

LA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NUESTRO TIEMPO CINCUENTA AÑOS DESPUÉS. TRIBUTO A ALEJANDRO NIETO¹

FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL
Universidad de las Islas Baleares
fj.bauza@uib.es

Cómo citar/Citation
Bauzá Martorell, F. J. (2025).
La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo
cincuenta años después. Tributo a Alejandro Nieto.
Revista de Administración Pública, 227, 43-74.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.227.02>

Resumen

La importancia capital que significó el artículo de Alejandro Nieto «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo» merece no solo un reconocimiento, sino también un análisis para comprobar su vigencia y adaptar las reflexiones de su autor al momento presente; no solo en cuanto a la relación jurídico-administrativa, sino incluso a las relaciones Estado-sociedad.

Palabras clave

Derecho administrativo; Estado de derecho: poder; ciudadanos; servicio público.

¹ Un extracto de este texto fue leído como discurso de ingreso del autor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, pronunciado el día 17 de febrero de 2025.

Abstract

The capital importance of Alejandro Nieto's article "The vocation of administrative law of our time" deserves not only recognition, but also an analysis to verify its validity and adapt the author's reflections to the present moment; not only in terms of the legal-administrative relationship, but even in State-society relations.

Keywords

Administrative law; Rule of law; power; citizens; public service.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y LA IMPOSICIÓN DEL PODER. III. DEBILIDAD DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. EL DERECHO DEL PODER Y EL DERECHO DEL SERVICIO PÚBLICO. V. EL INTERÉS DE LA IDEOLOGÍA. VI. NI DERECHO DE ESTADO NI DERECHO DEL ESTADO. VII. MATERIAS ACUMULATIVAS. VIII. EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN. IX. LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA INCAPACIDAD DEL ESTADO. X. *DESIDERÁTUM: DE «LA ADMINISTRACIÓN COMO PROBLEMA» A «¿LA ADMINISTRACIÓN COMO SOLUCIÓN?»*

I. PLANTEAMIENTO

En 1975 la *Revista de Administración Pública*, dirigida por don Eduardo García de Enterría, publicaba el estudio de Alejandro Nieto (1930-2023) titulado *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*². Se hacía eco de la obra de Savigny publicada en 1814 *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Ciencia del Derecho*³, y consistía, según su autor, en un «análisis aformal y crítico del Derecho administrativo español actual».

Al cumplirse el cincuenta aniversario de un artículo doctrinal que ha marcado a toda una generación de juristas, me permite glosar aquel «análisis aformal y crítico» por dos motivos elementales: el primero es rendir modestamente tributo a un gigante del Derecho Administrativo, al que debemos sus investigaciones históricas y sus ensayos; muchos de ellos fueron premiados, y todos ellos fueron —y siguen siendo— reconocidos sin excepción. El segundo consiste —al hilo

² Este artículo fue objeto de comentario con ocasión del número especial que le dedicó *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* a iniciativa de su director, Dr. D. Santiago Muñoz Machado, con ocasión del fallecimiento de Alejandro Nieto; J. Tornos Más (2023), «Alejandro Nieto y la vocación por el Derecho administrativo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 106-107, págs. 34 a 37.

³ F. K. Savigny (2017), *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Ciencia del Derecho*, Valencia: Editorial Tirant Humanidades.

de sus reflexiones— en comprobar su vigencia (en gran medida, como se verá) y adaptar a los tiempos presentes aquellas otras (las menos) que se volcaban en un contexto concreto y que hoy ha sufrido una profunda transformación. De hecho, el autor admitía conocer este desarrollo y por ello se planteaba «examinar el papel y el sentido que hasta ahora ha venido teniendo el Derecho administrativo, así como las posibilidades de su evolución, de acuerdo con las exigencias —y los condicionantes— de la sociedad moderna». Veamos, pues, *sine ira et studio*, de acuerdo con la misma previsión de Nieto que supuso un punto de inflexión en su bibliografía⁴, cuál ha sido la evolución del Derecho Administrativo desde esta perspectiva histórica y cuál es su posición en el entramado actual de las relaciones jurídico-administrativas, y más profundamente de las relaciones Estado-sociedad.

II. EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y LA IMPOSICIÓN DEL PODER

Antes y ahora el derecho administrativo ha sido bidireccional: el derecho del poder para regular y ordenar la vida de los ciudadanos, y la razón de estos últimos para garantizar sus derechos y libertades. Poder, por un lado, y control del poder, por otro. Ambas vertientes se condensan en la descripción del derecho administrativo de González Navarro como el derecho del poder para la libertad⁵.

En el primer caso conviene romper de una vez por todas el mito del contrato social. La experiencia impide compartir la teoría filosófico-política del pacto social de la obra de Thomas Hobbes⁶, de John Locke⁷ ni mucho menos la de Jean-Jacques Rousseau⁸. Existe una insuperable resistencia a admitir que la idea del contrato social se mueve entre la ficción y el mito. Esta teoría —si se me permite la hipérbole— se encuentra muy cercana a la candidez y ha sido calificada por la doctrina como un espejismo⁹. La relación entre gobernantes y gobernados no es fruto del consenso, sino de la imposición. El Estado es la construcción

⁴ S. Muñoz Machado (2024), *Necrológica de Alejandro Nieto*, pronunciado en la sesión solemne de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 30 de enero de 2024.

⁵ F. González Navarro (1993), *Derecho Administrativo Español*, 2^a edición, Tomo I, págs. 423 y ss., Madrid: Eunsa. Cit. en J. Rodríguez-Arana Muñoz (2006), «Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad», *Revista de Derecho Administrativo*, 2, págs. 84 a 101, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. También citado en I. del Guayo Castiella (2023), «La regulación como nueva ciencia social. Una aportación desde el derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 228, pág. 76.

⁶ T. Hobbes (2018), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Bilbao: Deusto.

⁷ J. Locke (2010), *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Madrid: Tecnos.

⁸ J. J. Rousseau (2010), *Contrato social*, Madrid: Biblioteca Nueva.

⁹ M. Huemer (2019), *El problema de la autoridad política*, Madrid: Instituto Juan de María - Value School - Deusto, págs. 25 y ss.

formal y aparente del poder por la vía de la apropiación primero, y más tarde directamente de la imposición¹⁰; de ahí que el derecho administrativo sea el de las prerrogativas y privilegios de la Administración, justificadas en la eventual —y a veces teórica— defensa del interés general.

Desde la Antigüedad el poder es el resultado de la aplicación de la fuerza. Mesopotamia, Egipto, Grecia y Roma son ejemplos de las luchas entre dinastías y linajes para alcanzar el dominio de territorios y sus correspondientes vasallos. Con el tiempo, la Europa medieval vive el enfrentamiento entre el poder civil y el eclesiástico, que arrastra la idea del Evangelio de «dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César». Con base en el pensamiento de Agustín de Hipona, el papa Gelasio en el siglo V formula la *doctrina de las dos espadas*, por medio de las cuales se gobernaba el mundo. Sin embargo, las tensiones y recelos entre emperadores, papas, reyes y obispos desencadenan la *querella de las investiduras*, que termina con el Concordato de Worms de 1122¹¹. En definitiva, desde la historia de la humanidad, asistimos a la lucha por el poder.

En este punto resulta ilustrativa la teoría económica del Derecho y su análisis de lo que denomina *anatomía del Estado*¹²: el Estado nace a partir de los reinos y señoríos feudales, que no son sino una expresión del poder, una imposición por la fuerza de mandatos y prohibiciones a los particulares, entonces meramente súbditos; y ello aunque en algunos casos el poder medieval —como hizo ver Nieto— se encuentre limitado por el Derecho¹³.

Aquellos reinos derivaron en Estados, inicialmente todavía anclados en la monarquía absoluta. Nieto explica muy bien ese tránsito:

El Estado moderno, disolviendo la organización feudal, había encarnado en el llamado Estado absoluto, que, sin perjuicio de su corrupción, se legitimaba no tanto por un derecho divino de naturaleza claramente ideológica como por su pretensión de racionalidad y eficacia a la hora de afrontar las necesidades sociales y que, a tal efecto, se veía impulsado a estructurarse sobre la base de una jerarquía funcional de tipo profesional, que resultaba más competente que el sistema señorial¹⁴.

¹⁰ J. A. Santamaría Pastor (2022), *El poder, la libertad, la Administración y su Derecho*. Discurso de recepción del Académico de Número a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, sesión de 25 de octubre de 2022.

¹¹ B. Bueno de Mesquita (2024), *La invención del poder. Reyes, papas y el nacimiento de Occidente*, Madrid: Siruela. Véase la recensión que realiza A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz en el núm. 225 de esta misma Revista, págs 377 a 399; como también la recensión de F. Martínez Martínez (2024) en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret.*, 29, págs. 759 a 782.

¹² M. N. Rothbard (2021), *La anatomía del Estado*, Madrid: Unión Editorial.

¹³ A. Nieto (1980), «El Derecho como límite del poder en la Edad Media», *Revista de Administración Pública*, 91, págs. 7 a 74.

¹⁴ A. Nieto García (1976), *La Burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, pág. 69.

El poder feudal se torna Estado sin solución de continuidad. Su transformación afecta exclusivamente a la organización y la estructura; pero el poder, la razón de *imperium*, sigue siendo el mismo. Incluso su etapa posterior, el Estado de derecho que nace con la Revolución francesa¹⁵, vuelve a ser fruto de la imposición y en modo alguno del consenso. A partir de entonces el poder se formaliza: ya no es una decisión *manu militari* de un monarca absoluto o de un señor feudal, sino una imposición de la ley. Sigue siendo imposición, si bien travestida de un procedimiento de elaboración de una norma como expresión de la voluntad popular de acuerdo con la construcción del Estado democrático de derecho: la revolución consiste en el tránsito de la soberanía del monarca a la soberanía de la ley.

En consecuencia, pese a las dos —aparentemente— profundas transformaciones del poder público, en modo alguno ha experimentado un cambio la teoría de la imposición. Con Bertrand de Jouvenel aprendimos que el poder cambia de aspecto, pero no de naturaleza¹⁶. Así, podemos afirmar que el poder solo ha cambiado la forma, porque se ha incorporado el procedimiento a la decisión sobre los mandatos y prohibiciones, y su origen, que pasa de ser una decisión personal para emanar de la soberanía nacional. Dicho lo cual, resulta obligado atender quién emite aquella decisión, que será quien albergue el control sobre el derecho público.

