el Estado quiere que ciertas ramas importantes de la vida económica sean reguladas a determinados efectos en interés público, que confía esta reglamentación a grupos y órganos representativos (cuerpos de administración autónoma) que proceden del ámbito de la economía industrial. El Estado se reserva el control supremo»¹⁰⁹.

3. El Estado Social de Derecho

3.1. *El Estado Social y sus implicaciones*

Según GARCÍA PELAYO¹¹⁰ fue VON STEIN el precursor de la idea del Estado Social, partiendo de supuestos hegelianos y de la distinción entre el Estado y la sociedad, afirmó que las formas políticas del futuro serían la democracia social o la monarquía social. Para superar la tendencia de la sociedad a la dependencia, la servidumbre y la miseria física y moral, situación que es contradictoria con la idea y principio del Estado, con sus intereses y su estabilidad. A la construcción de la idea del Estado social también contribuyó el pensamiento socialdemócrata clásico, para el que el Estado, que ha sido y es un instrumento de dominación de clases, puede mejorar las condiciones de vida de los trabajadores. La formulación de la idea del Estado Social de Derecho se debe a HERMANN HELLER¹¹¹, quien, ante la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, sostuvo que la solución estaba en introducir en aquél el «momento social»:

«La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización»¹¹².

¹⁰⁸ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 84.

¹⁰⁹ F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 86.

¹¹⁰ L. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1985, pp. 18 y ss.

¹¹¹ H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1942.

¹¹² L. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, cit., p. 17.

La idea del Estado social fue constitucionalizada en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn. La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho». El Estado Social es la forma estatal que se corresponde históricamente con la etapa del neocapitalismo o capitalismo tardío que se desenvuelve en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. El neocapitalismo aceptó la idea y la praxis del Estado social, en cuanto le proporcionó un marco social estable, un desarrollo económico y un bienestar social que suprime las tentaciones de alterar el sistema y en el que el consumo le genera beneficios, mientras que en otros las dialécticas de ambos términos pueden entrar en tensión. La libertad del mercado es limitada y controlada para evitar las disfunciones económicas y sociales, por lo que se le denomina «economía social de mercado».

El Estado social significa, históricamente, la adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial. Los valores básicos del Estado democrático liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. Los derechos individuales se complementan con los derechos sociales, que los harán posibles realmente, en cuanto «pretensiones del ciudadano frente al Estado en el ámbito económico social»¹¹³.

El Estado social no sólo no niega los valores y derechos citados, sino que pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material, partiendo de que individuo y sociedad son dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Se trata de establecer un Estado material de Derecho, cuyo concepto

«no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira necesariamente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época»¹¹⁴.

Históricamente se ha producido tanto por una coerción de la sociedad por parte del Estado, como una coerción del Estado por la socie-

¹¹³ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho...*, cit., p. 192. Para C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 196, «tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpore el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es condicionado, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y racionaliza su pretensión».

¹¹⁴ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, cit., p. 54.

dad. Desde el punto de vista estatal, en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, el Estado liberal entendió que para subsistir debía intervenir en los aspectos económicos y sociales y añadir a sus objetivos los de la regulación del sistema social. Por su parte, la sociedad ejercía una acción coercitiva sobre el Estado por haber perdido su capacidad de autorregulación, y buscaba en el marco estatal la acción reguladora de la que carecía. Todo ello marca una tendencia a la *estatización* de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos. Estado y sociedad son dos sistemas imbricados a través de redes y nexos complejos, con factores reguladores que escapan de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas. Tanto el sistema estatal como el sistema social hay que considerarlos desde la perspectiva de un sistema más amplio en el que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios.

La política social sectorial del último tercio del siglo XIX se transforma en política social generalizada, programada, integrada y sistemática. El *Rapport Beveridge* que inicia el nacimiento del sistema en el Reino Unido pretende realizar «una ofensiva contra cinco males colosales: contra la necesidad física [...], contra la enfermedad, que es a menudo el origen de la necesidad y acarrea muchos otros males; contra la ignorancia, que ninguna democracia debe tolerar entre sus ciudadanos; contra la miseria [...]; y contra la ociosidad, que destruye la riqueza y corrompe a los hombres». Se trata, también, de coronar los esfuerzos y sufrimientos de la guerra contra el mal que representaba el nazismo, porque, tanto «en la paz como en la guerra, no se gobierna para la gloria de los que dirigen ni de las razas, sino para la dicha del hombre ordinario [...] El fin de la victoria es vivir en un mundo mejor que el antiguo»¹¹⁵.

