

# LA DOCTRINA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE SANTI ROMANO Y ALGUNAS DE SUS APLICACIONES EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Valladolid.

*En el primer aniversario de su muerte, a la Memoria de MANUEL BALLBÉ, compañero y amigo entrañable, que un día escribió en el Preámbulo de una de nuestras leyes: «La conformidad o disconformidad del acto [debe referirse] genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes, equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones».*

## I

1. Se publica ahora la traducción castellana de una obra aparecida por primera vez hace cerca de medio siglo (1), y si ello acaso pudiera parecer a primera vista un tanto sorprendente, lo que realmente debe producir extrañeza es precisamente lo contrario. Y ello no tanto en cuanto la versión castellana no se haya realizado hasta ahora, sino en cuanto puede decirse que la obra había permanecido ajena para el jurista español hasta hace media docena de años (2), e incluso aunque

---

(1) La traducción de la obra de ROMANO se ha realizado de la reimpresión de la segunda edición italiana, Editorial Sansoni, Firenze, 1954, Colección «I classici del diritto», 240 páginas. El trabajo que ahora se publica constituye el Estudio preliminar de la edición española que en breve publicará el Instituto de Estudios Políticos, traducción del autor de estas líneas y de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.

(2) Vid. de modo especial GARCÍA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957. Sobre este mismo punto ha de tenerse también muy en cuen-

después de esta fecha se ha hablado de ella, se ha hecho en ocasiones sin una exacta comprensión de su contenido, malentendiéndolo en otras. En definitiva, también entre nosotros ha ocurrido exactamente el mismo fenómeno que el propio ROMANO, denunciándolo, lamentaba al concluir la nota preliminar a la segunda edición de su obra. «Siendo ahora fácil la lectura del libro—decía—, espero que no sean ya muchos los que, como con frecuencia ha ocurrido, hablen de él sin conocerlo directamente y por ello mismo incurriendo en graves errores».

*El Ordenamiento jurídico* de Santi ROMANO es, sin duda alguna, una obra fundamental. Y no es la circunstancia concreta de presentar ahora la obra al lector español lo que dicta estas palabras, sino que las recojo conociendo plenamente el valor objetivo que ellas tienen: sobradamente tendremos ocasión de ver la consideración que la obra de ROMANO recibe por parte de la doctrina como de un auténtico y verdadero hito en el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo. De ahí precisamente que no trate de llevar a cabo ni un análisis crítico de la misma, ni menos aún de la obra de ROMANO en general: tal pretensión de enjuiciamiento limitaría casi con lo grotesco, por carecer de toda autoridad en el campo de la dogmática general del Derecho, que es en el que en concreto se mueve Santi ROMANO en la obra que presentamos. Estas páginas, por el contrario, pretenden tener una finalidad mucho más modesta: simplemente, presentar la obra al lector español, formulando al mismo tiempo algunas aplicaciones concretas de la tesis ordinal en el campo específico del Derecho administrativo. Bien entendido, además, que si la obra de ROMANO aparece sin duda alguna superada en algunos puntos de su construcción—en el fondo hay quizá demasiado formalismo, un tanto ajeno para el jurista de nuestros días—, mantiene, sin embargo, todo su más sugestivo valor polémico en cuanto en concreto incide críticamente sobre la concepción normativa del derecho, perspectiva que conserva, sí, todavía su más apasionante actualidad. Personalmente no debo ocultar que, en última instancia, quizá lo que más me interesa de la tesis de ROMANO sea, precisamente por su interés dialéctico, más que la construcción positiva, tan difícilmente concretable en muchos casos—«el derecho de organización»—, el doble enunciado que a esta tesis precede sirviéndole de

---

ta la afirmación de VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo*, ed. lit., 225: «El problema de la organización administrativa es lógicamente inmediato al del Ordenamiento jurídico, Todo Ordenamiento jurídico implica la necesidad de una previa organización: prácticamente puede decirse que no existe un ordenamiento de derecho sin una organización». Igualmente, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1961, 54 s.

apoyo y sostén, por una parte, «el derecho no es sólo norma»; por otra, la determinación del significado y del sentido de las normas en función directa de la totalidad del Ordenamiento, del que en última instancia aquéllas no son sino una de sus manifestaciones.

2. Santi ROMANO que, cuando aún no ha cumplido los treinta años, elaboró ya esa pieza sorprendente que es su colaboración sobre los derechos públicos subjetivos en el *Primo Trattato* que dirige su maestro ORLANDO (3), ofrece con *L'Ordinamento giuridico* ni más ni menos que una formulación del concepto de derecho; una formulación del concepto de derecho, decimos, en la que como idea central se asume la intención de reaccionar decidida y radicalmente contra aquella otra que lo concibe *exclusivamente* en su sentido normativo y relacional.

a) Para calibrar la trascendencia de la tesis expuesta puede ser interesante constatar en base a otros testimonios, y moviéndonos siempre en el plano de la más estricta objetividad, el impacto que la concepción de ROMANO ocasionó, advirtiendo además que la representación que del mismo podamos recoger en estas líneas será siempre, sin duda alguna, pálida y escasa.

Resulta desde luego sorprendente observar la repercusión que tuvo *El Ordenamiento jurídico*. «Nada más publicarse—escribe ORLANDO (4)—, todos los estudiosos de la filosofía del derecho italianos, con un interés que desde luego honra su atenta sensibilidad científica, puede decirse que advirtieron la importancia fundamental de la nueva teoría, hasta el punto que casi todos ellos—de modo más o menos específico desde luego—la hicieron objeto de su estudio, en el que, aun cuando podía ser criticada, se reconoció siempre la sustancial importancia de la tesis aportada». El propio ROMANO, con elogiada objetividad, expone después en visión sistemática y de conjunto todo ese mundo de opiniones y críticas suscitado por su obra, opiniones y críticas que valora y analiza en las ediciones posteriores, en las que son recogidas en notas separadas: no hay sino asomarse a las páginas mismas de la edición que ahora se publica, para percibir en su exacta dimensión la significación polémica que la obra de Santi ROMANO tuvo.

Insisto en que por el momento no formulo ningún juicio de valor

(3) Vid. Santi ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, en el *Primo Trattato*, dirigido por V. E. ORLANDO, I, Milano, 1897, 111 ss.

(4) V. E. ORLANDO, *Prncipi di diritto amministrativo*, ed. a cargo de LESSONA, Firenze, 1952, XXXVI, en nota. Parte de la Introducción redactada por ORLANDO para esta edición se publicó también bajo el título *Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890*, en «Riv. trim. dir. pub.» (1952), 2, 259-288.

ni sobre la tesis de ROMANO ni sobre los juicios por ella suscitados. Me basta, para realzar su significado, constatar el eco alcanzado por ella, que, en definitiva, es de por sí suficientemente expresivo. Del tema se ocuparon entonces, entre otros, DEL VECCHIO, MICELI, CESARINI SFORZA, VOLPICELLI, CRISAFULLI, CAPOGRASSI, BOBBIO, CAMMARATA, CONDORELLI, PERTICONE, BATTAGLIA, ORESTANO, MAGGIORE, FERRARA, MORTATI, C. SCHMITT, ZICCARDI, GUELI, CARNELUTTI, AGO, MESSINEO, etc. (5). Señalaremos, además, cómo en la exposición sistemática que Santi ROMANO lleva a cabo analizando los juicios de los autores citados, no faltan ni palabras de complacencia para quienes comparten y siguen su tesis, ni ponderadas respuestas a quienes la critican, ni tampoco, por su parte, las oportunas rectificaciones; hay también desenfadados calificativos para quienes malentienden la obra, para quienes sin comprenderla opinan sobre ella, o para los que incluso ni siquiera el mismo ROMANO puede decir si la han comprendido o no.

b) Como una prueba más, y ésta muy cualificada, acerca de lo que la obra de ROMANO significó, quiero recoger también el testimonio expresado de V. E. ORLANDO (6), en polémica a veces con el propio ROMANO, testimonio cuyo significado debe valorarse precisamente en función del papel que ORLANDO desempeñó como auténtico padre y maestro de la Escuela italiana de Derecho público. Dice textualmente ORLANDO, refiriéndose a *El Ordenamiento jurídico*: «La obra se presenta no tanto como enunciación de principios abstractos, sino como algo concreto, como modelo, como ejemplo. Es desde esta perspectiva desde la que la obra de ROMANO me parece sencillamente prodigiosa. Por mi parte, no dudo en afirmar que no conozco... en toda la literatura jurídica italiana y extranjera ninguna otra que realice de modo tan completo y definitivo lo que debe ser el modelo de una construcción de derecho público general».

c) Por último, y en base a la conocida afirmación de que son los frutos los que en definitiva determinan la condición del árbol, podemos

---

(5) Cfr. especialmente la nota 69 bis de la obra de ROMANO. Por lo que se refiere a la acogida de que fué objeto en la doctrina alemana, vid. C. SCHMITT, *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, 24.

(6) Las referencias de ORLANDO a la obra de Santi ROMANO son desde luego muy abundantes. La que transcribimos en el texto en *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, recogido en *Diritto pubblico generale. Scritti varii*, Milano, 1940, 56. (Este trabajo fué publicado inicialmente en los *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939). Vid. igualmente *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, Modena, 1948; la Introducción a sus *Principi*, XXXVI y siguientes; también, *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 579 ss.

constatar la trascendencia de la tesis ordinal de Santi ROMANO —y acaso sea éste, de todos, el testimonio más decisivo—, viéndolo cómo aun en medio de las polémicas suscitadas, por encima de ellas incluso, fué y es todavía en nuestros días la concepción metodológica que en su validez general ha encontrado y encuentra una mayor acogida entre los juristas italianos: con mayor o menor intensidad desde luego, o incluso someténdola a determinadas correcciones, la tesis ordinal es frecuentemente asumida por distintos autores como punto de partida para llevar a cabo posteriores investigaciones. Y conviene destacar que esta circunstancia no se da sólo en una determinada rama del derecho, sino que reviste caracteres auténticamente generales. M. S. GIANNINI (7) lo ha puesto de relieve muy justamente, analizando el fenómeno en toda su amplitud: la tesis de ROMANO es acogida por constitucionalistas e internacionalistas; en el campo administrativo, por conocidas, resulta obvio destacar sus aplicaciones; los canonistas, por su parte, deducen también del estudio de los ordenamientos de las distintas religiones las más felices y acertadas consecuencias; a su vez, una autorizada dirección de historiadores del derecho facilita, en base a la tesis ordinal, convincentes aplicaciones del fenómeno histórico; los procesalistas y iusprivatistas la acogen igualmente, siendo, sin embargo, los estudiosos de derecho romano—señala el propio GIANNINI—quienes con su natural tendencia a pensar en términos de teoría general, los que acaso la han llevado a sus más interesantes y sugestivas consecuencias. La referencia, entre otros muchos, a los nombres (8) de MORELLI, ZICCARDI, SPERDUTI, MONACO, DEL GIUDICE, MESSINEO, CODACCI-PISANELLI, ALLO-RIO, BISCARETTI DI RUFFIA, GUARINO, G. I. LUZZATTO, RUFFINI, AMORTH, Salvatore ROMANO, SILVESTRI, NIGRO, OTTAVIANO, etc., es por demás expresiva acerca de la fecundidad de la doctrina, debiendo añadirse a los nombres anteriores, y de modo muy especial como es lógico, los de los tres exponentes más caracterizados de la Escuela de administrativistas que directamente deriva de nuestro autor, y que sin duda alguna son

(7) M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, en «Riv. trim. dir. pub.» (1958), 2, 291 s.

(8) Cfr. M. S. GIANNINI, *Gli elementi*, 219 s., quien se refiere con todo detalle a los distintos autores en los que la tesis ordinal encuentra acogida. A las referencias bibliográficas allí señaladas deben añadirse además, entre otras muchas, CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; del mismo autor también, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940; OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, separata de la «Riv. trim. dir. pub.» (1958), 4; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1962, I, 12-13, 23, 35, 39 y *passim*. Más referencias bibliográficas también en la propia obra de ROMANO, nota 69 bis.

en nuestros días los representantes más cualificados de la ciencia administrativa italiana: Guido ZANOBINI (9), Giovanni MIELE (10) y M. Severo GIANNINI (11).

## II

Sabido es que la idea matriz a la que, en última instancia, reduce Santi ROMANO el concepto de derecho objetivo, no es otra que la de Ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico, que es sinónimo de institución, resaltándose así fundamentalmente el carácter esencialmente organizativo que aquél presenta. En la organización radica, pues, la esencia última de lo jurídico.

Ahora bien, si la tesis de ROMANO ha tenido, como hemos visto, importantes y sugestivas aplicaciones, no han faltado tampoco supuestos en los que, a pesar de haber pretendido fundamentarse en ella, la doctrina ordinamental quedaba totalmente desvirtuada, desdibujada, precisamente al desorbitar el papel que un concepto como el de Ordenamiento jurídico puede y debe desempeñar. Se ha pretendido encontrar en él una verdadera y trascendente *chiave del mondo*, auténtica piedra filosofal con la que poder resolver, con inexorable y radical exactitud, todos los problemas jurídicos presentados y que incluso pudieran presentarse.

