

## ADMINISTRACION Y CONSTITUCION (\*)

En torno a la «Teoría de la Constitución» de Karl Loewenstein

POR

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

1. El modesto mundo del Derecho administrativo, minucioso y particularizado, recibe en ocasiones un aire fresco e interrogante, que, al mismo tiempo que realza muchos de sus temas, le obliga a plantearse también las razones y fundamentos de muchos de ellos; a modo de sacudida, a veces molesta, hay que preguntarse entonces, un poco, sobre la funcionalidad y significado de instituciones y técnicas jurídico-administrativas. Instituciones y técnicas que quedan así realzadas, adquiriendo de este modo un nuevo relieve, distinto, más acusado, con más perfiles. Por ello mismo, también, con más sombras. Se trata de un replanteamiento, de una meditación interna, que es posible cumplir al hilo de *la conexión que el Derecho administrativo presenta con esa realidad superior que es el Estado*. Una conexión eminentemente comprometida, cuyo reconocimiento, además, no puede quedar sólo en un plano estrictamente anunciativo. Porque si no es posible eludirla, tampoco pueden marginarse las consecuencias que de ella se derivan, máxime si se es consciente de que, como GARCÍA DE ENTERRÍA señaló entre nosotros, la realidad de la Administración es primariamente una realidad política: una realidad «insertada en y al servicio de la comunidad política».

Es esta una línea de pensamiento constante, que tan evidenciada queda a través de un análisis histórico de las diferentes instituciones y técnicas del Derecho administrativo. Una línea de pensamiento justa y exacta, realizada de modo permanente por la doctrina alemana, a través

---

(\*) Este trabajo está expresamente escrito para su publicación en los Estudios que en honor del Profesor JIMÉNEZ FERNÁNDEZ publica la Universidad de Sevilla.

del mantenido entronque que del Derecho administrativo se hace en el Derecho constitucional, y que fué también común, como no podía ser menos, a la Escuela administrativa española del XIX, lo que, sin embargo, no ha impedido que con mucha frecuencia se haya olvidado actualmente entre nosotros un planteamiento que, no obstante, en fecha muy reciente ha recibido —o puede recibir— un considerable realce, por la incorporación a nuestra literatura de la *Teoría de la Constitución*, de Karl LOEWENSTEIN, que Alfredo GALLEGO ANABITARTE (\*) ha llevado a cabo. Es esta circunstancia la que motiva este trabajo.

La obra de LOEWENSTEIN era ya conocida entre nosotros por las referencias recogidas por la doctrina contemporánea, y de modo especial a través de los estudios que LUCAS VERDÚ y GONZÁLEZ CASANOVA le dedicaron en las páginas de la «Revista de Estudios Políticos». Se trata, sin embargo, de referencias que, excepción hecha del trabajo de L. MOSQUERA, consideran la obra de LOEWENSTEIN, desde el campo de la Ciencia política, en un terreno fundamentalmente especulativo.

Mi intención es en estos momentos diferente; hay, por tanto, una variación en la perspectiva; también una limitación en el intento que pre-

---

(\*) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, 540 páginas. Los textos de LOEWENSTEIN que se transcriben en este trabajo se toman, naturalmente, de la traducción castellana. También de LOEWENSTEIN hay que tener en cuenta la colección de trabajos recogidos en el volumen *Beiträge zur Staatssoziologie*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1961, de modo especial, en relación con los puntos que en este estudio analizo, *Ueber das Verhältnis von politischen Ideologien und politischen Institutionen und Verfassungsrecht und Verfassungsrealität*. Los trabajos sobre LOEWENSTEIN a que aludo en el texto son, además del Estudio de GALLEGO ANABITARTE, que bajo el título *Constitución y Política* aparece como Apéndice de la traducción, P. LUCAS VERDÚ, *Sobre el concepto de institución política* y J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*, los dos en la «Revista de Estudios Políticos», números 108 y 109, respectivamente; también Luis MOSQUERA SÁNCHEZ, *El Poder judicial en el Estado de nuestro tiempo*, en esta REVISTA, 1965, número 46. Las repetidas alusiones que se hacen a BACHOF se refieren a su trabajo *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, recogido en el volumen *Summum ius summa iuria*, J. C. B., Mohr, Tübingen, 1963, trabajo del que hay traducción castellana, realizada por L. CORTIÑAS PELÁEZ en la Revista «Universitas», septiembre 1966; del propio BACHOF debe considerarse también su magnífico discurso rectoral, traducido al castellano bajo el título *Jueces y Constitución*, Ed. Taurus, Madrid, 1963. Por lo que se refiere a la aplicación del dispositivo constitucional establecido como garantía del principio federal y su posible trasplante a favor del principio regional o de la autonomía municipal, cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le garanzie costituzionali dell'autonomia locale nell'Europa occidentale*, en el volumen colectivo *La regione e il governo locale*, Ed. di Comunità, Milano, 1965; y K. STERN-G. PUETTNER, *Die Gemeindegewirtschaft. Recht und Realität*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1965. En relación con lo que a lo largo de este trabajo se señala, pueden considerarse también A. SÜSTERHENN, *Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung*, en *Fest. H. Nawiasky*, München, 1956; J. L. ARANGUREN, *Ética y Política*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1963, y H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München und Berlin, 1966.

tendo. Mucho más modesto que un posible análisis o enjuiciamiento de la obra de LOEWENSTEIN, quiero tan sólo entrelazar una serie de consideraciones muy concretas, suscitadas al hilo del estudio de la obra, pero partiendo del campo concreto del Derecho administrativo y de la realidad que actualmente ofrece en nuestro país.

Hay, pues, una primera limitación objetiva en mi punto de partida, que quiere ser intencionada y estrictamente jurídica: se trata de ver, en concreto, cuál es el resultado y consecuencias que se alcanzan al iluminar algunos de los temas de nuestra disciplina —una disciplina jurídica— con los planteamientos realmente importantes que se recogen en la obra de LOEWENSTEIN. Su obra no es, evidentemente, una obra directamente jurídica, al menos en el sentido en que tal puede ser para una concepción dogmática del Derecho; esto es, en el sentido tradicional de una «Teoría jurídica de la Constitución». Ahora bien, siendo también el Derecho objeto de un pensar problemático —un pensar investigador—, fácil es prever las importantes consecuencias que, asumiendo la realidad jurídica desde tal perspectiva metodológica, puede derivarse de una obra que es ejemplo y modelo de pensar investigador, de pensar problemático.

