

PODER ADMINISTRATIVO E INTERESES DE SATISFACCIÓN NECESARIA. CRISIS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrative power and interests of necessary satisfaction. Crisis and new perspectives of Administrative Law

Giampaolo Rossi
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Roma Tre

SUMARIO

1. Poder administrativo y tutela de intereses; 1.1. Necesidad y función del poder; 1.1.1. La necesidad del poder y las formas de pertenencia necesarias; 1.1.2. La gradación de las formas de pertenencia; 1.2. La fuente del poder: derivación del Estado o del cuerpo social; 1.3. Necesidades, intereses, situaciones jurídicas subjetivas; 1.3.1. Los “intereses de satisfacción necesaria”; 1.4. Los sujetos titulares de los intereses; 1.5. Autosatisfacción y satisfacción necesaria; “mercado” y “Estado”. 2. La justificación del poder; 2.1. Las características del poder juridificado; 2.2. Libertad de los particulares, Derecho privado y poderes privados; 2.3. La menor juridificación del poder en los países anglosajones; 2.4. Relevancia del surgimiento del Derecho administrativo en China; 3. La evolución del Derecho administrativo; 3.1. Las tres fases del Derecho administrativo y de su elaboración científica; 3.1.1. La juridificación inicial; 3.1.2. Expansión y consolidación de los derechos y de su tutela; 3.1.3. Ulterior reforzamiento de la tutela, desarticulación del poder y enfatización del Derecho privado; 3.1.3.1. La responsabilidad civil de la Administración y la influencia del Derecho europeo; 3.1.3.2. Evolución tecnológica, multiplicación de los derechos, privatización, “huida” del Derecho administrativo; 3.2. Las raíces de la crisis. El problema de la adecuación. 4. Nuevas perspectivas y problemas de método. 4.1. Albores de nuevas concepciones; 4.1.1. De la ciudadanía a los derechos humanos; 4.1.2. El reforzamiento de los organismos supranacionales; de la soberanía a la interdependencia; 4.1.3. El valor ambiental; 4.1.4. La potencialidad de la informática; 4.2. El método esencial y gradualista; 4.2.1. Valor y límite de la teoría de la pluralidad de Ordenamientos; 4.2.2. Ejemplos aplicativos del método esencial y gradualista; 4.2.2.1. La noción de ente público; 4.2.2.2. Las situaciones subjetivas protegidas; 4.2.2.3. Unilateralidad y contrato. La gradación de las categorías; 4.2.2.4. La relevancia de la personalidad jurídica: subjetividad jurídica y gradaciones de la autonomía.

Resumen

En este trabajo se analizan, en primer lugar, las características más relevantes del poder administrativo y la tutela de intereses, en particular, de los intereses de satisfacción necesaria; en segundo lugar, la juridificación del poder, haciendo especial hincapié en el análisis de esta cuestión en los Ordenamientos jurídicos anglosajones y chino; en tercer lugar, las nuevas perspectivas del Derecho Administrativo.

Palabras clave: Poder Administrativo; tutela de intereses y Derecho Administrativo.

Abstract

This paper analyses, in the first place, the most important features of the Administrative Power and protection of interests, specifically, the protection of interests of compulsory satisfaction; secondly, the regulation of power, especially, the regulation contained in the Anglo-Saxon and Chinese systems of law; finally, the new prospects of the Administrative Law.

Keywords: Administrative power; protection of interests and Administrative Law.

1. Poder administrativo y tutela de intereses

1.1. Necesidad y función del poder

El Derecho administrativo es el sector del derecho que se refiere a:

- la juridificación del poder público
- la satisfacción de los intereses de protección necesaria.

Ambos aspectos se hallan interconectados porque los poderes existen para satisfacer los intereses y los intereses son de satisfacción necesaria en la medida en que existen poderes y organizaciones capaces de satisfacerlos.

El Derecho administrativo es una disciplina reciente, porque reciente es también el proceso de juridificación del poder y, aún más, el de la satisfacción de los intereses de protección necesaria*.

* El presente estudio está extraído, con añadidos y modificaciones, del primer capítulo del libro *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, habiendo realizado la revisión de esta versión en lengua española el profesor Luis Míguez Macho.

La exposición clara y exhaustiva de los principios entendidos como claves de lectura, que sirvió para una primera enunciación de los caracteres específicos de la disciplina, adquiere una nueva importancia, tanto didáctica como científica. La evolución tumultuosa de los Ordenamientos hace necesario el intento de identificar, en la desarticulación de la materia, las razones esenciales que permiten su recomposición, los puntos firmes, dotados de estabilidad suficiente.

Es evidente que la estabilidad debe ser entendida en sentido relativo: se refiere a los caracteres fundamentales de un Ordenamiento y, por tanto, se pierde con la mutación

Son coesenciales a todo sistema jurídico aquellos sectores del Derecho que regulan las relaciones básicas de la vida social. En cada época histórica, desde que las relaciones humanas se han regido según parámetros jurídicos, los sistemas jurídicos han comprendido un Derecho privado, para dar certeza a las relaciones entre particulares, un Derecho penal, *ne cives ad armas veniant*, y un Derecho público entendido como regulación de los órganos superiores (“constitucionales”, en el lenguaje actual).

de éstos. Los ciclos históricos pueden tener una duración diferente; son más duraderos por lo que concierne a las relaciones entre particulares y más sujetas a transformaciones en el funcionamiento de las colectividades organizadas y en su relación con las personas y los grupos que las componen. Basta tener presente, para confirmarlo, cuántas instituciones del Derecho privado romano siguen siendo actuales, mientras nada queda del Derecho público de entonces.

Esto explica, por lo demás, que la enunciación de los “principios” no sea posible en todas las fases históricas. Las teorías jurídicas no pueden vivir fuera de su tiempo, de las condiciones de vida, de las convicciones, del sistema económico junto al cual nacen y se agotan. No es posible en los periodos de disolución de los sistemas, porque en el momento de la total fragmentación sólo se puede levantar acta de ella y no se puede sistematizar un proceso que es asistemático. Tampoco es posible en los periodos de larga estabilidad, en el sentido de que, cuando las bases conceptuales se han consolidado desde hace tiempo, la doctrina no puede elaborar los principios porque ya están elaborados; y, en efecto, la doctrina en estos contextos centra a menudo su atención sobre cuestiones de detalle o de mera descripción.

Generalmente los principios, entendidos como nuevas claves de lectura, se producen en las fases iniciales en las cuales se pueden identificar con suficiente claridad los signos de la evolución en curso, los caracteres de un sistema que se está consolidando y en el cual, también en términos conceptuales, se pueden formar nuevas categorías. Así sucedió al final de la Edad Media, cuando se volvió evanescente el poder del Imperio y de la Iglesia y los juristas que fueron conscientes de ello elaboraron las teorías de la soberanía refiriéndolas a los nacientes Estados nacionales o, también, a principios del siglo XIX, cuando la consolidación de las democracias parlamentarias requirió y permitió a los juristas elaborar las teorías de la división de poderes y de la supremacía de la ley.

Hay que preguntarse entonces si el actual periodo histórico tiene este tipo de características o si la evolución demasiado rápida excluye la posibilidad de identificar líneas que se van consolidando en una nueva ordenación que puede ser teorizada.

Es evidente que está en crisis el Estado nacional, entendido como la organización “autosuficiente” (Aristóteles). Está en crisis, por tanto, el pilar fundamental sobre el cual se ha fundado el Derecho público y, por tanto, el Derecho administrativo en los últimos siglos. De aquí deriva una inevitable crisis del Derecho administrativo, de todo el Derecho público y de las categorías sobre las cuales ha sido construido. Pero,

Mientras las funciones de los poderes públicos eran limitadas (concernían al funcionamiento de la vida colectiva) y la relación con los individuos no estaba regulada por el Derecho, faltaban los presupuestos para la existencia de un Derecho administrativo.

Cuando la evolución de los Ordenamientos otorgó carácter jurídico a las manifestaciones del ejercicio del poder público e introdujo entre sus finalidades también el bienestar de la población, se formó, en los países de la Europa continental, el Derecho administrativo.

Para quien vive en el mundo contemporáneo, en el cual el ejercicio del poder público sin reglas se ha convertido en una excepción, es difícil comprender la importancia de la juridificación del poder, que ha sido, sin embargo, el resultado de luchas cruentas. La propia existencia de un “Derecho público” referido a las relaciones entre el Estado y los

como después se verá, no faltan signos que hacen presagiar el inicio de una nueva fase en la evolución de los Ordenamientos, de la que es prematuro definir todos los aspectos sistemáticos y que, sin embargo, permite los intentos de reelaboración basados en elementos esenciales de la vida social y de las ordenaciones institucionales que subsisten en las transformaciones asumiendo formas y contenidos nuevos. En la complejidad y fragmentación de los actuales contextos sociales e institucionales las claves para la reconstrucción tienen que volver a partir de los fundamentos primarios de las agregaciones humanas, de la renovada conciencia de la existencia de intereses que el individuo no puede satisfacer por sí mismo y, por tanto, de la necesidad de pertenecer a grupos organizados y del ejercicio de poderes capaces de satisfacerlos. Esto requiere la adopción de un método dirigido a la búsqueda de los caracteres esenciales de las nociones. Los ejemplos aplicativos proporcionados confirman que este método es idóneo para captar los perfiles caracterizadores de los supuestos de hecho y a diferenciarlos de aquellos afines. Para esta última parte, que se refiere en extrema síntesis a los aspectos fundamentales del Derecho administrativo, se omite aquí una bibliografía que sería desproporcionada.

En cuanto a la bibliografía que se indica, hay que señalar que cuando la edición citada (por ejemplo, la traducción al italiano o al español) es muy posterior a la primera edición, se menciona entre paréntesis también la fecha de ésta, para indicar el periodo en el que la obra ha sido elaborada. Las páginas se indican sólo cuando la obra está publicada en revistas. Si la obra ya ha sido citada se indica el lugar de la primera cita. Pido excusas a los autores, contemporáneos o del pasado, que habrían merecido ser citados, pero las características de este trabajo impiden hacerlo excesivamente pesado.

El objetivo de la búsqueda de la esencialidad explica la exposición un tanto apodíctica y, a veces, pretenciosa.

ciudadanos es una conquista reciente. Hasta los estudiosos no han sido siempre del todo conscientes de esto.

Ha habido un periodo histórico en el cual faltaba también el Derecho público, estando basados los Ordenamientos en la propiedad de la tierra (la única fuente de producción y alimentación), de la cual procedían los poderes de mando, fruto de una contratación privada (M. Bloch¹): en el periodo medieval la sociedad se regía totalmente por el Derecho privado, el poder que hoy en día se define como “público” era un poder “doméstico”, fundado en la propiedad de los bienes y en acuerdos formalmente libres, pero que conllevaban relaciones de subordinación entre las personas (E. Fortshoff², J. M. Kelly³, L. Mannori⁴ y otros).

Las pocas funciones que hoy son típicas de los entes territoriales (asistencia social, sanidad, educación, mejora de la producción) eran desarrolladas por los monasterios y, ya en el siglo XII, por las organizaciones territoriales de la Iglesia: parroquias y diócesis; las cofradías religiosas desempeñaban funciones que hoy son consideradas de interés general, como los cementerios. Esto explica por qué algunos autores hacen remontarse al Derecho canónico los orígenes del Derecho administrativo (G. Le Bras⁴).

Se ha discutido mucho en la doctrina sobre el nacimiento del Derecho administrativo, que algunos identifican ya en el periodo romano o, después del paréntesis medieval, en el del Estado absoluto. En los Ordenamientos antiguos, en Roma como en China y en otros países, existían aparatos administrativos, pero sólo eran instrumentales para el ejercicio de las funciones de gobierno (M. S. Giannini⁶, M. Weber⁷). Las pocas funciones adicionales, como el fisco y la construcción de obras públicas,

¹ M. BLOCH, *La società feudale*, 1939, trad. it., Torino 1949.

² E. FORTSHOFF, *Traité de droit administratif allemand* (IX ed.), trad. franc., Bruxelles 1969.

³ J. M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, trad. it., Bologna 1996.

⁴ L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal Medioevo al XIX secolo*, en Dig. it. disc. pubbl., V, 1990.

⁵ G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif*, en AA.VV., *L'evolution du droit public Etudes offerts a Achille Mestre*, Paris 1956.

⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970.

⁷ M. WEBER, *Economia e società*, 1922, trad. it., Milano 1961.

podían suscitar problemas de tutela frente a los actos de las autoridades, pero éstos eran resueltos por los órganos de las mismas.

En cuanto al Estado absoluto, como se denomina hoy el periodo que va desde la formación de los Estados (1200) al final del siglo XVII, la configuración jurídico-pública de todas las manifestaciones de la vida colectiva, la formación de sólidos aparatos administrativos, la unificación de la jurisdicción y un sistema de tutelas jurídicas, de tipo administrativo, frente a los actos no del soberano sino de sus funcionarios, hacen sostenible la tesis de que allí se hayan formado por lo menos los precedentes del Derecho administrativo (A. de Tocqueville⁸, J. L. Mestre⁹, L. Mannori e B. Sordi¹⁰). Éstos se vieron reforzados en el periodo que precedió a la formación de los Estados democráticos, cuando los Estados “de policía” (entendida como gestión de la polis) del siglo XVIII empezaron a desempeñar funciones educativas y de bienestar de la población, también con el fin de sustraerlas a la Iglesia, y se otorgó a los tribunales una posición de relativa independencia (E. Bussi¹¹, G. Astuti¹²).

Está difundida en la doctrina francesa, y ha tenido seguimiento también en Italia (S. Cassese¹³), la tesis de que el Derecho administrativo habría nacido cuando el “Tribunal des conflits” francés, con l’arrêt Blanco (1873), al decidir sobre la demanda de indemnización presentada por parte de los padres de una niña atropellada por un furgón del ente estatal de tabacos, estableció que a la responsabilidad del Estado y de los agentes públicos no se le aplicaban las normas del Código civil, extrayendo la consecuencia de que la cuestión quedaba sustraída de la competencia del juez ordinario. La tesis, considerada un error histórico por otros autores, incluidos algunos franceses (P. M. Eisemann¹⁴), presupone una concepción del Derecho administrativo como derecho de privilegio de la

⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, 1856, trad. it., Torino 1989.

⁹ J. L. MESTRE, *Un droit administratif à la fin de l'ancien regime; le contentieux des communautés de Provence*, Paris 1970.

¹⁰ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001.

¹¹ E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, III ed., Cagliari 1970.

¹² G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino 1967.

¹³ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 1989.

¹⁴ P. M. EISEMANN, *Cours de droit administratif*, I, Paris 1982.

Administración pública, en vez de como Derecho dirigido a eliminar los privilegios no requeridos por la función que se tiene que desempeñar. Si la tesis fuese fundada, implicaría el fin de la disciplina después de que se ha establecido la aplicación a la Administración pública de las normas civiles sobre la responsabilidad.

El proceso que ha conducido a la juridificación del poder y, por lo tanto, a la formación del Derecho administrativo se ha desarrollado, como todo proceso histórico, por largos y accidentados caminos distintos en cada país, con aceleraciones y retrocesos. La maduración de la idea de que el poder está sometido al Derecho ha sido lenta y fatigosa, y nunca alcanzada del todo. Es por tanto correcto destacar que no existe una fecha a la cual se pueda remontar el nacimiento del Derecho administrativo sino, más bien, un periodo histórico que se puede identificar con la primera mitad del siglo XIX.

No es tarea exclusiva del Derecho administrativo plantear en términos generales el problema del poder y de la tutela de los intereses de protección necesaria. Esta disciplina, sin embargo, se presta particularmente al estudio de la dinámica de las relaciones entre los individuos y las colectividades y permite una verificación de la forma real en la que se estructuran históricamente las relaciones, del equilibrio que se le da a necesidades, intereses, deberes y poderes.

1.1.1. La necesidad del poder y las formas de pertenencia necesarias

La necesidad del poder deriva de la existencia de intereses que el individuo no puede satisfacer por sí mismo e implican la pertenencia a colectividades organizadas.

La explicación, en el mundo occidental, se remonta a Aristóteles, que ha aclarado que es propio del ser humano el formar parte de grupos sociales, porque “se unen los seres que no son capaces de existir separados” (Pol. 2,26) y dan vida a familias, aldeas y ciudades (entendidas como Estados) que se forman cuando “se alcanza el límite de la autosuficiencia completa que hace posible la vida, es más, una buena vida” (2.30). La pertenencia a estas colectividades es, por tanto, necesaria para la vida misma (2.30). En presencia de intereses de protección necesaria, tiene que haber una organización apta para satisfacerlos, y ésta debe estar dotada de poderes.

Esta constatación no es controvertible ni está históricamente datada más que en la referencia al Estado como entidad autosuficiente. El “poder” tiene la posibilidad de incidir en las situaciones jurídicas de los individuos mediante actos unilaterales que pueden modificar la esfera jurídica de los sujetos sin su consentimiento, e incluso contra su voluntad.

Por tanto, son variables las formas de legitimación del ejercicio del poder, aunque pueden ser de importancia fundamental, como la variable democrática. Gran parte de la Ciencia jurídica y politológica se ha centrado en estas variables, subestimando a menudo sus premisas o dándolas por sentadas.

En contra de la idea de pertenencia necesaria se han sucedido y sigue habiendo una multitud de teorías que, en las formas más radicales, son expresión de la dificultad de aceptar la condición humana.

Muchas de estas teorías se explican como reacción ante las formas de pertenencia obligada que, repetidamente y de diferentes maneras, han reducido la libertad: la dependencia entre las personas en la Edad Media, las corporaciones en el periodo posterior hasta la Revolución Francesa, cuando la Ley Le Chapelier (1791) eliminó estas formas de pertenencia, generando un sistema político formalmente fundado en la libertad y la igualdad pero sustancialmente expresión de los intereses de la burguesía. No por casualidad la Ley Le Chapelier ilegalizó cualquier tipo de asociación, prohibiendo también “todo acuerdo dirigido a negar el propio trabajo salvo por un precio determinado” e impidiendo la formación de sindicatos, mientras las clases burguesas se organizaban por medio de los colegios profesionales y las cámaras de comercio (G. Rossi¹⁵).

La hostilidad hacia el poder, en la forma que ha asumido (P. Grossi¹⁶), indujo a negar la legitimidad de toda forma de poder institucionalizado (P. J. Proudon¹⁷), a promover la destrucción de forma violenta (M. Bakunin¹⁸) o a teorizar el fin del Estado, fundado en el antagonismo de clase (C. Marx¹⁹, F. Engels²⁰) y, por tanto, destinado a desaparecer con la desaparición de las clases sociales.

¹⁵ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, Napoli 1979.

¹⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari 2003.

¹⁷ P. J. PROUDON, *Cosa è la proprietà*, Paris 1840.

¹⁸ M. BAKUNIN, *Stato e anarchia*, Zürich 1873.

¹⁹ C. MARX, *Il manifesto*, London 1848.

²⁰ F. ENGELS, *Anti-Dühring*, Lipsia III, 45, 1877.