En este sentido, el Derecho Administrativo de nuestro tiempo sigue siendo el derecho del poder, ahora residenciado en el Gobierno, que es quien ejerce realmente el control sobre las Cortes Generales. Pese a las consideraciones nuevamente teóricas —muy similares al contrato social— acerca del Estado de Derecho y la separación de poderes, no son las Cortes —depositarias de la soberanía nacional— las que controlan la acción del Gobierno, sino al revés¹⁷. Aparentemente el poder se articula alrededor del principio democrático, si bien en la práctica rige el principio monárquico en toda su extensión¹⁸, con la única salvedad del Poder Judicial. El Derecho Administrativo de nuestro tiempo es el derecho del poder por la vía de la imposición, acrecentado en la fusión y concentración de los poderes ejecutivo y legislativo. Este derecho no ha dis-

¹⁵ E. García de Enterría (2011), *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Cizur Menor: Aranzadi.

¹⁶ B. D. Jouvenel (1956), *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, Madrid: Editora Nacional, págs. 251 y ss.

¹⁷ Véase F. Rubio Llorente (1988), «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*. Vol. 1. Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales.

¹⁸ Sobre el régimen jurídico de las Cortes Generales, véase J. Oliver Araujo (2021), «Las Cortes (título IV: arts. 51-66)», en J. Oliver Araujo y A. Ruiz Robledo (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 159 a 183.

minuido en intensidad, y en cambio se ha extendido con una notable crisis de crecimiento y una convergencia piramidal no ya en el Gobierno (Consejo de Ministros), sino en su propio presidente: hoy todo el aparato de la Administración, cualquier Administración, lo dirige una sola persona. En consecuencia, el nuevo orden nacido de la Revolución francesa ha supuesto un notable avance en muchos aspectos (fundamentalmente la elección de los gobernantes, la separación del poder judicial y la limitación de mandatos políticos), si bien en otros —la concentración del poder político— no ha experimentado una evolución tan grande.

Así, la intervención administrativa no conoce límites. Progresivamente se extiende a sectores de actividad que no eran objeto de regulación, al margen (y, en ocasiones, en contra) del principio de proporcionalidad y considerando una entelequia la libertad de los ciudadanos. Se regulan derechos y garantías (el principio de buena Administración, la transparencia, la participación de los ciudadanos) cuando la realidad es otra. El resultado de la *vis* expansiva del poder es que las tres actividades administrativas clásicas —policía, fomento y servicio público— sufren una notable intensidad y extensión.

La regulación, especialmente en el derecho administrativo especial, ya se concibe como una disciplina autónoma y diferente de la tradicional actividad de mandatos y prohibiciones anudados a la potestad sancionadora de la Administración¹⁹. A aquella denuncia de Nieto sobre que el ciudadano es infractor de alguna norma sin saberlo, se suma la práctica imposibilidad de llevar a cabo cualquier proyecto de relativa envergadura. Son tantas las Administraciones implicadas en un procedimiento, para lo que se necesita su correspondiente informe favorable, no ya que los expedientes tardan años en resolverse, sino que en muchos casos resultan imposibles. Ese es el derecho administrativo de nuestro tiempo, el de la excesiva —y, a veces, injustificada— complejidad, el de la enorme dificultad, y también el de la imposibilidad. Ante tanto impedimento, sigue siendo vigente que el derecho administrativo —como indicó Nieto— es un *derecho de ricos*, porque solo inversores de cierto poder adquisitivo pueden soportar las dilaciones y los bretes de la Administración, como también costearse asesoramiento jurídico.

La actividad de fomento, por su parte, ha dejado de ser una acción de apoyo e incentivo a los particulares para que lleven a cabo tareas que repercuten en el interés general. En este contexto expansivo, la subvención ha generado toda una cultura, que viene a mantener una actitud meramente pasiva de los particulares, sin pretensión alguna de que la subvención se proyecte como fin último en el interés general referido. El resultado no es otro que la generación de una ciudadanía subsidiada, acomodada (enviciada, incluso) al paternalismo del Estado;

¹⁹ S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.) (2009), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel. I. Del Guayo Castiella. «La regulación...», *op. cit.*

a esta ciudadanía se le anula su capacidad emprendedora y se merma su misma iniciativa, impotente ante la desaparición de población activa como consecuencia de la concurrencia de subvenciones por parte de diferentes Administraciones sin una elemental coordinación. Sonroja comprobar cómo llegan a existir más personas subsidiadas que desempleadas²⁰, lo cual da idea del trampantojo en que se ha convertido la subvención, de la que se hace apología política por parte de algunos gobernantes y hasta un *modus vivendi* por parte de un sector importante de la población subsidiada. Este es otro derecho administrativo de nuestro tiempo, el de la subvención como expresión de efectismo mediático, carente de una planificación políticamente seria, rigurosa y solvente. El Estado de los subsidios está minando desde dentro al Estado del bienestar, que había sido una conquista del derecho público.

Por último, el servicio público también sufre una crisis expansiva en cuanto a diferentes ámbitos de actuación y en lo que respecta a magnitud, que se conecta con la idea anterior de que los servicios tienen que ser totalmente financiados con cargo a los presupuestos generales. Y todo ello —como se verá más adelante— sin que su eficacia se vea mejorada. Regresaremos sobre este punto.

La pregunta es obligada: ¿a qué se debe este proceso organizativo y presupuestario de elefantasis de la Administración? El derecho administrativo de nuestro tiempo es el de la sobreprotección del ciudadano. El poder considera al particular incapaz para gobernarse por sí mismo y por ello articula un acompañamiento —en muchos casos, pueril— para evitar que sufra un daño que sea reprochable a la Administración. Por ello se regula sin límite alguno, regulando sobre lo regulado, para impedir que cualquier lesión que sufra un particular se traduzca en una exigencia de responsabilidad a una autoridad concreta. No me refiero a la patrimonial ni a la penal, tampoco a la política (muy residual, por no decir inexistente, en nuestro país), sino a una responsabilidad de carácter mediático, de plantearse en los medios que una desgracia podría haberse evitado con la diligencia debida. La hiperregulación es así una derivada de la sobreprevención, que a su vez es una forma que tiene el poder de perpetuarse.

No resulta exagerado advertir una suerte de *horror vacui* del poder, que necesita generar noticias de su actuación, y esa ansiedad es la que se proyecta en la regulación, la subvención y la prestación de servicios. La experiencia confirma que la labor normativa y administrativa genera a su vez mayor actividad de ambos signos. Los ejemplos son llamativos: en materia urbanística, nunca se había edificado tanto como desde el momento en que aparece la primera ley del suelo; la costa sufre una creciente presión a partir de la legislación sobre costas; y la subvención —a la que nos acabamos de referir— ha experimentado

²⁰ Véase la noticia de Carmen Obregón, «El curioso milagro de Baleares: solo tiene 31.127 parados, pero los subsidiados son 72.147», *The Objective*, edición de 5 de febrero de 2024.

un exponencial crecimiento a partir de su regulación con una ley específica²¹. En consecuencia, la conclusión no es otra que el poder genera actividad para seguir siendo poder; este es el derecho administrativo de nuestro tiempo, el del poder continuo y expansivo, centrado en sí mismo, un derecho que en muchos casos ha dejado de articularse en torno a los ciudadanos. Tristemente el Estado de derecho, pese a sus importantes logros, no ha conseguido una limitación total del poder por el derecho. Invitado por la Freistudentenbund de Baviera, Max Weber pronunció su conferencia el 28 de enero de 1919, titulada *Politik als Beruf* [*La política como profesión*], como contrapunto a la que había pronunciado el 7 de noviembre de 1917 (*Wissenschaft als Beruf* [*La Ciencia como profesión*]) en la misma Universidad de Múnich²². Poco hemos avanzado pese al logro del Estado de derecho; en el poder de nuestro tiempo sobra profesión y falta ciencia. Y en ese contexto el derecho público de nuestro tiempo se esfuerza por responder a la finalidad dogmática de proteger al ciudadano frente a los inevitables excesos del poder.

III. DEBILIDAD DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Los derechos y libertades de los ciudadanos no conocen mejor fortuna. Nuevamente se aprecia una distorsión entre el discurso público y la situación real. Los boletines oficiales colman páginas con normas que aparentemente enfatizan la protección de los derechos de los particulares. Sin embargo, la configuración de las fuerzas parlamentarias y las políticas de pactos de partidos minoritarios se traducen en la imposición de intereses de minorías al margen —si no frontalmente en contra— del interés general.

A mayor abundamiento, al ciudadano le resulta cada vez más difícil que un Tribunal de Justicia declare ilegal un acto administrativo. Existe una mayor conflictividad como consecuencia del incremento de regulaciones sectoriales, y en cambio el ciudadano se topa con inconvenientes procesales (plazos, legitimación, desviación, congruencia...), aparte de la condena en costas, que tiene un tratamiento en muchos casos desigual cuando se condena a la

²¹ Reflexión que se debe a G. Fernández Farreres (2023), «Reflexiones sobre la Ley General de Subvenciones en su vigésimo aniversario», *Revista española de derecho administrativo*, 224, págs. 11 a 42.

²² Véase A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (2024), «Weimar y Weber. Notas sobre las últimas aportaciones», en M. A. Muñoz Guijosa y R. González de Zárate Lorente y P. García-Escudero (dirs.) (2024), *Constitución, Administración y Parlamento. Homenaje a Fernando Sainz Moreno*. Madrid: Congreso de los Diputados, págs. 491 a 504. Véase asimismo E. Krauze, *El realismo trágico de Max Weber*. Discurso de recepción del Académico honorario en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 17 de octubre de 2023.

Administración o al actor²³, y todo ello por no decir que la propia ley pone límites a la reclamación de los particulares²⁴.

La historia del derecho administrativo es la historia del control sobre la Administración, en concreto de la discrecionalidad²⁵. Y ahora este control se relativiza, con lo cual somos testigos de un punto de inflexión sobre el devenir de nuestra materia.