Otro tanto sucede en el campo económico, donde de las medidas subsidiarias correctivas de los malos efectos o de las deficiencias transitorias de un sistema considerado en general como autorregulado, se pasa a una política estatal de dirección permanente y programada del sistema económico, sin perjuicio del poder de decisión de las empresas privadas. El Estado puede promover el cambio, dentro de ciertos lími-

¹¹⁵ W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942, pp. 170-171. Fue teorizado por T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950, para quien la dimensión social de la ciudadanía consiste en el «derecho de participar plenamente en la herencia común y vivir de un ser civilizado conforme a las normas que prevalecen en la sociedad».

tes, de la estructura misma del sistema económico y convertirse en uno de sus principales agentes.

Frente a la idea del orden social liberal, dotado de una racionalidad inmanente, el Estado social entiende que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la irracionalidad y que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas. Como ha expuesto ELÍAS DÍAZ:

«El calificativo social quiere así hacer referencia [...] a la corrección del individualismo clásico liberal, a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social. [...] En concreto son dos los puntos de vista del liberalismo que precisan someterse a una mayor crítica y revisión: el individualismo y el abstencionismo estatal. Frente a ello, lo que se propugna en el Estado Social de Derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado [...] dotado de un ejecutivo fuerte»¹¹⁶.

Según FORSTHOFF, el hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones, de bienes y servicios materiales e inmateriales, de unas posibilidades de existencia designadas como espacio vital. En este espacio hay un *espacio vital dominado*¹¹⁷, que el individuo puede controlar y estructurar por sí mismo, y un *espacio vital efectivo*¹¹⁸, donde el individuo desarrolla fácticamente su existencia constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Conforme la sociedad se ha hecho más compleja, el individuo ha perdido el control de la estructura y medios de su propia existencia y

¹¹⁶ E. DÍAZ, *Estado...*, cit., pp. 96-97.

¹¹⁷ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 25, el espacio dominado está constituido por «aquel que está asociado al hombre de un modo tan intenso que le es lícito considerarlo como de su pertenencia exclusiva, como su propiedad, estimándose a sí mismo como su señor o dueño. Se trata de la granja, de las fincas que le pertenecen, de la casa en que vive».

¹¹⁸ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 25: «es aquél en el que la vida, más allá del ámbito dominado, se cumple efectivamente. Ahora bien, el desarrollo técnico industrial de los siglos XIX y XX ha traído consigo el que se haya incrementado extraordinariamente a causa del perfeccionamiento de los modernos medios de comunicación, el espacio vital efectivo, que todavía se encuentra en fase de crecimiento, mientras que el espacio vital dominado se ha reducido fuertemente hasta desaparecer por completo de algunos sectores. La casa fue sustituida por el piso, por el cuarto amueblado, por la habitación para dormir. La reducción del espacio vital dominado, que llega a la minimización, caracteriza el modo de vida del medio urbano, principalmente el de la gran ciudad».

siente necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa. Esta situación le produce la *menesterosidad social*¹¹⁹, es decir, la inestabilidad de la existencia. Para atajar esta situación el Estado tiene la responsabilidad de proporcionar la *procura existencial*¹²⁰ a sus ciudadanos. Según la tesis de HUBER, la política estatal para la existencia debe consistir en garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad de nuestro tiempo, y no en anularla mediante un sistema perfecto de protección estatal.

Una mínima satisfacción de las condiciones de existencia es necesaria para acrecer la legitimidad y el consenso en el sistema cuyos beneficiarios principales son, sin duda, los estratos superiores. El Estado social ha reducido la intensidad de la lucha de clases y de la energía revolucionaria de los partidos obreros y, consecuentemente, la conversión de tal lucha, de una oposición generalizada y politizada de ámbito nacional, en una oposición limitada al ámbito de las empresas o sectores industriales, sin poner en riesgo el sistema. Por otra parte, el ideal del pleno empleo y la expansión de las prestaciones sociales y de los servicios públicos son condición para el desarrollo económico general y para la reproducción del sistema económico en su configuración actual.

Lo que caracteriza cualitativamente al Estado Social no es tanto una política de nacionalización de los medios de producción, cuanto una más justa distribución de lo producido llevada a cabo por la adecuada utilización para tal fin de la potestad fiscal y de la prestación de servicios de *procura existencial*:

«En esta nueva perspectiva, los derechos o libertades no constituyen ya para los individuos unos poderes de actuar, sino las facultades de re-

¹¹⁹ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 26, entiende por menesterosidad social (*soziale berdürftigkeit*) «la situación en que se encuentra aquél que tiene que procurarse los abastecimientos vitales necesarios deseados, necesarios o que rebasan la medida de lo estrictamente necesario, no mediante la utilización de sus cosas propias, sino por medio de la apropiación».