La intolerancia por el poder se ha manifestado, como es sabido, también en las concepciones individualistas que, aun no negando la necesidad del poder, lo han reconducido a una expresión de la libertad de los individuos teorizando su fundamento contractual (J. J. Rousseau²¹), siempre revocable y, por lo tanto, no obligado, o han teorizado el “Estado mínimo”: “el Estado debe circunscribir su actividad hasta donde le es posible y cuando razones de absoluta necesidad no lo impidan” (W. Von Humboldt²²). Asumiendo que el poder se contrapone a la libertad, se le puede admitir sólo reducido al mínimo indispensable.

Estas corrientes de pensamiento, aun habiendo perdido con el tiempo la orientación radical que tenían al principio, han seguido reapareciendo (véase, por ejemplo, H. S. Maine²³, que ha descrito la historia de la humanidad como el paso de los estatus —posición de pertenencia— al contrato, llegando a negar todo efecto jurídico al hecho de formar parte de una familia), hasta a los autores contemporáneos que, en un contexto de globalización de la economía, han teorizado la primacía del “mercado” frente al Estado (esta tesis ha sido durante algunas décadas la predominante).

Está claro que la cuestión se presta a orientaciones diferentes, porque son diferentes los intereses que a la misma se conectan.

En todo caso, sigue siendo no controvertible, salvo en un plano meramente teórico, la observación de Aristóteles y es correcto asumir como base de la reflexión sobre el Derecho público, y en particular sobre el Derecho administrativo, el dato de los intereses que el individuo no puede satisfacer por sí mismo y que implican la pertenencia a colectividades dotadas de poderes. Puede ser exacta la consideración de Einstein²⁴ de que hasta el asunto más elemental contiene en sí mismo, inevitablemente, una opción subjetiva, pero una Ciencia como el Derecho, que no tiene pretensiones de especulación abstracta en la medida en que se limita, y no es poco, a estudiar las reglas jurídicas de las relaciones entre las

²¹ J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Amsterdam 1762.

²² W. VON HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'attività dello stato*, 1773, trad. it., Milano 1965.

²³ H. S. MAINE, *From status to contract, in Ancient Law: Its connection with Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, London 1861.

²⁴ A. EINSTEIN, *Come io vedo il mondo*, trad. it., Vicenza 1975.

personas y entre éstas y la colectividad, no puede considerar arbitraria la constatación del carácter social de los hombres y, por tanto, de la necesaria pertenencia a agregaciones sociales, como confirma, por lo demás, el Derecho positivo de cualquier país en cualquier época histórica.

1.1.2. *La gradación de las formas de pertenencia*

Las formas de pertenencia son variablemente graduadas y van de formas de necesidad absoluta a formas que derivan de opciones libres, cada vez más parecidas al contrato.

Es necesario distinguir entre los grupos sociales aquellos que conciernen a intereses relacionados con las condiciones de vida objetivas o en todo caso históricamente objetivadas, de aquellos otros que se remiten a la voluntad del individuo, con relación a los cuales pueden formarse organizaciones que permanecen en la disponibilidad de los individuos (T. Ascarelli²⁵); *gemeinschaft* y *gesellschaft* (F. Tonnies²⁶).

La pertenencia es ineludible para los aspectos esenciales que atañen a la vida en comunidad, y aquí se deben considerar las familias y los entes territoriales: el nacimiento no es un acto querido y no se pueden reconducir a actos de voluntad las consecuencias jurídicas que derivan de él para las relaciones familiares y de pertenencia a colectividades organizadas que se convierten *ipso facto* en titulares de deberes y poderes instrumentales, ante todo, para la tutela de la nueva vida. Los Ordenamientos conectan a la relación familiar una serie de consecuencias jurídicas y tutelan en diversa medida a los menores sin padres. También la pertenencia a un Estado es necesaria; el Derecho internacional considera como un derecho del hombre el de tener una nacionalidad (art. 15 de la Declaración de los derechos del hombre, 1948) y protege a los apátridas, previendo una serie de derechos durante el periodo necesario para conseguirla (Convenio de Nueva York, 1954).

Más allá de estos aspectos, las variantes en la tipología y en el grado de pertenencia se remiten a cada Ordenamiento según el conjunto de las condiciones económicas, sociales y culturales que los caracterizan en un determinado periodo histórico.

²⁵ T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, en Riv. dir. comm., 1954, I, p. 247.

²⁶ F. TONNIES, *Comunità e società*, 1887, trad. it., Milano 1963.

La progresiva aceleración de la dinámica de las relaciones económicas y sociales que se ha registrado en los últimos tiempos ha actuado en el sentido de disminuir las condiciones de pertenencia necesaria, eliminando aquellas vinculadas a la fe religiosa (*cuius regio, eius religio*), disminuyendo las vinculadas a la vida familiar y al ejercicio de las profesiones. Han aumentado, a la vez, los intereses que los Ordenamientos consideran de satisfacción necesaria y que, por tanto, implican la pertenencia a colectividades que son capaces y tienen la obligación de satisfacerlos: es de R. von Jhering²⁷ la observación según la cual “el hombre depende del prójimo para la satisfacción de sus propios intereses en medida creciente con el crecimiento de los mismos”.

Se trata de colectividades territoriales o incluso sectoriales, como las que organizan los deportes o formas de asistencia o actividades profesionales. Los modos y los grados de pertenencia varían en el tiempo y en cada Ordenamiento y comprenden vínculos de pertenencia o sólo efectos predeterminados derivados de opciones libres (si practicar o no un deporte o una profesión) que atañen en todo caso a intereses esenciales.

Las formas de pertenencia vinculadas que, en un determinado contexto, no son necesarias para la tutela de los intereses de satisfacción necesaria tienen el carácter de limitativas de las libertades; las teorías de la innecesariedad de todas las formas de pertenencia no tienen en cuenta la condición humana, en la cual intereses esenciales de la persona se pueden satisfacer solamente por medio de organizaciones sociales.

1.2. La fuente del poder: derivación del Estado o de los cuerpos sociales

La cuestión de la necesidad del poder no debe confundirse con la de su fuente. Aclarado que el poder es necesario, hay que preguntarse de dónde deriva.

El problema debe analizarse aquí con referencia a la Ciencia jurídica y en particular al Derecho administrativo, estando fuera de lugar afrontar en esta sede toda la cuestión del poder e invocar la multiplicidad de las teorías filosóficas, politológicas y sociológicas que se han desarrollado al respecto.

²⁷ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, 1877, trad. it., Torino 1972.

La Ciencia jurídica ha elaborado dos corrientes de pensamiento que se originaron en la segunda mitad del siglo XIX.

La primera se remonta a los autores de la escuela alemana de Derecho público (C. F. von Gerber²⁸, P. Laband²⁹, O. Mayer³⁰) que consideraban al Estado como fuente de toda forma de poder. El poder del Estado, entendido como persona jurídica, durante mucho tiempo la única persona jurídica pública, no reside ya en la autocracia del “soberano” sino que hereda sus caracteres transfiriéndoselos a la “ley”. El principio de unidad del poder se mantiene aunque se modifica su fuente.

Esta teoría ha representado una importante evolución con respecto a las concepciones anteriores (J. L. Carro Fernández-Valmayor³¹). La escuela pandectística de F. C. von Savigny³² había actualizado las categorías individualistas del Derecho romano y situado en el centro de su elaboración el concepto de «persona jurídica ficticia» (entendiendo que sólo mediante una ficción puede existir un sujeto jurídico que no sea el individuo singular). Partiendo de esta concepción, G. F. von Gerber utilizó el concepto de persona jurídica aplicándolo al Estado, haciendo de él «la premisa de toda construcción jurídica del Derecho público». El pueblo se realiza como sujeto jurídico sólo a través del Estado. Por tanto, ya no es el príncipe el titular de la soberanía (M. Nigro³³), sino que el Estado absorbe cualquier forma de poder: «ciudadanos, municipios y territorio son los objetos naturales del poder del Estado, en el dominio de los cuales éste manifiesta su esencia peculiar».

La segunda explicación del poder se desarrolló casi a la vez en Alemania, por obra O. von Gierke³⁴ y de su escuela: la tesis es que en la base del poder está el cuerpo social, todo cuerpo social.

²⁸ F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici*, 1852, trad. it., Milano 1971.

²⁹ P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, 1876, trad. it., Torino 1925.

³⁰ O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Leipzig 1893.

³¹ J. L. CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, *La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura*, Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Madrid 1994.

³² F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 1840-1849, trad. it., Torino 1888.

³³ M. NIGRO, *Il segreto di Gerber*, en *Quad. fior.*, 1973, p. 293.

³⁴ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftrecht*, Berlin 1868, luego completado con otros tres volúmenes (1873, 1881, 1903).

El poder deriva, por tanto, según esta concepción, también del Estado, pero el Estado es uno de los cuerpos sociales y lo son también las comunidades menores, territoriales o no: los municipios, las asociaciones, las familias. Gierke detectó que la teoría gerberiana del Estado había asumido el poder de éste como un postulado, del cual no ofreció explicación alguna, porque no buscó las razones subyacentes. Éstas deben encontrarse en el carácter asociativo del Estado, y más en general en la realidad de las asociaciones, en la existencia sustancial de organismos titulares de finalidades que trascienden los fines de los individuos singulares.

De aquí deriva la crítica de Gierke a la teoría del carácter ficticio de la personalidad jurídica de los organismos supraindividuales (v. R. Orestano³⁵, P. Rescigno³⁶, M. Fioravanti³⁷, A. Massera³⁸ y, para otros países, P. Legendre³⁹, E. Fortshoff, S. M. Retortillo Baquer⁴⁰). La importancia de la contribución de Gierke fue ampliamente advertida en Italia sobre todo por la doctrina iusprivatista: así, F. Ferrara⁴¹ ha sostenido que «la doctrina moderna no ha hecho otra cosa que desarrollar y elaborar el concepto de Gierke, despojándolo del velo poético y trascendente que tenía». A Gierke⁴² se debe, observa F. Ferrara, la elaboración del concepto de “institución”, tomado de la doctrina canonista y luego ampliamente utilizado por la doctrina iuspublicista; de la misma forma, será utilizado y llegará a ser patrimonio común de la Ciencia jurídica el concepto de “órgano” y la insistencia en la distinción entre esta noción y la de representación.

³⁵ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, en *Diritto Romano*, Torino 1968.

³⁶ P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova 1988.

³⁷ M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza del diritto pubblico del XIX secolo*, en *Quad. fior.*, 1980, p. 319.

³⁸ A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure soggettive nel diritto amministrativo*, I, Milano 1986.

³⁹ P. LEGENDRE, *Historie de l'administration de 1750 a nos jours*, Paris 1968.

⁴⁰ S. M. RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid 1996.

⁴¹ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli 1915.

⁴² O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie giusnaturalistiche*, 1880, trad. it., Torino 1943.

Gierke, vinculándose a las corrientes de pensamiento (G. Althusius⁴³ e U. Grozio⁴⁴) que en la época del absolutismo habían afirmado la autonomía de las diferentes expresiones de la organización social, subrayó las implicaciones totalitarias de las concepciones unitarias del poder, aunque remarcando que, en el extremo opuesto, la excesiva articulación conduce a la fragmentación de las organizaciones.

Las dos tesis, en su formulación más neta, se presentan en contraste irreducible y la adhesión declarada o implícita a una o a otra se refleja en las definiciones que se dan de las distintas instituciones jurídicas.

Así, por ejemplo, si el poder del municipio es originario o deriva del Estado, y, por tanto, si la noción de autonomía indica un poder propio de un determinado organismo, todo lo más “reconocido”, reforzado y condicionado por un poder superior, o si las autonomías no pueden más que derivar de un acto del Estado. También, por ejemplo, si la personalidad jurídica de los organismos supraindividuales es concedida por el Estado o hay que entenderla como característica intrínseca de los mismos o si el “derecho subjetivo” debe ser calificado como un poder “atribuido” por el Ordenamiento o simplemente “reconocido” por el mismo (R. Orestano).

Sin embargo, son prevalentes, en las elaboraciones científicas, las posiciones intermedias que parten, por un lado, del presupuesto de la realidad, pluralidad y carácter originario de los fenómenos de los grupos sociales y, por otro, atribuyen a la ley, a la manifestación de la voluntad del Estado, el carácter de fuente de toda forma de poder jurídico.

Así Santi Romano⁴⁵, cuya obra sobre el “*Ordinamento giuridico*” (1917) es considerada por la Ciencia jurídica no sólo italiana como pilar de las teorías pluralistas, en la medida en que teoriza la pluralidad de los Ordenamientos jurídicos (hay un Ordenamiento jurídico cada vez que un cuerpo social tiene una organización propia y normación), adopta una posición intermedia: todo cuerpo social tiene su poder propio, que no deriva del Estado, pero el Estado es un ente único en su especie, cualitativamente diferente de los demás cuerpos sociales. Ha observado de

⁴³ G. ALTHUSIUS, *Politica*, 1603.

⁴⁴ U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Paris 1625.

⁴⁵ SANTI ROMANO, *Il comune*, en *Trattato Orlando*, II, Milano 1907.

forma certera N. Bobbio⁴⁶ que Santi Romano fue teóricamente pluralista, pero ideológicamente monista. La misma observación se puede hacer del planteamiento de M. S. Giannini.

Así también, E. García de Enterría⁴⁷, el maestro de la actual Ciencia del Derecho administrativo en España, después de haber destacado la inspiración hegeliana subyacente a la teoría de la personalidad jurídica del Estado, ha criticado la tesis según la cual el Estado tiene personalidad jurídica y se la ha atribuido a la Administración pública.

1.3. Necesidades, intereses, situaciones jurídicas subjetivas

Se debe ahora definir de manera más exhaustiva la noción de “intereses de protección necesaria”, diferenciándola de otras que pueden parecer análogas o similares y que son, en cambio, distintas.

La problemática es compleja porque la propia noción de “interés” se halla entre las más utilizadas por la Ciencia jurídica y, a la vez, entre las más imprecisas (E. Betti⁴⁸, A. Rocco⁴⁹, A. Falzea⁵⁰, L. Bigliazzi Geri⁵¹), tanto que las definiciones que se han dado de ella por la Ciencia jurídica son de lo más variadas.

Entre las definiciones más significativas cabe recordar las de R. von Jhering: «el interés es la conexión que une el fin al sujeto agente»; de E. Betti: la noción de interés posee una “esencia normativa” respecto a la cual la situación sustancial sirve como mero soporte; de F. Carnelutti⁵²: «el interés es una posición favorable a la satisfacción de una necesidad»; de P. Gasparri⁵³: «el interés es la relación que existe entre la exigencia de un sujeto y los estados de cosas idóneas para satisfacerlo o no satisfacerlo»; de P. G. Jaeger⁵⁴: «es una relación entre un sujeto que tiene una

⁴⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari 2007.

⁴⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principi di diritto amministrativo*, 1974, trad. it., Milano 1983.

⁴⁸ E. BETTI, *Interesse, Teoria generale*, en Noviss. Dig. it., 1962.

⁴⁹ A. ROCCO, *I concetti di “bene” e di “interesse” nel diritto penale e nella teoria generale del diritto*, en Riv. int. sc. giur., 1910, p. 59.

⁵⁰ A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1993.

⁵¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, en Dig. disc. priv., 1993.

⁵² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940.

⁵³ P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto*, Bologna 1951.

⁵⁴ P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano 1964.

necesidad y el bien idóneo para satisfacer tal necesidad, determinada por una previsión general y abstracta de una norma».

Las diferentes tesis están inspiradas en una concepción subjetiva (es interés lo que es considerado como tal por un sujeto), o en una concepción objetiva, entendida como objetiva existencia del interés en el plano sustancial (el interés es un hecho que prescinde del “querer”: se puede tener un interés incluso sin quererlo) o, también, en una concepción normativista (es la norma la que identifica los intereses y por tanto, en un cierto sentido, los determina). Bajo estas tesis subyacen diferentes maneras de concebir el Derecho. Más allá de matices distintos, se pueden agrupar en:

1. normativistas o sustancialistas, según si ponen en el centro de la calificación la norma o el interés sustancial;
2. subjetivistas u objetivistas, según si hacen referencia prioritaria al sujeto titular o al interés “objetivizado”.

Un enfoque que se marque como objetivo reducir las implicaciones discutibles, hasta hacer la noción practicable, induce a adoptar la noción de interés como la “relación entre un sujeto y un bien” (A. Falzea, S. Pugliatti⁵⁵).

Se puede así dar un paso más distinguiendo el interés de la necesidad y de la situación jurídica subjetiva.

La “necesidad” es la percepción subjetiva del interés que no es susceptible de ningún canon de valoración. Pueden existir incluso necesidades imaginarias o que, remitiéndose por completo a una dimensión subjetiva, no tienen relevancia jurídica. Así, por ejemplo, la necesidad de amor.

En cuanto al “interés”, es una situación sustancial; la relación entre sujeto y bien es relevante para el Derecho. Así, por ejemplo, ocurre con el interés en contratar o en adquirir un inmueble.

La “situación jurídica subjetiva” contiene un presupuesto fáctico sustancial y una calificación jurídica intrínsecamente relacionados; es un interés al cual el Ordenamiento jurídico otorga tutela configurándolo como derecho subjetivo u otra situación protegida.

⁵⁵ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935.

El fenómeno jurídico, explican S. Pugliatti e A. Falzea, está constituido por dos tipos de elementos, elemento formal y elemento substancial, los cuales con su conexión dan vida a las instituciones jurídicas.

Al resaltar la presencia simultánea en el fenómeno jurídico de los elementos formales y materiales, estos autores retoman las tesis de O. von Gierke. La noción de “relevancia jurídica” ha sido planteada por B. Donati⁵⁶, y retomada por A. Falzea y por otros autores.

Hay que observar que diferentes normas, a partir de la Constitución, y los jueces de todo tipo, hacen un amplio uso de la noción de interés, la identifican como presupuesto substancial de legitimación y la utilizan como parámetro de la legitimidad de las normas y de los actos.

Así, en el texto constitucional, la salud se califica como derecho fundamental del ciudadano e interés de la colectividad (art. 32).

Diversas normas del Código Civil otorgan relevancia a los intereses, identificados por su perfil substancial, prescindiendo de una calificación jurídica de los mismos.

La existencia del interés substancial se asume como condicionante de la formación o del mantenimiento del hecho jurídico: así, en particular, los derechos de obligación surgen sólo si la prestación (además de ser susceptible de valoración económica) corresponde a un interés (incluso no patrimonial) del acreedor (at. 1174). Así, no deja de ser válida la celebración de un contrato a favor de terceros “siempre que el contratante tenga un interés en ello” (art. 1411) y los ejemplos son numerosos. Como se ve, el interés es bien distinto de la situación jurídica subjetiva y condiciona su nacimiento.

También la normativa administrativa suele hacer referencia a los intereses como condicionantes de la legitimación de determinados actos del particular frente a la Administración pública: el art. 22 de la Ley italiana 241/1990 consagra el “derecho” de acceso a los documentos administrativos por parte de “cualquiera que tenga un interés en ello”, en tutela de situaciones jurídicamente relevantes. Después de algunas indecisiones ha prevalecido en la jurisprudencia una interpretación que comprende aquí, además de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos, también

⁵⁶ B. DONATI, *Interesse e attività giuridica*, Bologna 1909.

los intereses de mero hecho, con tal de que no se trate de intereses de emulación o movidos por mera curiosidad (véase entre otras, Cons. St. VI, 1243/1994, Cons. St. IV, 98/1996).