El balance de todo ello es que el derecho administrativo de nuestro tiempo acusa una asimetría que poco encaja en un Estado democrático de derecho: presenta mayor peso específico la vertiente del poder de la Administración que la propia de su inevitable control como elemento de garantía de los derechos de los ciudadanos.

IV. EL DERECHO DEL PODER Y EL DERECHO DEL SERVICIO PÚBLICO

Tradicionalmente el derecho administrativo se ha articulado en torno a dos concepciones distintas, fruto de las teorizaciones de dos colosos de esta disciplina: Maurice Hauriou y Léon Duguit. La fortuna quiso que fueran contemporáneos, y que en consecuencia pudieran contrastar y contraponer sus teorías²⁶. Para Hauriou, principalmente la Administración se fundamenta en la teoría de la institución, de manera que persigue el poder como elemento meramente instrumental para asegurar los derechos y libertades de los ciudadanos²⁷; en cambio, Duguit —en un contexto muy concreto de desplazamiento de los ciudadanos del campo a la ciudad— considera que la Administración no encuentra otra justificación que

²³ Sobre el régimen de la condena en costas en el orden contencioso-administrativo, véase P. Aguiló Monjo (2012), «El nuevo régimen de la condena en costas en el orden contencioso-administrativo». Ponencia en las Jornadas de la Jurisdicción Contencioso-administrativa organizadas por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Disponible en: <https://is.gd/nWu1LY>.

²⁴ Véanse los condicionantes de la reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial del art. 293 LOPJ, por anulación de actos administrativos o la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales (art. 32 LRJSP), o incluso la imposibilidad de reclamar pagos indebidos con ocasión de la alteración de los valores catastrales (art. 30.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004).

²⁵ T. R. Fernández Rodríguez (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas. B. Schwartz (1991), *Administrative Law*. 3^a ed. Boston: Little Brown & Co Law & Business, pág. 652.

²⁶ J. M. Blanquer y M. Milet (2015), *L'Invention de l'Etat: Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*. París: Odiel Jacob. F. Sosa Wagner y M. Fuertes (2023), *Clásicos del Derecho público (I)*. Madrid: Marcial Pons, págs. 21 y ss.

²⁷ M. Hauriou (1976), *Obra escogida*. Traducción de S. Muñoz Machado y J. A. Santamaría Pastor. Alcalá de Henares: Instituto de Estudios Administrativos.

la prestación de servicios públicos²⁸. De hecho, el artículo de Alejandro Nieto se alinea en parte con esta segunda concepción y su autor lo escribe como contrapunto al *Curso de Derecho Administrativo* que publicaron un año antes García de Enterría y T. R. Fernández, más próximo a las tesis de Hauriou.

Cincuenta años después la teoría del servicio público debe ser objeto de revisión²⁹. El contexto sociopolítico de 1975 ya era muy distinto del momento en que Duguit elaboró su teoría, que se desarrolló en Alemania con Forsthoff y su doctrina de la procura existencial³⁰. El mismo concepto de servicio público entró en crisis con ocasión de la adhesión de España a las Comunidades Europeas y la supresión de los monopolios, que eran la única forma de definir el servicio público³¹. A la crisis conceptual y como consecuencia de la *vis* expansiva del servicio público desde una perspectiva socializadora de su coste a través de los presupuestos generales, le siguió una crisis presupuestaria, de forma que se fue visualizando que la solvencia económica de la Administración era un mito³². Y ahora, en el primer cuarto del siglo XXI, hay que preguntarse qué servicios debe gestionar la Administración y cuáles deben prestarse por el mercado, con mayor o menor intervención administrativa.

En este punto debemos regresar a los orígenes de la Administración y abandonar la perniciosa inercia, a la que tanto contribuyen los mandatos parlamentarios de cuatro años. Al inicio de los tiempos la Administración nació para ejecutar las decisiones y actuaciones del Estado en su función de regular la sociedad; en cambio, por una serie de motivos, la Administración está suplantando a la sociedad civil, compitiendo abiertamente con ella y generando rigideces, cuando no poniendo

²⁸ L. Duguit (2007), *Las transformaciones del Derecho público y el privado*, Granada: Comares.

²⁹ M. Cueto Pérez (2024), «Replanteamiento de los servicios públicos tras la crisis sanitaria». *Revista Jurídica de Asturias*, 47, págs. 3 a 9.

³⁰ L. Martín-Retortillo Baquer (1962), «La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de la “Daseinvorsorge”». *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 35 a 65. M. Bullinger (2005), «El Service Public francés y la Daseinvorsorge en Alemania», *Revista de Administración Pública*, 166, págs. 29 a 49. N. Magaldi (2020), «El concepto de procura existencial (Daseinvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, págs. 147 a 174.

³¹ J. Tornos (2016), «El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario». *Revista de Administración Pública*, 200, págs. 193 a 211. C. Chinchilla Marín (1997), «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en E. Malaret (dir.), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 59 a 98. E. Malaret i García (1998), «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, 145, págs. 49 a 88.

³² J. A. Santamaría Pastor (2013), «El mito de la solvencia de la Administración», *Revista Jurídica de las Illes Balears*, 11, págs. 4 a 17.

trabas a la iniciativa privada³³. Lamentablemente se suscita un debate meramente ideológico, cargado de prejuicios, cuando debería abordarse esta cuestión desde los principios de eficacia y eficiencia, así como la libertad de empresa y la libertad en general. La prestación de servicios públicos por entidades privadas goza de mala prensa por definición, sin entrar a elaborar un juicio de razonabilidad sobre el mejor modo de prestar el servicio. La prestación pública no tiene por qué ser más eficaz, de hecho muchas veces no lo es, y desde luego nunca es la más eficiente. Como apuntó con su lucidez habitual Nieto, lo público va aparejado al desgobierno³⁴.

Regresando, como decimos, al principio, la Administración solo debe proporcionar aquellos servicios que la iniciativa privada no alcanza, ya sea por motivos presupuestarios o de accesibilidad. En cambio, resulta que —por exigencias de la Unión Europea— aquellos servicios que resultan deficitarios, están condenados a desaparecer (véanse los centros docentes en zonas despobladas, el transporte escolar o sanitario en áreas rurales...). Ahí está el verdadero servicio público que la Administración debería asegurar, y en cambio los ciudadanos sufren auténticas carencias debido a una regulación alejada de la más elemental razonabilidad. La Administración debe replegarse, hacer retroceder la frontera con la sociedad civil, y —en todo caso— para evitar que se minore la calidad del servicio, regular y exigir a los prestadores unos umbrales mínimos de calidad.

No colma el interés general el hecho de que la Administración deba llevar a cabo la prestación material de los servicios públicos. El interés general es mucho más amplio que la ejecución real del servicio, y afecta también a la disponibilidad presupuestaria, a la efectividad del servicio prestado, y —más importante que lo anterior— a la libertad de los ciudadanos, que constituye un valor superior del ordenamiento jurídico *ex art. 1.1 CE*.

Dicho lo anterior, solo queda reconocer que la calidad de los servicios públicos de nuestro tiempo acusa una notable regresión. Pese al intento de aliviar la carga de instruir procedimientos al introducir en el ordenamiento la declaración responsable y la comunicación previa, las licencias y autorizaciones siguen experimentando retrasos impenitentes; los juicios en cualquier jurisdicción sufren sucesivas suspensiones y las vistas se señalan para dos, tres y hasta cuatro años en muchos casos; las listas de espera en sanidad engrosan de manera escandalosa; la crisis de la pandemia ha dejado la cita previa y la imposibilidad de acudir a una oficina pública para interesarse sobre un expediente; las comunicaciones para solicitar cita se encuentran colapsadas y en muchos casos no se atienden; el transporte ferroviario lleva años siendo un drama en nuestro país; la seguridad ciudadana se encuentra impedida para hacer frente a desafíos intolerables en un

³³ Traté este asunto de la actividad económica pública en competencia con el sector privado en L. Míguez Macho y M. Almeida Cerreceda (coords.) (2017), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, vol. 2, págs. 589 a 601.

³⁴ A. Nieto (2012), *El desgobierno de lo público*, Barcelona: Ariel.

Estado de derecho, arriesgando los efectivos policiales sus propias vidas con total indefensión física y jurídica... y así un largo etcétera. Todo ello confirma la crisis galopante del servicio público, que hace que el derecho administrativo de nuestro tiempo, en este punto, sea manifiestamente mejorable.

Precisamente en la crisis sanitaria del año 2020 se comprobó que —en un ámbito tan propio del servicio público como la sanidad— las políticas públicas se centraron antes en el poder que en el servicio público: se decretó el estado de alarma con una limitación a la libertad deambulatoria y el despliegue de la potestad sancionadora a quienes lo infringían. Mientras tanto, la Administración tardaba en reaccionar procurando medios a los sanitarios, que —en un alarde de auténtica vocación de servicio— se confeccionaban medidas de autoprotección con métodos rudimentarios³⁵.

El otro gran servicio público, la educación, resulta igualmente perfectible. Las clasificaciones académicas dejan a España en muy mal lugar. Recibir profesores y estudiantes en programas de intercambio causa un pavoroso complejo de inferioridad. Se ha sustituido la exigencia por la comprensión, y la disciplina por la psicología. Departamentos de orientación tienen más peso específico que la dirección académica de cualquier centro, e imponen cualquier argumento para rebajar el rendimiento. No es posible hablar de excelencia académica en nuestro país si no es a modo de desiderátum.

En este sentido, pese a que la voluntad política es la de articular el derecho administrativo de nuestro tiempo alrededor del servicio público, lo cierto y verdad es que se encuentra en una crisis profunda, que arranca de su misma definición: se solapa el servicio público prestado en régimen de gestión directa por la Administración y la gestión indirecta por persona interpuesta; en este último caso se confunde la concesión de servicios con la autorización reglamentada; y en cualquier caso, no existe consenso de hasta dónde una actividad debe ser considerada servicio público o no. Y todo ello por no mencionar el asunto de las desregulaciones y privatizaciones emprendidas en España, que no tuvieron un patrón objetivo y, en consecuencia, se excedieron en algunos casos y fueron claramente insuficientes en otros³⁶. Sigue siendo esta una asignatura pendiente para el derecho público.