¹²⁰ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 12: «Lo decisivo (para su determinación) sólo puede consistir en el hecho de que se trata de prestaciones de la Administración que, por su naturaleza, sean ofrecidas a la generalidad, de tal modo que sea lícito suponer que también deben ser accesibles a cualquiera que cumpla las condiciones del supuesto de hecho normativo». Las funciones del Estado buscarán «una regulación justa, socialmente adecuada a las oportunidades de apropiación», que concreta en: «1. La garantía de una relación de salarios y precios, lo que supone el derecho al trabajo y a una remuneración equitativa del mismo. 2. La regulación de la demanda, de la producción y del consumo. 3. La aportación de prestaciones de las cuales depende, de un modo perentorio, el hombre incardinado en las formas modernas de la vida propia de la sociedad de masas» (p. 27).

clamar determinadas prestaciones de parte del Estado: instrucción, trabajo, asistencia, etc... [...] los derechos económicos y sociales, los *derechos prestacionales*, implican una acción positiva del Estado, el cual, a partir de entonces, se convierte en el principal actor jurídico de los nuevos derechos y libertades. Pero debemos recordar que el Estado recibe en este caso más bien invitaciones que órdenes. La violación de los *derechos prestacionales* es mucho más difícil de comprobar que la de las libertades individuales clásicas»¹²¹.

El Estado social es la forma histórica superior de la función distribuidora del Estado. Si consideramos la amplitud de los recursos destinados a tal función y la complejidad del proceso organizativo y técnico destinado a hacerla efectiva, podemos considerar al Estado Social como un sistema de distribución y redistribución del producto social, que afecta a la totalidad de la economía nacional, a las políticas de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales. El notable incremento del poder estatal exige sistemas adecuados para su control:

«cuanto más intensamente la vida económica se convierte en ámbito de ordenación pública, cuanto más estrechos se hacen los lazos y conexiones entre el interés y los titulares de la soberanía, tanto más importa que la soberanía continúe siendo soberanía, capaz de asumir y cancelar la contraposición de los intereses particulares. En esa capacidad radica la prueba de validez de toda constitución económica de la que, en rigor, no debería hablarse allí donde falta una acción disciplinadora de la soberanía...»¹²².

El modelo de Estado social de origen británico fue superado por las políticas socialdemócratas de protección social de los países escandinavos durante los años setenta. La lucha contra la pobreza que había caracterizado las políticas anteriores, una vez superada debía dar lugar a una superación de las desigualdades sociales proporcionado a los ciudadanos las condiciones para superar las situaciones de desigualdad.

3.2. El Estado social y la *procura existencial* según E. FORSTHOFF

FORSTHOFF expone la evolución histórica de la relación de la Administración con el orden social, que en el Estado absoluto se manifiesta en el *ius eminens* y en sus intervenciones limitadas o no conformadoras como la expropiación de terrenos, o conformadoras, como la coloniza-

¹²¹ A. HAURIOU, *Derecho...*, cit., p. 211.

¹²² FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 31.

ción interior¹²³. En el Estado liberal de Derecho, el Estado debe ser gendarme y protector de los derechos fundamentales de la burguesía, y garantizar la libertad de mercado, sin una intervención conformadora del orden social.

La crisis del Estado liberal de Derecho se acentuó tras la Primera Guerra Mundial cuando los gobiernos han de hacer frente a los problemas sociales generados por la economía de mercado burguesa, la industrialización, la emigración y concentración urbana y la graves tensiones sociales y políticas que produce la proletarización de partes importantes de la sociedad. Los movimientos políticos revolucionarios que pregonaban la lucha de clases y la conquista del poder por el proletariado, la creciente fuerza de las organizaciones sindicales y hasta la concienciación que se produce desde la doctrina social católica, suscitan una reacción que pone en la idea de justicia social el objetivo de la acción de los poderes públicos. Ya no se trataba de garantizar los derechos de la libertad burguesa, sino más bien de conseguir que esa libertad sea real para todos desde un orden social justo.

La Constitución alemana de Weimar, posterior a la Gran Guerra de 1914, recogió la estructura fundamental del Estado liberal de Derecho y los derechos fundamentales tradicionales, pero añadió el principio de justicia social que posibilitaba que los poderes públicos realizaran acciones de conformación social que, necesariamente, limitaban la autonomía del orden social y el *laissez faire* de la economía de mercado liberal¹²⁴. En opinión de FORSTHOFF:

«se trataba de una fórmula de propaganda [...] que carecía de todo contenido concreto y a la que no se puede someter a interpretación; por consiguiente, no tenía relevancia jurídica alguna. Era ciertamente justo y necesario que el Estado otorgara protección a aquellos grupos en la miseria y no podían salir de ella por sí mismos. El Estado es Estado social en el sentido de deber intervenir en la vida económica con pequeñas correcciones para evitar su destrucción; pero esto no es algo nuevo,

¹²³ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 101.