1.3.1. Los “intereses de satisfacción necesaria”

Con la expresión “intereses de satisfacción necesaria” se definen aquellos intereses que, en un determinado contexto histórico, social, cultural, económico y político, las colectividades pueden y deben satisfacer necesariamente. Son los intereses de colectividades en su conjunto (seguridad, desarrollo, bienestar), de grupos sociales, de personas individuales, a los cuales corresponde una situación al menos potencial de obligatoriedad por parte de Administraciones públicas.

La definición no tiene carácter jurídico sino sustancial: como los demás intereses, los de satisfacción necesaria constituyen el aspecto sustancial susceptible de dar lugar a “derechos” en presencia de una calificación jurídica; el hecho de ser de satisfacción necesaria no determina por sí mismo su transformación en situaciones jurídicas subjetivas, que se realiza sólo cuando la obligatoriedad potencial se vuelve concreta y exigible. Por tanto, en muchos casos coinciden con los “derechos”, pero también pueden no coincidir.

Así, por ejemplo, el interés de la salud, con razón considerado “de satisfacción necesaria”, se convierte en un derecho subjetivo frente a la Administración pública sólo cuando se cumplen determinadas condiciones normativas y organizativas; el interés en el ingreso hospitalario en caso de enfermedad se convierte en un derecho cuando existe una estructura hospitalaria.

Esto explica por qué los intereses de satisfacción necesaria pueden ser satisfechos incluso por el mercado, alcanzándose su satisfacción a través de actos contractuales libres; en caso negativo el poder público tiene el deber de garantizar que la satisfacción tenga lugar y de proveer a ello. Así, por ejemplo, no se puede dudar de que el interés en la alimentación sea de satisfacción necesaria, sin que esto determine por sí solo la aparición de situaciones jurídicas frente a las Administraciones públicas, cuyo deber se limita a garantizar que el mercado satisfaga el mismo en

condiciones higiénicas y económicas adecuadas, pero puede comportar obligaciones operativas de prestación en caso contrario (por ejemplo, en caso de calamidades o para solventar situaciones particulares de indigencia).

1.4. Los sujetos titulares de los intereses

Los intereses pueden ser del individuo aislado o de grupos sociales de diverso tipo.

Una colectividad titular de un interés puede estar organizada o no organizada, dependiendo de si posee o no una estructura capaz de permitir a algunos sujetos ser sus exponentes hacia el exterior y poder desarrollar una función organizativa en su interior.

Si no lo es, los intereses son “difusos”. Con esta denominación, acogida sin reservas por la doctrina (F. Scoca⁵⁷, G. Rossi) y por la jurisprudencia, se identifican, justamente, los intereses supraindividuales a los que no corresponde un grupo organizado que se pueda considerar exponente de los mismos; el ejemplo que normalmente se pone es el del interés en el medio ambiente, porque el medio ambiente es “de todos y de nadie” en particular. Una asociación puede asumir el interés en el medio ambiente como propio y, por tanto, convertirse en titular de él no sólo de hecho sino consiguiendo incluso una legitimación jurídica para concurrir en su tutela sin convertirse en su titular en exclusiva.

Un interés difuso se convierte en “colectivo” cuando el grupo titular del mismo tiene una organización. La organización puede ser única, como ocurre por ejemplo en la mayor parte de los grupos deportivos (sólo el CONI, al ser miembro del Comité Olímpico Internacional C.I.O puede permitir la participación en competiciones internacionales), o expresarse a través de más de una figura representativa, como es el caso de los trabajadores y de los consumidores.

Los intereses organizados tienen una fuerza mayor que los no organizados. Entre estos últimos son emblemáticos los de las “generaciones futuras”, cuya defensa es muy débil a pesar de apreciables declaraciones

⁵⁷ F. SCOCA, *Interessi protetti*, en Enc. Giur. Treccani, 1989.

de principios y loables intentos de dotarlos de una consistencia jurídica efectiva (F. Fracchia⁵⁸, F. de Leonardis⁵⁹).

En algunos casos todos los titulares del interés (miembros del grupo) forman parte de las estructuras organizativas: hay, por tanto, una correspondencia entre grupo y estructura organizativa (un ejemplo son los profesionales reunidos en los colegios profesionales). En otros casos, la estructura organizativa representa sólo una parte de los titulares del interés; así ocurre con los trabajadores dependientes, organizados sólo parcialmente y a través de distintas asociaciones sindicales.

El nexo jurídico que se instaura entre el individuo y la organización que satisface el interés varía según exista o no identidad. Si la hay, se tiene el fenómeno de la representación; si no la hay, el de la representatividad: los órganos exponentes de la colectividad adoptan actos que producen efectos jurídicos incluso sobre los miembros del grupo que no forman parte de la estructura organizativa (los convenios colectivos se aplican también a los trabajadores que no están afiliados al sindicato).

En el caso de los entes territoriales se da, como es conocido, la institución de la representación política, en la cual se produce una mera imputación de resultado, y, de hecho, se ejerce “sin mandato vinculante” (art. 67 Const. italiana).

El sujeto individual, al ser titular de diversos intereses, forma parte de más de un grupo social. Puede incluso ocurrir que diferentes grupos sociales estén compuestos por los mismos sujetos: piénsese, por ejemplo, en el ente territorial por un lado y los consumidores por otro, todos sujetos de ese grupo territorial tomados en consideración desde un punto de vista particular. En términos tomados de la teoría de conjuntos cabe decir que se trata de dos conjuntos que se superponen entre sí, pero mantienen su propia identidad, en la medida en que se fundan en diferentes criterios de ordenación.

Entre los intereses de los grupos organizados, asumen una particular relevancia en el Derecho administrativo los que atañen a las colectividades territoriales.

⁵⁸ F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli 2010.

⁵⁹ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano 2005.

Los intereses de los que éstas son titulares se definen como “generales” y esta connotación tiene más que nada una implicación valorativa: los intereses generales prevalecen sobre los individuales y también sobre los de los grupos parciales, sectoriales; los entes que son titulares de los mismos tienen distinta naturaleza que las demás organizaciones representativas de intereses.

Esta tesis, sin embargo, debe ser sometida a verificación. Sobre todo en el actual contexto de multiplicación de los entes territoriales y de redistribución de los intereses en los mismos, emerge con claridad que ningún ente puede considerarse titular de intereses “generales”, aunque sólo sea por el hecho de la pluralidad de entes de este tipo. Por tanto, el concepto de interés general hay que entenderlo en sentido relativo: no coincide con la totalidad de los intereses, sino sólo con el carácter no sectorial de la colectividad que es su titular.

Los intereses se clasifican, además, en “públicos” y “privados”. Esta calificación, a diferencia de la anterior, no atañe al tipo de sujeto titular de los mismos, sino a la calificación que les otorga el Ordenamiento jurídico. Está claro que, tendencialmente, los intereses individuales se califican como “privados” y los intereses de la colectividad se califican como “públicos”, pero no hay coincidencia entre los dos tipos de calificación; tanto es así que un interés del individuo aislado puede ser calificado como “público” (así, por ejemplo, el interés por la vida, que es, ante todo, del individuo, el cual, sin embargo, no puede disponer de él).

1.5. Autosatisfacción y satisfacción necesaria; “mercado” y “Estado”

Los intereses de protección necesaria pueden, por tanto, ser satisfechos a través de formas libres de contratación (el llamado “mercado”), pero al mismo tiempo subsiste al respecto un deber del poder público de dar vida a los instrumentos necesarios para garantizar su satisfacción. Esta coexistencia de “Estado” y “mercado” (K. Popper⁶⁰) convierte en central la cuestión de los límites entre uno y otro y de la relación entre ellos.

⁶⁰ K. POPPER, *La lezione di questo secolo*, Venezia 1992.

El punto de equilibrio entre los mismos es el indicador más significativo de la clase de sistema político, de la preferencia que se da a la esfera individual o a la colectiva. Cada solución específica está históricamente condicionada; no existen soluciones óptimas y cada elección se basa en juicios de valor opinables (D. Helm⁶¹, J. E. Stiglitz⁶², P. Krugman⁶³). Derivan de juicios de valor también las teorías de la preeminencia del mercado sobre el Estado, o viceversa, cuando ésta se afirma en términos apriorísticos sin una demostración de las ventajas y desventajas que cada elección comporta para la tutela o sacrificio de los intereses.

Estas constataciones parecen evidentes, pero han sido repropuestas en los tiempos más recientes (S. Cassese⁶⁴, G. Rossi⁶⁵) después de que, por efecto de la globalización de la economía, las orientaciones prevalentes hubiesen ido en el sentido de la incontestable primacía del mercado. Más que analizar los recurrentes ciclos económicos en su dimensión histórica, la Ciencia económica y la jurídica habían dado un carácter absoluto a la evolución del momento, en sentido liberal, al igual que en el pasado, en el periodo de expansión de la esfera pública, habían dado carácter absoluto a la evolución en sentido publicador.

Se mantiene el dato de que, no obstante los ciclos económicos y políticos, la riqueza, en los Ordenamientos contemporáneos, se ve absorbida en un porcentaje variable, pero siempre muy elevado, por la esfera pública.

Sólo más allá de la opción política sobre la cantidad y calidad de los intereses que se han de considerar de satisfacción necesaria se sitúan después las problemáticas sobre los modos concretos para garantizar su tutela sustancial y jurídica.

⁶¹ D. HELM, *I confini economici dello Stato*, Oxford, en *Regolazione e/o privatizzazione*, Quaderni Formez, n. 18, Bologna 1992.

⁶² J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, trad. it., Bologna 1992.

⁶³ P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, trad. it., Bari 2008.

⁶⁴ S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, en Riv. trim. dir. pubbl., 1991, p. 382.

⁶⁵ G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, en AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano 1995; *Riflessioni sulle funzioni dello stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, en Dir. pubbl., 1997, p. 289.

Superado el límite dentro del cual el interés se satisface en plena libertad directamente o a través de contratos por parte de un individuo o a través de organizaciones sociales no reglamentadas y de adhesión libre, empieza una gradación de interrelaciones con los poderes públicos, los cuales pueden (y aquí se pasa al extremo opuesto) excluir incluso la licitud del ejercicio de una actividad y, por tanto, de la tutela de un interés por parte de sujetos que difieren entre sí (por ejemplo, en materia de seguridad militar).

Entre estos dos extremos, la gradación se remite en buena medida al Derecho positivo y va desde distintas tipologías de regulación y control, para impedir abusos en el ejercicio de la libertad, para tutelar a los terceros implicados (por ejemplo, garantías de la higiene y de la calidad de los operadores y de los productos, determinación de estándares, regulación de diverso tipo), a la gestión por parte de sujetos acreditados (como ocurre en parte del servicio sanitario) y a la coexistencia de modalidades de gestión libres, sociales y públicas.

2. La juridificación del poder

2. 1. Las características del poder juridificado

Toda forma de poder conlleva la posibilidad de incidir en la esfera de otros sujetos sin e incluso contra su voluntad. Esta característica del poder no decae si su ejercicio está dirigido a la tutela de los intereses de los destinatarios (basta pensar en la educación o en las prestaciones sanitarias obligatorias). La observación de que el fin e incluso la legitimación sustancial del poder consisten en el bienestar de la colectividad y de los miembros que la componen está asentada desde las primeras reflexiones filosóficas, pero se queda en el nivel prejurídico. La idea del poder entendido como servicio a la colectividad y a las personas que la componen indica así un deseado “deber ser”.

Según Aristóteles⁶⁶ «toda comunidad se constituye en vista de un bien»; Tomás de Aquino⁶⁷, «*civitatis ordinetur ad aliquod bonum, sicut*

⁶⁶ ARISTÓTELES, *Política*, I, 1.

⁶⁷ TOMÁS DE AQUINO, *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, I, p. 10.

ad finem», Cicerón⁶⁸, el Estado tiene como fin la felicidad de los ciudadanos, «*beata civium vita*».

Tras su juridificación, de la que se verán luego las graduales y nunca definitivas conquistas, la idea del poder como servicio asume una configuración jurídicamente definida. El poder sigue siendo tal, pero con características que conllevan su cambio cualitativo.

1) Ante todo, la fuente del poder es externa a él. La necesidad de justificación que siempre se ha advertido se resuelve no, o al menos no sólo, con expedientes ideológicos, como el derivar de la gracia de Dios o de la voluntad de la nación o del pueblo, sino por medio de una fuente específica que condiciona su existencia, ámbito y modalidades de ejercicio. La fuente es la ley. No es decisiva, a fin de determinar la naturaleza del poder, la circunstancia de que sea el soberano mismo (y después el parlamento) quien establezca la ley; es decisivo el hecho de que el mismo esté también sometido a ella (no es ya *legibus solutus*); el poder público, por tanto, es atribuido por una fuente externa y hay un juez que garantiza su observancia.

2) El poder está, en su interior, articulado, en el sentido de que no existe un solo sujeto u organismo que tenga su plenitud.

3) Los intereses para la satisfacción de los cuales es conferido no son los del titular del poder sino los de las colectividades de las cuales es expresión y de los destinatarios de su actividad. El poder está, por tanto, dirigido a la tutela de intereses ajenos; es funcional para su tutela y de ello deriva la obligación de explicitar la motivación de los actos.

4) La tutela de los intereses asume el carácter de obligatoriedad, no se remite a una decisión libre del poder público.

Legitimidad, articulación, funcionalización y obligatoriedad, por tanto, son las características esenciales del poder juridificado.

Su regulación se remite a instrumentos de Derecho público no sólo porque el poder contiene en todo caso un perfil autoritario sino porque la regulación jurídico-pública puede garantizar su ejercicio obligatorio, la funcionalización en relación con los intereses que se deben perseguir y la formación de aparatos idóneos.

⁶⁸ CICERÓN, *De Republica*, I, p. 25.

El Derecho público puede ser considerado como un sistema especial con respecto al Derecho privado sólo entendido este último como regulación normal de los fenómenos jurídicos. El Derecho público es, por el contrario, el tipo de regulación normal de la organización y de la actividad de los fenómenos colectivos de los entes territoriales y de las relaciones entre colectividades e individuos. La falta del Derecho público implica la reducción del poder a la dimensión extrajurídica (poder autocrático, no regulado; política).

La noción de poder, de autoridad, ha asumido a lo largo del tiempo una connotación negativa, probablemente porque (P. Grossi⁶⁹) en un contexto de dominio de una clase social, primero la aristocracia y después la burguesía, sobre otras ha sido considerada por estas últimas, y también por almas sensibles, como un abuso arbitrario.

Basta pensar en el significado que ha adquirido el término “policía”, tan diferente de la idea aristotélica de cuidado de la *polis*, pero también de la acepción con la cual el término “Estado de policía” fue entendido en la segunda mitad del siglo XVIII en Austria y en Prusia, donde indicaba la obligación para el poder público de perseguir el bien común.

No hay que confundir los usos que se han hecho de él con su naturaleza esencial en toda colectividad organizada, útil para todos sus componentes y todavía más para aquellos que son menos capaces de autosatisfacer sus necesidades. La idea de que la juridificación del poder se ha afirmado a través de un conflicto entre autoridad y libertad (de donde deriva que el poder se contrapone a un “bien” y, por lo tanto, tiene que ser limitado lo máximo posible) es correcta desde el punto de vista histórico, pero no identifica los caracteres de la autoridad entendida como servicio.

Que el poder público pueda tutelar los intereses de satisfacción necesaria, incluso utilizando el Derecho privado, es cada vez más cierto cuanto más estos intereses se tutelan a través de la prestación de servicios y la aportación de infraestructuras, a través de actividades que no sólo no requieren actos de autoridad sino que se realizan mejor mediante el contrato.

⁶⁹ P. GROSSI, vid. la nota 16.

La búsqueda de las “razones” y de los límites de la regulación jurídico-pública, que es central en el estudio del Derecho administrativo, y debe por tanto servir como hilo conductor en el análisis de cada aspecto de la organización y de la actividad administrativa, no implica la admisión del Derecho privado como Derecho general con respecto al cual la especificidad del Derecho público haya de ser entendida como excepción, sino simplemente la necesidad de verificar la idoneidad del Derecho público para conseguir los objetivos de tutela de los intereses.

2.2. Libertad de los particulares, Derecho privado y poderes privados

Es evidente la diferencia respecto de la situación jurídica de los particulares, que es de libertad, protegida por el Ordenamiento jurídico que no fija objetivos sino límites negativos a su actuación para garantizar las situaciones jurídicas de los demás sujetos.

La actual noción de libertad como condición inherente a la persona humana no se daba por sentada en el pasado e incluso se negaba en las concepciones institucionales de la antigüedad que conectaban la libertad sólo a determinadas condiciones como la actividad militar, la participación en la vida política o la propiedad.

La noción tenía, a su vez, un significado diferente en el contexto del absolutismo y de las concepciones estatocéntricas que la consideraban una cualidad concedida por el soberano o por el Estado.

Con la progresiva afirmación de los derechos del hombre se ha pasado a las concepciones que consideran la libertad como un atributo propio de todo ser humano que los Ordenamientos jurídicos tienen que respetar y tutelar no sólo no poniendo impedimentos o constricciones (libertad negativa), sino también asegurando la posibilidad de autodeterminación y de participación (libertad positiva). La literatura sobre el tema es infinita.

El particular actúa para satisfacer un interés propio, incluso cuando se trata de un interés altruista que se hace propio y se elige libremente. El particular puede decidir si actuar o no y los motivos que determinan su acción son, por lo general, jurídicamente irrelevantes, siempre que no sean ilícitos: el contrato es nulo «cuando las partes se han decidido a

celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas» (p. ej. art. 1345 c.c.).

La actuación jurídica del particular se lleva a cabo en relación con otros sujetos, es actividad relacional, no solitaria, pero no produce efectos en la esfera jurídica ajena salvo con el concurso de su voluntad. La tutela es proporcionada por el Ordenamiento jurídico con referencia a los intereses de naturaleza patrimonial o, en todo caso, «susceptibles de valoración económica» (art. 1174 c.c.).

El carácter patrimonial de la prestación no se debe confundir con la naturaleza del interés, pudiendo una prestación patrimonial orientarse a la satisfacción de un interés no patrimonial (en este sentido, un importante dictamen de R. von Jhering publicado por V. Scialoja⁷⁰). No obstante, no cambia el hecho de que el Derecho privado tiene sólo los instrumentos traducibles en términos patrimoniales, ni siquiera el juez puede obligar a un sujeto a “hacer”, y esto lo vuelve inadecuado para la satisfacción de los intereses de las personas que no son plenamente tutelables a través del resarcimiento del daño (T. Ascarelli⁷¹, S. Mazzamuto⁷²).

La vinculación a la valoración económica no es un residuo de concepciones liberales, sino que deriva de la naturaleza de los instrumentos que el Derecho privado tiene a su disposición, en la medida en que no consigue trascender a éstos el grado de vinculatoriedad que el Ordenamiento jurídico puede dar a las relaciones entre particulares (M. Giorgianni⁷³, G. Oppo⁷⁴).

El acto típico del Derecho privado es el contrato, que produce efectos sólo entre las partes.

Hay excepciones a este principio, como el contrato a favor de terceros o el contrato con promesa de actividad de terceros, y algunos civilistas

⁷⁰ V. SCIAJOLA, en Arch. Giur., vol. XXV, 1882.

⁷¹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni materiali*, Milano 1957.