En definitiva, el derecho administrativo de nuestro tiempo es el del triunfo de la tesis de Duguit —sacada evidentemente de contexto— por encima de la de Hauriou: la de un servicio público mal entendido. El poder busca su legitimidad en la prestación de servicios públicos y —no contento con ello— convirtiéndolos en gratuitos, porque siempre es posible escalar en generosidad con cargo a los presupuestos generales. La dilución de la responsabilidad de los ciudadanos es inevitable.

³⁵ Traté este tema en «Entre Burdeos y Toulouse. De nuevo la Administración ante la crisis». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, diciembre-enero, 2020-2021, págs. 88 a 107.

³⁶ J. E. Soriano García (1993), *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Bolonia: Real Colegio de España, págs. 4 a 18.

V. EL INTERÉS DE LA IDEOLOGÍA

Explica asimismo Nieto que el derecho administrativo experimentó una evolución desde los intereses individuales a los colectivos, si bien estos últimos no fueron objeto de realización efectiva. Cita a Edouard Albrecht para explicar que en el siglo XIX:

[...] el Estado deja de ser considerado como un vínculo entre individuos, utilizado simple y directamente para los fines e intereses individuales, y se le reconoce el carácter de un ente común, una institución, elevado por encima de los individuos y puesto al servicio de intereses que no son la mera suma de los intereses del señor y de los súbditos, sino de los intereses colectivos, superiores y generales³⁷.

Presagiaba Alejandro Nieto en 1975 que el derecho administrativo iba a seguir girando indefectiblemente sobre ambos polos —los intereses individuales y el interés colectivo— y que precisamente iban a explicar la posición del Derecho en cada momento³⁸. Siendo esto así, resulta obligado analizar en cuál de estas dos clases de intereses incide el Derecho Administrativo de nuestro tiempo.

Un análisis sosegado de la situación presente obliga a concluir que los poderes públicos sirven a sus propios intereses. En eso Alejandro Nieto estaría de acuerdo y no en vano las 1.022 páginas de su obra citada, *La Burocracia*, destacan esta idea. Ahora bien, si el poder —por definición— tiende a defenderse con tal de preservarse, en los últimos tiempos observamos que el poder ha caído en las redes de la ideologización exacerbada, hasta convertirse —incluso y de manera paradójica— en subversivo frente al poder tradicionalmente establecido.

³⁷ Esta recensión al libro de Romeo Maurenbrecher *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* (Frankfurt am Main, 1837) no pasa desapercibida en la dogmática alemana, y constituye la recepción de la teoría de la personalidad jurídica del Estado. De hecho, Albrecht escribió que «nos vamos a ver obligados a considerar al Estado como una persona jurídica». Véase F. Sosa Wagner (2005), *Maestros alemanes del Derecho Público*. 2^a edición. Madrid: Marcial Pons. Del mismo autor, «La formación jurídico-privada de los grandes iuspublicistas alemanes», en A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, 2002 (Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias), págs. 6657 a 6682. S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo X, *La Administración del Estado*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, pág. 29.

³⁸ De hecho, esta contraposición de intereses constituye un clásico en la historia del Derecho. Véase J. Costa Martínez (2000), *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*. Edición del discurso de Joaquín Costa y Martínez de 1901, con nota introductoria de Luis Díez Picazo, Madrid: Civitas.

En efecto, si con Villar Palasí apreciamos que la Administración se encontraba transida de *politicidad*, resulta que recientemente la política ha colonizado cualquier estructura del poder y ha inoculado el virus de la ideología en cualquier actuación administrativa. Resulta sencillo convenir que existe una fuerte polarización de posicionamientos ideológicos, que —en un sistema electoral como el de la variable D'Hondt— permite que partidos minoritarios se conviertan en determinantes para la formación de Gobierno. En consecuencia estas ideologías son las que se imponen —nuevamente la vía de la imposición— a través de mandatos y prohibiciones.

En este contexto queda relegada la gran preocupación de Alejandro Nieto en torno a la oposición entre intereses individuales e intereses colectivos. Sostenía que el derecho administrativo solo reconocía y solo se extendía a los derechos individuales o a la suma de ellos. Haciendo notar la distinción entre realización y defensa, consideraba que «la vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales».

Sin embargo, conforme a lo que venimos diciendo, resulta que efectivamente ahora el poder impone un interés, que denomina colectivo, si bien no es tal; es —como hemos anticipado— la voluntad de unas concretas ideologías, las más de las veces minoritarias. Dicho de otra manera, el interés colectivo es aquel que en cada momento el poder define como tal, que puede ser contrario al interés verdaderamente público, a los intereses individuales, y también a la Constitución y al Derecho; y como esos intereses se imponen a través de normas, resulta que es posible en un Estado de derecho hallar leyes contrarias al Derecho³⁹. El interés general ha dejado de ser un concepto permanente para mutar según las conveniencias partidistas de cada momento, que lamentable y casualmente coinciden con la necesidad de conformar mayorías parlamentarias.

Trasladado este esquema a la Administración de nuestro tiempo, resulta que la ideología se erige en un pretexto —ni siquiera un argumento— que convierte a la Administración en un medio para imponer el poder. Ya no opera la ley como justificación y el interés general como el fin; el poder hace uso de una Administración mediatisada para sus propios fines.

En nuestro tiempo aquel *derecho de ricos* de Alejandro Nieto se ha convertido en un derecho de ideologías, de intereses de ideologías que hacen uso del derecho público para imponer sus inquietudes con grandes dosis de apasiona-

³⁹ Véase B. Pendás (2018), «La ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas», *Revista de las Cortes Generales*, 104, págs. 215 a 220. J. A. Santamaría Pastor (2024), «Una llamada de emergencia sobre la crisis de la ley», *Revista de Administración Pública*, 224, págs. 13 a 31. T. R. Fernández Rodríguez (2008), «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 0, págs. 46 a 55.

miento. De hecho y con mucha frecuencia, el poder se impone manipulando emociones, como también el poder se erosiona manejando impresiones y sensaciones.

Esta disfunción no es nueva y de hecho la doctrina ya se ha referido a ella: Alessi aludía a «hacer del interés general su interés propio»⁴⁰, mientras que Tomás Ramón Fernández —invirtiendo los términos— criticaba «hacer del interés propio el interés general»⁴¹. Alejandro Nieto defendió un concepto objetivo del interés general⁴², mientras que García de Enterría recordó —precisamente para hacer frente a las teorías sobre el carácter ideológico del interés general⁴³— que este último es un concepto jurídico indeterminado y, como tal, en su aplicación al caso concreto solo cabe una solución ajustada a derecho⁴⁴.

Otra cosa es que esta alteración haya reverberado de manera exponencial. Como tales intereses son muchos en número e infinitos en intensidad, resulta que la fiebre normativa no conoce límites, fruto de la presión que ejercen muchos colectivos empoderados, mientras se desapodera la dirección pública profesional⁴⁵. Eminentes juristas en la historia reciente denunciaron la proliferación normativa: Carl Schmitt se refería a la legislación motorizada; Habermas a la marea legislativa⁴⁶; Ortega a la legislación incontinente (el Estado «se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes»)⁴⁷; y García de Enterría definía la situación como «un mundo de leyes desbocadas»⁴⁸. Como apunte, no puede dejar de citarse cómo Santamaría Pastor, en su afán contabilizador, cifra en 2.484

⁴⁰ R. Alessi (1971), *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, págs. 12 y ss.

⁴¹ T. R. Fernández (1987), *Entre el Derecho y la Política*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, págs. 12 y 13.

⁴² A. Nieto (1991), «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». En S. Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3 (*La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*), Madrid: Civitas, págs. 2185 a 2254.

⁴³ G. Vedel (1950), «La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative», *Semaine juridique*, págs. 581 y ss.

⁴⁴ E. García de Enterría (1986), «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, págs. 69 a 89. Sobre esta argumentación, véase L. M. Díez-Picazo (2024), «El interés general: ¿alfa y omega de la Justicia administrativa?», *Revista de Administración Pública*, 225, págs. 13 a 27.

⁴⁵ C. Ramió (2024), *El colapso de la Administración en España. Un análisis políticamente incorrecto*, Madrid: Catarata, pág. 41.

⁴⁶ J. Habermas (1987), *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid: Taurus.

⁴⁷ Más recientemente se ha insistido en estos dos términos en T. R. Fernández y M. Aragón (2023), *Motorización o incontinencia legislativa. Producción, normas, análisis económico de los efectos que produce esta situación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

⁴⁸ E. García de Enterría (1999), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.

leyes estatales (sin contar las emanadas de los parlamentos autonómicos) desde 1979 hasta 2023, a razón de 59,6 leyes por año⁴⁹. Los datos causan escalofríos: la maraña burocrática suma casi 1,3 millones de páginas en los BOE; el Estado aprobó 683 normas estatales en 2023, dos diarias, pese a que el Gobierno estuvo en funciones cinco meses; para estar al corriente de los cambios legislativos un ciudadano debería leer 3.500 páginas al día; si se pusiera una página encima de la otra, las disposiciones publicadas alcanzarían la altura de la Sagrada Familia⁵⁰.

Mora Sanguinetti —sumando las normas con rango de ley y de reglamento, del Estado y de las comunidades autónomas— las cifra en cuatrocientas mil⁵¹. Hace notar el economista del Banco de España que en los años ochenta del pasado siglo en España se aprobaban unas tres mil normas al año, mientras que ahora superan las doce mil⁵². Lo llamativo es que una comparativa entre comunidades autónomas permite identificar efectos perniciosos en materia de empleo y crecimiento económico en función de la mayor producción normativa. Las normas autonómicas y locales representan el 65 % del total, lo que a su vez contribuye a una realidad social y económica menos integrada. Los sectores más afectados son la agricultura, con mil trescientas normas anuales, la construcción, con mil doscientas, y los servicios profesionales, con más de ochocientas nuevas regulaciones en cada ejercicio. A mayor abundamiento, la proliferación normativa viene acusada por la aparición de normas de derecho blando —las reglamentaciones técnicas— y las deslegalizaciones que operan las mismas leyes⁵³.