El fenómeno que apuntamos no es desde luego extraño y puede afirmarse que se ha repetido con frecuencia en el campo del derecho. Los nombres de Kelsen y Hauriou, por ejemplo, lo atestiguan evidentemente: hay y ha habido siempre como una radical infidelidad a los maestros, precisamente de quienes quieren y pretenden ser sus más fieles

---

(9) Es cierto, desde luego, que la obra de Guido ZANOBINI, especialmente su *Corso*, mantiene en líneas generales un carácter en cierto modo sintético-descriptivo, distinto del que caracteriza a la obra de ROMANO; sin embargo, los puntos de partida, tanto de esa obra como muy especialmente de sus ya clásicas monográficas, están en evidente conexión con la doctrina ordinamental.

(10) MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1960, presenta igualmente un claro entronque con la doctrina del ordenamiento, aunque se separe en algunos puntos de las tesis de ROMANO, como, por ejemplo, al analizar la doctrina de los poderes; cfr. también de este autor, muy especialmente, los trabajos monográficos de su primera época, como, por ejemplo, *Le situazioni di necessità dello Stato*, «Arch. di dir. pub.» (1936), 377 ss.

(11) M. S. GIANNINI, que tan ampliamente se hace eco de la concepción ordinamental, es sin duda alguna más fiel a ella en sus *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, que en aquellos trabajos en los que directamente se ocupa del tema, como son, por ejemplo, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, en *Atti I Congresso int. di Sociologia*, 1951; *Gli elementi*, cit.

seguidores. Así, no pocos de los «discípulos» de Kelsen han encontrado o han querido encontrar por todas partes normas jurídicas y nada más que normas; los del Decano de Toulouse, instituciones. También en el caso de Santi Romano el fenómeno se ha repetido en igual sentido, queriendo ver Ordenamientos jurídicos por todas partes. Conviene desde luego advertirlo para así relativizar inicialmente en su significado el concepto de ordenamiento, relativización que, en definitiva, corresponde absolutamente a todos los conceptos jurídicos; en otro caso se alcanza, en primer lugar, el desorbitamiento del concepto mismo; en ocasiones también desorbitamiento de las consecuencias que de él pueden deducirse. M. S. GIANNINI (12) ha ridiculizado este estado de cosas con su agudeza característica; permítaseme transcribir aquí sus propias palabras: «... si rischia di giungere a trovare ordinamenti giuridici ad ogni angolo di strada; sarebbero, per fare dei casi, ordinamenti giuridici la comunità occasionale dei passeggeri di un batello, o quella dei partecipanti ad una riunione di rock and roll, sol perchè le esigenze tecniche del mezzo o la specie particolare dello svago impongono l'osservanza di regole che non sono certamente seguite dalle persone che si trovano in situazioni non così particolari. Del resto ciò non è mera fantasia perchè si sono spiegati in termini di ordinamenti giuridici taluni rapporti tra due persone: senza così avvertire che accettando la premesse di questo risultato dovrebbe fissarsi un ordinamento giuridico in ogni madre col suo bambino o in ogni coppia d'innamorati: nè ciò dovrebbe far sorridere ove si consideri, sulla scorta degli studi psicologici, che ogni rapporto educativo è un unicum, e che ogni corrispondenza amorosa è diversa dall'altra. Tuttociò è totalmente stravagante che non può neppur dirsi più grottesco...»

### III

1. Santi Romano (13) inicia su carrera universitaria con una pro-lusión en la Universidad de Palermo, que constituye a su vez uno de sus primeros trabajos: *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. Ya desde entonces va a manifestarse en él de modo constante una honda preocupación por los problemas de carácter metodológico, y ello a su

(12) M. S. GIANNINI, *Gli elementi*, 221; el propio ROMANO establece en la nota 29 ter, una serie de correcciones frente a la ampliación excesiva propuesta por algunos autores, tanto de su concepto de ordenamiento jurídico como del de institución.

(13) ORLANDO, *Ancora*, 52.

vez de la única forma que las cuestiones de método pueden y deben proponerse para que resulten eficaces: no en su formulación más o menos general, sino a través de su aplicación concreta (14). Preocupación metodológica, decimos, que por su parte se exterioriza en un triple sentido. En primer lugar, por medio de una dedicada y constante atención a todas las cuestiones referentes al sistema de producción del orden jurídico, a la doctrina de las fuentes, cuestiones que resolverá dimensionándolas siempre con un sentido objetivo, mediante su vinculación directa e inmediata con la realidad (15).

En segundo lugar—y aquí su vinculación con ORLANDO es obvia—, manteniendo una constante preocupación para fijar la plena autonomía sistemática de la Ciencia del derecho público general, «que a lo largo del XIX había venido formándose como una simple segregación de la antigua vinculación que presentaba con la Filosofía del derecho» (16) y con la Ciencia política.

Por último, también, el afán reiterado—y creo que antes que por él por nadie sistemáticamente expuesto en la literatura jurídica de los países latinos—, de que las construcciones jurídicas de validez general abarquen también y con igual significación el fenómeno jurídico-privado y el propio del derecho público. Entre ambos fenómenos hay desde luego diferencias esenciales; no por ello, sin embargo, dejan los dos de integrar en su conjunto la realidad jurídica general (17).

---

(14) Que en ninguna parte como en las cuestiones metodológicas el movimiento se demuestra andando, lo ha puesto de relieve recientemente GARCÍA DE ENTERRÍA, en esta REVISTA, núm. 26, 255. También Alfonso de COSSÍO, *La crisis de la ley*, Sevilla, 1954, 9, denuncia el frecuente contraste que en ocasiones se da en algunos autores, entre las aspiraciones metodológicas que exteriorizan y la realidad concreta de sus construcciones científicas.

(15) Casi no hace falta advertir que es necesario no confundir este realismo de SANTI ROMANO con aquellas otras doctrinas que también se conocen bajo el nombre de «realismo jurídico», entre las que, por ejemplo, hay que situar la conocida de DUCUIT, o las más recientes norteamericanas.

(16) ORLANDO, *Intorno*, 596.

(17) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960. Por lo que al pensamiento de ROMANO se refiere, es fundamental el siguiente texto que se contiene en las primeras páginas de la obra: «Tiene, por otra parte, un notable significado destacar el origen, al menos el origen probable, de las definiciones corrientes de Derecho, definiciones que han sido elaboradas o por las disciplinas de Derecho privado—que después las han impuesto a las demás—, o desde puntos de vista que no han alcanzado superar los criterios propios de esas mismas disciplinas... Quien conoce el fatigoso pero importante camino de integración y corrección de conceptos, un tiempo exclusivamente propios del Derecho privado, que ha sido iniciado por los modernos iuspublicistas, fácilmente intuirá la necesidad de que se cumpla un procedimiento análogo en relación con la misma definición de derecho que, conviene repetirlo, el derecho público y la filosofía del Derecho han modificado *ad*



2. Interesa resaltar cómo en el fondo de esta triple dirección, que tan inmediatamente puede percibirse en toda la obra de ROMANO, hay como una idea rectora, como un criterio fundamental y determinante; casi se diría que una misma intención preside todos sus trabajos: determinación de la realidad jurídica, y determinación *cierta, objetiva y concreta*; se supera así además no sólo cualquier intento de fijación de esa realidad exclusivamente en base a un orden normativo, sino también en base a un pretendido sistema de validez trascendente, ahistórica y supratemporal. El enjuiciamiento crítico que Santi ROMANO lleva a cabo tanto del iusnaturalismo (18) como del positivismo, responde precisamente a esta intención. Determinación de la realidad jurídica encuadrada siempre en un marco concreto y objetivo, resultado de la ponderación de unas situaciones existentes, situaciones para cuya justa comprensión es con frecuencia necesaria su misma explicación histórica (19).

*occhi chiusi dal diritto privato*». En sentido totalmente análogo se había manifestado ya la doctrina jurídico-pública alemana: vid. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, Tübingen und Leipzig, 1901, VII.

(18) Parece obvio resaltar que las referencias de ROMANO al derecho natural han de conectarse de modo exclusivo, muy justificadamente por otra parte, con aquella concepción del mismo que lo configura como un pretendido orden superior y trascendente, de validez absoluta y general, siempre difícilmente reducible a categorías estrictamente jurídicas por la vaguedad y ajuridicidad de sus propios enunciados. (Vid., por ejemplo, en la dirección que criticamos, A. D'ORS, *Principios para una teoría realista del derecho*, en «An. Fil. del Dcr.», 1953, I, 224: «Entiendo por Derecho natural aquel Orden jurídico de origen divino que viene admitido por la tradición de la Iglesia Católica».) Por nuestra parte, creemos que no hay ningún obstáculo, sino muy al contrario, para estimar compatible la tesis ordinamental con otras concepciones iusnaturalistas distinta de la indicada; así, por ejemplo—y sin pretender agotar con ella la formulación que el derecho natural debe recibir—, con la que se determina en base a «la naturaleza de las cosas». Se trata de un iusnaturalismo empírico que desde la «natura rei» de algunos escolásticos y juristas españoles del Siglo de Oro (VITORIA, GINÉS DE SEPÚLVEDA, MOLINA, GABRIEL VÁZQUEZ) puede conectarse directamente a través de una tradición ininterrumpida, variable desde luego en sus formulaciones y matices, con las concepciones jurídicas de BODINO, MONTAIGNE, VICO y MONTESQUIEU, hasta llegar a las obras de IHERING, SAVIGNY y DERNBURG, para concluir con las recientes tesis sustentadas por RADBRUCH, HUSSERL, REINACH, ARTHUR KAUFMANN, HUBER y MAIHOFFER; cfr. estas referencias en base a Erik WOLF, *El problema del derecho natural*, Barcelona, 1960, 114-126. Añadamos por nuestra parte cómo este fenómeno de revalorización del derecho natural no permanece sólo en un plano estrictamente especulativo, sino que de modo directo incide sobre la realidad jurídica concreta, sobre las distintas disciplinas jurídicas. En el campo del derecho administrativo es conocida la tendencia de consagrar la fórmula que el Estado de Derecho representa no sólo de un modo formal, sino también materialmente, siendo conocido asimismo el camino seguido para reducir, en base a fórmulas de derecho natural, el ámbito de la llamada arbitrariedad administrativa, dándole a este término el significado con que GARCÍA DE ENTERRÍA lo ha formulado. Vid también *infra* nota 64, refiriéndonos ya de modo concreto a estas cuestiones en el campo concreto del derecho administrativo.

(19) Señala ORLANDO, *Principi*, XXXIII—y la observación me parece importante—, cómo debe hacerse entrar en la ciencia del derecho lo que propiamente forma parte de

Para llevar a cabo esta tarea, para determinar esa realidad, hay siempre en toda la obra de Santi ROMANO una buscada y absoluta ausencia de erudición, una falta total de referencias teóricas, de juicios preconcebidos: «non si lascia afferrare da schemi, da teorie», observa MIELE (20), pues en el fondo—advierte a su vez CAPOGRASSI (21)—«el principio que caracteriza su método es, precisamente, el de no adoptar teorías, modos provisionales siempre de ver y de conectar en su conjunto los datos positivos de la vida del derecho entendido en su plenitud». En tal sentido, resulta interesante constatar las muchas veces que Santi ROMANO, como suprema y más sólida argumentación en la que apoyar, por ejemplo, un determinado juicio, no hace sino indicar que de no admitirlo nos encontraríamos en pura lógica con que sería negada una valoración, una circunstancia constantemente reconocida, y además, como tal, mantenida en la realidad. Es ésta, en definitiva, la que siempre debe marcar la línea de la argumentación del jurista. En su misma elementalidad, creo que no cabe argumento más convincente y efectivo. Conexión, pues, con la realidad, en contra de la cual—en última instancia—en modo alguno puede explicarse el fenómeno jurídico; una realidad multiforme, con frecuencia irreductible a unos esquemas generales. De ahí que ROMANO renuncie casi como principio a ofrecernos un desarrollo de su pensamiento en base a unos esquemas límites, desde luego más o menos definidos y completos, pero que en la misma medida que se presentan como una obra determinada y perfecta, se apartan casi siempre de la realidad, por lo que acaso no sea otro que el puramente estético (22) el valor que entonces tales construcciones presenten.

---

su proceso formativo, para de esta forma beneficiarse «dei riscontri storici come dati offerti dall'esperienza cui applica forme a gradi di astrazione che sono propri». Es lástima, sin embargo, que tan trascendental observación no fuera posteriormente puesta en juego en función de sus mejores posibilidades, ni por este autor ni por ROMANO. De todos modos, me parece evidente la necesidad de acudir a la determinación histórica para explicar y comprender la realidad jurídica. Sobre este punto, e insistiendo en la misma dirección, vid. la breve pero excelente lección de metodología histórica que se recoge en la Introducción de GARCÍA DE ENTERRÍA a su libro *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955.

(20) Esta referencia está tomada del trabajo a que se refiere la nota siguiente.

(21) CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di Santi Romano*, «Riv. tri. dir. pub.» (1951), 1, 60: este largo estudio de CAPOGRASSI constituye una pieza fundamental para la comprensión de la obra de Santi ROMANO, estudio en el que, por otra parte, no faltan observaciones y juicios de honda y profunda significación humana.