⁷² S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, en *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino 1985.

⁷³ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, en Riv. dir. proc. civ., 1961, p. 399.

⁷⁴ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, en Riv. dir. proc. civ., 1994, I, p. 41.

consideran que estas excepciones son tan numerosas que acaban por invalidar el principio. No se puede, sin embargo, destruir la regla por el hecho de que haya excepciones.

La doctrina iusprivatista no ha dejado en las últimas décadas de prestar atención a temáticas extrañas a su tradición, idóneas para recibir los valores constitucionales de la tutela de la persona y, más en general, de los derechos no patrimoniales (P. Rescigno⁷⁵, A. di Majo⁷⁶), pero los resultados alcanzados han producido escasos frutos, confirmando la especificidad del punto de partida y la limitación de los instrumentos de tutela jurídico-privada (para el debate de la doctrina iusprivatista, véase G. Rossi⁷⁷).

De la misma forma que la polaridad del poder público implica la unilateralidad de los actos, la producción de efectos sobre los destinatarios sin el concurso de su voluntad, la ajenidad e indisponibilidad del interés y su carácter normalmente no patrimonial, la polaridad del poder privado se basa en el *consenso* del destinatario también en el caso de los actos unilaterales, la *disponibilidad* del interés, excepto en casos taxativos establecidos por la ley, y el *carácter patrimonial* o, en todo caso, valorable en términos patrimoniales.

Existen entre Derecho privado y Derecho público zonas limítrofes que, como tales, presuponen las dos polaridades. La alteración del modelo típico se verifica porque, a medida que la actuación libre del particular produce consecuencias de hecho sobre otras personas, el principio de la libertad se debilita para tener en cuenta los intereses implicados.

Así, por ejemplo, la libertad de empresa, puesto que involucra a otros sujetos e incide sobre su derecho al trabajo, está variadamente regulada por los distintos Ordenamientos jurídicos mediante la introducción de normas de juridificación del poder del empresario que modifican de modo significativo el carácter sinalagmático del contrato, hasta llegar a

⁷⁵ P. RESCIGNO, vid. la nota 36.

⁷⁶ A. DI MAJO, *Profili di diritti della personalità*, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, p. 71.

⁷⁷ G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, en Dir. pubbl., 1998, p. 661.

exigir la motivación de los actos de rescisión del contrato sólo por parte del empresario y a subordinarlos a la existencia de una “justa causa”.

Se tiene muy presente, sobre todo en los Estados Unidos de América, el problema de las grandes empresas, especialmente bancarias, que han quebrado tras la crisis económica y que en parte han sido nacionalizadas. Cuando una empresa privada se vuelve, por sus grandes dimensiones, esencial para la vida de un país, su existencia no puede ser dejada a la plena disponibilidad de los propietarios.

Los *poderes privados* pueden derivar de varias circunstancias de hecho: la condición natural de pertenencia a grupos sociales (familia) o de pertenencia por libre elección (grupos deportivos) o sólo formalmente libre (relaciones de trabajo subordinado) (A. Cicu⁷⁸, C. M. Bianca⁷⁹). La propiedad de los recursos económicos y financieros puede determinar posiciones de poder privado que, al verificarse sólo en el plano sustancial, escapan a una reglamentación jurídica (M. Weber⁸⁰, P. Rescigno, F. Galgano⁸¹).

A este conjunto variado de supuestos corresponden gradaciones de relevancia jurídica; desde casos de indiferencia y de falta absoluta de regulación por parte del Ordenamiento jurídico hasta casos de considerable conformación de los fines y de las modalidades de ejercicio. Es lo que ocurre con el tutor y el curador de los incapaces, el executor testamentario, los administradores de las sociedades y el síndico de la quiebra.

El intento de integración unitaria de los poderes privados y públicos ha inducido a la doctrina a utilizar la noción de *munus* (cargo) para indicar la situación jurídica de un sujeto que desarrolla una actividad dirigida a la satisfacción de intereses ajenos (M. S. Giannini⁸², L. Bigliuzzi Geri⁸³). Se trata, por lo demás, de supuestos marginales en el Derecho privado.

⁷⁸ A. CICU, *Il diritto di famiglia e teoria fondamentale*, Roma 1914.

⁷⁹ C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977.

⁸⁰ M. WEBER, vid. la nota 7.

⁸¹ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005.

⁸² M. S. GIANNINI, vid. la nota n. 6.

⁸³ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967.

En líneas generales, el grado de juridificación de los poderes privados es inferior al que se ha producido en relación con los poderes públicos (G. Lombardi⁸⁴, C. M. Bianca).

Es significativa la experiencia estadounidense de la juridificación de los poderes privados operada por el Tribunal Supremo con referencia al problema de las discriminaciones contra los afroamericanos. La Constitución federal consagra la prohibición de discriminación, pero la tutela se otorga frente a la actividad del Estado y de los poderes públicos en general, no frente a actos de autonomía privada. El Tribunal ha extendido progresivamente la garantía también hacia los particulares (por ejemplo, los propietarios de restaurantes y de otros establecimientos comerciales que prohibían el acceso a los afroamericanos).

El intento de forzar las categorías civilistas que ha llevado a teorizar una “objetivación” del Derecho privado, es decir, una regulación de las relaciones entre particulares que prescinde de la relevancia de la libre elección de la persona, es fruto de concepciones que subestiman el valor de la libertad.

Las posiciones extremas que han llegado a teorizar la abolición de la diferencia entre Derecho público y Derecho privado han sido seguidas en la doctrina iusprivatista y iuspublicista solamente en contextos totalitarios.

La reivindicación de la importancia del Derecho público para la tutela de las situaciones subjetivas y de la necesaria distinción entre Derecho público y privado procede con mayor fuerza de aquellos estudiosos (S. Pugliatti⁸⁵, F. Vassalli⁸⁶) que habían advertido en su juventud el riesgo de totalitarismo presente en las teorías que niegan la distinción entre Derecho público e privado.

Éstos recuerdan la conclusión aprobada por el Comité italo-germánico de juristas a finales de los años treinta: «la distinción entre Derecho público y Derecho privado, en la medida en que expresaba el contraste entre comunidad e individuo, entre Estado y sociedad, esta superada

⁸⁴ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970.

⁸⁵ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, en Enc. dir., 1964.

⁸⁶ F. VASSALLI, *Diritto pubblico e privato in materia in materia matrimoniale*, en Arch. Eccl., 1993.

por la concepción fascista y nazi del Derecho y de la nación». En aquel periodo la solución consistía en reconducir todo el sistema jurídico al Derecho público, pero a resultados no muy distintos se ha llegado cuando se ha negado la distinción reconduciendo la unidad del sistema al Derecho privado. La tesis preeminente en el pensamiento soviético de los años veinte era la de reducir todo el fenómeno jurídico al Derecho privado, lo que acababa por desembocar en la reducción del Derecho público a política y a instrumento del Estado para la realización de la voluntad de la clase dominante.

2.3. La menor juridificación del poder en los países anglosajones

La necesidad de una regulación jurídico-pública del ejercicio del poder público, distinta de la que rige las relaciones entre particulares, ha sido discutida por la tesis de que esta opción ordinamental es propia sólo de los países de la Europa continental (países “de Derecho administrativo”) y no de los anglosajones, en los cuales la actividad de la Administración pública y sus relaciones con los particulares se rigen por el Derecho privado. Al no existir un régimen jurídico específico, el Derecho privado es “*Derecho común*” para los operadores públicos y privados.

La tesis de que los países anglosajones carecen del Derecho administrativo ha sido avalada por muchos estudiosos (M. S. Giannini) y deriva de la influencia que ha tenido la obra de A. V. Dicey⁸⁷, el cual expresaba una orientación liberal, contraria a la expansión de la esfera pública y, por tanto, a una normativa específica para el sector público. A. V. Dicey estaba, a su vez, influenciado por A. de Tocqueville⁸⁸, hostil al desarrollo del Derecho administrativo francés y a la existencia de un contencioso específico para la Administración pública. Según esta tesis, rige en los Ordenamientos anglosajones el principio exclusivo de la “*rule of law*”. Entre los muchos y dudosos significados que se han dado a este principio (L. Bingham of Cornhill⁸⁹) estos autores lo interpretan en el sentido de

⁸⁷ A. V. DICEY, *Lectures introductory to the Study of the Law and Constitution*, London 1885.

⁸⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, 1865, trad. it., Torino 1989; *La democrazia in America*, 1835-1840, trad. it., Milano 1992.

⁸⁹ L. BINGHAM OF CORNHILL, *The rule of law*, Università Roma Tre, 2008, p. 24.

que conlleva un mismo Derecho para los sujetos públicos y privados, sometidos al mismo juez.

La tesis contiene una parte de verdad y en parte es fruto de un malentendido.

El sistema anglosajón es distinto del de la Europa continental desde varios puntos de vista de carácter más general, empezando por la ausencia en Inglaterra de una Constitución (aunque hay diversas leyes constitucionales) y de un Código civil, y acabando por el distinto papel de los jueces en un marco de escasez de actos legislativos. El carácter de un pueblo celoso de las libertades individuales e intolerante frente a los abusos, los favoritismos y las falsedades ha permitido la formación de un cuerpo de jueces lo suficientemente imparciales para juzgar en equidad (A. de Tocqueville). Esto puede haber determinado una menor exigencia de una tutela específica del ciudadano frente a la Administración pública y, en todo caso, ha faltado durante largo tiempo la formación de una justicia administrativa diferente de la ordinaria.

Los análisis históricos concuerdan en destacar el fuerte espíritu de independencia propio de los pueblos nórdicos (G. M. Trevelyan⁹⁰, J. Lindsay⁹¹), que ha encontrado en Inglaterra una respuesta institucional en la no aceptación de las teorías del absolutismo regio, en la realización de la primera experiencia parlamentaria y en la progresiva separación de las cortes judiciales del rey, con un largo proceso que, iniciado con la imposición al soberano de la Magna Charta (1215), se consolidó con la “revolución gloriosa” a mediados del siglo XVII cuando en Europa continental se daba la fórmula del Estado absoluto.

Es, por lo demás, observación común que la supremacía de la ley sobre el rey determinó un sistema de poder oligárquico. Los barones se impusieron como interpretes de la voluntad común: «el rey aprenda de ellos lo que la comunidad necesita» (*Carmen de bello Lewensi*; C. Barbagallo⁹²); «la obra maestra de la aristocracia inglesa es haber hecho creer por mucho tiempo a las clases democráticas de la sociedad que el

⁹⁰ G. M. TREVELYAN, *Storia d'Inghilterra*, 1938, trad. it., Milano 1977.

⁹¹ J. LINDSAY, *I normanni*, trad. it., Milano 1984.

⁹² C. BARBAGALLO, *Storia universale*, vol. III, II parte, Il Medioevo, Torino 1950.

enemigo común era el príncipe, logrando así convertirse en su representante, en vez de su adversario principal” (A. de Tocqueville).

En todo caso, la tutela ofrecida por los jueces ordinarios se ha demostrado inadecuada, lo que ha llevado a introducir también en Inglaterra formas análogas a las de los países de Derecho administrativo, aunque sea por medio de la fórmula de una sección específica del juez ordinario. Queda el hecho de que algunas formas de privilegio de la Administración pública, superadas desde hace décadas en los países de Derecho administrativo, han resistido más tiempo en los países anglosajones y en buena medida todavía permanecen: así, por ejemplo, la relación de empleo público ha seguido configurada hasta tiempos recientes como carente de naturaleza contractual, ya que la Corona no puede tener relaciones legales con sus propios empleados. Todavía hoy, la autoridad pública puede resolver los contratos en cualquier momento, sin preaviso, siempre que considere que su ejecución no es ya conforme al interés general, porque es un principio fundamental que las prerrogativas públicas no pueden vincularse a su no ejercicio.

Algunos problemas terminológicos han favorecido durante largo tiempo la idea de que las Administraciones públicas en Inglaterra han sido objeto de una juridificación más marcada, hasta el punto de utilizar sólo y plenamente el Derecho privado. Así, el término “*common law*”, en lugar de entenderse como común a toda la nación, se ha entendido como referido a los particulares y a la Administración pública; así también, el “*civil service*” no indica un régimen civilista de la relación entre Administración y empleados públicos, sino la distinción entre éstos y los militares (M. Ascheri⁹³).

La doctrina está de acuerdo en poner de relieve el proceso de aproximación progresiva entre el sistema anglosajón y el “de Derecho administrativo”, porque éste evoluciona en el sentido de una mayor utilización del Derecho privado por parte de las Administraciones públicas mientras en los países anglosajones ya está consolidada la existencia del Derecho

⁹³ M. ASCHERI, *Common law – “Ius commune tra dottrina e storia”*, en AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, editado por R.H. Helmholz y V. Piergiovanni, Catanzaro 2009.

administrativo, con importantes contribuciones doctrinales (P. Craig⁹⁴, H. Wade⁹⁵) y con una jurisdicción específica atribuida a secciones de los tribunales ordinarios (S. Cassese⁹⁶, M. U. Hesserlink⁹⁷, G. Napolitano⁹⁸).

Los textos de Derecho administrativo inglés tratan todavía casi exclusivamente los temas procesales y procedimentales. La organización administrativa no es objeto de estudios pormenorizados (véase, por ej., J. Marston, R. Ward⁹⁹ y P. Legland, G. Antony¹⁰⁰).

Diversos autores subrayan las diferencias marcadas entre el sistema inglés y el de los Estados Unidos de América. El primero, aunque hostil a las abstracciones y al uso del método deductivo, tiene una concepción más formalista, mientras el segundo tiene un enfoque más sustancialista, atento principalmente a las consecuencias derivadas de las decisiones jurídicas, lo cual ha inducido a la doctrina a desarrollar interesantes análisis que utilizan conjuntamente la Ciencia social y económica y la jurídica (P. S. Ativah e R. S. Summers¹⁰¹, U. Mattei¹⁰²).

2.4. Relevancia del surgimiento del Derecho administrativo en China

De particular interés para un estudio sobre la juridificación del poder es el caso del Derecho administrativo en la República Popular China, porque, aunque con algunas especificidades, sigue en las últimas décadas una evolución análoga a la que, en un periodo plurisecular, caracteriza

⁹⁴ P. CRAIG, *Administrative law*, London 1983.

⁹⁵ H. WADE, *Administrative law*, Oxford 1977.

⁹⁶ S. CASSESE, vid. la nota n. 13.

⁹⁷ M. U. HESSERLINK, *La nuova cultura giuridica europea*, G. Resta, trad. it., Napoli 2005.

⁹⁸ G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, en *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007.

⁹⁹ J. MARSTON, R. WARD, *Constitutional and Administrative Law*, IV ed., Edimburg 1997.

¹⁰⁰ P. LEYLAND, G. ANTONY, *Administrative Law*, V ed., Oxford, 2005.

¹⁰¹ P. S. ATIVAH, R. S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-american law*, London 1987.

¹⁰² U. MATTEI, *Common law. Il diritto angloamericano*, Torino 1992.

la formación y la modificación del Derecho administrativo en Europa (D. Pappano¹⁰³).

Había habido en la época imperial sólidas Administraciones organizadas según las reglas confucianas, y al final de la dinastía de los Quin, a principios del siglo XX, se habían introducido sistemas de tutela asimilables a los recursos administrativos, con las correspondientes oficinas de reclamación y de control (M. Sabattini, P. Santangelo¹⁰⁴). La revolución maoísta, sobre la base del principio “sí al gobierno del hombre, no al gobierno del Derecho”, destruyó las Administraciones públicas tanto materialmente (en 1970 los empleados de las Administraciones centrales habían pasado de 70.000 a 10.000), como culturalmente, por la primacía absoluta atribuida a la política en la vida de las instituciones.

Después de la muerte de Mao, a partir de los años setenta, el fin de la revolución cultural marcó el inicio de un proceso de reconstrucción del Ordenamiento jurídico con una serie de intervenciones normativas en diversos sectores, sobre todo en Derecho civil y mercantil, pero también en Derecho penal y administrativo.

En 1982 se adopta una nueva Constitución que será posteriormente modificada. En el ámbito civil y mercantil se aprueba la Ley general sobre los principios de Derecho civil (1981) y después algunas leyes específicas: sobre sociedades en 1982 (más de una vez modificada); sobre patentes (en 1982, actualizada poco después); sobre sucesiones (en 1985, modificada posteriormente); sobre el comercio con el exterior (1994); sobre derechos de autor (en 1990). En el ámbito penal se adoptan el Código penal y de enjuiciamiento criminal con dos intervenciones legislativas que reproducen, con modificaciones, las leyes precedentes de 1979. En el ámbito administrativo en 1989 se aprueba una ley sobre el procedimiento administrativo, en 1996 una ley sobre las sanciones administrativas, que se someten así al principio de legalidad, y en 1994 una ley sobre la responsabilidad por daños producidos por el Estado.

¹⁰³ D. PAPPANO, *L'emersione di un diritto amministrativo in Cina*, en *Dir. amm.*, n. 3, 2010, p. 212.

¹⁰⁴ M. SABATTINI, P. SANTANGELO, *Storia della Cina*, Bari 1986.

La evolución del sistema chino y la recuperación del Derecho se han acelerado tras la adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC), completada en 2001, que implica la adopción de principios de uniformidad administrativa, transparencia de los procesos de toma de decisiones, igualdad de trato y control jurisdiccional de los actos de la Administración pública. Estos principios, introducidos en las materias de competencia de la OMC, por su amplio alcance inevitablemente han tenido una aplicación de carácter general (R. Cavalieri¹⁰⁵).

La producción legislativa y la evolución del Ordenamiento jurídico se han desarrollado en un escenario de debate doctrinal sobre el papel de la ley y sobre los principios propios del Estado de Derecho (Li Buyin¹⁰⁶), culminado en 1999 con la introducción en la Constitución (art. 5.2) del principio del “País gobernado por la ley” (*fǎzhì guójiā*), traducido al inglés con la expresión *rule of law*, Estado de Derecho (G. Ajani¹⁰⁷).

Desde finales de los años noventa hasta hoy se han producido ulteriores intervenciones legislativas en materia de contratos (1999), de fuentes del Derecho (2000), de autorizaciones administrativas (2003), de derechos reales (2007), de mediación y arbitraje (2007), en materia de Derecho del Trabajo (2008) y en materia de responsabilidad civil (2009).

Los juristas chinos son conscientes de que la afirmación del “principio del País gobernado por la ley” no es un punto de llegada, sino que representa el punto de partida de una nueva fase del Ordenamiento jurídico en el que la ley no es simplemente un instrumento de gobierno, sino que más bien representa un límite a la acción de gobierno.

Ello ha determinado la entrada en el ámbito de la Ciencia del Derecho administrativo de la cuestión del control del poder y de la tutela del administrado (Luo Haocai¹⁰⁸).

En China el Derecho administrativo, entendido como Derecho de la juridificación del poder, es todavía una disciplina joven y de reciente

¹⁰⁵ R. CAVALIERI, *L'adesione della Cina alla WTO. Implicazioni giuridiche*, Lecce 2003.

¹⁰⁶ LI BUYUN, *Constitutionalism and China*, Beijing 2006.

¹⁰⁷ G. AJANI, FA ZHI, *Rule of law, stato di diritto*, en G. AJANI, J. LUTHER, *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli 2009.