Concreción material de este trabajo, en primer lugar; la perspectiva jurídica es, por tanto, determinante de nuestro punto de partida. Ello puede cerrar el círculo iniciado hace muchos años por el propio LOEWENSTEIN LOEWENSTEIN, abogado y jurista, sin abandonar tal condición, pasa luego al campo de la Teoría del Estado, al de la Ciencia política. Desde éste es desde el que ahora nos habla. De ahí que se trate de recorrer el camino inverso: esto es, ver las consecuencia, el eco, que unos enunciados, evidentemente *políticos*, pueden tener para una realidad jurídica.

Pero junto al anterior hay también, así lo he señalado, un condicionamiento temporal y especial de estas consideraciones; un condicionamiento cronológico y tópico, como diría el Profesor JIMÉNEZ FERNÁNDEZ: en tal sentido, casi me atrevo a hablar de la oportunidad de la edición castellana de la obra. Sobre todo en cuanto pueda ayudar un poco a que muchos de nuestros «juristas del Príncipe», generalmente los numerosos de menor grado, adquieran consciencia de una serie de situaciones que el contacto con el Poder evidentemente oscurecen.

La realidad apuntada está determinada, fundamentalmente, por dos razones muy concretas. En primer lugar, porque en los últimos años todo lo relacionado con lo administrativo se nos quiere presentar como culminación afirmativa de esa pretendida muerte de las ideologías; muerte de las ideologías que, con los visos de un cierto neutralismo, está permi-

tiendo en la Administración española el asentamiento de una robusta, coherente y consciente tecnocracia. Tecnocracia del Poder; también tecnocracia del Derecho.

La obra de LOEWENSTEIN es, a este respecto, aleccionadora; al menos puede serlo para quienes sepan y quieran leerla. Una experiencia viva late en toda ella: enunciar el alcance y significado real del equívoco apoliticismo del neutralismo tecnócrata. La primacía de la ideología, iluminando en toda la obra de LOEWENSTEIN las instituciones políticas, las instituciones jurídico-públicas, es desde luego fundamental, pues no en vano, como GALLEGO ANABITARTE ha señalado, una de las máximas preocupaciones de LOEWENSTEIN es la insistencia sobre «la relación o conexión causal» que existe entre ideología e institución. Una conexión que el propio LOEWENSTEIN analizó en concreto, en un memorable trabajo, y que ya el propio Decano HAURIUO había señalado al realzar la importancia de la idea en el establecimiento y configuración de la institución. Dimensionamiento, pues, de las instituciones administrativas en el marco de *la ideología* correspondiente.

Se aclaran así tantos temas que, de otro modo, es imposible explicar; bien entendido, además, que una ejemplificación en tal sentido resultaría en estos momentos evidentemente ociosa: desde las primeras páginas del Derecho administrativo —la Administración como Poder exento, la tensión dialéctica entre Ley y Reglamento, etc.— la conexión entre ideología e institución aparece como determinante, como necesariamente determinante, a la hora de pretender un justo entendimiento de los temas tratados.

Una segunda razón también respecto a la oportunidad de esta obra para la actual circunstancia española. Al más elemental observador le es fácil apreciar cómo estamos asistiendo en los últimos años a una incorporación masiva en nuestro vocabulario jurídico-público de palabras y de términos que, en ocasiones incluso, formaron parte del acervo de nuestra historia política, y que ahora se incorporan con un cierto aire novedoso y esperanzador. Un fenómeno en el que se acentúa una hipotética y misteriosa expectativa a alcanzar haciendo realidad esos términos, que, por otra parte, se adoptan como punto de apoyo fundamental para el entendimiento de nuestra realidad político-administrativa.

He hablado de palabras, de términos importados, al margen del *habitat* constitucional en que se desarrollaron, con una operatividad y eficacia que responde a unos presupuestos constitucionales, totalmente diferentes, cuando no opuestos, a los nuestros. Muy larga podría ser la simple

enumeración ejemplificadora de lo que decimos; recordemos algunos ejemplos: justicia constitucional, democracia, fortalecimiento del Ejecutivo, crisis e ineficacia del parlamentarismo, planificación, etc. Pues bien, también en este punto toda la obra de LOEWENSTEIN puede resultar aleccionadora, en cuanto es alegato radical contra los equívocos e intencionados nominalismos que marginan el marco concreto de la realidad política en la que operan las instituciones que esos términos expresan. El estudio de los supuestos dentro de los cuales opera la Constitución, la referencia a la falsa identidad de los mecanismos funcionales (GONZÁLEZ CASANOVA), la constante llamada a la necesidad de una adecuación del texto normativo a la realidad del Poder o, en suma, una vez más, la conexión antes aludida entre ideología e institución, son temas constantes en la obra de LOEWENSTEIN.

Ninguna institución, ninguna técnica jurídica puede desambientarse del entorno ideológico que la origina y explica: «una institución —dice— no tiene generalmente una función objetiva, sino que ésta se determina y en su lugar por el medio ideológico en el que vive». Una idea que también Otto BACHOF ha expresado en su concreta referencia al Derecho administrativo al señalar cómo resulta obvio que conceptos como Estado de derecho, Estado social, libertad, igualdad, dignidad humana, personalidad y muchos otros, no pueden interpretarse sin recurrir a las concepciones sociales y políticas de la comunidad jurídica en cuestión. Hay, pues, una conexión de interdependencia causal entre comunidad política y comunidad jurídica.

Conexión, por tanto, con el entorno político e ideológico. Una nota fundamental en el pensamiento de LOEWENSTEIN en relación con la cual ha podido observar GALLEGO ANABITARTE cómo al «aspecto positivo de la relación ideología-institución se corresponde un aspecto negativo: la antinomia entre ideología e institución. Es este un punto que realmente merece toda la atención que LOEWENSTEIN le ha dedicado. Todas las *instituciones* y *técnicas* desarrolladas bajo la fuerza de la ideología de un *orden democrático*, como son las elecciones, referéndums, instituciones representativas, partidos políticos, derechos fundamentales, pierden su identidad funcional cuando son implantados en un sistema político totalitario, con una ideología que no es la libertad democrática».

Conexión con la ideología, encuadramiento de las instituciones en el entorno político en que se crearon. Dos constantes en la obra de LOEWENSTEIN, de cuya consideración pueden derivarse importantes consecuencias, especialmente en cuanto se perfila un camino para la determinación *real* de cualquier tipo de noción jurídica o política; determinación real

que, superando viejos y nuevos nominalismos, tanto sentido puede tener en el campo del Derecho administrativo, a pesar de las dificultades con que oblige a enfrentarse.