(22) La expresión que el texto recoge la refiere Gerhart NIEMEYER al sistema positivista en el Prólogo a HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1961, reproducción fotomecánica de la segunda edición. En este punto difiere de las opiniones formuladas por CAPOGRASSI sobre la «joven literatura jurídico-administrativa» italiana en la obra recogida en la nota anterior. Cfr. en sentido crítico, distintas observaciones sobre el tema en GARCÍA DE EN-

En el fondo, y como base del planteamiento que ROMANO ofrece, hay—permítaseme la expresión—una constante y apremiante llamada al sentido común. Una auténtica llamada, que puede percibirse invariablemente a lo largo de toda su obra hasta concluir en ese librito realmente magistral, que son los *Frammenti di un dizionario giuridico* (23), auténtico símbolo y testamento no sólo de un modo de entender el derecho, sino también de un modo de entender lo humano. Y acaso no sea una simple coincidencia que esta obra, precisamente esta obra, escrita en los dolorosos y amargos años de 1943-1946, que si para todos los fueron, lo fueron muy especialmente para Santi ROMANO—años de abandono, de depuraciones y de crisis (24)—, concluya con esa deliciosa página sobre «el hombre de la calle» (25), versión presente y societaria de lo que desde los juristas romanos ha sido siempre «el buen padre de familia».

3. Esta conexión con la realidad, propia, como es sabido, del positivismo (quede bien claro que me refiero al positivismo en su significado amplio, al positivismo científico y cultural, que hay que mantener diferenciado del positivismo jurídico), en el que evidentemente hay que encuadrar a Santi ROMANO, va a llevarle a articular técnicamente la realidad jurídica en base al concepto de institución. Sobre él insistiremos después; lo que interesa destacar ya desde ahora es la intencionada preocupación que nuestro autor tiene de moverse *siempre* dentro de unas categorías jurídicas, estrictamente jurídicas, que—como él dice tantas veces—«son las únicas que aquí interesan». La doctrina del ordenamiento de Santi ROMANO es rigurosamente jurídica, a diferencia de lo que ocurre con otros institucionalismos (26). Inmanencia, pues, de lo jurídico que debe mantenerse en un plano perfectamente diferenciado de lo no jurídico, especialmente de aquellas otras valoraciones propias y peculiares de la Ciencia sociológica. Como ha observado muy bien CAPOGRASSI (27), no tienen razón quienes estiman que

TERRÍA, núm. 19 de esta REVISTA, 353 s., y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, núm. 32 de esta misma REVISTA, 350.

(23) En distintos pasajes de *El ordenamiento jurídico* vid., por ejemplo, párrafo 36—se refiere Santi ROMANO a futuros trabajos a elaborar en la misma dirección y sobre problemática análoga. Creemos fundadamente que el que de modo más inmediato puede conectarse con esta intención es, sin duda alguna, su última obra *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

(24) CAPOGRASSI, *L'ultimo*, 75.

(25) Santi ROMANO, *Frammenti*, 234.

(26) Salvatore ROMANO, *Autonomia privata*, «Riv. trim. dir. pub.» (1956), 4, 822.

(27) CAPOGRASSI, *L'ultimo*, 66 ss. En el sentido referido en el texto, por ejemplo, entre nosotros, LEGAZ LACAMBRA, en el Prólogo a la edición española de DEL VECCHIO,

el institucionalismo de ROMANO lleva consigo un evidente peligro sociologista, dando a su vez a esta expresión un claro sentido peyorativo y crítico. Peligro sociologista evidentemente inexistente en Santi ROMANO, pero del que, sin embargo, no han sabido librarse del todo algunos de sus más caracterizados seguidores (28).

En este punto es necesario tener muy en cuenta una distinción que, a pesar de su misma simplicidad, es fundamental y que con frecuencia resulta olvidada: que hay un método *jurídico*, estrictamente jurídico, que si se quiere, por su vinculación con la realidad, puede calificarse como método sociológico; y que existe también, además, perfectamente diferenciada, la Ciencia de la Sociología. Y mientras que la vinculación al primero, que nos parece clara por lo que a Santi ROMANO se refiere, nos mantiene en el plano más estricto de lo peculiarmente jurídico, situarse en la segunda supone ya, sin embargo, una evasión, una salida del mundo del derecho y, consiguientemente, el abandono de aquellas categorías que le son propias. La distinción me parece importante y puede arrojar no poca luz sobre muchos problemas que la ciencia jurídica tiene actualmente planteados; en nuestro caso, sobre las críticas que se han formulado en ocasiones, tachando la doctrina institucional de Santi ROMANO de excesivamente sociológica y poco jurídica.

En este punto, y en defensa del enjuiciamiento que hacemos de la tesis de ROMANO, conviene recordar también que no es desde luego una pura coincidencia la exaltación constante (29) que han hecho de su obra—resaltando justamente la validez jurídica de la tesis ordinal—precisamente los juristas más representativos de la Escuela italiana de derecho público, autores en los que a su vez ese afán de pureza de lo jurídico, al margen de categorías económicas, políticas, culturales y sociológicas, es por demás evidente y manifiesto.

4. La idea raíz y primaria de derecho en sentido objetivo, la encuentra Santi ROMANO en la institución. Conviene destacar una vez más

---

*Derecho y Vida*, Barcelona, 1942, 11, al comentar el peligro sociologista del institucionalismo de ROMANO.

(28) Es sin duda alguna, en la obra de M. S. GIANNINI en la que más intensamente se perciben estas derivaciones de carácter sociológico; cfr. especialmente, *Sulla pluralità*, cit., y *Gli elementi*, cit., donde precisamente insiste GIANNINI de modo muy concreto acerca de la imposibilidad de aprehender el concepto de ordenamiento si no es acudiendo al concepto sociológico de grupo.

(29) Vid. por todos, y como el más expresivo, recogiendo además referencias a otros autores, el testimonio de ORLANDO, *Principi.*, XXVII ss. y *passim*, donde se refiere a las conexiones entre su obra y la de ROMANO, a la vinculación a éste de Guido ZANOBINI y de otros juristas, autores todos ellos en relación con los cuales nadie podrá apuntar siquiera que no usan del modo más depurado el llamado método jurídico.

cómo al buscar en la institución esa idea matriz de toda su tesis, busca ROMANO no sólo llevar a cabo la tarea constructiva que según su enunciado se propone—articulación de lo jurídico en base a la idea de institución—, sino también, y de modo muy directo, aquella otra de significado polémico, y que no es sino una crítica radical al positivismo jurídico. Crítica no sólo en cuanto éste reduce con carácter exclusivo el campo del derecho a un orden estrictamente normativo (30), sino también en cuanto fija las raíces mismas del sistema jurídico únicamente en la voluntad del Estado. Santi ROMANO reacciona con su obra contra el totalitarismo estatal (31), y con todos los honores puede considerársele—como muy acertadamente advierte ESSER (32)—como auténtico pionero en Europa de la doctrina pluralista. «Aunque sus tendencias sean más organicistas que analíticas—dice—, da el impulso para que se aprecie la nulidad funcional de todos los elementos del ordenamiento en tanto que «fuentes del derecho» sustanciales, y el hecho de que la tarea venga determinada previamente por la Ley. Sobre todo la segunda parte [de *El Ordenamiento jurídico*] proporciona un material convincente para demostrar la falsedad histórica y actual de la tesis del monopolio de las fuentes del derecho por parte de la legislatura estatal».

En esta dirección polémica, enmarcada siempre frente al positivismo jurídico, la concepción de Santi ROMANO cobra actualmente una inusitada significación. No debe olvidarse que, como se ha señalado, toda la compleja polémica que desde una u otra dirección está debatiéndose en nuestros días en torno a los conceptos esenciales del derecho, no responde, en última instancia, sino a un fenómeno de revisión crítica del positivismo jurídico. En tal sentido, conviene proclamar—y es preciso poner en esta afirmación todo el énfasis posible—, conviene proclamar, decimos, los innegables beneficios que de la obra del positivismo jurídico se han derivado, y a la que sin duda alguna todos somos deudores (33); afirmación y reconocimiento que deben adquirir especial re-

(30) Debe tenerse muy presente que la crítica de ROMANO no la formula sólo y de modo directo al positivismo jurídico; sin embargo, a éste puede ser refrendada con todo rigor, en cuanto que en última instancia se comprende en aquella concepción más amplia, la concepción normativa del derecho, con la que precisamente ROMANO polemiza.

(31) Salvatore ROMANO, *Autonomía*, 822; cfr. en nota 74, referencias a otros trabajos precedentes del propio Santi ROMANO en esta misma dirección.

(32) ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, Barcelona, 1961, 370 s., en nota.

(33) Puede afirmarse, desde luego, que sólo a una consideración unilateral del fenómeno jurídico puede pasar injustamente inadvertida la afirmación del texto. Late aquí en el fondo, con toda su tensión polémica y con un profundo significado compensatorio, ni más ni menos que toda la cuestión del derecho natural, cuestión que, como es sabido,

lieve en el campo del derecho administrativo. No hace más de cien años nos encontrábamos con una Ciencia del derecho público en la que, junto a las categorías jurídicas, se mezclaban indiferenciadas otras de carácter

presenta, en cuanto a su contenido, un significado ciertamente «multívoco», aunque sea «unívoca» su función, al concebirse siempre precisamente en sus relaciones con el derecho positivo (ERIK WOLF, 17, 211, 214 y *passim*). En este punto conviene proclamar con toda radicalidad cómo el reconocimiento del derecho natural en modo alguno permite minusvalorar el orden positivo; a tal fin puede ser oportuno recordar el siguiente texto de ERIK WOLF, 30 ss.: «Hoy, en el momento en que tras un largo período—primero de condena y luego de desinterés—los juristas vuelven a ocuparse teóricamente y prácticamente del problema del derecho natural, no basta con confesar, llenos de *pathos* religioso y moral o de idealismo político-religioso, uno de los ideales iusnaturalistas, cubrir de insultos al positivismo, condenar la legislación formal y la sumisión del Juez a la norma positiva (jamás estuvo el Juez reducido a la interpretación literal del derecho positivo); conduciéndose así, en efecto, se sucumbe fácilmente a la ideología, se entronizan precipitadamente, como permanentes, determinados principios y hasta se promueve la arbitrariedad legislativa o judicial». Sobre las garantías de imparcialidad y generalidad que el positivismo facilitó para el afianzamiento del Estado de Derecho, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, 257 s. La quiebra del positivismo se puso de relieve, a muy triste precio por cierto, al fallar los presupuestos éticos y políticos que pudieron servirle de apoyo (WIEACKER, 327 ss.), habiendo sido acaso necesarias las últimas connotaciones políticas para evidenciar cómo el sistema positivo no estaba en situación de suministrar ningún criterio de valor aplicable a las tareas no conocidas o no reconocidas hasta entonces (ESSER, 6). Ello justificó, acaso en Alemania como en ninguna otra parte, una reacción a favor del derecho natural, reacción que se ha presentado con una intensidad realmente sorprendente. Relacionando el renacimiento aludido del derecho natural con la vuelta a una concepción material del Estado de Derecho, JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, 164, en nota.—Sobre esta vuelta al derecho natural, cfr. las referencias recogidas a lo largo de toda la obra de ERIK WOLF, obra excelente y de muy importante significación a pesar de su intencionado carácter expositivo. El último testimonio en esta corriente de preocupación por el tema, si bien más desde una perspectiva filosófica, aunque también con especiales referencias a los problemas jurídicos, testimonio que a su vez ofrece una significación que me parece trascendental, es la obra de ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961, especialmente interesantes desde nuestro punto de vista, 161 ss. y 299 ss. La reacción hacia el neopositivismo no se ha hecho esperar, sin embargo; reacción que por su parte es plenamente consciente de la necesidad de que en un momento dado fuera superado el positivismo, para volver más tarde a él. El conocido texto de FEUERBACH—«hay que salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo»—cobra en este sentido especial significado, y no es ajeno incluso a la popularizada afirmación de E. SCHMIDT, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, 22: «El positivismo ha muerto; ¡viva el positivismo!» Que en el fondo se trata de un movimiento constantemente pendular lo puede acreditar, incluso en su mismo valor anecdótico, el hecho de que al «eterno retorno al derecho natural» (ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2.ª ed., 1947), o a su «Hochrenaissance» (GUTZWILLER, en «Zeit. für schweizer Rechts», n. s. 76, 215 ss.) se contraponga ahora «el eterno retorno al positivismo jurídico» (DIETRICH LANG-HINRICHSEN, *Fest. für Mezger*, München, 1954, 60 ss.). Una visión de conjunto sobre el estado presente de la cuestión puede encontrarse muy completa en el «simposium» que dirigido por MAIHOFER acaba de publicarse bajo el título *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, 1962, donde se recoben breves pero significativos trabajos, entre otros, de WOLF, LARENZ, WELZEL, RADBRUCH, FORSTHOFF, etc.