¹⁰⁸ LUO HAOCAL, *A teory of balance of contemporary administrative law*, Beijing 1997.

elaboración teórica. De hecho, es de los inicios de los años ochenta el primer texto de Derecho administrativo general (Wang Mincan, Zhang Shangshuo¹⁰⁹). Sólo desde 1986 la materia de Derecho administrativo se ha introducido como obligatoria en los estudios jurídicos universitarios. La producción científica es intensa; sin embargo, los libros que intentan una sistematización de carácter general son todavía pocos (Zhu Weijiu, Wang Chengdong¹¹⁰). La mayor parte de las veces nos encontramos con textos de carácter informativo u orientados a la didáctica, o bien con investigaciones avanzadas sobre temas específicos.

En el plano doctrinal, mientras han sido acogidos y reelaborados los principios civilistas sobre la base de las categorías conceptuales del Derecho romano (S. Schipani¹¹¹), la producción científica se ha centrado prevalentemente en los aspectos procesales (Zhu Yikun¹¹²) y de la actividad administrativa, mientras el tema de la organización empieza ahora a despertar interés sobre cuestiones significativas como las de la articulación de la esfera pública, y de la relación Estado-sociedad (Liu Xin¹¹³, Li Shuzhong¹¹⁴, Wang Jianquin¹¹⁵, R. Cavalieri, I. Franceschini¹¹⁶). Sin embargo, el horizonte teórico en el que se mueven los juristas chinos indica que el Derecho administrativo está destinado a desarrollar un papel de gran relevancia y que el proceso de juridificación del poder puede eclosionar en un periodo más breve del que ha sido necesario en los países occidentales.

Actualmente existen formas de tutela frente a los actos lesivos adoptados por una Administración pública.

¹⁰⁹ WANG MICAN, ZHANG SHANGSHUO, *Xingshengfa Gaoyào*, Beijing 1983.

¹¹⁰ ZHU WEIJIU, WANG CHENG DONG, XINGZHENGFA ZANLUN, *Teoria fondamentale del diritto amministrativo*, Beijing 2005.

¹¹¹ S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina, Diritto cinese e sistema giuridico romanistica*, L. Formichella, G. Terracina, E. Toti, Torino 2005.

¹¹² ZHU YIKUN, *China's procedural law*, Beijing 2004.

¹¹³ LIU XIN, *Le organizzazioni non governative in Cina*, en fase de publicación en Roma y en América (ponencia desarrollada en ocasión de la conferencia sobre "Le fonti dell'organizzazione amministrativa" con fecha de 2 de diciembre 2009 en la Università degli Studi Roma Tre).

¹¹⁴ LI SHUZHONG, *La relazione tra i comitati dei villaggi e i governi locali in Cina*, *ivi*.

¹¹⁵ WANG JANQUIN, *Explanation on the Theory of NGO*, Beijing 2004.

¹¹⁶ R. CAVALIERI, I. FRANCESCHINI, *Germogli di società civile in Cina*, Milano 2010.

La opción adoptada para el control jurisdiccional de los actos de la Administración pública ha sido la de secciones específicas de los “Tribunales populares”, la magistratura ordinaria. Existen además tres jueces especiales, regulados por leyes específicas: los Tribunales militares, marítimos y ferroviarios (Zhang Baifeng¹¹⁷). Sin embargo, en el Ordenamiento chino no existe el principio de separación de poderes, y los jueces son de nombramiento político, lo cual afecta inevitablemente a la fisonomía del sistema judicial.

En la cúspide del sistema “judicial” está el Tribunal Supremo del Pueblo. Luego hay tres niveles por debajo: 1) los Tribunales superiores; 2) los Tribunales intermedios; 3) los Tribunales primarios o básicos. Los tres niveles se corresponden con la articulación territorial de la Administración a nivel local. Los Tribunales populares superiores existen en las capitales de las provincias y de las regiones autónomas, y en las municipalidades dependientes directamente del Gobierno central (art. 26 de la Ley orgánica del sistema judicial de 1983). Los Tribunales populares de nivel intermedio, en cambio, se encuentran en el segundo nivel de articulación y, por tanto, en las prefecturas de una provincia o de una región autónoma (prefecturas autónomas), o de una municipalidad dependiente directamente del Gobierno central, y en las municipalidades directamente bajo el control de la provincia o de una región autónoma (art. 23). Los Tribunales populares básicos o primarios se encuentran en el tercer nivel de articulación (comarca, art. 18) y pueden instituir, sobre la base de las exigencias de la localidad, de la población o de la cuantía de los recursos, secciones separadas que son parte de los Tribunales populares y que, eventualmente, se distribuyen en los niveles territoriales menores (art. 20). La ley prevé que “en la administración de la Justicia los Tribunales populares adoptan el sistema según el cual el segundo grado es el último grado” (art. 12), por lo que, aunque existan tres niveles de Tribunales populares (o cuatro, si se toma en consideración también el Tribunal Supremo), se admite sólo la apelación al Tribunal superior a aquel competente según la ley. Cada Tribunal, por tanto, según la materia y el respectivo ámbito territorial, puede operar en primer grado para

¹¹⁷ ZHANG BAIFENG, *Current judicial system in China*, Tianjin 2005.

las controversias sobre las que tiene competencia, o en grado de apelación respecto de los Tribunales inmediatamente inferiores.

La Ley del proceso administrativo (1989) regula el recurso a los Tribunales populares para la anulación de un acto administrativo ilegal lesivo de un interés protegido del administrado, pero enuncia un elenco de actos impugnables, sobre cuyo carácter taxativo hay un fuerte debate doctrinal. Se admite, como alternativa al recurso ante los Tribunales populares, el recurso en vía administrativa ante el mismo órgano que ha adoptado el acto o su superior jerárquico.

La reclamación por responsabilidad por daño producido por el Estado (Ley de 1994) se reconoce en caso de errores judiciales (por daño a la persona) y en caso de lesiones a la propiedad y al ejercicio de una actividad mercantil.

La ordenación de las fuentes que regulan las relaciones entre los órganos administrativos superiores y periféricos ha sido establecida por la Ley sobre la legislación adoptada por la IX Asamblea Nacional del Pueblo el 15 de marzo de 2000. Las leyes dictadas por la Asamblea Nacional del Pueblo son superiores jerárquicamente a las que son aprobadas por el Comité Permanente de la Asamblea (F. R. Antonelli¹¹⁸). Subordinados a la ley están los reglamentos del Consejo de Estado, órgano superior de la Administración central, los reglamentos de los ministerios y todas las fuentes normativas de nivel local (A. Rinella¹¹⁹),

A lado de la Administración central, a nivel local existen, de hecho, cuatro niveles de articulación territorial: 1) las provincias (shēng), a las que se equiparan las regiones autónomas y las municipalidades dependientes directamente del gobierno central; 2) las prefecturas, (dìqū). A cuyo nivel está equiparado el de las ciudades, que se articulan en distritos; en las regiones autónomas existen las prefecturas autónomas; 3) las comarcas (xiàn), a las que se equiparan las ciudades que no se articulan

¹¹⁸ F. R. ANTONELLI, *La legge sulla legislazione ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, en *Mondo Cinese*, n. 119, 2004.

¹¹⁹ A. RINELLA, *Cina*, Bologna 2006; *L'attività legislativa in Cina. L'obliquità dell'ordinamento costituzionale cinese tra rule of law e pragmatismo*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 199.

en distritos; 4) las comarcas se articulan en niveles territoriales menores con diversas denominaciones según si se trata de centros urbanos (zhèn) o rurales (xiāng). En este último nivel, al lado de los gobiernos del pueblo, que son órganos del poder estatal, se encuentran, según se trate de áreas rurales o áreas urbanas, los comités de residentes (o de barrio) y los comités de campesinos (o de aldea). Se trata de organizaciones de autogobierno que, nacidas espontáneamente de la sociedad, han sido luego reconocidas normativamente y ahora están contempladas en la Constitución (M. Mazza¹²⁰). Éstas plantean cuestiones muy delicadas para los juristas chinos, porque se está ante, sobre todo en las áreas rurales, una primera experiencia de “autonomía administrativa” y el reciente desarrollo económico en China contribuye a complicar la relación entre los gobiernos locales y los comités (Li Shuzhong).

Las fuentes de nivel local están subordinadas al nivel territorial local inmediatamente superior y a los reglamentos adoptados a nivel central. Además, los reglamentos de las provincias y las ulteriores normativas de los gobiernos locales están sujetos al registro ante el Consejo de Estado o ante el Comité Permanente de la Asamblea Nacional del Pueblo. El resultado es, también en el plano de las fuentes de producción del Derecho, un sistema centralizado. En la Ley sobre la legislación, además, ha sido introducida la institución de la reserva de ley, antes desconocida por el Ordenamiento chino (art. 8).

3. La evolución del Derecho administrativo

3.1. Las tres fases del Derecho administrativo y de su elaboración científica

Todo proceso evolutivo se desarrolla en etapas que es posible identificar sólo *a posteriori* y con un cierto grado de aproximación.

En todo caso, se puede convenir que en todos los países de Derecho administrativo, con modalidades parcialmente distintas, cabe identificar tres fases en la evolución de este régimen jurídico y de la elaboración científica que lo ha acompañado.

¹²⁰ M. MAZZA, *Decentramento e governo locale nella Repubblica Popolare Cinese*, Milano 2009.

3.1.1. La inicial juridificación

La juridificación del poder público se produjo a lo largo del siglo XIX, a través de la afirmación de algunos principios que representaron una revolución con respecto a las estructuras y a las concepciones precedentes.

Los principios innovadores fueron los de: *a)* legitimidad, *b)* articulación del poder público, *c)* tutela jurisdiccional del ciudadano frente a los actos ilegales. Los aspectos esenciales del sistema que de aquí derivan reflejan la inicial y gradual juridificación.

– El poder del soberano ajeno al Derecho ha sido progresivamente sometido al principio de legalidad, utilizando también, como se ha visto, la teoría de la personalidad jurídica del Estado. Esto ha permitido considerar sometidos al Derecho a los titulares de los órganos del Estado. El mismo “soberano” se ha convertido así en parte del Estado, una parte de un conjunto más amplio.

– El poder sigue siendo unitario pero sólo en la referencia que se hace del mismo al Estado, y se vuelve articulado en su propio interior. La teoría de la tripartición de los poderes en legislativo, ejecutivo y judicial (Montesquieu¹²¹) ha determinado la ruptura del carácter unitario del poder: el Parlamento tiene el poder legislativo, pero no el de aplicación de las normas; el Gobierno da ejecución, a través de la Administración pública, a las leyes aprobadas por el Parlamento; los jueces, en posición de independencia respecto del Gobierno, aplican las leyes a los casos concretos.

– La “resolución”, el acto de la Administración pública, tiene carácter autoritativo y, por tanto, se impone a sus destinatarios sin o contra su voluntad. Mantiene su eficacia aunque sea inválido; por lo tanto no es nunca nulo, sino sólo anulable, porque no se puede impedir o retardar el ejercicio de la función administrativa. El acto expresión del ejercicio del poder público ha heredado, por tanto, los caracteres del *actum principis*, pero está sometido al principio de legalidad.

– La protección de los derechos frente a las Administraciones públicas se encomienda teóricamente al juez ordinario. En Italia la Ley

¹²¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Génève 1748.

2248/1865, anexo E, abolió el sistema del contencioso-administrativo, que anteriormente admitía el recurso de los administrados contra los actos administrativos ante órganos de la propia Administración pública, y estableció que «se devuelven a la jurisdicción ordinaria todas las causas por infracciones administrativas y todas las materias en las cuales se haga cuestión de un derecho civil o político» (art. 2). Pero, en atención al principio de división de poderes, que impedía a cada poder invadir la esfera de los demás, se estableció que «los tribunales se limitarán a conocer los efectos del acto mismo en relación con el objeto deducido en juicio. El acto administrativo no podrá ser revocado o modificado sino después de recurso a las autoridades administrativas competentes, las cuales se conformarán a la sentencia de los tribunales por lo que respecta al caso concreto» (art. 4).

Sin embargo, tan fuerte era la idea de que el poder administrativo prevalecía sobre los derechos de los particulares que los jueces eludieron la aplicación de la norma aduciendo un pretexto: el derecho subjetivo afectado por una resolución administrativa, aunque sea ilegal, deja de existir, haciendo decaer también la competencia de los jueces.

Por tanto, tuvo que adoptarse, después de varias décadas, siguiendo el ejemplo francés, la solución de instituir un juez especial, la IV sección del Consejo de Estado (Ley 5982/1889), a la cual siguieron después la V y la VI, atribuyéndoseles la competencia de decidir los recursos por incompetencia, exceso de poder y violación de ley contra los actos administrativos lesivos de “intereses legítimos”; recursos que se deben presentar en plazos breves (60 días) so pena de caducidad. La dudosa naturaleza (jurisdiccional o administrativa) de este órgano y la dificultad de identificar, dentro de las situaciones subjetivas tuteladas, cuáles han de calificarse como derechos subjetivos (con la consecuente competencia del juez ordinario) y cuáles, en cambio, como intereses legítimos (de competencia del juez administrativo) absorbió una parte notable de las reflexiones de la doctrina. El problema se resolvió, después de la determinación del carácter jurisdiccional de las funciones del Consejo de Estado (Ley 62/1907), a través del ejercicio por parte de las secciones unidas del Tribunal de Casación de la competencia para dirimir los conflictos de atribuciones.

Aunque con distintas etapas y soluciones organizativas, la evolución ha sido análoga en todos los países europeos. La variable principal es la configuración del juez administrativo como juez especial, separado del juez “ordinario” (así en Francia, Alemania e Italia), o bien la atribución de la competencia para juzgar los actos de las Administraciones públicas a una sección especializada del juez ordinario (así en Inglaterra y en España, donde existen y están regulados los conflictos de jurisdicción, además de los de competencia; título III, Ley orgánica 6/1985). También la problemática de los intereses legítimos, que algunos consideran exclusiva del sistema italiano, no es en realidad muy distinta de la de los “derechos subjetivos públicos” elaborada por la doctrina alemana.

- Al carácter especial del juez se acompañó una elaboración doctrinal que al definir el interés legítimo partió del presupuesto de que la norma no estuviese dirigida a tutelar la situación subjetiva del administrado, sino a impedir la ilegalidad de la actuación administrativa, derivando de ella sólo *a posteriori* la tutela del particular: el interés legítimo se configura como “interés protegido ocasionalmente” (una especie de interés de protección eventual o mera situación procesal). En efecto, no había madurado del todo la idea de que el administrado pudiese oponerse al poder público: podía sólo plantear ante el juez la cuestión del uso legítimo del poder y, en los límites en que hubiese sido comprobada la ilegalidad del acto, obtener indirectamente tutela.

- El control de la legalidad del acto tiene naturaleza formal, está dirigido a verificar la conformidad al esquema establecido por la ley, no pudiendo el juez sustituir a la Administración en la valoración de la oportunidad de la resolución. La discrecionalidad de la Administración es un ámbito reservado a ella, no controlable por el juez.

- Los contratos de la Administración pública se rigen por normas que sustituyen, de forma significativa, las del Código civil. En diversos países de Derecho administrativo (p. ej. Alemania) ha sido elaborada la noción de “contrato de Derecho público”.

- Los pocos servicios públicos están organizados según el modelo de las funciones públicas de autoridad; la estructura organizativa de la educación es la ministerial, las escuelas son órganos periféricos del ministerio, los maestros son funcionarios públicos y adoptan resoluciones

administrativas. Más en general, la prestación de un servicio público se califica como prestación administrativa, la admisión al servicio es una resolución, la tarifa que paga el usuario es una tasa.

– La organización administrativa se basa en los “ministerios”, departamentos organizados de acuerdo con el modelo militar, según un “principio jerárquico”, al frente de los cuales se coloca el ministro, que no sólo asume la responsabilidad política del mismo, sino también el mando de la gestión.

Debe tenerse presente, por lo demás, que el Estado “liberal”, tal como se define en el Estado decimonónico, tenía funciones muy limitadas respecto de las que ha asumido con posterioridad y que correspondían a las necesidades de una sociedad basada en la economía agraria y en el comercio.

La tendencia predominante en la doctrina ha reflejado y racionalizado sus caracteres construyendo un Derecho administrativo enteramente de Derecho público, centrado en el perfil subjetivo, es decir, en la naturaleza pública de los sujetos a la cual corresponde una posición distinta y preeminente con respecto a la de los administrados.

Los primeros textos de Derecho administrativo se remontan a principios del siglo XIX: en Italia Gian Domenico Romagnosi¹²² (1814); en Francia L. A. Macarel¹²³ (1818). En Alemania la Escuela alemana del Derecho público (G. Gerber¹²⁴, P. Laband¹²⁵, O. Mayer¹²⁶) funda las categorías dogmáticas del Derecho administrativo en la segunda mitad del siglo XIX. En España hay obras de diversos autores: Posada Herrera¹²⁷ (1843), M. Colmeiro¹²⁸ (1850). En Italia, después de apreciables trabajos de autores que son definidos como preorlandianos, la orientación de la Escuela alemana fue recibida y profundizada por V. E. Orlando¹²⁹, O.

¹²² G. D. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1814.

¹²³ L. A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, 1818.

¹²⁴ G. GERBER, vid. la nota n. 28.

¹²⁵ P. LABAND, vid. la nota n. 29.

¹²⁶ O. MAYER, vid. la nota n. 30.

¹²⁷ J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, Madrid 1842.

¹²⁸ M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, Madrid y Santiago 1850.

¹²⁹ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1890.

Ranelletti¹³⁰ y otros autores (sobre mismos véase S. Cassese¹³¹, A. Sandulli¹³²). La escuela de Orlando ha dado origen en Italia también a los más apreciables estudios inspirados en un enfoque pluralista (Santi Romano¹³³), pero ha prevalecido en los estudios y en los textos destinados a la enseñanza la tendencia estatalista (G. Zanobini¹³⁴). La escuela francesa ha centrado sus elaboraciones en el concepto de servicio público (M. Hauriou¹³⁵, L. Duguit¹³⁶), pero no ha derivado de aquí una concepción menos autoritaria de la actividad de la Administración pública. El efecto ha sido, más bien, el de extender a las actividades de servicio las connotaciones propias del ejercicio de las funciones de autoridad.

3.1.2. *Expansión y consolidación de los derechos y de su tutela*

La segunda fase de la juridificación del poder administrativo ha tenido origen en los efectos sociales y políticos consecuentes a la revolución industrial, que ha determinado la formación de una nueva clase social cuyas necesidades, sobre todo después de la afirmación del sufragio universal, han sido asumidas por la esfera pública con la consolidación de los derechos y de su tutela. Las Constituciones democráticas que le han seguido han ampliado los derechos de los ciudadanos y los correspondientes deberes de las Administraciones públicas.

En el llamado “Estado social” que ha derivado de ello se desarrollan las actividades de servicio público que son llevadas a cabo por lo general por entes y organismos que son públicos pero están separados del Estado. La esfera pública se articula, por tanto, en su interior no sólo en los órganos superiores sino en toda su estructura organizativa. También la autonomía de los entes territoriales se ha ampliado progresivamente hasta conferir a algunos Estados el carácter federal.

¹³⁰ O. RANELLETTI, *Il concetto di “pubblico” nel diritto*, en Riv. it. sc. giur., 1905, p. 346.