¹²⁴ W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING, *El Estado Social*, Madrid, 1986, pp. 17-18: «posee todo un complejo normativo de reglas de carácter social [...] incluye de un modo muy consciente [...] la idea central de 1918 en el sentido de que había que socializar la gran industria [...] y recogió en el artículo 165 la idea del soviét en forma de autogestión y de participación de los trabajadores en la dirección de la fábrica. De este modo esta Constitución positivó aquellas concepciones jurídicas sustanciales que había expresadas con la vieja fórmula del «Estado de Derecho democrático y social», nacida de la Revolución Francesa de 1848. En las controversias posteriores [...] esta positivación jurídica del contenido material de una fórmula que fue originariamente política, se utilizó en el debate jurídico para transformarlas en norma jurídica fundamental».

sino que existía desde el Mensaje imperial de 1881. Esta idea tenía que ser profundizada ya que ahora los refugiados y, por supuesto, aquellos funcionarios que hubieran sido separados de sus cargos tenían que ser indemnizados. En todo lo demás, la fórmula del Estado social de Derecho no significaría jurídicamente nada; por consiguiente, no vincula al legislador, a él y sólo a él incumbe determinar el modo de establecer la indemnización solicitada al poder público, según las exigencias cambiantes de cada día, y sin que la legislación le imponga aquí comportamiento alguno»¹²⁵.

Los cambios en las relaciones del Estado con el orden social los realizan de modo disperso y sin conexión sistemática los Gobiernos y la Administración económica, utilizando diversas técnicas, como el incremento de las autorizaciones y aprobaciones, intervenciones para asegurar la integridad del orden social. La intervención conformadora afecta a los negocios jurídicos considerados hasta entonces espacios de la autonomía de la voluntad, como las relaciones y los conflictos laborales, o para evitar el abuso de posiciones económicas; así como intervenciones directas en materia de reglamentación del empleo o la prestación de servicios sanitarios y de seguridad social, etc., construcción de viviendas y escuelas, etc.¹²⁶.

Desde una Administración neutra, garante de los derechos de libertad y propiedad y del orden liberal, se pasará a una Administración configuradora, intervencionista, prestadora de servicios a los ciudadanos, en la que se amplían las relaciones jurídicas con aquéllos haciéndolos partícipes, que se inspira en la consecución de un orden social más justo en el que se garanticen la libertad, la justicia y la igualdad¹²⁷. El principio de legalidad formal se sustituye por la legalidad material y por la acomodación de la actividad a los principios rectores del orden social y económico, de modo que se establezca lo que FORSTHOFF denomina «procura existencial» (*Daseinvorsorge*).

Todo ello se va a intentar en el Estado Social de Derecho, que reúne las siguientes características:

- a) Se mantiene el principio de separación de poderes, ampliándose el control de legalidad de las actividades de la Administración.

¹²⁵ ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 29-30.

¹²⁶ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., pp. 102-104.

¹²⁷ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988. R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982. A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, Madrid, 1988. L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988.

La separación del Legislativo respecto del Ejecutivo se reduce en relación con la existencia de mayorías y de dirección partidista de aquél desde el Gobierno.

- b) Se trata de garantizar el Estado formal de Derecho con el sometimiento de la actividad administrativa al principio de legalidad.
- c) Se establece el Estado material de Derecho, en cuanto que los órganos del Estado deben procurar que los intereses objetivamente superiores prevalezcan sobre los inferiores, así como asegurar la igualdad personal y material y la seguridad vital y jurídica.
- d) El objetivo del Estado social de Derecho rebasa el de la mera garantía de la igualdad, seguridad jurídica y protección de la libertad y de la propiedad concebidas por la ley, aspirando a una transformación del orden social existente, procurando superar la desigualdad social y económica de sus miembros, establecer la igualdad de oportunidades y crear una sociedad democrática avanzada basada en la participación.

La separación entre el Estado y la Sociedad del orden liberal burgués, que condujo a una situación social injusta, insolidaria y degradante de la dignidad de muchas personas, será superada por la presión social y por la concienciación de la necesidad de hacerlo. Como reconoció FORSTHOFF:

«cuando [...] el orden social no es para el Estado un dato, sino cometido y objeto de la conformación, la situación es completamente distinta. En este caso, en efecto, el presupuesto de la acción estatal es que la situación social tiene que ser mejorada, que no puede ser considerada como fundamentalmente justa. Esta presunción sólo puede alcanzar realidad cuando existe un canon, un ideal social, una representación de lo que es una conformación justa de la existencia. Mucho menos puede pensarse tampoco, por eso, una actividad estatal dirigida al mejoramiento de la situación social, sin la existencia anterior de una idea concreta de lo que es el orden social adecuado y justo»¹²⁸.

Este nuevo modelo de relación Estado-Sociedad ha dado lugar a «un estado de imperceptible ósmosis entre el Estado y la Sociedad industrial que comienza con las vinculaciones entre los partidos y los sindicatos y termina en la estrecha comunicación entre las fuerzas sociales y los Ministerios y Gobierno»¹²⁹.