Por último, mención aparte merece la figura del decreto ley, del que existe un uso y abuso ya no solo en la relativización de su presupuesto de hecho, la extraordinaria y urgente necesidad, sino fundamentalmente a la imposibilidad de su impugnación por parte de los ciudadanos⁵⁴. Nos hemos acostumbrado a

⁴⁹ J. A. Santamaría Pastor (2024), «Sobre la regulación estatal del siglo XXI. Una aproximación cuantitativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130. A esta cifra se deben sumar las seis leyes orgánicas y las siete leyes ordinarias aprobadas por las Cortes Generales en 2024.

⁵⁰ Fuente: *ABC*, 20-5-2024.

⁵¹ J. S. Mora-Sanguinetti (2022), «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa en España». *Revista de las Cortes Generales*, 114, págs. 231 a 253.

⁵² J. S. Mora-Sanguinetti, J. Quintana, I. Soler y R. Spruk (2023), «Sector-level economic effects of regulatory complexity: evidence from Spain», *Documentos de Trabajo*, 2312, Madrid: Banco de España.

⁵³ J. A. Santamaría Pastor (2023), «El confuso devenir de la deslegalización», *Revista de Administración Pública*, 222, págs. 17 a 32.

⁵⁴ M. Aragón Reyes (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid: Iustel, en L. Martín Rebollo (2015), «Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, págs. 23 a 92. Este autor cifra en 680 el número de decretos leyes aprobados por el

decretos leyes con cientos de páginas, señal expresiva de que vivimos en un estado de emergencia permanente.

Alejandro Nieto encuentra una explicación a esta fatalidad en el prejuicio dogmático del principio de legalidad. Considera que la legalidad está siendo entendida no ya solo como sometimiento de la Administración a la ley, sino como la exigencia de que todas las tomas de decisiones han de ir precedidas de una norma general, sin la cual se consideran ilegales⁵⁵. Por ello, si cada acto tiene que fundarse en una norma so pena de ilegalidad, la aprobación de normas en un Estado intervencionista sufre la crisis exageradamente expansiva a que nos hemos referido.

El problema de la fiebre normativa es que el derecho positivo —construido a partir de influencias convencionales— se acaba imponiendo a la dogmática; dicho de otra manera, la hiperlexia conlleva una dilución de las categorías jurídicas. La dificultad no es tanto que los juristas andemos perdidos en el laberinto normativo y ante el desbordamiento del derecho⁵⁶ (se trataría de un sacrificio que podríamos hacer en favor del derecho público), sino que —al decir de Nieto—:

[...] el positivismo se ha hundido por la incontinencia del legislador que le ha abrumado con el peso de sus normas excesivas, con la consecuencia de que el juez, para poder caminar, tiene que reducir su equipaje y seleccionar del Ordenamiento, no ya lo que podría ser formalmente vigente, sino lo que a él le parece útil aplicar. Decisión muy cuerda —y quizás necesaria—, pero que tiene el inconveniente de la arbitrariedad o inseguridad jurídica, el de la impredecibilidad, la contradicción habitual y, en definitiva, el caos⁵⁷.

Las normas —como no podía ser de otra manera— acaban atacándose unas a otras, fruto de las exigencias de grupos de intereses. Hoy no se pueden aprobar normas reglamentarias si no contienen informes en materia de género, de la infancia y la familia, de bienestar para las generaciones presentes y futuras... y un sinfín de asuntos sectoriales, que en ocasiones ninguna influencia puede causar la materia que se regula.

Gobierno de la nación entre 1979 y 2022. Véase L. Martín Rebollo (2023), «Sobre el Derecho Administrativo de nuestro tiempo: Algunas tendencias». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 115, pág. 33. Esta cifra, sumada a los ocho de 2023 y los 10 aprobados en 2024, da un total de 698 decretos leyes estatales, a los que hay que sumar los autonómicos.

⁵⁵ A. Nieto (1987), *La organización del desgobierno*, Barcelona: Ariel. pág. 52.

⁵⁶ Véase A. E. Pérez Luño (1993), *El desbordamiento del Derecho. Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

⁵⁷ A. Nieto (2024), «Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid», en AA.VV. (2024), *En recuerdo de Alejandro Nieto*, Granada: Comares. pág. 20.

Pese a todo lo anterior, los ciudadanos no tienen la percepción de que se haya avanzado en libertad y en eficacia, sino todo lo contrario: la sensación es que tantas normas no responden a un canon de necesidad ni mucho menos de utilidad⁵⁸. Por tanto, es evidente que en algo erramos y necesitamos identificar el problema para poder proponer una solución, que solo puede ser de calado.

Esa crítica, unánimemente admitida, goza no solo de actualidad en el momento presente, sino de mayor intensidad. El déficit general de técnica legislativa se ve agravado con estos planteamientos ideológicamente entregados. Se atribuye a Von Bismarck —si bien su creador es el poeta norteamericano del siglo XIX John Godfrey Saxe— aquella sentencia lapidaria: «Las leyes, como las salchichas, dejan de inspirar respeto a medida que uno va conociendo cómo se hacen». Dos siglos después, las leyes que rigen la relación jurídico-administrativa sufren una perversión y enfatizan el sesgo autoritario.

El derecho administrativo de nuestro tiempo carece en gran parte de justificación social o técnica, y esto debería preocupar sobre manera⁵⁹. La legitimación de la intervención administrativa solo puede descansar en derechos y garantías de los ciudadanos (procurar la igualdad, la accesibilidad universal a los servicios públicos, el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público...), o bien en razones de eficacia, eficiencia o de sostenibilidad ambiental. En cambio, en muchas de las medidas normativas y actuaciones administrativas cuesta identificar una causa legitimadora que no sea la mera y vacua ideología, prácticamente el prurito de la exhibición mediática. Todo lo contrario a lo que sucede con el Poder Judicial, donde la legitimación de jueces y magistrados procede directamente de la Constitución, a través de la ley y el derecho⁶⁰.

Coherente con su profundidad intelectual, a Alejandro Nieto le preocupaba la realidad de las situaciones, lo que verdaderamente esconde cualquier norma, decisión o actuación administrativa. Detrás de la apariencia de los instrumentos formales del derecho administrativo de nuestro tiempo existe ideología, y eso refuerza la parte del derecho público que se impone a los ciudadanos y debilita aquella otra consistente en las herramientas para la defensa

⁵⁸ M. J. Montoro Chiner (2017), «La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, págs. 27 a 57.

⁵⁹ Sobre la justificación de la intervención administrativa, véase D. Criado Blanquer (2023), *La justificación del acto administrativo (la obligación de exteriorizar su causa legitimadora)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶⁰ J. E. Soriano García (2012), *El poder, la Administración y los jueces*, Madrid: Iustel, págs. 99 a 107.

de los derechos de los ciudadanos. De hecho, el Tribunal Supremo ha denunciado con gran claridad que la motivación de los actos administrativos se ha relativizado hasta convertirse en un «mero ejercicio literario»⁶¹.

Esta proliferación normativa, unida a su falta de justificación, convierte al ordenamiento jurídico no solo en un imperio de difícil (a veces imposible) gobierno, sino en un océano de normativa falta de sistemática, de unidad, plagado de incoherencias y hasta de contradicciones. Existen casos que causan vergüenza ajena; por citar alguno, el art. 16 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, contiene un tipo infractor (nada menos que muy grave) con dos redacciones que se aprobaron el mismo día en dos leyes distintas: se modifica la letra c) del apdo. 1 por la disposición final 1.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, y, con la misma fecha de publicación oficial y entrada en vigor, se vuelve a modificar la letra c) por la disposición final 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. Como también puede citarse la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La ley se publica en el *BOE* del día siguiente, el 10 de diciembre. Paradójicamente, el 21 de diciembre siguiente el *BOE* publica la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, cuya disposición adicional tercera modifica dos tipos infractores en materia de gestión económico-presupuestaria. Como una ley orgánica no se tramita en diez días, se debe concluir que —mientras se tramitaba la Ley 19/2013— ya se estaba redactando su reforma⁶². Un guiño a la técnica legislativa más depurada⁶³, si me permiten la frivolidad, y un gravísimo atentado al principio de seguridad jurídica.

Existe mayor cantidad de normas y las reformas de leyes y reglamentos son mucho más extensas que aquellos instrumentos que derogan y sustituyen, sin que supongan mejoras sustanciales de la realidad previa⁶⁴. Al ciudadano, el derecho

⁶¹ Para el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4^a, Sentencia 1051/2023 de 20 de julio de 2023 (rec. 745/2022), «Como ha recordado recientemente un insigne Magistrado y antiguo Presidente del Tribunal Supremo al repasar la jurisprudencia de esta Sala, la motivación no puede ser concebida como “un simple ejercicio literario”; y ello porque “el control judicial no se detiene en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación, sino que ha de concluirse que una decisión es arbitraria cuando aunque la Administración alegue razones, estas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada”».

⁶² J. Meseguer Yebra (2025), «Calidad del procedimiento normativo y principio de seguridad jurídica». *Revista Española de la Función Consultiva*, 37.

⁶³ Véase P. García-Escudero Márquez (2011), *Manual de técnica legislativa*, Cizur Menor: Civitas. De la misma autora (2010), *Técnica legislativa y seguridad jurídica. ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Cizur Menor: Civitas.

⁶⁴ Santamaría Pastor identifica normas que alcanzan la friolera de más de quinientas páginas, sin contar las de presupuestos, que llegan a las ochocientas. J. A. Santamaría Pastor, «Sobre la legislación...» *op. cit.*, pág. 6.

administrativo de nuestro tiempo le resulta cada vez más farragoso y abigarrado, pero también incomprendible. A menudo leemos en los boletines oficiales textos que no se entienden, ni siquiera después de una segunda y hasta tercera lectura. Esta dificultad comprensiva genera interpretaciones dispares, lo que conduce a una mayor inseguridad, al tiempo que conflictividad.

Por si esta problemática fuera menor, resulta que estas imposiciones se llevan a cabo en contextos de desobediencia y subversión⁶⁵. Existen representantes parlamentarios y gubernamentales a los que no les resulta suficiente la legitimidad democrática que nace del proceso electoral; necesitan reforzar su autoridad con dosis de rebeldía adolescente en una suerte de lo que Nieto denomina *democracia callejera*⁶⁶. No seríamos capaces de explicar al jurista persa cómo es posible en un Estado de derecho que determinadas autoridades inviten de plano a infringir el ordenamiento jurídico y alardeen de ello sobre la base de una pretendida legitimidad moral que se impone por encima de la Constitución, la ley y el derecho. Cómo no va a estar en declive la autoridad (la del maestro, la del efectivo policial...), si algunos representantes políticos erosionan este principio general del derecho.