¹³¹ S. CASSESE, vid. la nota 13.

¹³² A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009.

¹³³ SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1901.

¹³⁴ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1936.

¹³⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris 1892.

¹³⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1911.

La prestación del servicio adquiere progresivamente naturaleza contractual y puede ser efectuada también por sujetos privados, asociativos o individuales, dejando al poder público la función de verificar la consecución de los fines sociales. Se formula por lo tanto la concepción objetiva del servicio público, que conecta la noción no al sujeto que desarrolla la actividad sino a las finalidades de este último (U. Pototschnig¹³⁷).

La utilización del Derecho privado por parte de sujetos públicos ha encontrado un ulterior impulso en la intervención del Estado en la economía, a raíz de la crisis económica de 1929, que se ha desarrollado por medio de específicos entes públicos económicos que gestionan actividades empresariales directamente o mediante la creación de específicas sociedades anónimas.

La actividad contractual de la Administración pública adquiere, sobre todo en Italia, carácter netamente jurídico-privado con reducción de los perfiles jurídico-públicos residuales que interfieren sobre todo en la selección de los contratistas, para garantizar la competencia entre éstos.

La juridificación del poder administrativo supera la primera fase de la mera sujeción a la ley y adquiere los caracteres que, como se ha visto, caracterizan su juridificación, de obligatoriedad y funcionalización (F. Benvenuti¹³⁸). También la organización administrativa se juridifica y es objeto de estudio por parte de la doctrina (E. Fortshoff¹³⁹, M. Nigro¹⁴⁰, R. Chapus¹⁴¹).

El poder discrecional se hace consistir en la ponderación de los intereses implicados en la actuación de la Administración (M. S. Giannini¹⁴²) y debe ser ejercitado a través de una serie de actos que hay que realizar para adoptar la decisión. Se pasa así de la atención por el acto resolutorio y de su valoración sólo formal a la relevancia del conjunto de la actividad administrativa: el procedimiento administrativo es el modo

¹³⁷ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964.

¹³⁸ F. BENVENUTI, *Funzioni amministrative, procedimento, processo*, en Riv. trim. dir. pubbl., 1952, p. 358; *Appunti di diritto amministrativo*, Padova 1987.

¹³⁹ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, VIII ed., Munchen 1961.

¹⁴⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano 1966.

¹⁴¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris 1985.

¹⁴² M. S. GIANNINI, vid. la nota n. 6.

normal de ejercicio del poder público (A. M. Sandulli¹⁴³, F. Benvenuti) y en diversos países se aprueban leyes generales sobre el procedimiento administrativo que introducen o refuerzan las instituciones de transparencia y de participación en la actividad administrativa por parte de los interesados (acceso, responsable del procedimiento, comunicación de iniciación del procedimiento).

La resolución debe estar motivada y el juez controla no sólo la existencia de la motivación, sino también su corrección y pertinencia. El control por el juez administrativo del exceso de poder extiende el control de legalidad hasta hacerlo muy incisivo sobre la base de parámetros de valoración del ejercicio del poder (como la igualdad de trato, la injusticia manifiesta) más parecidos a los de equidad que a los de formal observancia de la ley.

La circunstancia de que la resolución administrativa mantenga su eficacia aunque sea inválida y se convierta en inimpugnable después del breve plazo de caducidad, ha llevado a la Corte de Casación y a la doctrina a introducir, al lado de los vicios de legalidad del acto, la figura de la “falta de poder” que determina la inexistencia (o, para otros, la nulidad) del acto: sustancialmente, frente a las formas más graves de ilegalidad como la falta absoluta de poder, la situación del administrado es de derecho subjetivo y no de interés legítimo, con jurisdicción del juez ordinario y los correspondientes plazos preclusivos más largos.

La propia noción de interés legítimo adquiere en la doctrina el carácter de una situación jurídica sustancial, de la misma naturaleza que el derecho subjetivo, un ámbito jurídico del administrado que el Ordenamiento jurídico pretende tutelar como tal (M. Nigro¹⁴⁴, M. S. Giannini).

Se ha consolidado ya que el interés legítimo es una situación jurídica subjetiva sustancial, tutelada por el Ordenamiento, que se distingue del derecho subjetivo porque le corresponde no una obligación o un deber, sino el ejercicio de un poder.

A finales de los años ochenta, el esquema conceptual de la juridificación del poder público ha llegado a su madurez y una serie de leyes

¹⁴³ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Torino 1967.

¹⁴⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1973.

(entre las cuales destacan dos dictadas en 1990, la 142 sobre los entes locales, y la 241 sobre el procedimiento administrativo) ha consolidado las conquistas doctrinales y jurisprudenciales.

3.1.3. Ulterior reforzamiento de la tutela, desarticulación del poder y enfatización del Derecho privado

En el periodo posterior, en el cual se puede identificar la tercera fase del Derecho administrativo, se ha registrado, por un lado 1) un ulterior reforzamiento de la juridificación del poder y de la tutela contra las arbitrariedades y los desajustes de las Administraciones públicas, y por otro 2) se ha producido el fenómeno de la desarticulación del poder administrativo, de marcado descontento hacia sus manifestaciones y de preferencia por el uso de instrumentos jurídico-privados en la actividad de las Administraciones públicas y en la relación con sus destinatarios.

3.1.3.1. La responsabilidad civil de la Administración y la influencia del Derecho europeo

La ampliación de la tutela ha consistido en algunas intervenciones legislativas puntuales que han reforzado la tutela procedimental y procesal (con el Código del proceso administrativo de 2010) y en la introducción, inicialmente realizada por la jurisprudencia, de la responsabilidad civil de la Administración pública por daños injustamente provocados en el ejercicio de un poder; además, en una serie de instituciones conectadas con la consolidación de la Unión Europea y de su estructura administrativa y jurisdiccional.

Gran parte de los ámbitos del Derecho administrativo están ahora regulados por fuentes de la Unión Europea, que han superado la fase de la mera realización del “mercado común” y se marcan objetivos de modernización de las instituciones, de tutela del medio ambiente y de armonización del desarrollo económico y social en el entero “espacio comunitario”. El proceso de armonización está destinado a acelerarse con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) que, aun manteniendo a la Unión Europea con el carácter de una unión de Estados, aumenta el ámbito de sus objetivos y los poderes de los órganos comunitarios (F.

Bassanini e G. Tiberi¹⁴⁵, R Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto¹⁴⁶). Los “tratados” de Derecho administrativo europeo ahora ya son comparables a los de Derecho interno y son en buena medida iguales las instituciones que se recogen en ellos (M. P. Chiti, G. Greco¹⁴⁷). Subsisten, sin embargo, relevantes diferencias en los Ordenamientos de los Estados y es, por lo tanto, exacta la observación de que existe un Derecho administrativo europeo, pero todavía no un Derecho administrativo común a todos los Estados europeos (M. Almeida Cerredá¹⁴⁸; sobre el tema, véase P. M. Huber¹⁴⁹), así como, por lo demás, existe un Derecho privado europeo, pero no hay un “Derecho común europeo como Derecho vigente en los Estados de la Unión” (C. Castronovo, S. Mazzamuto¹⁵⁰).

Las instituciones y las categorías dogmáticas del Derecho administrativo no se modifican de manera significativa por la llegada de las instituciones europeas, las cuales, por el contrario, utilizan los instrumentales organizativos y procedimentales extraídos de los Ordenamientos de los Estados miembros, pero la exigencia de mayor integración entre los distintos sistemas económicos y sociales provoca también la formación de nuevas categorías o la generalización de las formadas en algunos de los Ordenamientos estatales (G. Falcon¹⁵¹). En algunos ámbitos se produce una más acentuada objetivación del Derecho administrativo y, por lo tanto, su concentración en las funciones que se deben cumplir más que en la naturaleza pública de la Administración, porque para la persecución de los objetivos comunitarios es indiferente el régimen jurídico-público o jurídico-privado en vigor en los Estados. Así, los organismos

¹⁴⁵ F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), en AA.VV., *Le nuove istituzioni europee*, Bologna 2008.

¹⁴⁶ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2002

¹⁴⁷ M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano 2007.

¹⁴⁸ M. ALMEIDA CERREDA, *La construcción del Derecho Administrativo Europeo*, en *Scientia Iuridica*, vol. 314, 2008.

¹⁴⁹ P. M. HUBER, *Le istituzioni nazionali nell'architettura europea: Il caso della Germania*, en AA. VV., *Questioni costituzionali del Governo europeo*, Maitlad 2003.

¹⁵⁰ C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III ed., Milano 2007.

¹⁵¹ G. FALCON, en AA.VV., *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova 2005.

obligados a seleccionar a los contratistas a través de procedimientos de licitación pueden ser públicos o tener forma jurídico-privada si a ésta corresponde una sustancia de carácter público derivada de su particular relación con el poder público. Así, además, la propiedad pública o privada de las empresas no puede determinar regímenes distintos que no estén estrechamente conectados a las funciones que deben cumplir.

El reforzamiento de la tutela se ha producido sobre todo en las relaciones con las Administraciones públicas que tienen que ver con la libre circulación de las personas y de las mercancías, con la igualdad de trato de los potenciales contratistas de la Administración y con la responsabilidad por los daños provocados en los casos de violación de este principio. Se han removido así una serie de obstáculos inadecuados a la actividad de los administrados (G. Corso¹⁵²).

3.1.3.2. Evolución tecnológica, multiplicación de los derechos, privatización, “huida” del Derecho administrativo.

En cuanto al fenómeno de la desarticulación del poder administrativo y de la prevalencia de las tendencias favorables al Derecho privado, las razones subyacentes hay que buscarlas en la evolución tecnológica derivada sobre todo del desarrollo de la electrónica y de la informática, pero más en general de la aceleración de las relaciones que han puesto en cuestión los ámbitos espaciales definidos, empezando por los Estados, y, por tanto, el contexto institucional en el cual se fundaba el Derecho administrativo.

Las dimensiones del mercado exceden de una delimitación territorial y, por tanto, de la posibilidad de control de los entes territoriales, que sufren una erosión de competencias, o por lo menos de la capacidad de ejercerlas efectivamente. La erosión es hacia arriba (organismos supranacionales) y hacia abajo, es decir, hacia dimensiones menores, capaces de expresar y conservar las más tranquilizadoras especificidades locales.

Puesto que la esfera pública es de por sí impermeable al mercado, la ampliación del mismo conlleva su reducción, que se consigue a través de políticas de privatización.

¹⁵² G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Torino 2008.

Han sido objeto de privatización en casi todos los países las empresas públicas de gestión de actividades productivas y los organismos de gestión de servicios públicos, la mayor parte de las veces transformados en sociedades anónimas. La “privatización formal” no siempre está acompañada de la efectiva, entendida como la transferencia de la propiedad a sujetos privados (“privatización sustancial”), lo que ha inducido a parte de la doctrina (G. Rossi¹⁵³) y de la jurisprudencia, empezando por el Tribunal Constitucional italiano (sentencia 466/1993), a calificar como públicas las sociedades anónimas que habían sufrido sólo una transformación organizativa de entes públicos en sociedades anónimas, manteniendo los demás elementos jurídico-públicos.

Sin embargo, raramente se ha privatizado el ejercicio de funciones públicas. Es más, a la disminución del ámbito público se ha correspondido paradójicamente un aumento de organismos políticos y órganos administrativos. Esto es debido a diversas circunstancias:

a) a la disminución de las actividades de gestión se ha correspondido un aumento de las funciones de regulación mediante la creación de los organismos correspondientes (autoridades administrativas independientes);

b) la transferencia de las funciones a los entes locales se ha efectuado la mayor parte de las veces con superposición de competencias, sin la atribución de cada una de éstas a un solo ente territorial, y con un aumento de los organismos de representación política;

c) se ha verificado una multiplicación de los intereses cuya satisfacción se considera necesaria, empezando por la doctrina y por la jurisprudencia, capaces de configurar auténticos derechos. Por tanto, ha aumentado la dimensión cuantitativa de los organismos dirigidos a satisfacerlos y también el gasto de los poderes públicos, provocando una situación estructural de déficit de los presupuestos públicos.

A la “multiplicación de los derechos” han contribuido de manera decisiva la doctrina constitucionalista y los estudios de teoría general que han extraído consecuencias vinculantes de las previsiones constitucionales en las cuales los derechos están ampliamente enunciados.

¹⁵³ G. Rossi, *Enti pubblici*, Bologna 1991.

También en las fuentes normativas menores, como los estatutos regionales e incluso los municipales y provinciales, se encuentran declaraciones frecuentemente retóricas.

A la orientación predominante de la doctrina que subraya que los derechos son también factores de desarrollo (M. U. Hesserlink¹⁵⁴), se han contrapuesto otras teorías de inspiración neoliberal (H. Bull¹⁵⁵).

Otros autores, aun compartiendo el valor ético de la afirmación de los derechos, han observado que los derechos se satisfacen sólo por medio de organizaciones y recursos adecuados, y a veces entran en conflicto con otros derechos; por tanto, no se pueden multiplicar hasta el infinito, so pena de que se acabe empobreciendo la propia noción de derecho (N. Bobbio¹⁵⁶, S. Holmes e G. R. Sustain¹⁵⁷, G. Sartori¹⁵⁸).

También los llamados “derechos fundamentales”, con justicia considerados como un pilar de la civilización contemporánea, se han multiplicado progresivamente, con el riesgo de privar a la noción de un significado específico (L. Ferrajoli¹⁵⁹, A. Cassese¹⁶⁰, A. Sen¹⁶¹).

En la doctrina administrativa son raros los trabajos científicos dirigidos a demostrar que determinados intereses, aun abstractamente merecedores de tutela, no constituyen, en un Ordenamiento jurídico concreto, un derecho subjetivo (vid. T. R. Fernández Rodríguez¹⁶²).

La difusión del mercado y la afirmación progresiva de los derechos han provocado en la doctrina administrativa una orientación decididamente favorable al mercado y a las privatizaciones y, por tanto, a una restricción del poder público, por lo menos en las actividades de gestión

¹⁵⁴ M. U. HESSERLINK, *La nuova cultura giuridica europea*, editado por G. Resta, trad. it., Napoli 2005.

¹⁵⁵ H. BULL, *The Anarchical Society*, London 1997.

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

¹⁵⁷ J. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna 2000.

¹⁵⁸ G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993.

¹⁵⁹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari 2001.

¹⁶⁰ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari 2009.

¹⁶¹ A. SEN, *Risorse, valori, sviluppo*, trad. it., Torino 1984.

¹⁶² T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Demasiados derechos en Derechos fundamentales y otros estudios, Homenaje a L. Martín-Retortillo*, Zaragoza, 2008, I, p. 131.

(G. Corso), pero también al uso de instrumentos jurídico-privados en el ejercicio de las funciones administrativas.

Se ha verificado una “huida del Derecho administrativo” o, por lo menos, de los elementos jurídico-públicos que lo han caracterizado, sobre la cual se ha abierto un amplio debate en todos los países (C. Marzuoli¹⁶³, E. Schmidt Assmann¹⁶⁴, S.M. Retorillo Baquer¹⁶⁵, J. Bermejo Vera¹⁶⁶, J. Barnes¹⁶⁷).

El proceso de objetivación del Derecho administrativo, que prescinde de la relevancia del carácter público de los sujetos que forman la Administración pública, ha llevado a muchos autores a negar toda relevancia al elemento subjetivo, es decir, a sostener que la naturaleza pública del sujeto no conlleva ninguna consecuencia jurídica. Está muy difundida la tendencia a rechazar la necesidad de una jurisdicción específica para los actos de autoridad de la Administración pública, el propio carácter autoritativo de los actos administrativos y hasta la necesidad del Derecho público.

3.2. Las raíces de la crisis. El problema de la adecuación

El contexto en el cual se ha originado la crisis del Estado y de la autoridad no se relaciona solamente con el desarrollo del mercado global, sino que tiene raíces anteriores y más profundas que han concitado las reflexiones de la Ciencia politológica.

La caída de la racionalidad, el difundido subjetivismo, la pérdida de las seguridades que estaban ligadas al carácter más estático de las sociedades, han provocado en todas las ciencias y las artes un fenómeno de fragmentación. En filosofía y en arquitectura se ha afirmado el deconstructivismo, en música la dodecafonía, en pintura la abstracción, en física la cuántica. La sociología, en particular con el estructuralismo,

¹⁶³ C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, en *Dir. pubbl.*, 1995, p. 392.

¹⁶⁴ E. SCHMIDT ASSMANN, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, en *Arc. Adm. Publ.*, 1996, p. 140.

¹⁶⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre la “huida del derecho administrativo”*, en *Revista de Administración Pública*, 1996, p. 140.

¹⁶⁶ J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el Ordenamiento plural*, Zaragoza 2005.

¹⁶⁷ J. BARNÉS, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla 2006.

se ha esforzado en identificar los criterios de simplificación de sistemas complejos. También la matemática ha abandonado el método deductivo y ha adoptado un enfoque probabilístico o ha buscado, a través de la teoría de conjuntos, modelos racionales para organizar la diversidad y las relaciones complejas; a través de la topología, la geometría estudia las transformaciones continuas.

La Ciencia jurídica no se sustrae a la constatación de la fragmentación en curso. En todas sus disciplinas están en crisis los llamados “megaconceptos” como el de “contrato” o de “persona jurídica”, o la distinción neta entre Derecho privado y Derecho público, porque la articulación de las categorías erosiona las nociones jurídicas típicas.

Se ha planteado, por ejemplo, la tesis de la «muerte del contrato» (G. Gilmore¹⁶⁸) sobre la base de la jurisprudencia estadounidense: «lo que puede estar bien para la General Motors no tiene sentido cuando se aplica a las organizaciones sin fines de lucro, a los acuerdos prematrimoniales y a la constitución de rentas vitalicias».

La noción de “personalidad jurídica”, después del fin de la disputa sobre si tiene carácter ficticio o sustancial, acaba siendo reducida por muchos autores a un fenómeno de simple imputación de los efectos jurídicos a organismos de diverso tipo dotados de formas diversas de subjetividad (M. S. Giannini, R. Orestano¹⁶⁹).

La articulación entre “público” y “privado” fundada sobre la bipolaridad individuo-Estado es sustituida por la idea de que en la generalidad de las categorías se encuentran elementos mixtos, figuras que integran elementos de uno y otro ámbito.

Es observación común que la inestabilidad de las relaciones sociales y de las ordenaciones institucionales provoca una crisis de la certeza del Derecho (véase, por ejemplo, J. Bermejo Vera¹⁷⁰).

El Derecho público, en particular, de por sí el más expuesto a las transformaciones del contexto económico, social y cultural, es el más afectado por las evoluciones conectadas al desarrollo de la informática, que ha otorgado una dimensión diferente al espacio y al tiempo, redu-

¹⁶⁸ G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio 1974.

¹⁶⁹ R. ORESTANO, vid. la nota 34.

¹⁷⁰ J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el Ordenamiento plural*, Zaragoza 2005.

ciéndolos o eliminando su relevancia. La economía global que de ello deriva priva a los Estados de la posibilidad de gobernar los flujos financieros, el reparto de los recursos y la tutela del medio ambiente que se deteriora por acontecimientos no circunscribibles a un solo territorio.

Los sistemas de pertenencia a colectividades territoriales delimitadas, de los cuales procede la satisfacción de los intereses de satisfacción necesaria, han entrado inevitablemente en una fase de deterioro.