económico, filosófico, político o de simple ciencia de la organización. La «purificación» (34) de todo ese complejo sistema, incluso el establecimiento de la fórmula técnica para alcanzar tal resultado, fué, sin duda alguna, obra exclusiva y directa del positivismo jurídico. Ahora bien, lo que acabamos de decir, en modo alguno supone que propugnemos la defensa de la concepción positiva, sino muy al contrario, ya que es además preciso proclamar no sólo su radical insuficiencia, sino también, y en general, la de todos los sistemas jurídicos estructurados en base a un orden exclusivamente normativo. Insuficiencia hoy manifiesta, directamente reconocida y expresada; insuficiencia, sin embargo, que de una u otra forma, siempre fué sentida y soportada. Porque no creo sea aventurado afirmar que en el fondo todos los problemas relativos a la determinación de las funciones del Juez como auténtico creador del derecho, de las doctrinas formuladas acerca de la interpretación y aplicación de las leyes—tarea que permitirá precisamente determinar la realidad jurídica de cada caso—, en el fondo de toda la polémica habida en torno a la admisión y reconocimiento de los llamados conceptos «standard» o, incluso, de las cláusulas generales; en el fondo de la insistente llamada con que, para poder determinar la concreta efectividad del derecho son reclamados una serie de valores superiores—como pueden ser el de la justicia material o el propio del derecho natural—; en el fondo de la doctrina misma de la no aplicación de las normas como técnica correctora de su eficacia, o de la tesis del incumplimiento de las leyes como fórmula que rectifica su posible inadecuación con la realidad (35); en

---

(34) Pueden aducirse aquí una serie de textos en el sentido indicado, coincidentes todos ellos en el mismo afán. LABAND, IX (prólogo a la 2.<sup>a</sup> edición), se manifiesta directamente contra el diletantismo histórico, filosófico y político en el campo del derecho público; ORLANDO, en *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, recogido en *Diritto pubblico*, 6, dice textualmente: «Nos lamentamos que los estudiosos del Derecho sean demasiados filósofos, demasiado políticos, demasiado historiadores y demasiado poco juristas, mientras que es esto lo que sobre todo deberían ser». Vid. también, la significación que en análogo sentido tienen en la doctrina alemana la obra de G. JELLINEK y la de Hans Kelsen, a las que expresamente se refiere ORLANDO en la Introducción a la edición italiana de JELLINEK, *Dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, VIII ss. El mismo intento de purificación continúa siendo siempre punto de partida para cualquier construcción sistemática; así, CAETANO, *Tratado de Derecho administrativo*, Santiago de Compostela, 17: «Pretendi sacar el Derecho administrativo de mi país de una fase que podía considerarse precientífica o... prejurídica. En realidad, el Derecho administrativo se enseñaba mezclado con nociones económicas, políticas, jurídicas, de mera administración...» Creo importante destacar cómo es siempre, en última instancia, el mismo afán el que se exterioriza desde posiciones tan diferentes como son las de los autores indicados.

(35) Sobre estas cuestiones, vid. la obra fundamental ya citada de ESSER, 101, 122 ss., 193, 223 y *passim*, así como las referencias que en ella se recogen.

el fondo de todas estas construcciones y de todas estas tesis, no hay acaso sino una única cuestión: la inconsistencia del orden normológico en cuanto a su valor general y totalizador; la necesidad también de proclamar la imposibilidad de reconducir en su totalidad la realidad jurídica a un simple sistema de normas, porque en última instancia, por ejemplo, casi da lo mismo decir que el derecho no son sólo normas que, residenciando en éstas lo jurídico, señalar a continuación que su determinación específica y concreta depende, con carácter insoslayable, de unas circunstancias de tiempo y lugar, o de las exigencias particulares de los casos singulares, o que, incluso, esas normas sólo habrán de ser aplicadas, y, por tanto, sólo serán efectivas, cuando incidan y en la medida en que lo hagan, sobre una realidad social en función proporcional a unas posibilidades existentes o previsibles.

Para salvar las consecuencias que en su misma radicalidad se derivan de los postulados positivistas, se ha tenido, pues, que echar mano de toda clase de justificaciones; en ocasiones también, de toda clase de sutilezas. Lo cierto es, sin embargo, que hubiera sido más fácil abandonar aquellos postulados que explicar las técnicas arbitradas para justificarlos.

Imposibilidad, pues, de fijar el orden jurídico con carácter excluyente y total en base a un orden normativo. Es el primer punto central de la construcción de ROMANO. El derecho es algo más, algo mucho más complejo que las simples normas en las que se concreta. Insistimos: en su *totalidad* y con carácter *exclusivo*, porque lo que sobre este punto decimos en modo alguno supone anular o disminuir el valor del orden normativo, que siempre jugará un papel importante en la determinación de lo jurídico; pienso, incluso, que el papel esencial. Sobre este particular las advertencias de ROMANO (36) son desde luego reiteradas y constantes: no se trata de reducir el valor de lo normativo, sino simplemente de proclamar que ese orden no agota en sí mismo toda la realidad jurídica.

También, como segundo corolario básico a derivar de la tesis ordinal, la necesidad de enmarcar esas normas, resultado objetivo del Ordenamiento jurídico, en la totalidad que éste representa. Se trata de una técnica necesaria de muy amplias posibilidades en cuanto a sus con-

---

(36) En que se evite este posible malentendido, insiste repetidamente Santi ROMANO a lo largo de toda su obra: la concepción ordinal del derecho en modo alguno elimina, ni menos aún suprime, el papel esencial a desempeñar por lo normativo. Cfr. también GIANNINI, *Gli elementi*, 231, al considerar directamente el orden normativo como uno de los *elementos* integrantes del concepto de ordenamiento.



secuencias, y que va a jugar un papel sencillamente fundamental en puntos tan importantes como son los de la aplicación, interpretación e integración de las leyes, que sólo en conexión y en dependencia directa con la aplicación, interpretación e integración del Ordenamiento jurídico puede y debe realizarse. Más aún: ha de señalarse también cómo lo que con frecuencia ha venido siendo predicado como características de las normas—piénsese en el ejemplo de la coacción o de la coactividad de las leyes—, son más bien notas peculiares y propias de todo ordenamiento, no sólo de las normas que, resultando de él, lo integran en una de sus partes. La diferenciación entre precepto y ordenamiento y el posterior engarce de estos dos conceptos que en base a la doctrina ordinal debe realizarse, constituyen asimismo otro de los puntos de mayor significación y vigencia en la obra de ROMANO.

5. Es ahora el momento de traer aquí el juicio de ese «hombre de la calle», con su sentido común, con su sensatez propia, con su *ius murmurandi* incluso (37), tal y como SANTI ROMANO lo representa: ese hombre de la calle que sabe muy bien que una cosa son las leyes, las normas, y otra muy distinta la realidad jurídica; que ésta en modo alguno puede hacerse sinónima de aquéllas.

Sin pretender desde luego agotar el tema, cuyo desarrollo completo nos llevaría acaso demasiado lejos, recojamos tan sólo algunos ejemplos, referidos siempre al sistema administrativo español, en los que precisamente el juicio del hombre de la calle, acaso deba interesar más a los juristas que lo que las mismas leyes puedan decir. Algunos ejemplos, pues, que evidencian en concreto cómo el derecho «no es sólo y únicamente» un conjunto de normas, ni sólo lo que en ellas se contiene.

a) La Ley de Procedimiento administrativo recoge, junto a otras normas no menos ambiciosas, una de importancia capital en su artículo 35. Debe señalarse, además, que se trata de una norma de aplicación directa, no de carácter programático; que programáticas vienen llamándose a las normas cuando no se quiere que se cumplan... Pues bien, el artículo 35 de la Ley señala que en todos los Departamentos civiles, que en todas las oficinas públicas las tareas de carácter predominantemente burocrático habrán de ser desempeñadas exclusivamente por funcionarios administrativos; los profesionales de carácter técnico y de carácter facultativo deberán dedicarse, plena y exclusivamente, a las funciones propias de su especialidad. Yo me resisto, sin embargo, a afirmar que la realidad jurídica sea la expuesta en el texto de la Ley y que no

(37) SANTI ROMANO, *Frammenti*, 234.

continúan, como antes, desempeñando las labores predominantemente burocráticas Médicos, Ingenieros, Arquitectos, Catedráticos y demás «técnicos y facultativos». ¿Cuál es entonces la realidad jurídica en este caso? ¿La que nos dice la Ley...?

b) En la legislación de enseñanza universitaria está vigente, como es sabido, aquella norma que prescribe que todos los estudiantes deberán acudir a los actos académicos obligatoriamente uniformados con los distintivos propios de la Milicia Universitaria o del S. E. U. ¿Habría algún Rector que pretendiese poner en práctica su cumplimiento? ¿O que exigiera la aplicación del apartado g) del artículo 18 de la Ley de Ordenación universitaria, según el cual debe nombrarse en cada Facultad un «Profesor de día», encargado en ella de su orden y disciplina?

c) Vigentes están también las normas fundacionales y reguladoras de la organización de las Administraciones autónomas de las aguas públicas en su ámbito superior; me refiero, como es obvio, a las Confederaciones Hidrográficas. ¿Quién podrá afirmar, sin embargo, que la organización de esas Administraciones públicas responde en nuestros días al principio de la representividad de los usuarios contenido en aquellas normas fundacionales todavía vigentes? (38).

d) Más ejemplos todavía, y ahora en sentido contrario, no simplemente de inaplicación de normas. Como es sabido, la Ley de 20 de diciembre de 1952 vino a restablecer, dándole a su vez una nueva redacción, la vigencia del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, cuya aplicación había sido suspendida por el Decreto-Ley de 22 de octubre de 1936. De acuerdo con la Ley de 1952, debía entenderse que tal suspensión se extendía desde el 22 de octubre de 1936 hasta la fecha de esa Ley, 20 de diciembre de 1952. Hasta aquí el orden normativo; la realidad fué sin embargo muy distinta. Recojamos las consideraciones que a este respecto formula GARCÍA DE ENTERRÍA (39): en el propio seno de la Administración se entendió, y así lo había venido manteniendo ya el Consejo de Estado, que el Decreto-Ley de 22 de octubre de 1936 había perdido su razón de ser con la desaparición de las circunstancias excepcionales que lo motivaron, mucho antes incluso de que fuera publicada la Ley de 1952. .

e) A conclusiones de significado análogo podemos llegar también

(38) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960, en toda su segunda parte.

(39) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, núm. 10 de esta REVISTA, 241 ss.

al estudiar la figura de la inalienabilidad del dominio público. Remitámonos con carácter general a la investigación llevada a cabo por CLAVERO ARÉVALO (40), en la que se encuentran abundantes ejemplos de lo que decimos. Así, cuando frente a las soluciones estrictamente normativas señala ese autor, refiriéndose a la nulidad de las enajenaciones de dominio público, que existen muchos casos en los que «puede dulcificarse el rigor de la nulidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso, del estado presente y futuro de la función pública después de la enajenación, los intereses de los usuarios de los bienes o servicios afectados y los del adquirente de buena fe». Es obvio, pues, que también aquí, al admitir todas estas valoraciones, se está proclamando del modo más radical la insuficiencia de las soluciones estrictamente normativas.

f) En el mismo terreno podríamos mantenernos para tratar de justificar la validez y eficacia de los actos de los funcionarios interinos cuando existiendo prescripción legal que señale plazo máximo durante el cual podrá tener validez ese nombramiento, se continúa en el desempeño de las funciones una vez transcurrido dicho plazo. Hay acaso, en cierto modo, una «conversión» del funcionario interino en funcionario de hecho. Pero, ¿qué justifica en tales supuestos la legitimidad de lo actuado por ese funcionario sino, al margen ya de lo prescrito por la Ley, la existencia objetiva y cierta de un interés para ello por parte de la propia comunidad? (41).

g) Más todavía: la reducción de la realidad jurídica al orden normativo no sólo resulta manifiestamente insuficiente para explicar todos esos problemas y otros muchos, sino que siendo consecuentes con tal concepción, nos encontraríamos de hecho frente a muy graves cuestiones, cuyo solo enunciado puede parecer casi demencial. Veamos un ejemplo. De seguirse estrictamente la tesis normativa con todas sus consecuencias, nos encontraríamos, ni más ni menos, con que la mayor parte de las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas otorgadas hace unos treinta años eran todas ellas contrarias a derecho. No obstante, nadie podrá pensar en sostener tal afirmación, ni menos aún en que pudiera prosperar en cuanto a sus consecuencias; afirmación que, por otra parte y dentro de una concepción estrictamente positivista, resulta irrefutable. La argumentación en la que aquélla puede apoyarse es, como puede verse, clara: la tramitación y otorgamiento de todas las concesiones de aguas de interés público se reguló por el Real Decreto-

(40) CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1959.

(41) Cfr. en tal sentido las sugestivas argumentaciones que recoge a lo largo de toda su obra CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956.