2. El Derecho público, expresión, en definitiva, de una instancia política —y nadie negará que lo sea—, comienza por recibir de modo inmediato en el acto mismo de su ser el impacto del Poder. Y ello no sólo en su nacimiento, en su arranque, sino también en todo su desarrollo, que de este modo aparece constantemente modulado por la instancia política de la que BACHOF hace derivar, como hemos visto, la conexión existente entre comunidad jurídica y comunidad política. WEIL se manifiesta en sentido análogo, y VILLAR PALASÍ ha podido referir cómo «por debajo de cualquier mimetismo jurídico discurre siempre un raudal histórico y político». Consideración innegable, aunque en extremo peligrosa, y que ya TRIEPEL había formulado en su célebre y conocido discurso rectoral, al señalar cómo el Derecho público no puede considerarse sin tener en cuenta el aspecto político del mismo.

Pues bien, esta idea va a gravitar de modo directo en todo el pensamiento de LOEWENSTEIN a la hora de determinar el significado y los límites que ofrece la propia realidad jurídica: «Al Derecho público —dice—, que crea el marco para el proceso del Poder público, le están impuestas determinadas fronteras, a diferencia del Derecho privado, que opera con tipos claramente determinables de la conducta social del hombre. El Derecho *político* tiene justamente otro estilo». Cuál sea precisamente ese otro estilo del Derecho *político* del que el autor habla, adquirir conciencia del mismo, determinarlo y valorarlo, es precisamente la tarea que al iuspublicista se le presenta al tener que enfrentarse con un mundo categorial infinitamente más rico y variado, y que en esa falta de fijeza que lo caracteriza encuentra precisamente su «miseria y su esplendor».

Se trata, pues, de una calificación política; bien entendido, además, que su reconocimiento en nada empequeñece el posible carácter jurídico de una determinada realidad. Son únicamente perspectivas distintas; la una matiza a la otra. Una idea que, comentando el pensamiento de LOEWENSTEIN, GALLEGO ANABITARTE expresa cumplidamente: «La calificación ocasional de *político* para el Derecho constitucional —también para el Derecho administrativo, podemos añadir nosotros—, con el fin de indicar que las proposiciones jurídico-constitucionales se refieren a situaciones de hecho, con cierto grado de *flexibilidad*, vaguedad y *con una particular tensión*, puede ser gráfica, correcta y hasta necesaria. Igual se podría decir —añade— que las proposiciones jurídicas obtenidas del derecho de familia

están impregnadas de un gran contenido ético (lo cual es evidentemente cierto comparándolas, por ejemplo, con una Ley de Régimen Local), y, sin embargo, a nadie se le ocurre negar a dichas normas su carácter jurídico y sustituir la labor jurídica por disposiciones ético-filosóficas».

Este impacto de *lo político en lo jurídico* es ciertamente una de las causas que conducen a LOEWENSTEIN a abandonar radicalmente la concepción estrictamente normativa del Derecho. Su obra es en tal sentido un brillante alegato contra los planteamientos lógico-formales, alegato que comienza por referir nada menos, en relación con la norma superior que es la Constitución. Y ello hasta el extremo que GONZÁLEZ CASANOVA ha podido señalar cómo LOEWENSTEIN moderniza, incluso con cierta exageración, las críticas contra las construcciones lógico-formales de la dogmática jurídica; siguiendo el magisterio decisivo de HELLER, incluye la Constitución en la realidad social y en las ciencias de la realidad, no en las del espíritu.

En tal sentido, es poco todo lo que se insista en este punto de la obra de LOEWENSTEIN, ya que constituye, realmente, uno de los aspectos más determinantes de toda su construcción.

El entronque de la obra de LOEWENSTEIN con la de JELLINEK es por demás significativo: se trata de una vinculación fácilmente apreciable y que, además, expresamente confiesa el propio LOEWENSTEIN en el Prólogo de la edición alemana de su obra. Pues bien, sabido es lo que JELLINEK significa: significa, sobre todo, valoración de la realidad, realce del valor normativo de lo fáctico, dimensionamiento real de estructuras, instituciones y normas. Todo ello, sin embargo, en los límites permitidos, fundamentalmente, por las posibilidades *culturales* de la sociedad de su tiempo. De ahí —dice LOEWENSTEIN— que esa «obra maestra del profundo humanismo positivista» que es la *Teoría general del Estado*, de G. JELLINEK, encontrara jurídico-positivamente limitada toda posible acentuación del sentido realista. Una limitación, en orden a un mayor realce de lo fáctico, que debe valorarse y explicarse sobre la base de unas categorías históricas. Para LOEWENSTEIN es la unitariedad misma de la sociedad estatal europea lo que G. JELLINEK contempla. Hoy, sin embargo, el panorama no es del todo diferente. No acentuar de forma debida esos factores realistas, no incluirlos, incluso, con la relevancia necesaria, supone convertir la *Teoría de la Constitución* en «un vacío esqueleto normativo».

Consiguientemente a esa ponderación de las situaciones fácticas, un cierto relativismo, arraigado en la propia conciencia social, incide sobre la realidad jurídico-pública. LOEWENSTEIN señala que «la actual generación se ha vuelto más escéptica y también más humilde que la de sus pa-

dres». Es consciente —dice— de que no se puede dar un Estado válido de una vez para siempre y que, por tanto, tampoco hay una «Teoría de la Constitución» eternamente válida, pudiendo tan sólo cada generación dar una interpretación general de lo que ella misma ha experimentado».

En las palabras transcritas se encuentra, a mi parecer, la clave para la comprensión de la obra de LOEWENSTEIN: desconfianza, por insuficiente, ante una configuración del derecho estrictamente normativa; y desconfianza, sobre todo, ante las abstractas y generalizadoras pretensiones que tal configuración lleva consigo. Una desconfianza que es, en definitiva, el sello de ese otro estilo que el Derecho *político* impone.

En este punto me parece de interés destacar cómo el planteamiento de LOEWENSTEIN no juega sólo en el campo de la Sociología, en el de la Ciencia Política o en el de la Teoría del Estado, sino que con toda validez opera también en el terreno concreto de la realidad jurídico-pública. En consecuencia con ello, una serie de constantes en el tratamiento de LOEWENSTEIN ofrece. Nos referiremos ahora brevemente.