En cualquier caso es evidente que el derecho ha dejado de ser el *ars boni et aequi* —como lo definiera Ulpiano, atribuyendo la autoría a Celso— para transformarse en un instrumento manipulable para imponer voluntades con escasa legitimidad democrática. En el Libro XXIX de *El Espíritu de las Leyes*, Montesquieu se ocupó de «la manera de componer las leyes», hoy convertida en algo parecido a un juego de naipes, expresión que Nieto utilizaba con frecuencia⁶⁷. Prueba de ello es el maltrato a la ley⁶⁸, el mercadeo en la trastienda de los parlamentos de las enmiendas a cualquier ley, negociadas a cambio de apoyos a otras enmiendas e iniciativas; una función pública muy poco edificante y que —en el contexto presente— tiene difícil solución⁶⁹.

No menos preocupante resulta que los intereses individuales que se imponen no solo son sectoriales, fruto de agentes y grupos de presión, sino también

⁶⁵ F. Biondo (2016), *Desobediencia civil y teoría del derecho. Tomar los conflictos en serio*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁶⁶ A. Nieto (2019), «Democracia callejera», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 25 (ejemplar dedicado a *Juicio Político e Impeachment en el presidencialismo americano*), págs. 270 a 284.

⁶⁷ A. Nieto (1986), «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa. Doctrina jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 51, págs. 427 a 434.

⁶⁸ F. Sosa Wagner y M. Fuertes (2023), «El maltrato a la ley, eclipse democrático». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, págs. 13 a 46.

⁶⁹ M. Fuertes (2016), «Once tesis y una premática para salvar la dignidad de la ley», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 119 a 155. J. A. Santamaría Pastor, «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, págs. 31 a 55.

territoriales. El poder implanta intereses que afectan a la cohesión territorial, una de las tres cuestiones —junto a la religiosa y la social— que se han debatido desde la historia del constitucionalismo en España y que la Carta Magna vigente resolvió con el Estado de las autonomías. Estos intereses, nuevamente resultado de la necesidad de la mayoría parlamentaria, se gestan al margen de los instrumentos jurídicamente habilitados y crean una notable asimetría en el conjunto del Estado. De ahí que el derecho administrativo de nuestro tiempo no pueda prescindir de su vertiente de derecho político o constitucional, y deba ser un derecho público general, como en su momento adelantó Maurice Hauriou⁷⁰ y se ha seguido en parte de la doctrina española⁷¹.

Por último, esta situación genera congoja al ciudadano, que siente pánico ante una eventual reacción ideológica a la hora de exponer su posicionamiento; en este sentido, el contexto descrito anula la libertad de expresión y en algún caso incluso se dirige a la libertad de pensamiento.

VI. NI DERECHO DE ESTADO NI DERECHO DEL ESTADO

Para Nieto el derecho administrativo era un derecho contra el Estado, gestado por abogados para defender a sus clientes de las actuaciones administrativas que lesionaban sus derechos. Sin embargo, hoy en día el contexto es muy distinto.

Como consecuencia de la ideologización, el derecho administrativo de nuestro tiempo ya no es un derecho de Estado, sino un derecho de partidos políticos y grupos de presión. En este sentido, el derecho público ya no siempre responde al interés general, sino al exclusivo de los partidos que detentan el poder. Las normas y las decisiones administrativas son medios —en un claro afán *tacticista*— que permiten alcanzar fines privados de grupos de intereses. El derecho administrativo en muchos casos se ha despojado del sentido de Estado, de construir los cimientos de la *res publica* que actúe para defender los derechos de los ciudadanos. Alejandro Nieto se refirió a esta situación como el *desamparo constitucional*⁷².

El Estado de derecho da paso al Estado de los partidos⁷³, que señoarea el poder público y coloniza sus instituciones: la política de nombramientos se basa en afinidades partidistas antes que en la solvencia profesional; las normas se aprueban, modifican y derogan como consecuencia de pactos entre partidos, ya sean para asegurar la investidura de un candidato a presidente o para asegurar la aprobación de presupuestos generales.

⁷⁰ M. Hauriou (2002), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris: Dalloz.

⁷¹ S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: BOE.

⁷² A. Nieto (2018), Prólogo al libro de J. L. Martín Moreno, *Desamparo constitucional y judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch.

⁷³ Véase M. García Pelayo (1986), *El Estado de partidos*, Madrid: Alianza Editorial.

El derecho público debiera ser el medio del que el poder se vale para ordenar las relaciones jurídicas de la Administración con los particulares, las de aquellas entre sí, o las de estos últimos para evitar que las desigualdades se conviertan en abuso. En cambio, el derecho administrativo de nuestro tiempo ha dejado de estar única o principalmente al servicio de la sociedad y del interés general para convertirse en un instrumento del poder, de ahí que los ciudadanos —lamentablemente— dejen de verlo como una garantía, para considerarlo un verdadero obstáculo.

En las facultades de Derecho los docentes estamos exigiendo a los alumnos un ejercicio de fe: predicamos que el derecho administrativo es un derecho garante, que focaliza su atención en el control del poder, incluso en los actos discrecionales⁷⁴, y en cambio la realidad es muy distinta. Les exigimos que comprendan una realidad en la que nos cuesta creer a nosotros mismos, una suerte de *San Manuel Bueno, mártir*.

En este punto no está de más plantearnos el papel de los juristas en el derecho administrativo de nuestro tiempo. Precisamente al hilo del ensayo de Unamuno, enseñamos a nuestros alumnos una teoría que es eso, pura y mera teoría, cuando vivimos una realidad muy distinta. Como en *Rebelión en la granja*, cada vez que acudimos al decálogo nos encontramos que ha desaparecido un renglón. Por eso nuestra función debe ser la de la crítica constructiva, una crítica fundada en la Constitución y el derecho, en la separación de poderes, en el equilibrio de las instituciones.

Por otro lado, el derecho administrativo de nuestro tiempo ha dejado de ser un ordenamiento exclusivo del Estado para quedar relegado respecto de los ordenamientos autonómicos. Ciertamente, el Estado en los territorios se está convirtiendo en una Administración residual, reservada para cuestiones administrativas tan domésticas como la emisión del documento nacional de identidad o el pasaporte, o la obtención de la licencia para conducir vehículos a motor. El grueso de las competencias que afectan directamente al ciudadano se encuentra atribuido a los municipios y las autonomías. De hecho, el Gobierno de la nación y la Administración General del Estado se han quedado literalmente sin territorio⁷⁵ en el que poder instalar determinados servicios de su competencia.

No es la centralización de plano de las competencias la solución al problema actual, y sí un análisis de aquellas materias que hoy regula cada Administración y su atribución a aquellos niveles de Administración que pueden aportar mayor eficacia. García de Enterría recuerda cómo inicialmente el gas era competencia

⁷⁴ E. García de Enterría (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208. Posteriormente desarrollado como monografía.

⁷⁵ F. Sosa Wagner y M. Fuertes López (2011), *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Madrid: Marcial Pons.

municipal (la luz de gas del alumbrado público) hasta que tuvo que centralizarse por necesidad⁷⁶. Urge en España un estudio en profundidad de las distintas competencias y una reasignación a cada nivel de Administración en función de un juicio de razonabilidad.

VII. MATERIAS ACUMULATIVAS

El derecho administrativo de nuestro tiempo no solo es cuantitativamente abundante, y en muchos casos falto de justificación (por no decir que adolece de vacuidad), sino que se encuentra sujeto a materias que irrumpen con fuerza en nuestra disciplina de manera sobrevinida.

En los primeros años posteriores a la aprobación de la Constitución, el derecho administrativo se centró en el Estado de las autonomías, en la articulación organizativa del Estado con las comunidades autónomas, y muy especialmente en la distribución de competencias. Posteriormente se dirigió a la protección de datos y más tarde la huida del derecho administrativo o a la vertiente administrativa del derecho ambiental⁷⁷. Con ocasión de casos de corrupción, analizó las fronteras entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal⁷⁸. La unidad de mercado y la transparencia igualmente se sumaron al elenco de submaterias de nuestra disciplina. También prestó atención a la Administración electrónica y la actuación automatizada, con especial preocupación respecto de la reserva de humanidad⁷⁹, y ahora se ha volcado en la inteligencia artificial en la Administración Pública⁸⁰. En derecho administrativo —lo que en cada momento resulta ser una temática de actualidad— en un tiempo prudencial pierde atención —que no vigencia— porque sobreviene otro tema de interés⁸¹.

⁷⁶ E. García de Enterría (2007), «El servicio público de gas», en E. García de Enterría. *Problemas actuales del régimen local*, Cizur Menor: Thomson Civitas, págs. 71 a 115.

⁷⁷ Véase B. Lozano Cutanda y J. Cruz-Alli Turrilas (2020), *Administración y legislación ambiental: actualizado y adaptado al EEES*, Madrid: Dykinson. B. Lozano Cutanda, A. Lago Candeira y L. F. López Álvares (2014), *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: Centro de Estudios Financieros. B. Lozano Cutanda (2010), *Derecho ambiental administrativo*, Las Rozas: La Ley. J. E. Soriano García y P. Brufao Curiel (2024), *Claves de Derecho Ambiental*, (2^a ed.), Madrid: Iustel.

⁷⁸ A. Nieto (2012), *Derecho administrativo sancionador*, 5^a edición, Madrid: Tecnos. F. J. Bauzá Martorell (dir.) (2016), *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona: Editorial Bosch.

⁷⁹ M. Vaquer Caballería (2023), «El humanismo del derecho administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, 222, págs. 33-64.

⁸⁰ Véanse las actas del XVIII Congreso de 2024 de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, dedicado a «El derecho administrativo en la era de la inteligencia artificial».

⁸¹ No es infrecuente que las valoraciones de solicitudes de proyectos de investigación aludan a esta causa para denegarlas.