Ley de 7 de enero de 1927 (42), texto que contiene no sólo normas procedimentales, sino también otras de carácter sustantivo. Este Real Decreto-Ley derogó preceptos contenidos en normas de rango legal; por ello, precisamente, la exigencia de que la norma promulgada fuera un Decreto-Ley. Ahora bien, el Decreto-Ley de 15 de abril de 1931 dispuso con carácter general la revisión de toda la obra *legislativa* de la época del Directorio, ordenando que los Decretos-Leyes promulgados durante el mismo se clasificaran en cuatro grupos: derogados, totalmente anulados, subsistentes, en todo o en parte, y, por último, los que degradados de rango continuaban vigentes, pero como simples preceptos reglamentarios. El artículo 2 de ese Decreto-Ley de 15 de abril de 1931 señalaba a su vez que esa reducción de rango tendría carácter general para todos los Decretos-Leyes que al llegar el 1 de junio de ese año no hubieran sido objeto de otra distinta y expresa clasificación. Pues bien, el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 no fué específicamente calificado en ninguno de los grupos indicados; quedaba, por tanto, reducido a simple precepto reglamentario. Además, que nosotros sepamos, no ha sido objeto de ninguna ulterior convalidación que lo restableciera en su valor legal. Debe pensarse entonces que volvían a cobrar vigencia las normas por él derogadas, cuyo mantenido y constante incumplimiento nos colocaría frente a situaciones evidentemente contrarias a derecho. ¿Quién podrá pretender, sin embargo, que ello sea así, y que la realidad jurídica en este punto concreto no continúa siendo determinada en toda su extensión en función del Real Decreto-Ley de 1927, cuando como tal viene haciéndose por la Administración activa, y como tal viene siendo reconocido por la Administración consultiva, por la doctrina y por los propios Tribunales?

A no muy diferentes consecuencias podría llegarse también si desde la misma perspectiva analizáramos la «llamada» Ley de Puertos de 1928, actualmente con plena vigencia y de mantenida aplicación.

Los ejemplos podrían desde luego multiplicarse indefinidamente.

---

(42) Este Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 al que nos referimos, no debe confundirse con el de igual fecha que establece el carácter de públicas de las aguas nacidas en los montes municipales o en predios particulares cuando no fueran directamente aprovechadas por sus dueños; Real Decreto-Ley este último que, en base a lo dispuesto en el Decreto-Ley de 15 de abril de 1931, sí fué derogado por el Decreto de 6 de mayo del mismo año, Decreto este último de muy dudosa y parcial inspiración, cuyo Preámbulo comenzaba con aquellas conocidas palabras de «Alarmada la conciencia jurídica del país...»

## IV

1. Pudiera acaso objetársenos que hasta el momento nos mantene-  
mos en una posición quizá excesivamente negativa y crítica, sin propo-  
ner, por el contrario, una solución constructiva que pudiera sustituir  
esa radical insuficiencia que supone la reducción del sistema jurídico ex-  
clusivamente a un orden normativo.

En primer lugar, no es cierto que el adoptar una postura crítica su-  
ponga no adoptar posición alguna. En el fondo, no se trata, una vez  
más, sino de la radical limitación, de la esencial relatividad que todo lo  
humano tiene frente al deseo de satisfacerse con fórmulas plenas y tota-  
lizadoras. Pero es que además, al margen ya de esta consideración, SANTI  
ROMANO ofrece como elemento central, como concepto base positivo  
sobre el que llevar a cabo la determinación de lo jurídico, el concepto  
de institución.

No es cuestión de exponer aquí todo el desarrollo que esta tesis lleva  
consigo; su exposición constituye ni más ni menos que el contenido de  
buena parte de la obra de ROMANO; en concepto, de casi toda su prime-  
ra mitad. Ahora bien, la circunstancia de que también para ROMANO el  
concepto de institución sea el concepto determinante de lo jurídico,  
evoca casi instintivamente la doctrina institucional de HAURIUO (43),  
formulada, poco más o menos, al mismo tiempo que la de ROMANO, no  
siendo desde luego una simple casualidad esta coincidencia cronológica,  
en cuanto acredita mejor que nada las necesidades que el instituciona-  
lismo vino a satisfacer. En tal sentido, debe considerarse cómo el signifi-  
cado polémico que presenta la tesis del Decano de Toulouse hay que  
conectarlo también en relación con la doctrina positivista (44); en con-  
creto, en relación con el desarrollo que recibe a través de la conocida  
tesis de la regla del derecho de LÉON DUCUIT, frente a la cual HAURIUO

(43) Vid. HAURIUO, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social en la Cité moderne et les transformations du Droit*, «Cahiers de la nouvelle jour-  
née», IV, París, 1925; vid., también de HAURIUO, *Principes de droit public*, París, 1916,  
y *Précis de droit constitutionnel*, París, 1929.

(44) Cfr. el propio HAURIUO, *La théorie*, 6 s.: «Le système [—el] de la «règle de droit  
objective» de LÉON DUCUIT—] est, d'ailleurs, inacceptable parce qu'il dépasse le but. Il  
ne se borne pas à faire de la règle de droit un élément de continuité pour les institutions  
sociales, il prétend en faire l'élément formateur; or, s'il est vrai que les règles de droit  
sont, pour les institutions un élément de conservation et de durée, on ne saurait en con-  
clure qu'elles soient l'agent de leur creation».

proclama «le rôle secondaire de la règle du droit» (45), punto este en el que realmente encuentran explicación las diferencias esenciales entre las Escuelas de Burdeos y Toulouse, y no en aquel otro, mucho más concreto, particularizado y accesorio, que es el de la cuestión acerca de la doctrina del servicio público.

Señalemos, por último, cómo la concepción institucional de HAURIUO, en contraste con la de ROMANO, ha tenido entre nosotros una amplia resonancia (46), si bien limitada de modo fundamental al campo de la Ciencia política o al de la Filosofía del Derecho, sin que, por otra parte, haya trascendido mayormente al campo concreto de las disciplinas jurídicas de carácter ya más particular.

2. Santi ROMANO estudia con detalle a lo largo de su obra la tesis institucional de HAURIUO, marcando analíticamente las diferencias que existen entre ella y su concepción ordinamental (47). Sobre este punto, más que llevar a cabo un estudio comparativo de las dos doctrinas, conviene poner de relieve, al relacionar las dos tesis institucionalistas, un fenómeno que acabamos de apuntar, y que en cierto modo no deja de ser paradójico. El institucionalismo de SANTI ROMANO carece, desde luego, de la sugestiva jugosidad, quizá más política que jurídica, que presenta el del Decano de Toulouse; desde una perspectiva jurídica, sin embargo, ofrece, sin duda alguna, unos perfiles mucho más precisos y concretos, y por ello mismo también de mayor validez. El hálito sociológico e incluso metafísico que hay en toda concepción de HAURIUO (48) —no se olvide, por ejemplo, el mismo subtítulo de uno de los más caracterizados trabajos en los que recoge su tesis institucional, *Essai de vitalisme social*—la hace en cierto modo perder rigor jurídico. El fenómeno, por su parte, ha sido ya comparativamente resaltado por LUCAS

(45) HAURIUO, *La théorie*, 6.

(46) Merece destacarse entre nosotros, como auténtico pionero del institucionalismo de HAURIUO, a RUIZ DEL CASTILLO, quien en distintos trabajos, y ya inicialmente en el Estudio Preliminar a su traducción de los *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, ha recogido muy ampliamente las doctrinas del Decano de Toulouse. También, entre otros, CORTS GRAU, RUIZ JIMÉNEZ, y muy especialmente JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, que ha sido y es, sin duda alguna, quien ha desarrollado más fielmente la doctrina institucional, tanto en el plano teórico como en el práctico.

(47) Vid. especialmente Santi ROMANO, *El ordenamiento*, parágrafo 11, in fine. No parece sea necesario traer aquí la abundante literatura publicada sobre el institucionalismo de HAURIUO. (Cfr., por ejemplo, en RUIZ JIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944.) Referencias expresas de carácter comparativo sobre las dos tesis institucionalistas pueden verse en ORLANDO, *Intorno*, 594 ss., y en LUCAS VERDÚ, *infra* en las notas siguientes.

(48) LUCAS VERDÚ, *Introducción al Derecho político*, Barcelona, 1958, 19, y *Sobre el concepto de institución política*, en «Rev. de Est. Pol.» (1960), 108, 26.

VERDÚ (49): «El institucionalismo de Santi ROMANO, menos genial que el de HAURIOU, desprovisto de aliento metafísico, pero, sin embargo, más preciso y técnico».

La caracterización diferenciadora que señalamos de las dos concepciones institucionalistas se acentúa todavía muchísimo más en relación con los desarrollos sucesivos de ambas tesis; singularmente en el caso de HAURIOU, en el que sabido es cómo algunos de sus seguidores hicieron perder a la doctrina del maestro no sólo su auténtica significación jurídica, sino también el valor sugeridor que tenía (50), cuando no la emplearon muchas veces como fórmula justificativa de determinadas situaciones políticas siempre muy poco justificables.

El institucionalismo de HAURIOU y el de ROMANO en modo alguno pueden identificarse (51): ni en sus tesis originarias, ni en el desarrollo de las mismas. Por ello, no parece del todo correcta la afirmación de ESSER (52) cuando conecta los nombres de RENARD y DELOS con el de ROMANO. No obstante, y manteniendo siempre clara esta diversidad, es posible señalar sin embargo como comunes (53), muchas más coincidencias de las que aparentemente se presentan—máxime si de las instituciones de HAURIOU (54) consideramos las «institutions-personnes», que son sobre las que de modo fundamental él construye su tesis—, en cuanto que en ambas concepciones, si bien con distinta intensidad, el elemento fundamental es desde luego el elemento *organizativo*. En este punto, esencial por otra parte, y en la referencia crítica a la doctrina positiva, hay, pues, una importante y evidente coincidencia entre las dos doctrinas institucionalistas.

Ha sido conveniente formular la observación anterior, resaltando el aspecto orgánico que en ambos casos presenta la institución—HAURIOU se refiere principalmente a las corporaciones, a las organizaciones—,

(49) LUCAS VERDÚ, *Sobre el concepto*, 26.

(50) Acerca de los epígonos de HAURIOU, vid. igualmente LUCAS VERDÚ, *Sobre el concepto*, 24, y la *Introducción*, 19 y *passim*.

(51) Cfr. de modo expreso las obras recogidas *supra* en la nota 47.

(52) ESSER, 370 s., en nota.

(53) Como la más elemental y lógica prueba en la que apoyar lo que decimos, cfr. el concepto de institución de ROMANO con el de HAURIOU, *La théorie*, 10, concepto este último tantísimas veces aludido, pero tan pocas precisado y que literalmente transcribimos a continuación: «une institution est une idée d'ouvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; *por la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes*: d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures». (El subrayado es mío.)

(54) HAURIOU, *La théorie*, 10 ss.

porque ese fenómeno de equívoca expansión de los conceptos jurídicos, al que ya hemos hecho referencia, se ha dado también en relación con la tesis de HAURIUO: querer buscar instituciones jurídicas por todas partes, prurito de llamar instituciones a todo, ideologías, doctrinas, *ismos*, formas, estructuras, derechos, órganos y facultades (55). Y en esta línea deformadora no han faltado tampoco quienes, en base al institucionalismo de HAURIUO, han considerado y consideran como auténticas instituciones lo que no son sino simples figuras jurídicas, institutos jurídicos. El equívoco me parece evidente. La institución supone siempre un elemento organizativo, supone siempre una efectiva unidad social, unas voluntades, circunstancias que en modo alguno se dan en las llamadas «figuras» jurídicas, que, por el contrario, no son sino los tipos en que se exterioriza el germen jurídico que la institución lleva dentro de sí, las formas en que actúa y de las que se sirve.

Tal interpretación de la doctrina institucional es desde luego errónea (56); ello no obsta, sin embargo, para que esas figuras jurídicas puedan calificarse con toda propiedad como auténticas instituciones, pero dándole entonces a esta expresión un sentido distinto. No el que HAURIUO y ROMANO le dan, sino instituciones en el sentido tradicional de la romanística y de la Ciencia de las Pandectas, sentido que, como es sabido, absolutamente nada tiene que ver con las configuraciones que de este término formularon Santi ROMANO y Maurice HAURIUO (57).

## V

1. El sistema administrativo español ha acogido recientemente, y que nosotros sepamos con una intensidad que no ofrece ningún otro sistema jurídico, la *formulación* de la tesis ordinamental del derecho. La doctrina recoge la expresión de modo cada vez más frecuente: así,

(55) LUCAS VERDÚ, *Sobre el concepto*, 27.

(56) Cfr., por ejemplo, ORTIZ DÍAZ, *Modalidades y perspectivas del régimen especial de Carta*, Madrid, 1954.

(57) En tal sentido y con todo rigor, formulando además la distinción entre la que pudiéramos llamar «institución del institucionalismo» y la institución como figura jurídica, ESSER, 405, así como las referencias allí recogidas. También en el campo del derecho público y refiriéndose al concepto de institución en este segundo sentido, es fácil encontrar numerosos ejemplos: ya, LABAND, IX. Como caracterización general de los «tipos» o figuras jurídicas, recientemente, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, 333 ss.



por ejemplo, entre otros, CLAVERO ARÉVALO (58), GARCÍA DE ENTERRÍA (59), GARCÍA AÑOVEROS (60). Acaso puede parecer aparentemente que esta circunstancia no ofrece mayor problema, y que habiendo sido ROMANO el que prácticamente acuñara el término, se trata ni más ni menos que de acoger no sólo en su expresión, sino en su mismo e intrínseco significado, su concepción ordinamental. Veremos, sin embargo, que esto no es así.