Los Estados han perdido la “autosuficiencia completa” que, desde Aristóteles, era considerada su característica esencial.

Algunos conceptos-clave en los que se basan han perdido actualidad, empezando por la noción de “soberanía” que, de cualquier forma que se la defina, implica la autosuficiencia, la capacidad de gobernar los fenómenos colectivos que inciden en las colectividades y en las personas.

El término “soberanía” se utiliza todavía en los textos constitucionales y también en las elaboraciones científicas, que en los últimos tiempos la mayoría de las veces se dedican a evidenciar la crisis de la noción (G. Zagrebelsky¹⁷¹, S. Gambino¹⁷², R. Ferrara¹⁷³, G. Ferrajoli¹⁷⁴), pero no extraen las consecuencias que deberían deducirse de la misma ni nuevas nociones que puedan utilizarse en lugar de aquélla.

Con carácter más general, está en crisis la propia noción de “ente territorial”, dotado de la capacidad de marcarse fines generales y de sintetizar los intereses de carácter sectorial. Puesto que hay una desalineación entre los niveles territoriales y los fenómenos que deberían ser gobernados (como la economía y el medio ambiente), los entes territoriales no son capaces de gobernarlos (la literatura hoy es ya ilimitada, véase B. Badie¹⁷⁵, G. Arrighi¹⁷⁶, J. B. Auby¹⁷⁷, M. D’Alberti¹⁷⁸, P. Shamkar Jha¹⁷⁹).

¹⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

¹⁷² S. GAMBINO, *Stato e diritti sociali*, Napoli 2009.

¹⁷³ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari 2002.

¹⁷⁴ G. FERRAIOLI, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale*, Bari 1997.

¹⁷⁵ B. BADIE, *La fin des territories*, Paris 1995.

¹⁷⁶ G. ARRIGHI, *Il lungo XX secolo*, trad. it. Milano 1999.

¹⁷⁷ G. B. AUBY, *La globalizzazione, le droit et l’Etat*, Paris 2003.

¹⁷⁸ M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008.

¹⁷⁹ P. SHANKAR JHA, *Il caos prossimo venturo. Il capitalismo contemporaneo e la crisi delle nazioni*, trad. it. Vicenza 2007.

El problema de la adecuación ha estado siempre en la base de la evolución de los sistemas políticos, porque la desaparición del requisito de la autosuficiencia ha determinado su crisis. El desarrollo de la economía y de las tecnologías ha modificado progresivamente los ámbitos espaciales de la comunicación y, por tanto, de las agregaciones entre las poblaciones, en el sentido de ampliarlas hasta alcanzar el nivel de una nueva adecuación.

La crisis de los niveles territoriales autosuficientes se ha producido más veces cuando la fuerza de los ciclos de expansión de la economía ha ido más allá de la capacidad de lo que algunos autores llaman el “contenedor”: la institución política capaz de regularla. Esto marcó el final, primero de los municipios, después de las repúblicas marítimas italianas, después de las provincias de los Países Bajos, de los principados y ahora origina la crisis de los Estados (*P. Shankar Jha*). Cualquier zona del mundo que se considere confirma que las ciudades más pequeñas han sido englobadas por las más grandes, después éstas por señoríos y principados y éstos por los Estados.

Puesto que los nuevos fenómenos nacen casi siempre de la sociedad y de la economía y sólo después las instituciones se adecuan a ellos, el ámbito de las funciones que se deben cumplir se dilata más rápidamente que el de los entes territoriales.

Por tanto, puede ocurrir que a un nuevo ámbito necesario para cumplir las funciones no corresponda un ente territorial; de aquí derivan fases complejas de reorganización.

En estos casos se dan tres alternativas:

- la primera es que la competencia se desplace a un nivel territorial más amplio: así ha sido, por ejemplo, en el caso del desplazamiento de las competencias sanitarias de los municipios a las regiones;
- la segunda es que se creen nuevos organismos específicos de más amplio nivel: es el caso de la Unión Europea y de los organismos supranacionales;
- la tercera es que se mantenga el vacío competencial, incluso por un largo periodo de tiempo.

Observaba Maquiavelo en *El Príncipe* que, a diferencia de otros países europeos, Italia no había sido unificada todavía, y, por tanto, no era

capaz de expresar una fuerza económica y bélica equiparable a la de las demás naciones, porque había una autoridad, el Papado, demasiado débil para unificarla pero lo bastante fuerte para impedirlo a otros. La unificación tuvo lugar, en efecto, después de varios siglos.

Esto puede suceder, por lo demás, por cuestiones menores. Un caso evidente es, por ejemplo, el de las llamadas áreas metropolitanas. Las grandes ciudades absorben cotidianamente un flujo de personas superior a la población residente en el territorio de sus municipios, con las consecuentes dificultades para regular el tráfico, el comercio y los servicios. La respuesta institucional, adoptada en diversos países, es la de una autoridad administrativa más amplia, el área metropolitana, correspondiente al ámbito de las comunicaciones que ordinariamente allí se desarrollan. En Italia la solución ha sido prevista por la Ley 142/1990 y se ha recogido también en el título V de la Constitución. Sin embargo, no se ha llevado todavía a la práctica porque no se consigue el acuerdo entre el ayuntamiento de la ciudad y en los de los pequeños municipios de los alrededores.

4. Nuevas perspectivas y problemas de método

4.1. Albores de nuevas concepciones

Todos los periodos de crisis preparan las concepciones futuras. Aun no aceptando la tesis de la inevitable mejora progresiva del género humano, que expresa una esperanza frecuentemente contradicha por la historia, se pueden, sin embargo, detectar los albores de nuevas concepciones.

Las principales son:

4.1.1. De la ciudadanía a los derechos humanos

Se está verificando un desplazamiento de los derechos de ciudadanía, conectados a la pertenencia a un Estado, a los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, ha aparecido, al inicio, como una enunciación de principios éticos sin valor jurídico, pero los principios luego han penetrado en las Constituciones de casi todos los países. También las normas de los Tratados de la Unión Europea, a través del art. 6.1.1^oc. del Tratado de Lisboa, han otorgado

el “mismo valor jurídico que los tratados” a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007) que ha recogido, con pocas modificaciones, la Carta de Niza (2000). El Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha conseguido hasta ahora resultados tangibles sobre todo en materia de indemnizaciones derivadas de la excesiva duración de los procesos pero, después de esta nueva norma, la tutela de los derechos humanos está destinada a incrementarse. La jurisprudencia nacional ha hecho una interpretación extensiva de las normas constitucionales (por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 43/2005) y ha comenzado a aplicar el principio de igualdad también a los no ciudadanos. El constitucionalismo de los derechos está adquiriendo una dimensión transnacional; algunos autores sostienen que se está afirmando un *ius gentium* que no deriva de acuerdos entre los Estados (Derecho internacional), sino que tiene carácter supranacional. Se trata, por lo demás, de tesis que se basan en una evolución en curso, pero tienden a considerar consolidados los resultados de un proceso que está todavía en sus inicios (véase I. Trujillo¹⁸⁰, J. Habermas¹⁸¹, H. Arendt¹⁸²).

4.1.2. *El reforzamiento de los organismos supranacionales; de la soberanía a la interdependencia*

Se está produciendo un reforzamiento de los organismos supranacionales que, en cualquier caso, adquieren competencias que prescinden del consentimiento y de la intermediación de los Estados: la ONU ejerce en medida creciente, superando el límite de la *domestic jurisdiction*, funciones militares para controlar los conflictos armados o para defender los derechos inviolables del hombre. Los organismos supranacionales se han multiplicado, aunque sus poderes, cuando exceden del esquema paccio-

¹⁸⁰ I. TRUJILLO, *Ius gentium e ius communicationis*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, que reproduce la actualidad del pensamiento de F. de Vitoria, *Relectio de iudicis*, 1539, trad. it., Bari 1996 y I. KANT, *Per la pace perpetua*, 1795, trad. it., Milano 2002.

¹⁸¹ J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, 1996, trad. it., Milano 2002.

¹⁸² H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, 1958, trad. it., Milano 2001.

nado entre los Estados, son muy frágiles (N. Bobbio¹⁸³). La crisis financiera ha provocado una difundida conciencia de la necesidad de reglas eficaces a nivel mundial y se están adoptando, con evidentes dificultades, las primeras medidas.

Hay una evidente tendencia a la agregación entre los Estados, a la que se corresponde una tendencia inversa a la desarticulación de aquellos existentes. Es probable que la estructuración que se verificará en los próximos siglos no será la de un Estado mundial que, por lo demás, “correría el riesgo de disgregarse por la falta de una fuerza cohesiva” (B. Russel¹⁸⁴), sino la de Estados subcontinentales que intentarán controlar los equilibrios mundiales de modo multilateral. Se trata, por lo demás, de temáticas en el límite, en relación con las cuales “los futurólogos encuentran abundantes pastos” (M. S. Giannini¹⁸⁵).

Parte de la doctrina está sosteniendo que existe ya un Ordenamiento jurídico global, dotado, como todos los Ordenamientos jurídicos, de normación (la derivada de los tratados internacionales), organización (los organismos supranacionales) y plurisubjetividad (los Estados que lo componen) (S. Cassese¹⁸⁶, aplicando la noción de Ordenamiento jurídico de Santi Romano).

Esta tesis refleja una exigencia efectiva, pero adelanta los tiempos de la evolución del Derecho positivo. La teoría de la pluralidad de los Ordenamientos responde en Santi Romano a un enfoque sustancialista y antiformalista y, por tanto, no puede ser utilizada prescindiendo de una verificación de efectividad sustancial. Santi Romano había afrontado el tema de las relaciones entre los Estados y había aplicado su teoría al Derecho “internacional”, no “supranacional”. En sus trabajos más recientes, S. Cassese⁷ examina en profundidad una serie de interesantes casos sectoriales de *governance* global y llega a la conclusión de que “no hay un cuerpo de reglas generales. De ahí la debilidad del orden jurídico global o, mejor dicho, de los numerosos órdenes jurídicos globales, no

¹⁸³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

¹⁸⁴ B. RUSSEL, *Autorità e individuo*, trad. it., Milano 1949.

¹⁸⁵ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986.

¹⁸⁶ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari 2006; *Il diritto globale*, Torino 2009.

integrados en un sistema único” (sobre este tema, véase J. B. Auby¹⁸⁷, S. Battini¹⁸⁸, G. Della Cananea¹⁸⁹).

Lo que desde ahora se puede detectar es que la desaparición de la soberanía se corresponde con el nacimiento de una nueva concepción, todavía *in nuce*, caracterizada por la interdependencia entre los Estados. El Estado desarrolla una atribución no soberana, sino primaria, en el Ordenamiento interno, que le imputa, como función subrogada, la tutela de los intereses de satisfacción necesaria incluso cuando ésta se remite a otros entes que no logran ejercerla: pensemos, por ejemplo, en las competencias estatales en relación con los entes locales en dificultades (artículos 242 y siguientes del Texto Único de los Entes Locales, Decreto Legislativo 267/2000), o en la responsabilidad internacional de los Estados por contaminación marina (Ley 979/1982) y por los incumplimientos de obligaciones comunitarias, o en el conjunto de poderes sustitutivos previstos por la Constitución. Es correcto sostener que el Estado mantiene en su propio territorio la responsabilidad última de la tutela de la colectividad y de sus componentes. Asimismo, los entes territoriales mantienen una competencia, de importancia primaria, que consiste en el poder de determinar el ámbito de la esfera pública y los intereses que se deben tutelar.

4.1.3. *El valor ambiental*

La emergencia medioambiental ha puesto en evidencia, bastante antes de la crisis económica, el fenómeno de desalineación entre la dimensión de los problemas y el ámbito de las ordenaciones institucionales que deberían resolverlos. El valor del medio ambiente, que antes sólo tenía carácter estético, como en las “*chiare, fresche e dolci acque*” cantadas por Francesco Petrarca, adquiere con el tiempo un valor jurídico y origina una inversión del tipo de intereses que hay que tutelar, anteponiendo los de la calidad de vida a los de la competencia y del aumento cuantitativo de los bienes de consumo.

¹⁸⁷ G. B. AUBY, *La globalizzazione, le droit et l'Etat*, Paris 2003.

¹⁸⁸ S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano 2003.

¹⁸⁹ G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna 2009.

El nuevo Derecho del medio ambiente plantea importantes problemas a las categorías jurídicas consolidadas, porque

- ha sido producido en gran medida por fuentes extralegislativas (los principios han sido siempre establecidos por la jurisprudencia antes que por las normas),
- ha hecho aflorar intereses “difusos” (no referibles a cuerpos sociales determinados) y derechos subjetivos que escapan a la imputabilidad a sujetos definidos (porque el interés medioambiental es de todos y de nadie),
- ha inducido soluciones organizativas que no se añaden a las preexistentes, sino que se superponen a ellas transversalmente.

Los problemas tanto operativos como científicos son evidentes y las soluciones aún se están buscando (G. Rossi¹⁹⁰). Observaba un maestro del Derecho administrativo, Feliciano Benvenuti¹⁹¹, que “el tema del medio ambiente es simplemente fascinante si se quiere estudiar el Derecho no en su ser estático sino en aquella dinamicidad que constituye, en efecto, su esencia y valor”.

4.1.4. *Las potencialidades de la informática*

Los nuevos sistemas informáticos de comunicación, que han transformado la concepción del espacio y del tiempo, han abierto nuevas perspectivas a las relaciones humanas y comerciales entre los pueblos y las personas y permiten presagiar formas nuevas de democracia y de ordenaciones institucionales. Puesto que, como observaba Santo Tomás, «*communicatio facit domum et civitatem*», las nuevas formas de comunicación amplían los ámbitos de las relaciones entre los hombres y favorecen nuevas formas de conexión entre las personas. Los efectos producidos son en esta fase evidentes para los intercambios comerciales y todavía no para las respuestas de carácter institucional (H. Rheingold¹⁹², M. Castells¹⁹³).

¹⁹⁰ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino 2008.

¹⁹¹ F. BENVENUTI, *Studi dedicati all'ambiente*, en *Arc. Giur.*, 1982, pp. 3-6.

¹⁹² H. RHEINGOLD, *Comunità virtuali*, trad. it., Milano 2008.

¹⁹³ M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, 1996, trad. it., Milano 2008.

Está, por tanto, en crisis la ordenación precedente y aún no se ha consolidado lo que se puede entrever.

4.2. El método esencial y gradualista

En este contexto la Ciencia jurídica, y en particular el Derecho administrativo, tiene que afrontar un problema de método siendo evidente la inadecuación de los enfoques exclusivamente deductivos y de mero análisis y exposición de las normas (véase G. Rossi¹⁹⁴ y la amplia doctrina allí citada).

La búsqueda de nuevos parámetros reconstructivos no puede tampoco fundarse, como se ha visto, en la progresiva ampliación de antiguos conceptos que, dilatándose, se vuelven cada vez más evanescentes.

Algunos autores alemanes y españoles, por ejemplo, han ampliado la noción de procedimiento administrativo, hasta extenderla también a la actividad material de la Administración pública, a las actividades prestacionales y a los procedimientos de Derecho privado (E. Schmidt-Assmann¹⁹⁵, J. Barnés¹⁹⁶).

La observación de la cual parten es ciertamente exacta: la noción tradicional de procedimiento (el conjunto de actos que preceden y preparan la adopción de la resolución) es hoy día demasiado restringida si se compara con la gran variedad de los instrumentos jurídicos utilizados por las Administraciones. Sin embargo, son discutibles las consecuencias que extraen de ello. La expansión de las actividades materiales y de servicios debería inducir a restringir, en vez de a extender, los ámbitos de aplicación de los instrumentos procedimentales; de otro modo se hace un uso impropio de la noción y se trasladan a sectores que quedan fuera de las categorías jurídico-públicas aspectos de autoridad que son propios de éstas últimas.

¹⁹⁴ G. ROSSI, *Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales*, en *Der. Publ.* n. 21, 2004.

¹⁹⁵ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional*, en *Las trasformaciones del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008, p. 71.

¹⁹⁶ J. BARNÉS, *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*, *ivi*, 11.

La misma observación se debe hacer de la utilización de la noción de “relación administrativa”, ampliada de tal manera por parte de la doctrina, sobre todo alemana (sobre esto véase M. Protto¹⁹⁷), que se vuelve inconsistente.

El enfoque unitario omnicompreensivo es el menos adecuado para captar los elementos de novedad y de articulación.

Existe la necesidad de remontarse a los elementos esenciales de la convivencia, de la relación entre las personas y las colectividades, de las funciones de éstas en relación con los individuos y las otras colectividades.

El método sólo puede ser, por lo demás, el común a todas las disciplinas científicas, y consiste en la identificación de los problemas, en la descomposición analítica, la más simple posible, de los datos y en la recomposición de los conceptos y de las nociones elementales; “cada cosa tiene que ser estudiada antes de nada en sus elementos más simples” (Aristóteles, Pol. I, 3, 5); es necesario “considerar las cosas más fáciles antes que las más difíciles, las comunes antes que las propias, las menores antes que las mayores” (F. Bacon¹⁹⁸); “comenzar por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para remontarse poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más complejos” (R. Descartes¹⁹⁹); “asentar todo el edificio sobre los elementos fundamentales más simples posibles” (A. Einstein²⁰⁰).

Para la Ciencia jurídica esto significa partir del análisis de los intereses subyacentes a la estructura normativa (M. S. Giannini²⁰¹) y de las aportaciones que derivan de las otras Ciencias sociales, de las cuales, desde siempre, es tributaria (G. D. Romagnosi²⁰²). La simplicidad de los hechos en los cuales se inserta la dinámica jurídica no empobrece el análisis sino que, por el contrario, lo consolida en referencias definidas y ciertas. Los

¹⁹⁷ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

¹⁹⁸ F. BACON, *Compendium studii philosophiae*, 1267.

¹⁹⁹ R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, 1637.

²⁰⁰ A. EINSTEIN, vid. la nota 24.

²⁰¹ M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, en *Studi sassaresi*, 1940.

²⁰² G. D. ROMAGNOSI, *Prospetto delle materie insegnate nelle scuole di alta legislazione* (inédito), 1810.

mejores juristas han advertido que no hay por qué temer la objeción de exceso de simplicidad porque hace falta “elevar la ciencia a las visiones más simples” (G. D. Romagnosi); “la verdadera simplicidad es erróneamente tomada como indicio de poco mérito... olvidando que simples son las más perfectas obras artísticas y científicas” (S. Romano²⁰³).

Determinados los problemas elementales y fijados los pocos conceptos que pueden ser asumidos con un suficiente grado de objetividad (como la libertad, las pertenencias, los poderes, el valor del “territorio”, los intereses individuales, colectivos, generales), los aspectos comunes y diferenciados de los grupos de categorías y los distintos elementos que componen los fenómenos complejos (como “público” y “privado”, “resolución” y “contrato”, las opuestas exigencias organizativas de unidad y articulación y de eficiencia y participación), se puede proceder a descomponer las gradaciones de los elementos que los componen según las opciones adoptadas por el Derecho positivo.