En primer lugar, su desconfianza ante la Constitución escrita. Extendamos nosotros la consideración: desconfianza, consecuentemente también, ante el *Derecho* escrito. Se trata de una nota intensamente acentuada a lo largo de toda la obra de LOEWENSTEIN. En primer lugar, porque, invirtiendo incluso los propios términos del problema, un Estado sin Constitución *escrita* no es en absoluto un Estado carente de Constitución. Pero desconfianza, sobre todo, porque «los maquiavelistas de última hornada han descubierto el credo democrático en la pancarta bajo la cual pueden perseguir su sombría tarea»; de ahí que la Constitución escrita se haya convertido en la tapadera del Poder, cualquiera que sea éste. Frente al mar de Constituciones escritas, «el proverbial hombre de Marte al que le fuesen presentados estos documentos, no podría imaginarse que bajo las coincidencias estructurales, y frecuentemente textuales, de estas disposiciones yacen las más diferentes conformaciones de la dinámica del Poder». Afirmación evidente que, desde luego, no parece requiera mayor comentario.

Por ello la *Constitución* es sólo un simple nombre: el nominalismo constitucional expresa únicamente un término que, por ambivalente, es totalmente equívoco.

La Constitución, dice LOEWENSTEIN, apostillando a SHAKESPEARE, no es en última instancia sino «una rosa para cualquier nombre».

En este punto conviene notar cómo, además, no deja de ser en cierto modo contradictorio el que hoy, cuando las Constituciones escritas han conquistado la casi totalidad del mundo y han alcanzado cuantitativamen-



te su punto más alto, se encuentren, por otra parte, cualitativamente, en el punto más bajo de su prestigio. Paradoja, por demás expresiva, del fenómeno denunciado. De ahí que LOEWENSTEIN postule la necesidad de completar los enunciados estrictamente nominalistas, mediante la permanente y constante remisión al valor real y efectivo que la Constitución puede presentar, por encima de sus simples formulaciones normativas. Remisión, también constante, a la dinámica real de la Constitución, a su historicidad, a la determinación histórico-ambiental de sus distintas normas e instituciones, a su eficacia real y objetiva.

Este punto debe ser debidamente destacado; hasta tal extremo que me atrevo a afirmar que el tema de la eficacia es casi obsesivo —justamente obsesivo— en la obra de LOEWENSTEIN: casi se diría que es esta eficacia la que determina la realidad misma de la Constitución, su propia existencia.

Hay en todo este planteamiento, como es obvio, una conciencia clara y cierta, una intención directamente buscada: se trata de una denuncia al *nominalismo* constitucional, como cobertura, tantas veces reiterada, de afrentosas situaciones para la libertad y dignidad humana.

En segundo lugar, junto a esta desconfianza ante la Constitución escrita, las referencias, la elaboración incluso, de una auténtica teoría del sentimiento constitucional (*Verfassungsgefühl*). Se trata de un fenómeno social de carácter colectivo, resultado, en definitiva, de la eficacia que la Constitución ofrece, y módulo, al mismo tiempo, de esa misma eficacia: «toda Constitución debe, por lo menos, tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario de sus ruedas legislativas». Sentimiento constitucional; también, conciencia jurídica de la propia comunidad. Surge aquí el tema del posible valor y significado de ese sentimiento en la tarea de fijar la propia realidad jurídico-constitucional; el alcance y valor que el mismo puede y debe ofrecer. También, el problema de su consideración, como uno de los componentes determinantes de esa misma realidad.

En tercer lugar, e igualmente en relación directa con el planteamiento metodológico señalado, una serie de temas del mayor interés: el problema de las lagunas del orden constitucional, el de las mutaciones y reformas de la Constitución, el de las reformas tácitas de la misma, el del valor —homogéneo o distinto— de las diferentes normas contenidas en una misma Constitución, etc. Queden tan sólo enunciados estos temas, no sin señalar las consecuencias que en relación con ellos se pueden alcanzar como resultado de la aplicación a los mismos de los criterios metodológicos expuestos.

3. LOEWENSTEIN, como es sabido, lleva a cabo también una nueva formulación del principio de división de poderes. En tal sentido, pueden recordarse aquí las sucesivas rectificaciones a que tan frecuentemente ha sido sometido el esquema clásico de la división de poderes. Los nombres de DUGUIT, SCHNEIDER, JAHRREIS, W. WEBER, SÜSTERHENN, entre otros muchos, son expresión de esos intentos rectificadores a que acabo de aludir. LOEWENSTEIN adopta una postura semejante. Hay en ella una intencionada finalidad en orden a eludir los inconvenientes y peligros a que hoy día conduce una interpretación excesivamente simplista del citado principio. Se trata, por tanto, de abandonar tales enunciados en cuanto han acreditado, por demás, su ineficacia en orden a la finalidad que primariamente deben cumplir: el control del poder.

MONTESQUIEU, tal y como ARANGUREN puso de relieve, planteó de un modo estructural y objetivo el problema de la eticidad política. La remisión a la virtud personal del gobernante quedaba así sustituida por un mecanismo interno de control establecido en el seno del propio Estado. Su validez, sin embargo, estaba condicionada, como es sabido, a la existencia de una serie de presupuestos que en la sociedad actual no se dan, constatación que, por otra parte, no parece sea necesario demostrar. WIEACKER, el propio LOEWENSTEIN, han analizado, entre otros muchos, las causas que pueden explicar el proceso señalado, que nos sitúa frente a una reconocida inadecuación de esas técnicas en orden a alcanzar esos fines que, al menos en principio, se mantienen constantes: la limitación del poder. Porque el Poder —y LOEWENSTEIN ratifica el conocido texto de lord ACTON— tiende a corromper, y el Poder absoluto a corromperse absolutamente. Para garantizar, pues, ese control, para que hoy día pueda ser efectivo, es por lo que resulta preciso dar una nueva formulación al principio de división de poderes. Bien entendido —insisto— en que se trata de articular de modo distinto un determinado esquema en orden a que efectivamente pueda alcanzarse un fin que se mantiene constante: la limitación del Poder.