Con la perspectiva del tiempo se aprecia que estas materias no son pasajeras, sino que se incorporan al acervo doctrinal y al derecho positivo en régimen de permanencia. Por ello, no podemos decir que el derecho administrativo de nuestro tiempo sea volátil, y sí en cambio que va prestando atención a temáticas cambiantes, que vienen a engrosar nuestra disciplina. Pierden actualidad, pero dejan regulación normativa y bibliografía académica, cuando no institutos y centros de investigación creados para esos fines. La conclusión es que el derecho administrativo de nuestro tiempo es cambiante, si bien en términos acumulativos. En cualquier caso, nos corresponde a los juristas no perder la perspectiva de que la esencia de nuestra disciplina es siempre el acto administrativo y que toda la estructura del derecho administrativo se articula en torno a aquél.

VIII. EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN

En todos los tiempos el derecho administrativo hunde sus raíces en la Constitución vigente en cada momento. Así, la Administración se construye a partir de unas determinadas bases constitucionales, que desde 1978 son el Estado social y democrático de derecho, así como el Estado de las autonomías. Otra cosa es que recientemente se observe una pretensión de transformación silente de esas bases constitucionales, que afectan de plano a la Administración hasta el punto de someterla a tensiones notables y alterar la arquitectura institucional diseñada por la Carta Magna.

La Revolución francesa construyó un ordenamiento en torno a dos poderes: el legislativo y el ejecutivo, que llevaba a cabo nada menos que funciones judiciales. En España el modelo se importó del país vecino y de hecho los alcaldes dictaban resoluciones-sentencias, si bien muy pronto se construyó un tercer poder, el judicial⁸². La evolución durante estos dos siglos es muy particular: entre el legislativo y el ejecutivo tal separación ha ido sufriendo fisuras. Como hemos anticipado, este último ostenta una superioridad sobre aquél, desde luego en cuanto a dirección y —más preocupante que eso— en cuanto a relativización del control parlamentario sobre el Gobierno. En este sentido, no es ocioso reconocer que legislativo y ejecutivo son un solo poder, un único poder, y que las fórmulas de control parlamentario de la acción de gobierno son estériles. Prueba de ello es que las comparecencias solicitadas por los grupos de la oposición se bloquean sistemáticamente con la mayoría parlamentaria que apoya al Gobierno, y esto sucede con cualquier partido que en cada caso forma Gobierno. Adicionalmente, las leyes

⁸² Véase A. Nieto (1996), *Los primeros pasos del estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, Madrid: Ariel. J. A. Santamaría Pastor (2006), *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid: Iustel. T. R. Fernández (2024), *La Administración española en el inicio de la modernidad (1844-1868)*, Madrid: Iustel. Del mismo autor (2021), *La «Década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea*, Madrid: Iustel.

no se elaboran en las Cortes, sino en los ministerios (y hasta fuera de ellos); una proposición de ley se convierte así en un instrumento meramente formal para la función legislativa, cuya iniciativa corresponde a uno o varios grupos parlamentarios, si bien el origen se sitúa en la Administración, es decir, el poder ejecutivo.

Más preocupantes son las relaciones con el Poder Judicial, y ello en dos órdenes de cuestiones. La primera es —como se ha visto recientemente— la falta de consenso, que se traduce en una falta de interés, durante seis años para renovar la composición del Consejo General del Poder Judicial, que afectó a las vacantes sin cubrir del Tribunal Supremo (nada menos que un tercio del total de magistrados). La segunda pasa por el control judicial de la arbitrariedad del poder, que se proyecta en recientes sentencias del Tribunal Supremo, como son —por citar algunos ejemplos— la de 29 de marzo de 2023, que estima el recurso del coronel de la Guardia Civil Pérez de los Cobos frente a su cese por pérdida de confianza; la de 27 de junio de 2023, que anula el nombramiento del Fiscal de Sala de Menores; la de 21 de noviembre de 2023, que anula nombramientos efectuados por la Fiscalía General del Estado; la de 30 de noviembre de 2023, que anula el nombramiento de la presidenta del Consejo de Estado por no ser una jurista de reconocido prestigio como exige el art. 6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado⁸³; o la de 7 de mayo de 2024, que anula el nombramiento de la fiscal de Sala de Memoria Democrática.

En este contexto de fusión entre el legislativo y el ejecutivo, la independencia del poder judicial se erige en la clave de bóveda que sostiene el Estado de Derecho y evita que el poder se convierta en una suerte de autocracia. La judicatura funciona con la sola adscripción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, de ahí que se erija en un verdadero dique de contención del Estado de Derecho, y por ello haya sido calificada por la doctrina más autorizada como «la joya de la mejor orfebrería jurídica»⁸⁴.

Como hizo ver García de Enterría, el derecho público —gestado en la Revolución Francesa en torno al «gobierno de la ley»— en el siglo XIX transmutó en favor del «gobierno de los hombres», ahora unos hombres elegidos democráticamente⁸⁵. Esta variación solo puede asegurar el Estado de derecho si la ley y el

⁸³ Para un comentario exhaustivo de estas sentencias, véase T. R. Fernández, «La lucha contra la arbitrariedad del poder en el cuarenta y cinco aniversario de la Constitución», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 108-109. *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, Madrid: Iustel, diciembre 2023-enero 2024, págs. 72 a 75.

⁸⁴ J. E. Soriano García (2023), Conversación en Derecho entre un Juez y un Profesor: Francisco Marín Castán y José Eugenio Soriano, en J. Suay Rincón y F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Derecho Público, entre el Poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, Barcelona: Atelier (pág. 26).

⁸⁵ E. García de Enterría (2007), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cizur Menor: Thomson Civitas (pág. 58). Esta reflexión aparece en la obra del mismo autor (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Alianza, especialmente en los capítulos «Sobre el sistema revo-

resto del ordenamiento jurídico permanecen anclados en los valores y principios constitucionales.

Hoy, en plena madurez de la Constitución de 1978, vemos cómo el poder utiliza en muchos casos el Derecho en beneficio propio, apoderándose de una interpretación acentuadamente sesgada de las normas, con la complicidad de algunas instituciones públicas, que se ven arrastradas al descrédito por una falta de independencia respecto del poder político. La lucha por el Derecho que Ihering sugirió en 1872 recupera toda su actualidad, como hace ver Sosa Wagner⁸⁶. En este sentido, el derecho administrativo de nuestro tiempo es el de la resistencia —desde la centralidad en la Constitución— frente a los abusos del poder⁸⁷. Preocupan sobremanera las tensiones que el Poder ejecutivo/legislativo ocasiona al judicial, ya sea en forma de querellas a magistrados instructores de asuntos que afectan al núcleo del poder⁸⁸, o del uso de la política legislativa para limitar la acción de la Justicia en el control del poder. Estas tensiones desestabilizan el equilibrio institucional del ordenamiento diseñada por la Constitución Española, en claro detrimento del Estado de derecho.

En este punto no puede dejar de preocupar las sugerencias desde el poder de sustituir la oposición como sistema de acceso a la carrera judicial —y también la función pública en general— por otros mecanismos que, alimentados por el populismo y de nuevo la ideología, lesionarían la independencia judicial. Resulta necesario reivindicar la oposición como sistema de acceso al empleo público, que asegura la permanencia de la estructura administrativa y esencialmente el acceso al empleo público bajo los principios de objetividad, igualdad, mérito y capacidad. Preocupa especialmente la creciente laboralización del empleo público, con sistemas de acceso que relativizan los principios constitucionales con mecanismos tan grotescos como entrevistas personales. La función docente universitaria no se libra de esta relativización y prueba de ello es la penosa mutación del acceso en la promoción profesional, previa modifica-

lucionario del “reino de la Ley” (pág. 181 y ss.) y «Sobre la “libertad de los modernos”» (pág. 184 y ss.).

⁸⁶ F. Sosa Wagner, «La lucha por el Derecho», *Hay Derecho* [blog], 23-12-2024. Disponible en: <https://is.gd/MxHrrS>.

⁸⁷ En el prólogo de la edición de 2024 del *Curso de Derecho Administrativo* de D. Eduardo García de Enterría y T. R. Fernández, este último escribe lo siguiente: «En el momento en que se da a la imprenta esta nueva edición se está desarrollando, sin que la mayoría de los ciudadanos se dé cuenta, un descomunal enfrentamiento entre el poder y el Derecho, de cuyo desenlace depende ni más ni menos que el mantenimiento del Estado de Derecho. Conviene decirlo porque los grandes acontecimientos no suelen percibirse como tales cuando están ocurriendo y solo cuando se convierten en Historia acertamos a visualizarlos en toda su verdadera dimensión».

⁸⁸ Véase L. M. Díez-Picazo (2025), «¿Puede el Abogado del Estado ejercer la acción penal en nombre del Presidente del Gobierno?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 116, pág. 4-11, Madrid: Iustel.

ción de las relaciones de puestos de trabajo. Constituye un desafío del derecho público reconducir el empleo público al mérito y la capacidad y mantener la oposición como sistema de selección⁸⁹.

En *La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo*, Alejandro Nieto se refiere en dos ocasiones a las bases constitucionales de la Administración. En primer término, porque en su afán de que se realicen los intereses colectivos considera que «hablar de intereses colectivos es hablar de democracia, porque es permitir que amplios sectores sociales, a los que son en parte inaccesibles tanto los mecanismos forenses como los políticos, puedan participar en la vida pública, pero no de forma abstracta, sino muy concreta, porque se trata de intereses que, aunque supraindividuals, afectan al individuo de manera muy directa». En efecto, la participación de los ciudadanos en la elaboración de normas y actos administrativos constituye una manifestación del Estado democrático, contemplada al más alto nivel en el art. 105 CE.

En otro orden de cosas, Nieto defiende superar el credo liberal —anclado, según él, en los intereses individuales— y desembocar en el Estado social de derecho (no se olvide que el artículo se publicó antes de la Constitución española, que define en su art. 1 a España como un Estado social y democrático de derecho). Para el autor, «la ideología liberal siempre ha atraído a los juristas por ser noble y honesta y por defender a los individuos que no tienen acceso a los despachos de los abogados [...] ni, mucho menos, los intereses de la colectividad». Cincuenta años después el contexto —en clave de intervención administrativa colosal— es muy distinto y demanda una reconsideración de las relaciones Estado-sociedad en clave liberal⁹⁰.