Se puede adoptar así un enfoque más idóneo para captar los elementos de sistemas no estables, sino abiertos y en transformación (E. A. Hayek²⁰⁴, N. Bobbio²⁰⁵), y recomponer grupos de categorías utilizando las determinaciones lógicas ofrecidas por las nuevas metodologías de la matemática que permiten “hacer sistema” sin absolutizar la relatividad de cada uno de los elementos objeto de la reflexión. El enfoque esencial y gradualista extraído de la teoría de conjuntos puede ofrecer elementos de particular interés metodológico, siendo el más idóneo para captar los aspectos comunes de categorías diferentes, el “mínimo común denominador” que los une y, por tanto, racionalizar sucesos articulados sin limitarse a registrar la desarticulación de las categorías.

En un contexto de desmaterialización, movilidad y fragmentación, se presta bien para identificar criterios ordenadores el recurso a la noción de sistema, a menudo utilizada implícitamente por la Ciencia jurídica (A. Falzea²⁰⁶, F. Modugno²⁰⁷, H. L. A. Hart²⁰⁸, R. Orestano²⁰⁹, E.

²⁰³ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983.

²⁰⁴ E. A. HAYEK, *La società libera*, trad. it. Firenze 1969.

²⁰⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari 2007.

²⁰⁶ A. FALZEA, *Le istituzioni del diritto privato verso l'età contemporanea*, en Riv. dir. civ., 1998, I, p. 1.

Schmidt Assmann²¹⁰, R. Barra²¹¹). El sistema se basa en la complejidad porque identifica las interrelaciones entre figuras, sucesos, acaecimientos que para un ámbito determinado forman parte del mismo y para otros no tienen necesariamente que converger hacia un punto unificador y está en disposición de unir la complejidad en la medida de lo posible en un contexto dado (J. P. Zbilut, A. Giuliani)²¹².

4.2.1. Valor y límite de la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos

El método esencial y gradualista, que utiliza el sistema lógico de la teoría de conjuntos, se presta a captar los rasgos de los conjuntos complejos y dinámicos. Esta teoría hace referencia a cuerpos sociales tendencialmente estables: el “Ordenamiento” implica una idea de plenitud, autosuficiencia y, por tanto, estabilidad y cierre; se pueden tener “relaciones” entre Ordenamientos, pero no interrelaciones, integraciones.

Es mérito de la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos (S. Romano²¹³) haber brindado una contribución dogmática a la teoría del pluralismo fundada, como se ha visto, en la idea de que el Derecho no deriva sólo del Estado sino de cualquier cuerpo social. Hay un Ordenamiento jurídico (incluso en la *societas latronum*, en el grupo ilegal para el Ordenamiento estatal) cada vez que se reúnen tres elementos (como especifican P. Gasparri²¹⁴ y M. S. Giannini²¹⁵): un cuerpo social (y, por tanto, una “plurisubjetividad”), que esté organizado (“organización”) y que tenga una normación propia (“normación”).

²⁰⁷ F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, en Enc. Giur. Treccani, 1993.

²⁰⁸ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino 1965.

²⁰⁹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

²¹⁰ E. SCHMIDT ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, trad. esp., Madrid 2003.

²¹¹ R. BARRA, *Temas de Derecho Público*, Buenos Aires 2008.

²¹² J. P. ZBILUT, A. GIULIANI, *L'ordine della complessità*, Milano 2009.

²¹³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), rist. II ed., Firenze 1962.

²¹⁴ P. GASPARRI, *Le associazioni sindacali riconosciute*, Padova 1939.

²¹⁵ M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, en Riv. dir. Sport. 1949, 10; *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, en Riv. trim. dir. pubbl., 1958, p. 219.

Esta teoría ha tenido el mérito de dar cuenta de la inadecuación de la reducción exclusiva del Derecho al que produce el Estado, que no es capaz de explicar la articulación de los fenómenos jurídicos que se manifiestan en la sociedad, como el Ordenamiento del comercio, de las confesiones religiosas, de las asociaciones deportivas, culturales y de otro tipo.

El límite que presenta, sin embargo, es del mismo tipo que el que es propio de la opuesta explicación estatalista. Si ésta última explica estos fenómenos solamente desde el ángulo visual del Ordenamiento estatal, la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos los explica sólo desde el punto de vista de las asociaciones, que son concebidas “en sí”, y no en relación con un Ordenamiento positivo que es parte cualificante de su supuesto de hecho y no se queda sólo en el exterior del mismo.

En realidad, la relación Estado-asociaciones influye recíprocamente en el modo de ser de ambos. Hay una interrelación entre los Ordenamientos, en la cual cada uno de los elementos que los componen condiciona de diferentes maneras el otro elemento, quedando, sin embargo, a su vez condicionado por éste: en la misma medida en que el Ordenamiento estatal tutela o, incluso, hace propios los fines y la organización de los grupos y atribuye a éstos sus propias cualificaciones, origina una nueva conformación de su Ordenamiento en la cual es difícil distinguir, sino es mediante una aproximación teórica, qué parte puede ser considerada todavía estatal y cuál, en cambio, es ahora el fruto de una síntesis nueva que tiene rasgos caracterizadores propios y originales.

En términos más simples, la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos no consigue dar cuenta de los caracteres del Ordenamiento (de cómo es y funciona) que resultan de la intersección entre distintos Ordenamientos y de las interrelaciones entre los mismos.

4.2.2. Ejemplos aplicativos del método esencial y gradualista

El método esencial y gradualista se presenta, en efecto, como el más idóneo para captar los aspectos caracterizadores de los supuestos y para diferenciarlos de los que son afines. Algunos ejemplos de aplicación lo confirman.

4.2.2.1. La noción de ente público

La fragmentación de los tipos de entes públicos ha inducido a una parte importante de la doctrina a renunciar a la búsqueda de una noción de ente público y a teorizar que no se puede identificar un concepto unitario del mismo.

La tesis tiene el mérito de no reconducir forzosamente a un único concepto supuestos demasiado distintos entre ellos: *no existe*, en efecto, *un sólo modo de ser "público"*. Un sujeto público puede ser manifestación de un ente territorial o de un cuerpo social distinto y puede ejercer poderes de autoridad o gestionar un servicio o una empresa. Esto no debe suponer, sin embargo, la renuncia a entender la razón subyacente a la naturaleza pública de los entes, porque la normativa utiliza frecuentemente la noción de ente público, conectándole una serie de consecuencias, y es, por tanto, necesario tener un parámetro para saber si un organismo debe ser calificado como público o como privado.

El análisis de las figuras que se reconducen a esta noción muestra que, aun en su diferenciación, subsisten importantes y significativos aspectos comunes a cada una de ellas: los entes públicos no pueden autodisolverse, si ejercen una actividad mercantil no pueden quebrar, tienen un régimen penal parcialmente distinto y reforzado, sus bienes, destinados a un servicio público, non pueden ser sustraídos a su destino sino de la forma establecida por la ley, y existe siempre una responsabilidad política sobre su funcionamiento y su existencia que se exterioriza por lo menos en un poder de vigilancia.

Todo esto se puede resumir, y éste es el aspecto esencial que los caracteriza, diciendo que "poseen carácter necesario según el Ordenamiento del ente territorial de referencia" y este carácter se puede explicar fácilmente por el hecho de que el Ordenamiento considera de satisfacción necesaria los intereses que tutelan.

Así pues, en razón del tipo de actividad que desarrollan y de los intereses que persiguen, tienen una diferente gradación de aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados y es, por tanto, un error conectar a la naturaleza jurídico-pública todos los caracteres que van unidos típicamente a ésta (carácter resolutorio de los actos, responsabilidad administrativa de los funcionarios, etc.).

El tipo de actividad, y, por tanto, de finalidad, influye en la gradación de los aspectos jurídico-públicos que les conciernen, que son sólo aquellos compatibles con el tipo de actividad desarrollada (está equivocada, por ejemplo, la orientación de la jurisprudencia italiana, que, a diferencia de la de otros países, aplica la responsabilidad administrativa a los empleados de entes públicos que gestionan actividad económica en régimen de competencia).

4.2.2.2. Las situaciones subjetivas protegidas

La doctrina civilista ha reconducido a la noción de derecho subjetivo todas las situaciones subjetivas idóneas para recibir tutela por parte del juez. La existencia de un derecho subjetivo activa una serie de consecuencias jurídicas y operativas que garantizan su satisfacción. Los intereses son, por tanto, o no protegidos o protegidos, y éstos se califican como derechos subjetivos. Esta concepción ha dificultado la calificación de las situaciones jurídicas subjetivas que se tienen frente al ejercicio de un poder.

El análisis de los distintos supuestos demuestra, sin embargo, que la dicotomía intereses no protegidos y protegidos es mucho más compleja, porque existen varias gradaciones en la protección y diversas circunstancias que inciden en ello.

En realidad, las situaciones jurídicas subjetivas son todas “relacionales”, implican a otras personas, con sus propias situaciones jurídicas subjetivas inversas u homogéneas o complementarias. Quien está solo en el desierto no tiene ni derechos ni deberes. Por poner un ejemplo simple: el derecho del sujeto propietario de un terreno convive con los derechos del cónyuge y de los hijos, con el derecho de una institución crediticia que haya efectuado un préstamo con hipoteca, con eventuales derechos de servidumbre, con derechos de paso y de caza de otros, con el poder del ayuntamiento para cambiar el tipo de disponibilidad a través de los instrumentos urbanísticos o de alterar su valor haciendo pasar o no por las cercanías una carretera o una vía férrea, o de expropiarlo total o parcialmente para construir allí una obra pública; si bien es cierto que la expropiación es sólo una eventualidad, la expropiabilidad es inherente a la propiedad.

La conciencia del carácter relacional de las situaciones jurídicas subjetivas permite su construcción unitaria esencial: se trata de intereses protegidos por el Ordenamiento.

Sin embargo, la protección tiene diversas gradaciones según el tipo de relaciones que se mantienen. Las situaciones jurídicas subjetivas tienen carácter poliédrico: la misma relación entre un sujeto y un bien asume, por tanto, calificaciones distintas según las relaciones que otros sujetos tienen con el mismo bien. Es “interés legítimo” el interés protegido cuando se toma en consideración el aspecto que lo relaciona con el ejercicio de un poder.

4.2.2.3. Resolución y contrato. La gradación de las categorías

El conjunto de las relaciones (el término se usa aquí en sentido no jurídico) entre las Administraciones públicas y los destinatarios de sus actividades registra dos categorías totalmente distintas que constituyen dos polos opuestos: por un lado está la resolución administrativa, por otro está el contrato.

La resolución administrativa es el acto unilateral que produce efectos sobre terceros. En esta definición está condensado el núcleo esencial de la categoría.

El contrato es, en cambio, “el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial” (art. 1321 del Código civil italiano).

Los actos típicos, la resolución y el contrato, coexisten por tanto en el panorama de los instrumentos jurídicos utilizados por las Administraciones públicas y mantienen los caracteres propios de cada uno de ellos. Por un lado, la unilateralidad, la producción de efectos incluso en caso de invalidez, el efecto sobre los destinatarios sin el concurso de su voluntad, los plazos breves para la impugnación, la competencia del juez administrativo; por otro, en cambio, el acuerdo de voluntades, la producción de efectos pactados, la competencia del juez ordinario.

La ley actúa en el primer caso como fuente del poder y, al mismo tiempo, como vínculo y parámetro de legitimidad; en el segundo, otorga eficacia jurídica al acuerdo de voluntades y pone límites a la transformación de la libertad en arbitrio.

En realidad, estos caracteres así definidos y opuestos entre ellos constituyen dos supuestos límite; en gran parte de los supuestos no se encuentran todos estos aspectos que los caracterizan.

En diversos casos las resoluciones se adoptan previa solicitud del interesado (por ejemplo, una autorización); la decisión de convocar una licitación hace nacer en los potenciales licitadores una serie de derechos (a participar, al acceso a los actos, a no ser discriminados). Los tipos de resoluciones son, por tanto, complejos y tienen en común sólo el carácter unilateral y la producción de efectos que no deriva de la voluntad de los destinatarios.

La noción de “acto de autoridad” que se ha formado en la dialéctica autoridad-libertad debe configurarse de modo distinto y entenderse como acto en el cual se concreta el ejercicio de un poder dirigido a satisfacer intereses de satisfacción necesaria, que el individuo no puede satisfacer y que, por ello, no requiere de su consentimiento para producir efectos.

En este sentido, tienen naturaleza “de autoridad” también los actos reglados, en los cuales la Administración no tiene ningún poder de decisión discrecional (como la asignación de una ayuda a quien reúna los requisitos para ello o la admisión a una escuela pública de quien lo haya solicitado). También los actos que conducen a la selección del contratista son, en este sentido, de autoridad, expresión del ejercicio de un poder que garantiza la igualdad de trato entre los participantes en una licitación (por lo demás, no es casualidad que precisamente el Derecho comunitario haya contribuido a acentuar la procedimentalización de la selección del contratista).

Sólo una noción demasiado restringida de la autoridad pública hace coincidir la noción de imperatividad con el significado que la conecta con la dialéctica autoridad-libertad.

El mismo fenómeno de complicación de las categorías se ha verificado también en relación con el “contrato”, por un proceso de objetivación del intercambio que margina el aspecto de la voluntad. La aceleración de las relaciones ha favorecido la aplicación con carácter general a las relaciones entre particulares de instituciones importadas del Derecho mercantil dirigidas a tutelar sobre todo la seguridad del tráfico jurídico, hasta el punto de que no faltan autores que han puesto en duda la posi-

bilidad de mantener una teoría general del contrato o plantean la necesidad de proceder hacia una descomposición de esta noción. Sigue en pie, sin embargo, también aquí, un núcleo esencial del supuesto que consiste cuando menos en la libertad de “si” contratar y en la imposibilidad de producir efectos para terceros.

Resolución y contrato son, por tanto, categorías cada una de las cuales se subdivide en su interior y, aun manteniéndose como figuras bien diferenciadas e identificables en su núcleo esencial, comprenden supuestos de diverso tipo, caracterizados por distintas gradaciones de unilateralidad-consentimiento.

Aumentan, por otra parte, los supuestos mixtos, que comprenden aspectos de ambas: la ley de procedimiento administrativo prevé la posibilidad de acuerdos sustitutivos o integrativos de las resoluciones; en algunas resoluciones, la regulación de la relación se remite a un contrato que se incorpora a la resolución; una serie de leyes prevén formas consensuadas que son a veces de dudosa naturaleza jurídica (acuerdos de programa, contratos de programa, contratos de área, etc.); en fin, los contratos están precedidos por una fase procedimental dirigida ante todo a la selección del contratista.

Ante estos supuestos la doctrina tenía dos posibilidades: o elaborar categorías mixtas, como el contrato de Derecho público o la relación administrativa (doctrina alemana, seguida, en parte, por la española) o como la noción de *service publique*, central en la doctrina francesa, o bien mantener los dos polos resolviendo caso por caso los problemas interpretativos que se plantean.

Con una cierta simplificación se pueden agrupar los supuestos mixtos en dos categorías:

- a) aquellas de base jurídico-pública, con elementos de bilateralidad;
- b) aquellas de base jurídico-privada, con elementos de Derecho público. La distinción, aunque queden márgenes interpretativos en algunas figuras fronterizas, es relevante porque, *identificada la regulación prevalente*, el otro tipo de regulación asume carácter especial y debe ser aplicada sólo en la medida en que sea compatible y en términos tasados.

Un ejemplo significativo está constituido por la relación de los usuarios de los servicios públicos, que pone en cuestión la rígida dicotomía resolución-contrato.

La naturaleza de la relación puede ser diferente según las formas a través de las cuales el legislador la regula. La normativa europea reconoce a los Ordenamientos estatales la posibilidad de regularlo de una forma u otra (Tribunal de Justicia C-254/08 de 2009, en materia de residuos). Sin embargo, la aplicación total de uno de los dos regímenes a este tipo de supuesto lleva a resultados paradójicos.

Emblemáticas, en este sentido, han sido dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional italiano que han calificado la relación inherente al servicio hidráulico como contractual (335/2008) y la inherente a la recogida y tratamiento de residuos como fiscal (238/2009). La consecuencia que el Tribunal ha extraído de ello ha sido que en el primer caso los entes gestores del servicio tenían que devolver a los usuarios una parte del precio, la relativa a la depuración de las aguas, porque es ajena a la relación contractual; en el segundo caso, en cambio, los entes tenían que devolver a los usuarios el IVA pagado, en la medida en que no se devenga en una relación de carácter tributario.

La solución debe ser buscada partiendo de la conciencia de que la dicotomía resolución-contrato refleja nociones-límites a ninguna de las cuales corresponde plenamente la relación de prestación y disfrute de los servicios públicos. No se trata, en efecto, de actividades de autoridad, sino que son siempre obligatorias para el gestor del servicio y a veces también para el usuario. El precio se establece mediante un acto administrativo y a menudo no se corresponde con el valor de la prestación. No se trata de un *tertium genus* porque puede ser regulado variadamente por las normas y no existe una categoría intermedia bien identificable entre precio y tasa.

También aquí se debe por tanto razonar en términos de coexistencia y de gradación de los aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados evitando aplicar *in toto* una u otra regulación.

4.2.2.4. La relevancia de la personalidad jurídica: subjetividad jurídica y gradaciones de la autonomía.

Otra dicotomía que es, conjuntamente, importante y válida y, al mismo tiempo, inadecuada es aquella que diferencia los organismos entre los que tienen y los que no tienen personalidad jurídica. Después de los antiguos debates sobre la personalidad jurídica real o ficticia que ocuparon a finales del siglo XIX a los partidarios del pluralismo institucional y a los del estatismo, el problema de la personalidad jurídica ha perdido importancia, hasta el punto de que muchos lo reducen a una mera cuestión de imputación de actos jurídicos.

Que la cuestión mantenga todavía una gran importancia, por lo menos simbólica, se confirma, por ejemplo, por el hecho de que, con la intención de reforzar las instituciones europeas, ha sido introducido en el nuevo Tratado (art. 47) que “la Unión Europea tiene personalidad jurídica”.

También en el plano de la elección de los modelos de los organismos públicos la mayoría de las veces el legislador confiere la personalidad jurídica cuando quiere atribuir una mayor autonomía.

El análisis de los supuestos muestra, sin embargo, que existen organismos sin personalidad jurídica (como las autoridades administrativas independientes) que tienen una autonomía muy acentuada, y otros, en cambio (como los centros de educación primaria y secundaria), que tienen personalidad jurídica pero escasa autonomía (excepto, por ejemplo, la de tipo didáctico).

También a este respecto es útil identificar una noción-base más restringida, la de subjetividad jurídica, y constatar que la cantidad de imputaciones que puede recibir y de autonomía de la que puede disponer se gradúa variablemente. Es equivocado pensar que los organismos o son autónomos o no lo son; están, en cambio, dotados de un grado de autonomía que puede ser más o menos amplio y que deriva de una multiplicidad de normas organizativas (sobre los estatutos y los reglamentos, sobre el nombramiento de los titulares de los órganos, la duración de los cargos, etc.) y procedimentales (aprobaciones, autorizaciones previas o a posteriori, régimen presupuestario, controles de diverso tipo).

El temor de una parte de la doctrina *ius* privatista a legitimar una diferencia sustancial entre los seres humanos al aceptar la tesis de una subjetividad jurídica que no coincide sin fisuras con la personalidad jurídica, no se puede trasladar mecánicamente al Derecho administrativo donde la gradación de los modos de ser de las subjetividades es de todo punto evidente.