¹²⁸ FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 109.

¹²⁹ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 18.

La participación en los bienes y en la procura existencial constituye «una especie de sucedáneo de aquellas sobrepasadas seguridades que encerraban en sí los derechos fundamentales»¹³⁰ y supone «una restricción de la autonomía privada del negocio jurídico»¹³¹. La Administración pública subviene a la menesterosidad social y cubre el campo que deja libre la autonomía privada. Siempre queda un margen al juego de la autonomía privada, incluso dentro de esta ordenación jurídico-pública, por lo cual no es obligatorio ni aceptar ni participar y se puede rechazar la oportunidad de servirse de esas prestaciones que están incluidas en la procura existencial de carácter público¹³².

Se plantea FORSTHOFF si la responsabilidad de garantizar la procura existencial es o no exclusiva del Estado, admitiendo transformar su responsabilidad directa en subsidiaria:

«en el sentido de que el Estado se limite a una inspección o control de los sujetos o titulares infraestatales en cuanto a la prestación realizada en forma comunitaria. Pero incluso en este caso sería imprescindible una normativa estatal que habría de fijar, con carácter unitario, los principios generales de la regulación de las relaciones de prestación para poner ciertos límites necesarios a la autonomía de los titulares o sujetos aportadores de la prestación, para garantizar, dentro de un cierto marco, para la totalidad del Estado la unidad jurídica y para satisfacer los restantes intereses trascendentes del Estado»¹³³.

La consecución de la procura existencial implica para FORSTHOFF transformar la dogmática del Derecho Administrativo del Estado liberal de Derecho, que se fundamentó en el «enfrentamiento de una esfera de libertad individual, por principio ilimitada, con una esfera del obrar estatal, por principio limitada»¹³⁴. Se trataba de garantizar la libertad individual y la autonomía social por el principio de legalidad formal de la actividad administrativa, sin tomar en consideración la realidad de las personas en la sociedad y si, efectivamente, se hallaban en condiciones de ejercer su libertad por disponer de unas mínimas condiciones de vida como tales personas. Frente a tal actitud, «en el siglo xx lo primero que procede es percatarse de cómo y en qué condiciones desarrollan los hombres su simple y natural existencia para preguntarse

¹³⁰ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 116-117.

¹³¹ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 42.

¹³² FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 36.

¹³³ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 43.

¹³⁴ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 42.

después lo que los hombres con esa existencia hacen, cuáles son sus exigencias de libertad, orden, bienestar, etc.»¹³⁵.

Tras el cambio del proceso, el Estado Social de Derecho exige cambiar la dogmática del Derecho Administrativo por otra «vinculada a la realidad»¹³⁶, que valore las actividades administrativas y las relaciones jurídicas que se producen entre la Administración y los ciudadanos:

«el contacto del individuo con el Estado no se actualiza ya en actos singulares, como por ejemplo, una disposición de policía o un permiso aislado, sino que es una situación permanente. Con ello los puntos de vista se desplazan fundamentalmente. Lo esencial para el individuo no es ya hacer valer su derecho en los casos concretos en que éste se le niega, sino hacer que esta situación permanente se desenvuelva sin rozamientos y de la manera más ventajosa para ella. Cuanto más poderoso socialmente es el individuo tantas más posibilidades se le ofrecen para ello, posibilidades que no consisten en la utilización de medios jurídicos, sino en la solución de conflictos por medio de negociaciones. Se llega aquí a acuerdos según el principio *do ut des*, pues la Administración tiene también interés en ellos, ya que cuanto más interviene en la vida social, tanto más precisa de una cooperación de los factores sociales»¹³⁷.

El nuevo papel del Estado y de la Administración, garantes y suministradores de la procura existencial, dieron lugar a una Administración prestadora de servicios a los ciudadanos e intervencionista sobre sus actuaciones, que actúa dentro del Estado de Derecho. Tal cambio tenía que influir en la sistemática y en las técnicas del Derecho administrativo alemán, rompiendo la simetría de la construcción del Estado de Derecho liberal que, según MAYER, se apoyaba en la legalidad formal, la distinción entre norma general y mandato individual, relación entre Estado y particular limitada a la garantía de la libertad y a la propiedad, y paralelismo entre fin público y actividad jurídica pública, fin privado y régimen jurídico privado.

La actividad de la Administración utiliza tanto la intervención directa con formas jurídico públicas como con las de Derecho Privado, sin perder su condición, porque

«al traspasar, pues, la Administración la frontera de la acepción tradicional, sirviéndose de las formas jurídicas del Derecho Privado, no cesa por ello de ser Administración pública, sino que lo único que hace es extraer las consecuencias implícitas en el hecho de que el ámbito de

¹³⁵ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 41.

¹³⁶ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 28-29.

¹³⁷ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 34.

las funciones administrativas se ha ampliado esencialmente y ha abandonado los tipos de sus formas tradicionales»¹³⁸.