IX. LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA INCAPACIDAD DEL ESTADO

El derecho administrativo de nuestro tiempo sufre, en efecto, una crisis expansiva de intervención; sin embargo, pese a ello esta parte del derecho público se antoja en términos generales incapaz de resolver muchos de los problemas que aquejan a los ciudadanos. Esta cualidad confiere —de manera preocupante— al derecho administrativo escasa credibilidad. El derecho administrativo —siendo el instrumento que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos (y de otros poderes) para controlar la actividad administrativa— las más de las veces reduce su foco de atención al procedimiento administrativo, sin profundizar en contenidos de fondo. De ahí que los ciudadanos sean más propensos a acudir a

⁸⁹ Véase J. E. Soriano García (2011), «El Derecho Administrativo y los desafíos del Siglo XXI», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 150, págs. 247-276.

⁹⁰ Sobre las relaciones Estado-sociedad, véase J. Esteve Pardo (2013), *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons.

la jurisdicción penal, que hoy se ha convertido en una jurisdicción de control del poder más habitual que la contenciosa⁹¹.

No es cierto que la jurisdicción criminal sea —al menos, desde el punto de vista jurídico— más efectiva que la contenciosa. Sin embargo, aquella castiga al autor de un ilícito, mientras que esta se limita a anular un acto administrativo. Y aquí radica un problema importante, cual es la responsabilidad: la declaración de invalidez de un acto resulta indiferente a un servidor público (ya sea autoridad o empleado público), siendo grotesco que en ocasiones los mismos servidores públicos animen al ciudadano a formular recurso contencioso para que sea un tribunal de justicia el que determine una concreta solución. La lentitud de la jurisdicción contenciosa —que hace que los autores del acto ya no ocupen sus puestos al dictarse la sentencia—, unida a la mera anulación del acto, alimenta la falta de responsabilidad personal de quienes intervinieron en el acto ilegal. Aunque la anulación del acto haya generado el deber de indemnizar, no es habitual que se formule acción de regreso.

En todo caso, la influencia del derecho penal en la actividad administrativa es más que evidente, al tiempo que perniciosa. Los servidores públicos se encuentran condicionados por las amenazas de querella o de denuncia al Ministerio Fiscal que les dirigen ciudadanos ajenos al procedimiento o dirigentes políticos de la oposición, de manera que en muchos casos muestran un notable recelo a informar o a resolver. Proyectos y solicitudes se quedan deliberadamente desatendidos al amparo de la ficción legal del silencio administrativo y la opción de impugnar la desestimación presunta.

A mayor abundamiento, la insuficiencia del derecho administrativo se incardina en un contexto más amplio de impotencia del Estado para afrontar determinadas situaciones. La inmigración irregular a grandísima escala y de manera criminalmente organizada, la ciberdelincuencia a través de estafas telefónicas e informáticas —incluso a entidades y organismos públicos—, la ocupación ilegal de viviendas, el tráfico de drogas y de personas (en algunos enclaves, de manera alarmante), las agresiones físicas y las sexuales, el acoso escolar y el laboral, la organización de fiestas ilegales en espacios públicos y hasta protegidos... proliferan de una manera exasperante, sin que las Administraciones públicas tengan recursos (humanos, presupuestarios y hasta legales) a su alcance para asegurar el respeto a la ley. La Administración, o bien va de crisis en crisis, o bien sufre una crisis permanente, pero en cualquier caso es un hecho cierto que en muchos ámbitos no existe el Estado, ha desaparecido y el ciudadano sobrevive como puede. Cuando los vecinos se concentran frente a viviendas ocupadas u organizan patrullas callejeras, o los propietarios recurren a empresas de desocupación, se palpa en toda su crudeza que el Estado no existe. Esto no resulta admisible en un Estado de derecho que defiende la primacía de la ley.

⁹¹ F. J. Bauzá Martorell (2014), «El acto administrativo: entre la validez y el delito», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, págs. 217-251.

El derecho administrativo de nuestro tiempo no es capaz de asegurar siempre y en todo caso y lugar los derechos y libertades de los ciudadanos. Si un particular sufre las molestias de un vecino (desde ruidos a hurtos y agresiones), la Administración carece de medios para evitar de plano esos ilícitos, ya sean administrativos o penales. La víctima se encuentra en muchas ocasiones en total desamparo y el derecho público no impide los abusos.

La conclusión no es otra que el ordenamiento jurídico se incardina en el seno de tres vectores: la parálisis, la incapacidad y el enredo. El derecho administrativo de nuestro tiempo se ha convertido en una madeja imposible de desenrañar si no se aborda con carácter previo una simplificación real y efectiva, que pasa por analizar las relaciones Estado-sociedad y comprobar qué debe ser objeto de intervención y qué debe desregularse; a continuación, habrá que analizar seriamente la distribución de competencias y abordar serenamente las ineficacias de la articulación territorial del Estado.

X. DESIDERÁTUM: DE «LA ADMINISTRACIÓN COMO PROBLEMA» A «¿LA ADMINISTRACIÓN COMO SOLUCIÓN?»

A modo de balance y al hilo de las reflexiones que preceden, habrá que convenir que ha dejado de tener vigencia la afirmación que hizo Nieto en 1975: «La Administración moderna semeja el gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconden instrumentos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia».

Sigue gozando de predicamento la primera parte de la afirmación: la Administración se halla inmovilizada por la gran cantidad de normas; sin embargo, los ciudadanos ya no mantienen una situación de prevalencia, sino todo lo contrario, de sumisión y de impotencia frente a la Administración.

El derecho público, convertido en instrumento del poder, ha mutado a la Administración en un monstruo ingobernable. El ciudadano percibe, no exento de razón, a la Administración como problema y no como solución.

En su discurso pronunciado en la Fundación Juan March (Madrid) el 7 de mayo de 1985, el presidente de los Estados Unidos Ronald Reagan dijo con claridad:

Llegamos al convencimiento de que el Gobierno no era la solución, sino el problema; que el masivo crecimiento de los gastos gubernamentales pesaba sobre el sector privado y que el excesivo incremento de los impuestos y las regulaciones estaban ahogando la iniciativa individual y destruyendo las oportunidades para nuestro pueblo.

El Estado de los subsidios, unido a una impuesta ligereza en la formación intelectual de las personas (desaparición de asignaturas humanistas en los planes de estudios como Latín, Griego y Filosofía en la educación secundaria y el bachiller; o el Derecho Romano y la Filosofía del Derecho en el Grado de Derecho, como

también la reducción de contenidos en las asignaturas troncales por haberlas convertido en cuatrimestrales⁹²), acrecienta el poder y lo convierte en un poder omnímodo; de nada sirve la declaración del Estado de derecho —reducida a una dicción meramente programática— si el funcionamiento interno es el de la concentración del poder.

Nieto publicó en 1993 su ensayo *España en astillas*⁹³ y ciertamente se podría decir que la Administración y el derecho administrativo de nuestro tiempo presentan serias astillas que los juristas debemos contribuir a limar; todo sea en beneficio de los ciudadanos, por cuyos derechos debe velar el derecho administrativo y cuyas garantías debemos compartir y defender los administrativistas⁹⁴.

En un alarde de responsabilidad cuanto menos histórica, quiero apelar a los motivos para la esperanza: no podemos resignarnos a pensar que la Administración no tiene remedio. Con ese pensamiento derrotista Montesquieu no hubiera escrito *El Espíritu de las Leyes*, no se hubiera alumbrado el Estado de Derecho ni la Administración pública. Aportemos por tanto los administrativistas nuestra visión crítica de aquello mejorable, siempre con la palabra, desde la moderación pero también desde el compromiso y la determinación, y con la razón jurídica que nace del derecho.

Urge reducir notablemente el Estado para hacerlo más fuerte, abandonar el laberinto de la peor versión de la burocracia y elevar los niveles de eficacia. Hay que regresar al núcleo básico de la Administración, que son la garantía de los derechos de los ciudadanos y la eficacia en la prestación de servicios públicos.

Revisemos en profundidad las relaciones Estado-sociedad, para hacer que el andamiaje burocrático sea el estrictamente imprescindible para impedir los excesos de la sociedad o suplir sus carencias. Algunas catástrofes naturales recientes han confirmado que la sociedad ha resultado más sensible al problema y más eficaz en la solución que las Administraciones, enredadas en la atribución de competencias.

Abordemos la tan demandada reforma del sistema electoral, reforzando la estabilidad y revisando en consecuencia el umbral mínimo para obtener representación electoral, sin que por ello se anulen los derechos de las minorías; abramos unas listas electorales que hoy permanecen cerradas y, en definitiva, reduzcamos sustancialmente el número de cargos públicos.

Volvamos a las razones de legalidad, dejando las de oportunidad para ser desarrolladas por otros actores, pero en el marco del derecho. Las sociedades son civilizadas porque se basan en el derecho; la romanización lo fue por el derecho,

⁹² Sobre la construcción de la asignatura de Derecho Administrativo, no puede dejar de consultarse F. Sosa Wagner y M. Fuertes (2025), *Clásicos del Derecho público (II)* (págs. 417-431), Madrid: Marcial Pons.

⁹³ A. Nieto (1993), *España en astillas*, Madrid: Tecnos.

⁹⁴ Véase M. Aragón Reyes *et al.* (2022), *España. Democracia menguante*, Madrid: Colegio Libre de Eméritos.

de ahí que el derecho administrativo de nuestro tiempo esté llamado a una función capital: asegurar el imperio de la ley, generar confianza en situaciones de incertidumbre. Hagamos que el derecho articule la realidad, y no permitamos que suceda al revés, cuando la realidad nace y se configura al margen de la razón jurídica. El derecho administrativo de nuestro tiempo constituye un límite al poder, un poder que nace del apasionamiento y se impone sobre la razón, incluso sobre derechos fundamentales. La responsabilidad de los juristas de nuestro tiempo es la de reivindicar el derecho, el Estado, la Administración, las instituciones en su equilibrio de poderes y contrapoderes. Sin derecho resulta imposible un Estado Social, ni un Estado democrático, ni mucho menos un Estado de derecho.