Ahora bien, limitar el Poder político no quiere decir otra cosa que limitar a los detentadores del Poder. Pretensión constante, de siempre, articulada históricamente mediante fórmulas técnicas diferentes. También de siempre está planteado igualmente el problema de diferenciar, junto a los detentadores del Poder oficiales, legítimos y visibles, los detentadores del Poder invisibles, no oficiales, no legítimos: ayer fueron los Mayordomos de palacio, confesores del Monarca, amantes o favoritas del Rey. Toda una gama de detentadores invisibles del Poder, cuya tipificación resulta imposible. Hoy el fenómeno se mantiene; sin embargo, en nuestra

sociedad de masas han surgido nuevos tipos de esos invisibles detentadores del poder, cuyo control debe también plantearse de modo efectivo: grupos pluralistas, agrupaciones de intereses que dominan los medios de comunicación, grupos económicos de presión, grupos confesionales, etc. Una realidad con la que hay que contar y que en modo alguno puede marginarse si es que, de verdad, quiere llevarse a cabo un auténtico y efectivo control del Poder. Una realidad que obliga a un nuevo replanteamiento del esquema de la división de Poderes.

LOEWENSTEIN propone a tal fin una nueva división tripartita que en algún sentido evoca antiguos y conocidos planteamientos de la Escuela vienesa: determinación de la decisión política fundamental (gobierno-parlamento-electorado), ejecución de la decisión (parlamento-gobierno [administración] tribunales) y control (los cuatro detentadores del Poder).

No es cuestión de desarrollar en este momento el esquema anterior, ya que constituye realmente el centro de toda la exposición de LOEWENSTEIN. Una nueva trilogía queda así establecida; una nueva trilogía, que, como dice GALLEGO ANABITARTE, ofrece en nuestros días un grado de realidad muy superior a la clásica y que, además, puede servir de «rejilla» a aplicar a cualquier sociedad estatal. No obstante, sí parece de interés formular ahora algunas consideraciones.

En el esquema establecido por LOEWENSTEIN nótese que tanto el Parlamento como el Gobierno se distribuyen la tarea de «tomar la decisión política»: hay aquí, evidentemente, un primer realce del Gobierno, cuya tarea «no está limitada, si es que alguna vez lo estuvo, a ejecutar la voluntad popular, tal y como está formulada en las leyes emitidas por las Asambleas. Es, por el contrario, el liderazgo político el que dirige y guía a la voluntad popular. La legislación y la ejecución de las leyes no son funciones separadas o separables, sino sencillamente técnicas diferentes del liderazgo político. Y pertenece a la biología del proceso del Poder que el liderazgo político esté en manos del Gobierno, como grupo reducido, eficaz y con capacidad para la acción, en lugar de ser ejercido por una asamblea con múltiples miembros, lenta e incapaz, frecuentemente, de formar una voluntad política única». De ahí que el Gobierno, a pesar de estar establecido en una situación de paridad estructural con la Asamblea, adquiriera en la práctica una evidente primacía.

Por otra parte también, una ajustada interpretación de las tareas de la Asamblea. En este punto debe considerarse con toda claridad cómo su primer cometido «no es la legislación como tal, sino la participación en la toma de la decisión política, en la ejecución de dicha decisión y en el control político. La *función legislativa*, que por razones técnicas surge de

estas tres categorías, no puede separarse de las otras tareas parlamentarias ni considerarse como una cosa en sí misma». No creo que el pensamiento de LOEWENSTEIN requiera mayor comentario en este punto. Su formulación aparece en consonancia con el planteamiento que históricamente recibieron las Asambleas parlamentarias. Haber abandonado esos otros cometidos no legislativos, no haber estructurado debidamente los procedimientos de su actuación en relación con ellos es, en definitiva, una de las causas más ciertas de la actual crisis del parlamentarismo.

Ahora bien, la legislación y el gobierno —Administración— son también, además de instancias en la adopción de la decisión política fundamental, medios para su ejecución. En esta tarea LOEWENSTEIN vincula también al Poder judicial; algunos de sus cometidos quedan igualmente encuadrados en esta fase del proceso del Poder: «Dado que el Juez ejecuta la Ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la Administración, no realiza una función independiente en el proceso del Poder. La función judicial es, fundamentalmente, ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal».

El núcleo central del esquema propuesto por LOEWENSTEIN radica, sin embargo, en la tercera de las funciones señaladas: el control; sobre ella recae una acentuación especial. Lógico, por otra parte, dada la vinculación esencial que, como hemos visto, establece entre la idea de Constitución y la existencia de un efectivo sistema de controles.

A este respecto distingue LOEWENSTEIN entre *distribución* y *control* del Poder: son dos fenómenos distintos, heterogéneos, coincidentes a veces, pero perfectamente diferenciados. La distribución del Poder es, desde luego, una forma de control del mismo; pero es sólo una de ellas; el hecho de que exista no supone que el control resulte perfectamente garantizado.

Es éste, sin duda alguna, el punto de toda su obra en el que LOEWENSTEIN pone mayor énfasis. La mutua distribución y el mutuo control entre los distintos detentadores del Poder es para LOEWENSTEIN la piedra de toque para poder llevar a cabo cualquier tipo de calificación sobre un Estado determinado y concreto. Un Gobierno será responsable cuando *el ejercicio del Poder político esté distribuido y controlado entre los diversos detentadores del Poder*; en el Gobierno autocrático, por el contrario, hay una ausencia de cualquier tipo de técnicas que puedan «hacer real la responsabilidad política del único detentador del Poder: la revolución es, aquí, la última *ratio*».

La idea de Constitución para LOEWENSTEIN lleva aparejada no sólo

el dato de una división de los poderes, sino también el de un efectivo sistema de control político. Se trata, como digo, de una vinculación esencial que condiciona la existencia *real* de la Constitución. Sin división, sin control de poderes, no hay Constitución. «En un sentido ontológico —dice— se debe considerar como el *telos* de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el Poder político... Allí donde el Poder está distribuido, el dominio está limitado, y esta limitación trae consigo restricciones y controles. La totalidad de estos principios es lo que constituye la Constitución».

Como vemos, la obra es una brillante exposición a favor de lo que efectiva y realmente es el constitucionalismo; también, una denuncia contra determinadas formulaciones nominalistas del mismo, que tanto equívoco producen en ocasiones. Y ello por la circunstancia evidente de que la convicción de que «un Estado soberano debe poseer una Constitución escrita está tan profundamente enraizada, que hasta las autocracias actuales se ven obligadas a pagar su tributo a la legitimidad democrática inherente a una Constitución escrita». Sentido nominal y semántico de la Constitución que permite observar a LOEWENSTEIN cómo «actualmente florece en muchos países la práctica de adornar la simple autocracia con una Constitución escrita»: «ropajes constitucionales», «biombos democráticos» existentes en tantos países a los que tristemente corresponde esa sorprendente y necia credulidad que en tales casos acostumbra a ofrecer la opinión pública extranjera, para aceptar como una auténtica legalidad democrática la falsificación de las normas democráticas en las que esos regímenes se basan.