El nuevo reto es poder atender, simultáneamente, las prestaciones del Estado social, la tecnificación de la sociedad y las garantías del Estado de Derecho, con la nueva sistematización jurídica del Estado Social de Derecho.

4. El Estado Social y Democrático de Derecho

El sintagma Estado Social y Democrático de Derecho definió al Estado Federal alemán de la Ley Fundamental de Bonn (Arts. 20 y 28)¹³⁹, de donde pasó al artículo 1 de la Constitución española de 1978. Refleja la nueva concepción socialdemócrata europea del papel del Estado como configurador de la vida social, cuyos precedentes hay que referirlos a la Revolución de París de 1848¹⁴⁰.

Si el Estado Social de Derecho trató de superar las injusticias del Estado liberal de Derecho, el Estado Social y Democrático de Derecho entiende que la democracia no es sólo política sino también social, que está perfeccionando a aquélla, haciendo que la democracia política sea democracia real desde la igualdad de oportunidades sociales que proporciona la acción estatal. El Estado social y democrático asume los valores básicos del Estado democrático liberal (la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos por el sufragio), pero les aporta un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos. En realidad, nin-

¹³⁸ FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 113-114.

¹³⁹ Dispone su artículo 20: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social». Según el artículo 28 «el orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental».

¹⁴⁰ ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 15-16: «La fórmula de Estado de Derecho democrático y social, tal y como entonces apareció en las publicaciones de LOUIS BLANC, tenía un contenido concreto. Iba referida al derecho al trabajo que entonces fue configurado como un derecho fundamental. Esto se explicaba porque la revolución de 1848 fue consecuencia de una grave crisis económica con un paro masivo. A la vez apuntaba al mandato que confería el Estado democrático para que creara por sí centros de producción que fuesen administrados por los trabajadores empleados en ellos con la fórmula cooperativa y en concurrencia con el capitalismo privado de la primera época. Este conjunto de ideas fue vinculado entonces por LOUIS BLANC a la fórmula del Estado de Derecho Democrático y Social tomándola de OWEN, que la había acuñado en los años treinta en los momentos iniciales del movimiento obrerista inglés».

guno de estos valores ha tenido una significación unívoca y permanente a lo largo de la historia, sino, todo lo más, una coincidencia en una idea básica susceptible de distintas configuraciones. Además, pretende hacerlos efectivos dándoles una base y un contenido material partiendo del supuesto de que individuo y sociedad son dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

Si por Estado social entendemos un concepto distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado. Sólo mediante la vía democrática la tendencia a la estatización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización del Estado, de modo que el Estado social, en su genuino sentido, es contradictorio con el régimen autoritario. Sólo el régimen democrático está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social.

Así pues, el Estado social tiene como supuesto la democracia política. Se caracteriza, además, por pretender la instauración de la democracia social, cuyas formas capitales son la democracia económica y la democracia empresarial. Se trata de una democracia más compleja que la democracia política clásica, no sólo por el mayor número de sus actores, sino también por la pluralidad de los sectores a los que se extiende y por la cantidad y heterogeneidad de los problemas que ha de abordar. Pero precisamente esta complejidad la hace más adecuada a las condiciones de la sociedad industrial y postindustrial. Como ha señalado ABENDROTH:

«Esta es la situación en la que hoy nos encontramos. Ciertamente, la fórmula del Estado social juega hoy todavía un papel en la agitación de los partidos políticos y ocasionalmente también en la discusión jurídica. Pero es interesante comprobar que, al igual que en FORSTHOFF, la fórmula del Estado Social y del Estado Social de Derecho ha perdido toda conexión con la fórmula del Estado de Derecho democrático y Social. La Ley Fundamental, por el contrario, unió estos aspectos de modo muy consciente para expresar que la noción del Estado Social no sólo encierra exigencias concretas del particular frente al poder público, sino que tiene sentido pleno cuando pone de manifiesto que una democracia sólo puede funcionar si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico»¹⁴¹.

¹⁴¹ ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., p. 30.

La participación democrática de los ciudadanos y su protagonismo en todos los ámbitos políticos y sociales, alcanza también a la Administración y a considerar que el interés público no es exclusivo de la actividad administrativa. La sociedad organizada también busca satisfacer intereses colectivos que forman parte del interés público general. Este concepto justifica la participación en el asesoramiento y toma de decisiones, la dotación de legitimación o de medios que en otras épocas eran exclusivos de los poderes públicos.

En el Estado Social y Democrático de Derecho los derechos fundamentales que el mismo reconoce suponen un nuevo paradigma, al que han de servir los poderes públicos. Se configuran, como reconoce la Constitución española de 1978, como «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1)¹⁴², por cuanto «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1). Como expuso PÉREZ LUÑO:

«la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad: corolario de la componente social y colectiva de la vida humana Estado social de Derecho¹⁴³.