La jurisprudencia también ha reiterado últimamente y de modo constante este mismo concepto, al menos en su expresión formal: así, en fecha reciente, por ejemplo, la sentencia de 18 de abril de 1961, que argumenta en base a lo que establece la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.

Igualmente la legislación. El Ordenamiento jurídico vincula en su totalidad a la Administración: a él debe ajustarse el contenido de todos los actos administrativos (art. 40 de la Ley de Procedimiento administrativo). Las infracciones del Ordenamiento jurídico, no tipificadas expresamente, dan lugar—según señala el artículo 48 de la misma Ley de Procedimiento—a la anulabilidad de los actos administrativos. Por su parte, la sentencia del Juez—dice el número 2 del artículo 83 de la Ley jurisdiccional—estimaré el recurso contencioso cuando el acto o disposición incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico.

Qué sea el Ordenamiento jurídico lo aclara de modo expreso la Exposición de Motivos de la última Ley citada, texto que recoge en este punto unas consideraciones realmente importantes para la cuestión que nos ocupa. Se dice textualmente:

«Y refiere la conformidad o disconformidad del acto genérico al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones».

---

(58) CLAVERO ARÉVALO, *Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal*, separata de la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», noviembre 1952.

(59) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA, 79.

(60) GARCÍA AÑOVEROS, *Desarrollo económico y ordenamiento jurídico*, «Rev. Der. fin. y Hac. púb.» (1961), 44.

2. Muchas son desde luego las posibilidades que contienen los textos señalados en cuanto que de modo directo ratifican la superación más absoluta de los criterios positivistas, llegando a hablar incluso de *una normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*, expresión cuyo valor ya analicé al poco tiempo de publicarse la Ley (61). No es aventurado afirmar que quizá ningún otro sistema ofrezca al Juez administrativo tan amplias posibilidades como el nuestro para hacer realmente efectivo un Estado de Derecho, al reconocer como vinculante para la Administración la misma naturaleza de las propias instituciones (62).

Ahora bien, si el eco de la obra de ROMANO puede desde luego percibirse muy cerca, no podemos, sin embargo, sostener (63) que la doctrina y el derecho positivo hayan acogido realmente y de modo total su tesis. Las referencias suponen desde luego un paso decisivo, fundamental, amplio camino que nuestros Jueces deben recorrer. Pienso, no obstante, que en todos los textos recogidos *la doctrina ordinamental se rectifica en el sentido de reconducirla nuevamente a un orden normativo*, todo lo amplio que se quiera desde luego, pero un orden que se apoya también y de modo fundamental en el concepto de norma. La adopción estricta de la tesis de ROMANO hubiera obligado a hablar no de «*la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*», sino de la *juridicidad inmanente en la naturaleza de las propias instituciones*; más aún, la propia doctrina, cuando emplea la expresión ordenamiento jurídico, la refiere no a la inmanente juridicidad de lo institucional, tal y como ROMANO la establece, sino precisamente al *orden normativo* considerado en su conjunto; el mismo—y la circunstancia resulta aquí un tanto paradójica—, el mismo, decimos, que ya con su conocida y gráfica expresión, fijó Maurice HAURIOU en el llamado «bloque de la legalidad»: orden normativo, integrado no sólo por leyes—entiéndase normas escritas—, sino también por normas consuetudinarias, y muy especialmente por los principios generales del derecho, todos ellos configuradores del obrar de la Administración (64). Destacar de entre estos

(61) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, número 22 de esta REVISTA, 129 ss.

(62) Vid. *infra* nota 71, refiriéndose de modo expreso a la importante sentencia de 20 de febrero de 1959, que directamente se determina en el sentido que se recoge en el texto.

(63) En tal sentido quiero rectificar el juicio que formulé en la página 170 del trabajo a que se refiere la anterior nota 61 acerca de las relaciones entre la tesis ordinamental de ROMANO y la de nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(64) Conviene destacar como fenómeno importante la valoración creciente que están recibiendo los principios generales del derecho, consecuencia, como ha señalado GARCÍA

principios generales los llamados principios institucionales puede ser, sin duda alguna, el mejor camino para acercarse a la valoración exacta de la tesis de ROMANO.

3. Formulada la aclaración anterior, debe considerarse cómo resulta obvio que la vigencia y efectividad del Ordenamiento jurídico no puede determinarse en su generalidad, sino que precisamente, y en cuanto se da valor a una realidad inmanente en el seno de las instituciones mismas, sólo es posible llevarla a la práctica en función de las distintas situaciones singulares. «Los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley—ha podido escribir ESSER (65)—... son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que *es el problema, y no el «sistema» en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico»*.

Técnica del caso concreto que precisamente tan gran papel podría jugar entre nosotros en el campo del derecho administrativo, en base precisamente a las amplias facultades que al Juez le vienen concedidas. Y conviene señalar en este punto la gran actualidad que el problema referido tiene, hasta el extremo de que en base a esa misma técnica del caso concreto se llega incluso a fundamentar no sólo la *validez* de unos principios jurídicos de carácter material, sino incluso también la

---

DE ENTERRÍA, de la evidente aceptación del pensamiento principalista en el campo del Derecho administrativo, «hoy mucho más importante en el terreno práctico que lo que lo es en los sistemas cerrados civiles». En la doctrina española, puede afirmarse ciertamente que la manifestación de este fenómeno se conecta en su totalidad con la obra trascendental de DE CASTRO, que tanto por lo que se refiere al reconocimiento general del valor de los principios, como en concreto por lo que respecta a los principios institucionales, supone un verdadero hito en el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo. Vid. sobre el valor de los principios generales del derecho en el campo administrativo, en la doctrina española, CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas de la legislación administrativa*, núm. 7 de esta REVISTA, 51 ss.; del mismo autor también, *El recurso contencioso-administrativo y los principios generales del derecho*, «Bol. del Colegio of. de Secr., Int. y Dep. Admón. Local», 95, 597; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, núm. 23 de esta REVISTA, 17 ss. Recientemente, y articulando ya técnicamente los principios generales del derecho en el sistema general de garantías de los administrados, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, núm. 30 de esta REVISTA, 157 ss., y *La lucha contra las inmunidades del poder*, en esta REVISTA, número 38, 204 ss. Resaltar la valoración de los principios generales del derecho constituye también un fenómeno de muy actual significación en la literatura administrativa extranjera; cfr. sobre ello las amplias referencias bibliográficas recogidas, respectivamente, en las notas 45 y 98 de los dos trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA últimamente citados.

(65) ESSER, 9. (El subrayado del texto es mío.)

efectividad misma del propio derecho natural (66). Nos situamos así en un marco en el que las funciones del Juez quedan muy justa y lógicamente realizadas (67), pues en definitiva será siempre el Juez quien en última instancia haya de determinar la juridicidad de esas mismas situaciones, su acomodación o no al Ordenamiento jurídico.

El tema nos llevaría desde luego muy lejos, y aquí sólo es posible apuntarlo (68). En relación con él sólo quiero señalar que, una vez más,

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, en su trabajo todavía inédito, *Introducción al Derecho Administrativo*, ha sido quien entre nosotros ha resaltado este punto al poner en conexión la concepción tópica del derecho con el problema del derecho natural. La necesaria conexión que de este modo recibe el derecho natural me parece esencial, si realmente se quiere que, dejando de ser mera entelequia, desempeñe una auténtica función. En esta misma dirección es esencial la segunda de las tesis que en su obra formula Erik WOLF, página 216: «El derecho natural—dice—, si es orden del ser (social) humano, no puede ser jamás «ahistórico»: no es ni norma abstracta, ni regla formal. No puede contemplarse sino dentro de cada «situación» dada, y sólo puede decidirse en cada relación dada». (El subrayado es mío.) La técnica tópica, en base a la contemplación singular de las distintas situaciones particulares, no supone, sin embargo, caer en un disolvente existencialismo jurídico, en el que las valoraciones individuales no sean reconducibles a «un orden estimativo objetivo y conminatorio»; vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción*, 157.

(67) Cfr. por todos VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953; LARENZ, 273 ss.; ESSER, 13, 77, 107 y *passim*, quien a su vez resalta el importantísimo papel que en este orden de cosas ha supuesto la obra realizada por PUIG BRUTAU; BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959; sobre este último trabajo, y destacando el papel de los Jueces en el campo jurídico-público, GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Rev. de Est. Pol.», 105, 303 ss.

(68) En el fondo del problema, incluso en las mismas diferencias polémicas que determinan los distintos sistemas—«abierto» y «cerrado»—, no hay sino una auténtica ley de compensaciones según las peculiares necesidades a satisfacer. «En todas las culturas jurídicas—señala ESSER, 10—se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema. Lo que la tradicional controversia metódica presenta como una supuesta pugna entre un pensar «abierto» y problemático por una parte, y un pensar «cerrado», conceptual y deductivo por otra, es en gran parte un metabolismo necesario y que procede a empujones entre las nuevas experiencias de la práctica casuística y las energías formales de la Escuela». Si en estos momentos y en otros países, precisamente en los de sistema «abierto», la dirección puede ser acaso la contraria, es por demás obvio que el sistema judicial español necesita el esponjamiento, un tanto aformal si se quiere, de una construcción desarrollada fundamentalmente en base a la acción de los jueces, para encuadrarse en esa línea, cada vez más frecuente en el pensamiento jurídico continental (ESSER, 10), de ofrecer una fundamentación directa de las sentencias a partir de principios jurídicos generales, bien por causa de la misma insuficiencia de las leyes, bien como punto de partida de valoraciones totalmente nuevas. Debe advertirse además que la cuestión no es un simple problema de «valentía moral» o de «gozo en tomar decisiones», sino algo mucho más hondo: se trata, fundamentalmente, de un problema de minusvaloración de los presupuestos históricos y metodológicos que intervienen para la formación del derecho por obra de los Jueces. Nuestro pensamiento, con sus hábitos axiomáticos, oscila generalmente entre la ilusión de una simple aplicación de la ley y la explotación puramente lógica de unas *rationes legis* que se suponen siempre a mano, y la ilusión no menos funesta de una «creación» del derecho a partir de «sus» principios, por vía de la *libre recherche*. Sin las energías configuradoras de la

la panorámica de nuestro derecho no es muy halagadora que digamos. El contraste entre posibilidades y realidades alcanzadas es, desde luego, desconsolador. Hace ya algunos años, al analizar la actual Ley de la Jurisdicción contenciosa (69), señalé cómo los Tribunales, apegados hasta entonces a un rabioso formalismo, habían elaborado una jurisprudencia pobre e insuficiente; sin responder ni a la alta misión creadora que a la Jurisprudencia en general y a la contenciosa muy especialmente le corresponde, ni menos aún utilizando las posibilidades que ya entonces tenían. La nueva Ley—indicaba—nos presentaba como más deficiente, como muy deficiente, su parte orgánica, por escasamente innovadora, por insuficiente para evitar que esa misma situación se repitiera. No era difícil aventurar casi los mismos resultados, porque si los Jueces (por supuesto, no sólo los de procedencia «judicial» dentro del llamado «sistema mixto») fueron quienes malograron nuestro anterior sistema contencioso, ellos habrían de ser también quienes, marginando las amplias posibilidades de la nueva Ley de 1956, habrían de conducirnos también a una situación análoga en relación con el nuevo texto. Transcurridos ya seis años y sin que en ningún momento pretenda recabar haber asumido el papel de profeta, puede tristemente constatarse (70) cómo aquellas previsiones no han sido del todo equivocadas: una vez más, la jurisprudencia contenciosa sigue en su *conjunto* sin responder plenamente ni a los altos cometidos que debe cumplir, ni menos aún al papel que la Ley le permite desempeñar; bien entendido que no digo que el sistema de nuestra jurisdicción contenciosa no haya mejorado; todavía más, no ha faltado tampoco la construcción aleccionadora y certera, en unos casos dando la razón a la Administración, en otros a los particulares. La crítica, siempre con el máximo respeto, se dirige, sin embargo, a la falta de sentido ordinamental y de conjunto que, en general, presenta nuestra jurisprudencia: caminos abiertos y que en ocasiones—diré usando la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA (71)—han supuesto incluso

---

conciencia social y de sus tradiciones, que se expresan en el sistema de una doctrina jurídica o en método de series de sentencias basadas en precedentes y que avanzan por vía de argumentación, semejante «creación» sólo puede conducir a arbitrarias expresiones de opiniones subjetivas (ESSER, 107 ss.).

(69) Vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación*, 130 ss.

(70) Vid. las consideraciones que formula GARCÍA DE ENTERRÍA en *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el núm. 38 de esta REVISTA; el ponderado y fundado análisis que este autor hace de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo me exime de cualquier otro comentario.

(71) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción*, 132; en este punto quiero también resaltar por mi parte la trascendencia que en relación con la tesis ordinamental presenta la importante sentencia de 20 de febrero de 1959 (Ponente, don Francisco Camprubí y;

auténticos hitos en la historia de nuestra justicia administrativa, no han cuajado en una auténtica y verdadera actitud, seguida sin desfallecimiento, quedándose con frecuencia sólo en simples fallos ocasionales y aislados.