De todo ello deduce LOEWENSTEIN el punto clave para poder compulsar en cada caso un sistema político determinado en orden a su consideración como democrático-constitucional. Tal calificación depende únicamente de la existencia de instituciones efectivas, por medio de las cuales el ejercicio del Poder político esté distribuido entre los detentadores del Poder y por medio de las cuales los detentadores del Poder estén también sometidos al control de los destinatarios del Poder, constituidos en detentadores supremos del mismo».

4. Han sido necesarias las consideraciones anteriores para, ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, poder situarnos frente al sistema de controles del Poder que LOEWENSTEIN establece. Bien entendido que no se trata de constatar únicamente su existencia, sino también su eficacia. Eficacia que es, en última instancia, la que determina la existencia misma de una realidad auténticamente constitucional.

El planteamiento expuesto incide sobre todo el mecanismo establecido para garantizar la independencia, distribución y control de las distintas funciones. LOEWENSTEIN establece, en primer lugar, los que él llama controles horizontales; esto es, los que determinan la distribución misma del Poder entre los diferentes órganos que constitucionalmente deben cooperar a la formación de la voluntad estatal. Controles horizontales que, como veremos, operan bien en el seno de uno de los detentadores del Poder, bien entre varios de ellos. Junto a los controles horizontales, también, los llamados controles verticales: en ellos incluye los «tipos o modos de acción e interacción que se producen dentro del cuadro de la dinámica política, *entre todos los detentadores del Poder instituidos* —parlamento, gobierno, tribunales y electorado— *y la sociedad en su totalidad*. Vistos estructuralmente, los controles horizontales operan en el cuadro del aparato estatal, mientras que los controles verticales lo hacen al nivel en el que la maquinaria estatal se enfrenta con la sociedad. Para caracterizar de una manera plástica la situación: los controles horizontales se mueven lateralmente, al mismo nivel del aparato de dominio; los controles verticales funcionan, por el contrario, en una líneas ascendente y descendente entre la totalidad de los detentadores del poder instituidos y la comunidad como tal o algunos de sus componentes».

En este punto quiero notar la curiosa coincidencia en formular esquemas del tipo señalado, con los que, evidentemente, se trata de completar *verticalmente* una estricta y escueta interpretación del principio de división de poderes. El que acabamos de recoger, propuesto por LOEWENSTEIN en 1957, recuerda en cierto modo el formulado en aquel entonces por A. SÜSTERHENN en orden a la estructuración concurrente del principio de división de poderes —control horizontal—, con el de subsidiariedad de la acción del Estado —control vertical—.

5. La articulación concreta del sistema de controles horizontales queda tipificada en la obra de LOEWENSTEIN, principalmente, de acuerdo con las dos técnicas siguientes: controles internos, controles intraórganos, traduce GALLEGO ANABITARTE (*intra organ controle, Innen-Kontrollen*) y controles interorgánicos, controles intraórganos (*interorgan controls Zwischen o Aussen-Kontrollen*).

En primer lugar, pues, controles internos existentes en los distintos detentadores del Poder en el Gobierno, en el Poder judicial, en el Parlamento. Aquí, en concreto, una serie de técnicas de hondo alcance y relevancia: dualidad de Cámaras, protección de la minoría, mayorías cualificadas, etc.; también en este punto el tema de las llamadas disposiciones

intangibles no sometidas a proceso alguno de reforma, y que sólo una total convulsión del Ordenamiento jurídico puede modificar; en relación con ello, el problema de los límites inmanentes de toda reforma constitucional y su aplicación a una serie de puntos concretos: forma republicana de gobierno, el principio federal, limitación a la posible reelección en el cargo de Presidente, etc.; de modo especial, también, la confrontación del planteamiento señalado con la doctrina de los derechos fundamentales que encuentran, en esta técnica, su mayor protección y garantía.

Sistema de controles internos que realiza una serie de aspectos de gran interés para el Derecho administrativo. Refirámonos brevemente a algunos de ellos. Primeramente, todo el sistema de los dispositivos administrativos de autocontrol debe conectarse con lo que acabamos de exponer. La doctrina de las normas de organización y el problema de su obligatoriedad y significado quedan así debidamente enmarcados. También, el debatido tema de los Tribunales administrativos, en relación con el cual el debate suscitado en torno al mismo ya no radicará tanto en la vieja cuestión de Tribunales administrativos *contra* Tribunales judiciales, cuanto en la competencia y estructura de esos Tribunales, en su dependencia y encuadramiento en el seno de la Administración activa. Planteamiento éste, el de los controles internos de la propia Administración, que debe realizarse en todo su significado frente a la un tanto inexplicable minusvaloración con que acostumbra a ser afrontado y que, como es sabido, acaba de encontrar su refrendo más radical en la excelente obra de H. J. WOLFF.

6. Junto a estos controles internos, las técnicas del control interorgánico. Ambos juegan de modo complementario, integrados mutuamente. Las valoraciones constitucionales son aquí, como es lógico, determinantes. Interdependencia por integración, en el parlamentarismo; interdependencia por coordinación, en el presidencialismo.

Cuatro son, fundamentalmente, las formas a través de las cuales se manifiesta este control interorgánico: 1) el control de la Asamblea frente al Gobierno; 2) el control del Gobierno frente a la Asamblea; 3) el control de los Tribunales frente a la Asamblea y el Gobierno, y 4) el control del electorado frente a los otros detentadores del poder.

De entre estas formas de control interorgánico quiero realzar aquí debidamente las relacionadas con el control del Gobierno sobre el Parlamento: fórmulas actualizadas, muchas veces, a través de procedimientos más o menos indirectos o colaterales, pero no por ello menos eficaces. Para LOEWENSTEIN nada demuestra más claramente la superación de la

tradicional separación de poderes que la posición del Gobierno en el proceso legislativo: en tal sentido se enuncian y desarrollan una serie de temas cuya problemática jurídica es ciertamente del mayor interés: influencia del Gobierno en el proceso legislativo, influencia sobre la ley ya promulgada, el tema de la legislación delegada, el de los reglamentos en ejecución, etc. Bien entendido que, como puede observarse, se trata de una serie de temas que si hoy día tienen un refrendo constitucional de carácter positivo, han ido cuajando, con frecuencia, mediante la consolidación de una simple práctica, que de modo progresivo ha ido fortaleciendo la posición del Gobierno, incluso frente al propio Parlamento. Valorar en sus justos términos el alcance efectivo y real de todos estos controles acaso nos permitiría llegar a conclusiones por demás sorprendente.