Los derechos y libertades fundamentales constituyen un límite a la actividad del Estado en la concepción del Estado liberal de Derecho, «en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual»¹⁴⁴. Sin embargo, en el Estado Social de Derecho constituyen «un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos»¹⁴⁵, que le obligan a hacerlos eficaces

¹⁴² M. GARCÍA PELAYO, *La crisis...*, cit., p. 64, «Estado Social de Derecho significa un Estado sujeto a la ley legítimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales con indiferencia de su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede colidir con los preceptos sociales establecidos por la Constitución o reconocidos por la praxis constitucional como normativización de unos valores por y para los cuales se constituye el Estado Social y que, por tanto, fundamentan su legalidad».

¹⁴³ PÉREZ LUÑO, *Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984, p. 20.

¹⁴⁴ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo*, Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, p. 11.

¹⁴⁵ PÉREZ LUÑO, *Derechos...* cit., p. 20.

como valores objetivos básicos, a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», según dispone el artículo 9.2 CE. Como expuso B. HECK:

«El Estado debe crear las condiciones óptimas y, en la medida de sus posibilidades, también la sociedad, que garanticen y regulen la libertad; esto es, que realicen tanto comunitaria como personalmente en permanente concurrencia de las distintas fuerzas una ciudadanía y sociedad capaces y dispuestas, conscientes de sus responsabilidades morales. En el orden democrático como expresión de la libertad en la responsabilidad, es en última instancia el nivel ético-moral de los ciudadanos quien decide si aquél resulta capaz de afirmar el bien común o si, por el contrario, dicho bien resulta destruido en la lucha de intereses y en la irresponsabilidad del libertinaje y anarquía. El orden democrático otorga a los valores fundamentales de la libertad, la justicia y la solidaridad, el máximo de oportunidades. [...] La Constitución y las leyes solamente de modo general pueden establecer el uso que hagamos de nuestra numerosa libertad, cómo deba configurarse la realidad constitucional en un Estado de Derecho social y libre, el grado de nuestra libertad, justicia y solidaridad, tanto en el aspecto personal de hombre a hombre como la vivencia colectiva de esa libertad, justicia y solidaridad y, asimismo, determinar si dichos valores configuran el clima moral de la sociedad que actúa sobre nosotros de mil diversos modos, y todo ello sentido como reto y como oportunidad. [...] Esto supone mucho. En la República Federal de Alemania nosotros hemos establecido nuestro Estado democrático en el cual unos ven un Estado de Derecho liberal y otros un Estado Social. Esta diferencia refleja los distintos acentos en los que se coloca la interdependencia entre los derechos fundamentales. Con ello, en suma, se apela al modo concreto como en la realidad política se engarzan contradictoriamente Estado de Derecho y Estado Social en la interpretación tradicional de la doctrina constitucional. Han fracasado todos los intentos de superación de las contradicciones entre ambas nociones»¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Prólogo a K. DOEHRING, en ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 113-114. Para G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1965, pp. 38-39, «el Derecho no puede imponerse la misión de servir directamente el cumplimiento de los deberes éticos: el cumplimiento de los deberes de la ética es, por fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica. Ahora bien, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible: el derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. La garantía de aquella

5. La crisis del Estado Social y Democrático

El Estado Social atribuyó al Estado una gran importancia en la vida económica y social, reforzando sus medios de intervención y conformación social al mismo tiempo que se garantizaban los espacios de la libertad individual y los derechos políticos y sociales. Podemos afirmar que fue el gran momento del «servicio público» en el más amplio sentido. Sin embargo, en el último tercio del siglo XX se cuestionó tal protagonismo estatal como consecuencia de las crisis económicas, de los procesos de creación de espacios políticos y económicos supraestatales y descentralizaciones infraestatales. Las causas de la «crisis del Estado social» las ha descrito ALAISTAR COLE:

«la importancia de los nuevos agentes decisores, asociados o privados [...] el debilitamiento de los partidos políticos clásicos, la desacralización de las grandes instituciones, el déficit de representación social, la menor capacidad de movilización de las ideologías tradicionales, el aumento de la tecnificación de los procesos de gobernación moderna, en fin por los desafíos planteados al Estado por la integración europea y por la globalización»¹⁴⁷.

En el mismo período surge una concepción ideológica neoliberal que critica al Estado Social por su ineficacia y sus costes, que ponen en peligro el progreso económico, propiciando su vuelta al modelo de Estado de Derecho liberal¹⁴⁸. Además, se aduce la pérdida de legitimidad, de confianza y de aceptación de las instituciones de protección social. Según expone VELASCO el modelo neoliberal de la «nueva derecha» pretende recuperar el libre mercado con un «Estado mínimo», de acuerdo con los siguientes puntos de programa político: «la extensión del mercado a más y más áreas de la vida; la creación de un Estado despojado del compromiso “excesivo”, tanto con la economía como con la provisión de oportunidades; la restricción del poder de ciertos grupos (los sindicatos, por ejemplo) para hacer valer sus metas y objetivos; la formación de un gobierno fuerte que aplique la ley y el orden»:

libertad externa constituye la esencia y la médula de los derechos del hombre. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque tengan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella versión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales».