Son muchas, desde luego, las posibilidades que fundadamente cabe esperar de un texto como el de nuestra Ley de la jurisdicción contenciosa de 1956: sólo quiero pensar qué no pueden hacer los Jueces para afianzar un Estado de derecho, para hacer realidad un Ordenamiento, cuya integración, cuya existencia misma, comprende ni más ni menos que la propia normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones...

## VI

1. Son, sin duda alguna, numerosas las aplicaciones de que es susceptible la doctrina ordinamental, doctrina que se ofrece no como una tesis, completa, perfecta si se quiere, pero cerrada en cuanto a sus posibilidades, sino como una verdadera técnica de validez general con un campo ciertamente insospechado en cuanto a las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación. No se olvide que, en definitiva—es preciso repetirlo una vez más—, la tesis de Santi ROMANO incide, de acuerdo, por otra parte, con su intención, sobre la teoría general del derecho, sobre su misma configuración temática.

Algunas de las aplicaciones de que ha sido objeto en relación con las diferentes disciplinas jurídicas han quedado recogidas. Junto a ellas —y en última instancia pienso que como otras más—, son realmente importantes las consecuencias a derivar de la tesis de ROMANO, ni más ni menos que al tratar de fijar el propio concepto del derecho administrativo, que precisamente sobre esa base ordinamental puede elaborarse quizá con unos perfiles y características que no se dan en ningún otro caso. Para centrar la cuestión conviene, sin embargo, que muy brevemente nos refiramos a la situación actual del problema, para así poder hacer entrar en juego la construcción misma que de él propugnamos.

2. La frágil y anómala situación en que se encuentra el derecho

---

Poder), en cuanto supone una amplia aceptación de la doctrina de «la naturaleza de las instituciones», más de destacar todavía si se considera que la citada sentencia recoge el significado de esta doctrina, no sólo en base al sentido positivo que presenta, sino también como auténtico y verdadero límite al ejercicio de la potestad reglamentaria. Cfr., igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha*, 179.

administrativo en relación con su propio concepto (72), situación en cierto modo desconocida para las otras disciplinas jurídicas, ha pretendido explicarse de modo elemental, señalando que el derecho administrativo era, sencillamente, el derecho de la Administración pública. Tal afirmación es, desde luego, cierta en su misma simplicidad; lo que ocurre, sin embargo, es que no resuelve por sí la cuestión planteada en cuanto la remite a determinar qué sea la Administración pública. Es en torno a este concepto, al de Administración pública, sobre el que realmente hay que operar.

El concepto de Administración pública, determinante, por tanto, del de derecho administrativo, puede formularse, como en definitiva cualquier otro concepto jurídico, desde tres perspectivas distintas (73): material, formal y orgánica. La primera de ellas—aunque sabidas no será inútil precisar estas ideas—se apoya en consideraciones que se deducen en base a una determinada actividad, en función del contenido de un hacer que se cumple. La perspectiva formal, por su parte, se relaciona con los procederes, con el *modo* cómo se obra: es la forma jurídica la que determina e impone la calificación (74). La valoración orgánica, por último, se establece en base a la determinación subjetiva de las personas u órganos que realizan tal actividad. No debe olvidarse, sin embargo—y es VEDEL (75) quien formula la advertencia—, que una valoración no excluye a la otra; más aún, puede incluso afirmarse que son complementarias entre sí hasta el punto de poder ver cómo junto a numerosas tesis que se apoyan específica y singularmente en una de las tres direcciones recogidas, es muy frecuente también encontrar otras que las relacionan y conectan; en concreto, y de modo muy especial, la valoración orgánica y la formal se encuentran muy a menudo formuladas de modo conjunto y con carácter complementario entre sí.

3. En vía de síntesis puede afirmarse, sin duda alguna, que el criterio material es el que ha encontrado mayor número de sostenedores a través de los diferentes matices y enunciados con que ha venido siendo recogido. Es el criterio propio de la escuela clásica alemana, de la italiana y, en buena parte también, de la francesa; es el de la mayor

(72) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, «Riv. trim. dir. pub.» (1960), 2-3, 318.

(73) Cfr. el conocido trabajo de VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, «Etudes et Documents. Conseil d'Etat» (1954), 8; también ZANOBINI, *Corso*, I, 23; H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlin, 1961, 11 ss.

(74) Un análisis de esta dirección en GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1962, 36.

(75) VEDEL, *Les bases*, 27.

parte de la doctrina tradicional española (76) y el de nuestro derecho positivo (77). También en nuestros días esta caracterización material ha vuelto a recibir nuevas y constantes formulaciones (78). Caracterización material que, por otra parte, es, sin duda alguna, la que de modo más directo y expresivo permite alcanzar una imagen real de lo que la Administración pública pueda ser.

Ahora bien, este planteamiento objetivo o material es muy justificada y fácilmente criticable: por todos son conocidas las objeciones de que ha sido objeto, fundamentalmente en base al esfuerzo constante, insalvable y sin solución posible a que para mantener su validez se han visto obligados todos sus sostenedores, cualquiera que en concreto haya sido la formulación que la tesis objetiva haya podido recibir. Esfuerzo insalvable, repetimos, para reconducir a esa actividad *tipo* y *cualificadora* todo lo actuado por la Administración, todo lo regulado por el derecho administrativo en su casi infinita variedad.

No es preciso insistir más sobre este punto, aunque debe advertirse que quizá no todas las críticas dirigidas a la concepción objetiva han estado siempre y en toda su extensión, debidamente justificadas. Por nuestra parte, creo que no puede despreciarse, ni mucho menos, la aportación que facilita la valoración material, a la que acaso bien puede señalársele un papel complementario, aprovechando precisamente el juego de técnicas que hemos visto presentaba VEDEL; un papel complementario y variable según circunstancias históricas y políticas, de modo que viniera a completar la formulación dada en base al criterio orgánico o al formal, de validez siempre más permanente, y con lo que el concepto propuesto alcanzaría entonces, sin duda alguna, una mayor plasticidad y significación.

Dejando aparte el problema últimamente apuntado, es obvia y reconocida la indefendibilidad del criterio material como criterio válido para formular en base al mismo y con carácter exclusivo el concepto de Administración pública; y ello, repetimos, por esa imposibilidad de referir a un concepto determinador de características materiales, todo lo

(76) Cfr. una amplia exposición de estas tesis en GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, 19 ss.

(77) Un análisis del problema en base a nuestro derecho positivo en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español*, en el núm. 26 de esta REVISTA.

(78) La más sugestiva de ellas es, sin duda alguna, la de FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, 15 ss., que la ha desarrollado a su vez en otras obras posteriores; un análisis de esta doctrina en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinvorsorge»*, en el núm. 38 de esta REVISTA, *in totum*.



que se comprende dentro de lo administrativo. Los hechos, las situaciones, se escapan en su misma fluidez y complejidad; y para evitarlo no vale echar mano del recurso de alterar *entonces*, con mayor o menor ingenio, desde luego, esa cualificación material inicialmente asumida como determinante. Para mantener la validez de un esquema, se desvirtúa de este modo el concepto mismo que le sirve de fundamento, vaciándolo incluso de su significado específico y peculiar. Si se argumenta, por ejemplo, que la policía administrativa o que la gestión industrial no son un servicio público, se responderá entonces—dejando desdibujados los perfiles técnicos del concepto mismo de servicio público—que, en última instancia, la actividad de policía no es sino la consecuencia del ejercicio de un servicio público, y que también la actividad industrial de la Administración constituye por su parte la prestación de un servicio público que se califica de impropio.

La alusión en vía de ejemplo a la doctrina del servicio público puede referirse también, como es obvio, a todas las demás caracterizaciones materiales, absolutamente a todas. «¿Actividad del Estado dirigida a un fin concreto?» «¿Actividad conformadora del acontecer social?» Entonces, ¿es que el Legislador no conforma realmente el orden social, en base a cuya obra actuará después de modo fundamental la Administración?... Aparece entonces ya la necesidad de distinguir entre una configuración mediata y otra inmediata. Pero, y los Reglamentos que, por ejemplo, no necesitan actos concretos de aplicación, ¿qué tipo de conformación llevan a cabo?

Los ejemplos podrían multiplicarse en el mismo sentido, acreditándonos todos ellos directamente la inservibilidad de los criterios materiales, inservibilidad no sólo para fijar el concepto de derecho administrativo, sino incluso también, y por análogas razones, para establecer la correspondiente distinción entre los distintos poderes del Estado. Así, por ejemplo, no parece sea aventurado afirmar que entre la Legislación y la Administración no pueden establecerse diferencias bastantes si se toma como determinante un criterio de carácter exclusivamente material.

4. La fórmula orgánica y la formal se han desarrollado fundamentalmente como reacción contra el planteamiento anterior. Se trata, evidentemente, de dos criterios distintos; en común tienen, sin embargo, no sólo esa «oposición» polémica a las tesis objetivas, sino también una íntima relación estructural que hace que con frecuencia se presenten de modo conjunto y complementario, fenómeno fácilmente explicable, por

otra parte, si tenemos en cuenta que la construcción orgánica no acostumbra generalmente a presentarse de modo aislado y autónomo (79). Por su parte, también la consideración orgánico-formal ofrece en sus distintos enunciados innumerables matices; todos ellos, sin embargo, se apoyan siempre en la valoración de *quién* actúa y de *cómo* se actúa.

Poco hay que decir del desarrollo de estas tesis, tan explicablemente aceptadas en nuestros días. Frente a la inservibilidad de aquellas concepciones objetivas se propone una solución que quedará formulada en el marco de unas estructuras jurídicas de gran significación técnica y de evidente validez. Puede decirse incluso—usando una expresión terminológica muy del gusto de quienes llevaron a cabo la construcción científica de nuestra disciplina—que el concepto de Administración pública y el de derecho administrativo quedaron justamente «purificados» como consecuencia del impacto de esta dirección orgánico-formal. La Administración queda así definida como «l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique» (80) o como «complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo» (81), o como «die Gesamtheit derjenigen Glieder des inneren staatlichen Organisation, die in der Hauptsache zur öffentlichen Verwaltung in materiellen Sinne bestellt sind und zwar im Unterschied... zu den Organen der Gesetzgebung, der Regierung und der Rechtsprechung» (82).

Una rectificación de estos enunciados ha sido formulada recientemente por GARCÍA DE ENTERRÍA, cuya tesis suscribimos totalmente en cuanto a la crítica que hace de la concepción orgánica que estudiamos: «El planteamiento que hoy domina en nuestra disciplina de caracterizar a la Administración con criterios puramente orgánicos («poder ejecutivo»), que como tales son esencialmente relativos y no tocan a una realidad sustancial» (83), lo sustituye GARCÍA DE ENTERRÍA en base al concepto de persona jurídica. No entramos en el desarrollo de este último

(79) VEDEL, *Les bases*, 27.

(80) VEDEL, *Droit administratif*, I, París, 1958, 23.

(81) GARRIDO FALLA, *Tratado*, 30, quien por su parte completa esta valoración formulando al mismo tiempo un concepto de Administración pública en sentido objetivo. Cfr. de este mismo autor *La Administración y el método jurídico*, en el núm. 35 de esta REVISTA, 45 ss.

(82) H. J. WOLFF, 12, debiendo advertir, como ya hemos indicado en la nota 72, que esta valoración no la asume WOLFF con carácter exclusivo, sino tan sólo como una de las que hay que tener en cuenta.

(83) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA, 85, ofrece al concluir este trabajo los puntos de partida de su tesis, que después desarrolló en *Verso*, en su totalidad.

punto concreto (84); nos basta recoger, aceptándolo, el enjuiciamiento polémico que lleva a cabo de la concepción orgánica, añadiendo además por nuestra parte cómo es preciso considerar también la circunstancia de que el concepto de órgano, tal y como se entiende, lleva siempre consigo una valoración meramente especulativa, creación del derecho, que no responde ni trasluce una realidad inmanente, una realidad con valor en sí misma. Se trata de una pura fórmula, de una simple creación.

5. En base a las últimas consideraciones proponemos para el establecimiento del concepto de Administración pública una rectificación de la concepción orgánica, por lo que atañe al punto central que a esa concepción sirve de fundamento, fundamento que debe buscarse en algo que por sí mismo ofrezca una significación más objetiva y real, no exclusivamente de carácter especulativo: en concreto, en el concepto de Ordenamiento jurídico en su sentido institucional. Frente al concepto de órgano, el Ordenamiento tiene, por el contrario, una realidad *in se*, una realidad objetiva, no creada, de la que aquél, sin embargo, carece.

La Administración resulta así, sencillamente, un Ordenamiento jurídico. Un Ordenamiento que se articula en el Ordenamiento superior del Estado; un Ordenamiento integrado a su vez por otros que por su parte le están, en cierto modo, subordinados. No es posible una ulterior concreción. Cualquier paso hacia adelante que para buscarla se pretendiera dar, haría perder a la tesis del Ordenamiento su validez general, tesis que, desde luego, presente toda la asepsia de las doctrinas orgánico-formales en comparación con la jugosidad fáctica y representativa de las concepciones objetivistas, concepciones estas últimas que, sin duda alguna, y con significación simplemente accesorias, acaso pudieran complementarla.