7. Mayor desarrollo que el de los otros tipos de control interorgánico presenta en la obra de LOEWENSTEIN el estudio del papel que los Tribunales desempeñan en este cometido. El autor elabora a este respecto una tesis, por demás sugestiva, en orden a la configuración de las funciones de los Jueces en el Estado constitucional, que, de acuerdo con la aplicación que entre nosotros ha hecho L. MOSQUERA, puede quedar enunciada de la forma siguiente: facultad de los Jueces de revisar la *legalidad* de las actuaciones de la Administración y del Gobierno, competencia judicial para revisar la constitucionalidad de lo actuado por el Parlamento o el Gobierno y facultad de decidir los litigios que se produzcan entre los distintos órganos estatales. Los Jueces adquieren de este modo un papel sobresaliente, y ello no como resultado de una hipotética determinación axiológica, sino a través del doble reconocimiento que se hace, por una parte, de la situación prácticamente exenta en que se encuentran; por otra, de unos cometidos de control a ejercer principalmente por ellos sobre las otras funciones del Estado. Una situación de superioridad que, sin embargo, es preciso matizar con extremo cuidado. Y ello en orden a una correcta interpretación de este fenómeno, tan generalmente admitido en nuestros días, como es el de la judicialización constitucional del Estado contemporáneo. A un Estado de Derecho *legislativo* sucedería el Estado de Derecho *administrativo*. Ahora en una fase posterior, estamos frente a un realce del Poder judicial. Un realce que conduce a una lógica judicialización de los esquemas constitucionales del Estado en nuestros días. Un proceso justo, en cuanto es expresión progresiva de un fenómeno de mantenida consolidación de los principios materiales del Estado de derecho; pero un proceso que, sin embargo, es preciso matizar debidamente en orden a las consecuencias equívocas que de él puedan acaso de-



rivarse. En concreto, en cuanto que la judicialización del Estado —¡y de la Política!— no degenera en la politización del Poder judicial.

El punto crucial de este tema estriba, naturalmente, en las relaciones del Poder judicial con la Constitución. Unas relaciones —control de la constitucionalidad— que son, evidentemente políticas, máxime cuando ese control se impone también a los otros detentadores del Poder. El tema queda así planteado: hay en tal formulación una cuestión de principio que, aceptada, se asume como punto de arranque con toda radicalidad. Se trata, ni más ni menos, que de la atribución de esta función a los Jueces: el viejo y debatido tema de «el guardián de la Constitución» queda, pues, formulado en el sentido expuesto. Atribución al Poder judicial; atribución que, como es evidente, tiene no sólo una intencionalidad frente al Gobierno, sino también en cuanto supone un evidente desapoderamiento del Parlamento en estos cometidos de «guarda de la Constitución». Un desapoderamiento lógico y necesario. «El Parlamento que ha emitido la Ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la Constitución». Como es sabido, la fórmula del Parlamento como posible juez constitucional de su propia causa, aparece recogida, generalmente, por Constituciones de carácter estrictamente semánticas, no por Constituciones reales. Planteamiento que, como es lógico, es en sí mismo contradictorio: «los conejos —dice LOEWENSTEIN— no son, generalmente, los guardianes más seguros de un jardín».

Control constitucional atribuido a los Jueces. Un tema que LOEWENSTEIN puntualiza de acuerdo con un doble tipo de consideraciones. En primer lugar, consideraciones geográficas e históricas. De nuevo, el condicionamiento ideológico y ambiental. El esquema constitucional norteamericano ha gravitado siempre en los diferentes planteamientos que el tema de la justicia constitucional ha recibido. Y LOEWENSTEIN advierte cómo el no haber tenido en cuenta la importancia esencial del medio ambiente en el que nació el control judicial americano, ha hecho que esta institución, tan frecuentemente elogiada en el extranjero, no haya tenido ningún éxito definitivo cuando ha sido ensayada en otros países. El trasplante indiscriminado de técnicas, tantas veces pretendido, también aquí, al margen de las ideologías que las originaron, explica una vez más el fracaso de todos esos intentos.

En segundo lugar, junto a las anteriores, circunstancias materiales condicionan igualmente el tema del control constitucional por parte de los Jueces. ¿Qué amplitud debe darse al mismo? ¿Qué ámbito, qué materias puede y debe abarcar la competencia de los Tribunales constitucionales? Legítimo y justificado campo de aplicación de este control es para LOE-

WENSTEIN, en primer lugar, la protección del esquema federal. Una protección que, entiendo, podría ser también válida referida a esquemas regionalistas o de cualquier otro carácter descentralizado, siempre y cuando tales esquemas tuvieran un refrendo constitucional. En tal sentido recordaré el brillante alegato que a este respecto han formulado BISCARETTI DI RUFFIA, STERN y PÜTTNER en orden a la protección por los Jueces constitucionales de la autonomía municipal y de los esquemas que de ella se derivan. En segundo lugar, es también campo peculiar para la legítima aplicación del control del Juez constitucional todo el amplio y debatido sector de la protección de los derechos fundamentales y de las libertades civiles. Poco parece que haya que comentar a este respecto. El problema surge, sin embargo, a la hora de determinar el tercer sector de aplicación del control judicial: los Jueces, valorando una decisión política del Parlamento o del Gobierno. Si la aceptación de este punto ha sido, históricamente al menos, discutible, la amplitud que al mismo se le dé es problema extraordinariamente delicado y complejo.

En relación con el tema que acabo de apuntar surgen una serie de problemas que de modo directo inciden igualmente sobre los otros cometidos de los Tribunales constitucionales, pero que aquí cobran un especial significado. Me refiero de modo especial al tema de la concentración en un solo Tribunal de las funciones de garantizar la decisión política fundamental; también, a la modulación de las distintas disposiciones de un mismo texto constitucional y al problema de si todas tienen el mismo alcance y significado a la hora de valorar una ley o un acto de Gobierno; también, al gravísimo tema de las consecuencias concretas que de esa judicialización de la Política pueden alcanzarse. Aplicado el control judicial a decisiones políticas, «adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los Tribunales, que *teóricamente* no corresponde a la función judicial. Dado que una sentencia negativa anula la ley, el control judicial puede de hecho ocupar el lugar de la decisión del detentador político del Poder. Carece de importancia —dice LOEWENSTEIN— que la *Supreme Court*, por ejemplo, prescinda de declarar la ley formalmente nula; su inaplicabilidad en el caso en litigio significa su suspensión definitiva, según la regla del *stare decisis*».