¹⁴⁷ A. COLE, «Les réseaux et l'espace public. Leçons de France et de Grande-Bretagne», en B. FRANÇOIS y E. NEVEU, *Espaces publiques mosaïques. Auteurs. Arènes et rhétorique des débats publics contemporains*, Rennes, 1999, p. 250.

¹⁴⁸ B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe. Idées et pratiques gouvernementales*, París, 1994. J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, Nueva York, 1973.

«El Estado mínimo [...] es la forma menos entrometida del poder político que se corresponda con la defensa de los derechos individuales. Dada la extraordinaria diversidad de los individuos, nadie puede imponer su propia visión de la utopía a los demás individuos, por lo que la utopía es el marco para la libertad y para la experimentación, es decir, el Estado mínimo. Este marco es “libertario” y de *laissez faire*. El Estado va más allá de sus límites legítimos cuando se convierte en un instrumento para promover la igualdad, ya sea de oportunidades o de resultados. Para NOZICK, el Estado debería ser sólo un «organismo protector contra la fuerza, el robo, el fraude y el incumplimiento de los contratos, gracias a su monopolio de la fuerza»¹⁴⁹.

Constituye un tópico hablar de la «crisis del Estado social» desde un neoliberalismo que cifra en el mercado todas las virtudes y, basándose en la globalización, rechaza el papel del Estado redistribuidor¹⁵⁰. Asimismo sostiene que la financiación del gasto público supone detraer recursos del sector privado al que se priva de competitividad respecto a otros productores y economías que, con menores costes, se encuentran en mejores condiciones para competir en el mercado global.

La cuestión estriba en si el ejercicio de la solidaridad y la función redistribuidora deben ser o no competencia exclusiva del Estado, o ha de existir un mayor compromiso social, de modo que la superación de la crisis del Estado social se realice sin volver a una situación que aquél superó. Mientras se mantenga la lógica del derecho social y no se sustituya por la del mercado, no parece verosímil hablar de la citada crisis, aunque se pueden introducir variantes al mismo. RASANVALLON propone seguir actuando en el marco del derecho social con un compromiso conjunto de la sociedad y el Estado:

«En nuestro marco jurídico estatal-individualista no hay otras formas posibles de reagrupación en la sociedad civil que la de la empresa y la asociación. Ni la empresa ni la asociación han generado, además, derecho autónomo relacionado con su específica función social. Para tapar este hueco GURVITCH, profundizando en la vía abierta por DUGUIT y HAURIUO, hablaba de crear la teoría del derecho social. Su objetivo

¹⁴⁹ D. VELASCO CRIADO, *Pensamiento Político Contemporáneo*, Bilbao, 1997, pp. 327-328. Cita el autor a F. HAYEK para quien el tratar de «alterar la posición material de determinadas personas o de aplicar la justicia distributiva o social» es un ejemplo de coerción ilegítima, incompatible con un orden democrático liberal, en el que el mercado determine la elección «colectiva» sobre bases individuales (p. 329).

¹⁵⁰ Para F. A. HAYEK, *Derecho...*, II, cit., p. 184, «a menudo se acusa a la Gran Sociedad y al sistema de mercado de carecer de una pactada escala de objetivos. Tal carencia, sin embargo, más que defecto constituye su más destacado mérito, puesto que da origen a la libertad individual y a todos sus valores anejos».

era superar las diferencias entre los hechos sociales, que no podían ser aprehendidas sólo a partir de lo individual o de lo estatal, de modo que el derecho, reconociendo que de las “comunidades activas” deben proceder los hechos normativos.[...] Solamente en el marco de tal esfuerzo jurídico es posible pensar en formas no estatales de socialización»¹⁵¹.

Ahora bien, resulta evidente que la situación de principios del siglo XXI no es la misma que la posguerra y la segunda mitad del siglo XX en que se consolidó la evolución que del Estado liberal había llevado al Estado Social. Si los cambios sociales, económicos y culturales dieron lugar a los procesos de transformación de los modelos de Estado que hemos señalado, los que se han venido operando en los últimos años también tienen efectos sobre el Estado y el Derecho Público modificando los modos y técnicas de actuación de la Administración desde la idea del pensamiento único liberal del Estado mínimo con una Administración mínima y no configuradora de la vida social, ni equidistribuidora.

¹⁵¹ P. RASANVALLON, *La crise de l'État providence*, París, 1981, p. 116.