Naturalmente, no es sólo por una necesidad, evidente si se quiere, pero en el fondo no más que teórica y conceptual, por lo que puede proponerse la solución esbozada, sino también porque superando el cam-

---

(84) GARRIDO FALLA, *Tratado*, 40, en nota, critica la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, señalando que al no ser el concepto de persona un *prius* con respecto al derecho, sino un producto de éste, no puede servir como criterio central sobre el que apoyar el concepto de Derecho administrativo. Sin pretender en ningún momento entrar en esta polémica, lo que sí resulta evidente es que, en primer lugar, si no sirve el concepto de persona como concepto base del Derecho administrativo, por ser precisamente una creación del derecho, tampoco sirve en función del mismo argumento el concepto de órgano en el que precisamente GARRIDO FALLA se apoya. En segundo lugar, resulta obvio que desde la perspectiva en la que este autor se mueve, el único concepto que no es creación posterior del derecho, por ser el derecho mismo, es el de ordenamiento jurídico, tal y como SANTI ROMANO lo formula y desarrolla.

po estrictamente definitorio, la doctrina del Ordenamiento permite además afrontar de modo armónico y de *conjunto*—consecuentes con el mismo concepto dado—no pocas de las cuestiones que el derecho administrativo tiene planteadas. Hay así una identidad, una línea unitaria y constante entre el criterio que determina el concepto y el que se asume para resolver una serie de problemas concretos y derivados.

En la obra de ROMANO (85) se apunta ya, un tanto incidentalmente, como de pasada, la tesis que exponemos de configurar a la Administración como un Ordenamiento jurídico. Fundamentalmente en dos textos. El primero de ellos al referirse a las instituciones complejas—a los Ordenamientos complejos—, entre los que, naturalmente, se incluye al Estado. También en las últimas páginas del libro. El Estado como Ordenamiento complejo, y dentro de él, integrándolo, entre otros, el Ordenamiento administrativo, la Administración pública. En este punto creo que no queda sino lamentarnos en cierto modo de que ROMANO, que con tan reiterada minuciosidad analizó en particular y de modo especial las relaciones entre algunos Ordenamientos—me refiero, por ejemplo, a las relaciones entre el Ordenamiento estatal y el eclesiástico, entre aquél y el Ordenamiento internacional, entre el Ordenamiento del Estado federal y los de los Estados miembros, etc—no haya dedicado una mayor atención al punto que ahora nos ocupa, pues, sin duda alguna, el estudio directo del tema, que, como decimos, queda apenas esbozado, nos hubiera permitido alcanzar muy importantes y sugestivas consecuencias.

6. La tesis de Santi ROMANO es susceptible, en el campo del derecho administrativo, de muy importantes aplicaciones, no ya sólo por lo que a su concepto se refiere, sino también en relación con otros muchos puntos. Sin pretender en ningún momento llevar a cabo su estudio sistemático y total—esto es, una construcción de nuestra disciplina en base a ese concepto—, veamos algunos de ellos a modo de ejemplo, advirtiendo además que, como es lógico, damos aquí por presupuesta la doctrina de ROMANO, en base a la cual se desarrolla lo que sigue:

a) En primer lugar, la tesis del Ordenamiento ofrece explicación plena no sólo al problema del encuadramiento de la Administración dentro del Estado, sino también al de la inclusión—al de la «integración»—en ella de sus propios órganos, así como de sus relaciones con los otros Ordenamientos administrativos que en aquélla convergen—las diferentes Administraciones públicas, territoriales o institucionales—, relaciones que aun caracterizadas por la nota de la sumisión—traigase aquí

(85) Cfr. Santi ROMANO, *El Ordenamiento*, parágrafo 12, 3), y parágrafo 48.

toda la doctrina del control y de la tutela administrativa—pueden representar en ocasiones, y de hecho así ocurre con frecuencia, intereses contrapuestos o incluso antitéticos.

Por su parte, los problemas de la concentración y desconcentración administrativa, así como los de la descentralización territorial o funcional, encuentran en la doctrina del Ordenamiento una muy cumplida base para su explicación y desarrollo.

b) En un mismo orden de cosas, esto es, considerando los distintos Ordenamientos administrativos en su *unidad*, la doctrina de ROMANO se aplica asimismo para explicar las consecuencias jurídicas que se derivan de las modificaciones que en cuanto tales pueden sufrir esos Ordenamientos en su misma unidad—sucesión entre entes públicos, absorción de una Administración por otra, extinción de una de ellas—, así como las simples modificaciones de algunos de los distintos elementos que integran tales Ordenamientos: piénsese, por ejemplo, en el supuesto de la alteración de los términos municipales, en determinados casos de «traslado» de funcionarios, etc.

c) Si todo Ordenamiento jurídico representa un sistema de derecho objetivo, la existencia de varios Ordenamientos relacionados y subordinados a su vez, determina igualmente la subordinación o relación—en análoga medida e intensidad—, de los sistemas de derecho objetivo que en tales Ordenamientos tienen su fundamento. Aplíquese esta doctrina, por ejemplo, no sólo para explicar la subordinación del orden administrativo al legislativo—resultado de dos Ordenamientos que a su vez se integran en el del Estado, pero no relacionados sobre una base paritaria, sino que el uno está sometido al otro, aunque zonas del primero están en cierto modo exentas de tal sometimiento—, sino también para explicar los límites y funciones de los llamados Ordenamientos inferiores, por ejemplo una Administración municipal o una Administración institucional, en relación con el sistema de derecho objetivo del Ordenamiento superior, la Administración estatal en este caso; también, en relación con el fenómeno de la eficacia—prevista o no prevista—, que en mayor o menor grado puede tener el sistema del Ordenamiento inferior para regular una determinada materia en un punto propio y específico del sistema objetivo del Ordenamiento superior, pero no desarrollado en él.

d) Siendo, a nuestro parecer, importantes las aplicaciones hasta ahora señaladas, creo, sin embargo, que lo es todavía más aquella en base a la cual se determina la intrínseca juridicidad de todo lo organi-

zativo, al margen incluso de cualquier configuración relacional. En este punto los antiguos criterios de la ciencia del derecho público, que, como es sabido, marginaban precisamente este tema—recordemos el caso de MAYER—, están siendo radicalmente rectificadas, hasta el extremo de haber podido afirmarse que la materia de la organización, prescindiendo de su misma irresidenciabilidad ante los Tribunales, constituye, precisamente en su propia dimensión jurídica, ni más ni menos que el contenido más típico y más característico del derecho administrativo (86). Pues bien, a este respecto conviene recordar cómo la organización es para ROMANO ni más ni menos que el dato primario, el dato básico y esencial de todo el Ordenamiento en base al cual éste se manifiesta y desarrolla.

Las consecuencias que se deducen en este mismo orden de cosas son, desde luego, importantísimas, no sólo en cuanto a la valoración jurídica que recibe la parte orgánica en sí mismo considerada, sino también en relación con determinados aspectos concretos de la misma. Piénsese, por ejemplo, en una de ellas, la juridicidad misma de las relaciones entre los distintos órganos de la Administración (87), independientemente de que se dé o no la circunstancia de una alteridad subjetiva como pretendida base de carácter necesario para establecer cualquier calificación jurídica.

e) Conocidas son también las constantes tentativas de la doctrina para explicar el hecho de que la Administración pública use en ocasiones su derecho propio y peculiar—el derecho administrativo—, y en otras de las restantes ramas del sistema jurídico. Se trata de una cuestión a la que en última instancia puede reconducirse también la misma razón de ser del propio derecho administrativo. Pues bien, la explicación más convincente que en un plano doctrinal se ha dado a este fenómeno es, sin duda alguna, la tesis del «derecho estamental o estatutario» de GARCÍA DE ENTERRÍA (88), fundamentada en base a una técnica que, como el propio autor señala, no es exclusiva del derecho administrativo, en cuanto puede encontrarse también en otras disciplinas jurídicas: en concreto, en todas aquellas que se establecen como derecho específico de una serie de sujetos singularmente determinados. La explicación del

(86) Sobre la significación estrictamente jurídica de determinados conceptos y técnicas, al margen de su residenciabilidad jurisdiccional, vid. en concreto las consideraciones expuestas por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en *La configuración*, 51 ss., así como la bibliografía allí recogida.

(87) GARRIDO FALLA, *Tratado*, 54, recalza justamente esta consecuencia de entre las que se derivan de la tesis de ROMANO, punto que ya puse de relieve en mi trabajo *El exceso de poder*, 153.

(88) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso*, en su totalidad.

fenómeno, el fundamento de la doctrina recogida puede también ponerse en conexión directa con la doctrina ordinamental, que le presta en su mismo fundamento un evidente punto de apoyo: el problema que nos ocupa, en definitiva, no es sino el de la posibilidad de que un Ordenamiento reconozca valor al sistema de derecho objetivo de otro Ordenamiento, e incluso se sirva de él dándole al mismo tiempo, en su propio ámbito de acción, plena eficacia jurídica. Santi ROMANO estudia muy ampliamente la cuestión en sus términos generales, planteándose, a su vez, desde una doble vertiente, según se trate de que el derecho objetivo de un Ordenamiento remita explícitamente al de otro—sería, por ejemplo, el supuesto de la Ley de Administración y Contabilidad o del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales en relación con el Ordenamiento privado—, o de que no exista tal remisión. La cuestión de la subsidiariedad general o no del derecho privado en relación con el Ordenamiento administrativo entra aquí, en este punto, directamente en juego (89).

f) A su vez, toda la ya antigua y conocida problemática de la situación de los usuarios de los servicios públicos, de los de los bienes de dominio público o de los de los establecimientos públicos, que la doctrina alemana, por ejemplo, ha articulado sobre el esquema de las llamadas relaciones de sumisión especial, puede ser también construída en base a la doctrina del Ordenamiento jurídico: en concreto, mediante la aplicación de los llamados Ordenamientos seccionales. Es el supuesto de que quien forma parte de un Ordenamiento propio y para él originario, entra transitoriamente en la esfera de acción de otro, sin abandonar a su vez el primero. La intensidad y vigencia de esta nueva relación podrá establecerse no sólo en función del Ordenamiento transitoriamente dominante con el que la relación se establece, sino también en base a la posición misma que pueda corresponderle en su Ordenamiento originario al sujeto que precisamente formaliza la nueva relación.

g) Recojamos, por último, cómo la doctrina de ROMANO, refiriéndonos ya a otro orden de cosas, determina igualmente la intrínseca y radical juridicidad de aquellas normas no directamente justiciables, juridicidad que se establece en base a su inserción en el Ordenamiento general, independientemente de que esas mismas normas puedan servir o no de apoyo para una pretensión concreta y singular. No cabe la menor duda que aunque al formular esta tesis nadie puede pensar

(89) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho civil*, 37.

que Santi ROMANO pretendiera su aplicación al campo al que ahora nos referimos, son obvias las muy importantes consecuencias que de ella pueden derivarse, por ejemplo, en relación con toda la llamada actividad social de la Administración o en relación con toda esa serie de normas que, cada vez de modo más intenso, asignan a la Administración un cometido conformador. (90).

Debemos concluir ya estas líneas, reiterando una vez más cómo Santi ROMANO (91), con su tesis ordinamental, abre el camino para sugerativas y posteriores investigaciones: un nuevo camino para afrontar nuevos y viejos problemas. A algunos de ellos nos hemos referido en estas líneas, tratando de ofrecer con ello simplemente una prueba más de la fecundidad que la tesis ordinamental presenta en el campo jurídico-administrativo. Tesis ordinamental cuya validez en relación con alguna de sus partes podrá estar, si se quiere, acaso ya superada, pero que en su conjunto conserva, no obstante, el insustituible valor de lo clásico y de lo fundamental, máxime si consideramos que la línea por la que en nuestros días marcha la ciencia del Derecho es, fundamentalmente, la que con su genial agudeza intuyó hace ya medio siglo Santi ROMANO, de modo especial al referirse a los dos puntos que de su construcción han sido realizados: insuficiencia, por una parte, del orden positivo para explicar en su totalidad el orden jurídico; al remarcar, por otra la consideración que el precepto jurídico debe recibir como resultado del Ordenamiento general, en conexión con el cual debe explicarse y aplicarse.

Quiero señalar, finalmente, que aunque la edición castellana de la obra ha sido corregida y revisada en su totalidad por los dos traductores, la versión directa e inicial de la primera parte corresponde al autor de estas líneas, y la de la segunda a LORENZO MARTÍN RETORTILLO. Debo consignar, además, mi agradecimiento personal a mi compañero RAFAEL ENTRENA CUESTA, por la ayuda que me prestó para corregir la primera versión que hice de los siete primeros párrafos de la primera parte. El agradecimiento de los traductores se dirige de modo muy especial a los profesores Salvatore y Alberto ROMANO, de las Universidades de Florencia y Ferrara, hijo y nieto, respectivamente, de Santi ROMANO, por las facilidades que en todo momento nos dieron para que esta edición pudiera llevarse a cabo, así como por las sugerencias y datos que para redactar este estudio me facilitaron.

(90) Sobre este punto me remito a las referencias recogidas en LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *La configuración*, cit., en toda su segunda parte.

(91) CAPOGRASSI, *L'ultimo*, 70.