De aquí que, tomando como punto de arranque el análisis de la actual realidad constitucional alemana e italiana, formule LOEWENSTEIN una serie de consideraciones, auténticas llamadas de atención, sobre los peligros que puede originar el sistema de resolver los conflictos políticos, fundamentalmente, a través de una instancia judicial. Peligros tanto para el proceso político del Gobierno como para el orden judicial: borrar las

fronteras entre la Justicia y la Política supone que los detentadores del Poder estén expuestos a la tentación de llevar ante un Tribunal un conflicto político. Un proceso que, tal y como demuestra la experiencia, sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores del Poder: «en el proceso del Poder, un *máximo* montaje de controles no significa siempre un resultado óptimo».

El tema tiene desde luego una importancia que no me parece necesario destacar ahora. Permítaseme, sin embargo, completarlo con algunas consideraciones que acaso puedan ser de interés, en cuanto que estos problemas de Justicia constitucional son ciertamente de gran actualidad entre nosotros. Se trata, como digo, de un tema de gran importancia, en el que, desde luego, no caben soluciones simplistas. Un tema que, además, lleva detrás de sí toda la carga polémica que supone la situación en que en tal caso se coloca «el Juez constitucional entre el Derecho y la Política», tal y como expresamente reza el sugestivo trabajo de Otto BACHOF, que puede ser de interés referir aquí.

Para BACHOF, el problema del Juez constitucional se encuentra precisamente en esa situación conflictual, diferente, cuando no contraria, a la que se encuentra el Juez civil, penal, y en la mayoría de los casos también el Juez administrativo: «si para el Juez civil la contradicción a afrontar viene determinada entre la fidelidad a la ley y a la justicia del caso individual..., no es razo que el Juez constitucional se encuentre en la situación opuesta: en que si bien la Ley satisface por entero la justicia del caso particular, su cumplimiento estricto causa perjuicios a los *valores generales*». El conflicto se plantea por la divergencia entre el precepto jurídico y la razonabilidad o, incluso, la necesidad política; entre el rigor de la Ley y las exigencias del bien común.

Es cierto que con sus cláusulas generales el Derecho constitucional brinda al Juez un margen particularmente amplio para su interpretación; de ellas —refiere BACHOF— se han aprovechado, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional alemán afirmando que, de diversas posibilidades de interpretación, «merece primacía aquella conciliable con la Constitución: una Ley sólo puede ser declarada inconstitucional y nula cuando es materialmente imposible una interpretación de la misma conciliable con la Constitución». Hay con ello un intento, precedente incluso del sistema norteamericano, de salvar, por así decir, el principio de validez de las leyes, el principio de presunción de su constitucionalidad: evitar la indeseada declaración de nulidad de las leyes, con las consecuencias prácticas que ello lleva consigo, máxime cuando el problema se plantea después de un período de vigencia, a veces largo, de las mismas. El Juez

constitucional, dice BACHOF, ¿puede decir *fiat iustitia* sin contar las consecuencias políticas y prácticas que de tal declaración se deducen? Hay evidentemente una cierta influencia en el Juez constitucional de las posibles repercusiones políticas del fallo que, por ejemplo, pueda anular una ley. Sin embargo, en el conflicto entre Derecho y Política el Juez sólo está obligado ante el Derecho; si bien le es lícito esperar también que el legislador le évite en lo posible este conflicto, no sólo por su propio bien y comodidad, sino por respeto al Derecho.

8. El estudio de los controles verticales constituye la última parte de la obra de LOEWENSTEIN: federalismo: garantía de las libertades individuales, pluralismo. Controles verticales que funcionan con la finalidad expuesta anteriormente, a través de las técnicas, también señaladas, y que no es preciso reiterar aquí.

Un hondo humanismo late en la exposición de esta parte de la *Teoría de la Constitución*. Una exposición apasionada y viva, eminentemente realista. Y ello, tanto en el enunciado y análisis de las hipótesis que se consideran, como en el sentido de las conclusiones que se postulan. La obra es, en este punto, una brillante defensa a favor del liderazgo autoritario del *Estado* y del fortalecimiento de sus estructuras políticas. Frente a la libertad desenfrenada de las fuerzas pluralistas, de las organizaciones corporativas, de los grupos de intereses económicos o confesionales en competencia, ahora, es también, de nuevo, el individuo el que está amenazado. Primero tuvo que defenderse contra el Estado; en las circunstancias actuales no corre menos peligro; como dice LOEWENSTEIN, cambió sencillamente un amo por otro.

Frente a las amenazas que sobre el individuo se ciernen es inexorablemente necesario establecer un árbitro que cree el orden, que mantenga el equilibrio, que compense las fuerzas: un defensor que proteja al individuo frente a las propias fuerzas pluralistas. Arbitro, defensor, que no puede ser sino el propio Estado. «Si los últimos valores de la democracia política tienen que ser salvados, habrá que regular a la democracia pluralista». «La única alternativa frente al gobierno de los grupos privados es el gobierno *público*, esto es, el gobierno por el Estado».

La obra de LOEWENSTEIN es, en este aspecto, aleccionador testimonio frente a los equívocos con que muchas veces se presentan las relaciones entre el Estado y la Sociedad, al amparo de esa «anarquía soberbiamente organizada» que las fuerzas pluralistas propugnan tan frecuentemente. Equívoco en el planteamiento de unas relaciones, sobre la base de una exención, a la acción del Poder, que, en definitiva, no supone otra cosa

sino dejar campo abierto y libre a las fuerzas sociales en su desenfadado afán de *poder*. Desde nuestra perspectiva actual, la conocida tesis, tantas veces reiterada, con que en la vigilia de la primera guerra mundial estableció HAURIOU, las relaciones —y diferencias— entre la sociedad económica y el poder político, resulta cándida hasta la ingenuidad y acredita, como DOSSETTI señaló, cuán sobrada razón hay en la crítica que el pensamiento marxista sometió en este punto a las instituciones burguesas.

9. Sobre todo el Derecho administrativo clásico —y el fenómeno gravita sobre el actual— las estructuras político-administrativas y la realidad social quedaban entre sí perfecta y radicalmente diferenciadas. Realidades distintas, como consecuencia de las hipótesis de partida. Realidades que sólo a través de una serie de fórmulas, perfectamente tipificadas desde un punto de vista jurídico, entraban y podían entrar en relación. Pensamos, por ejemplo, en tal sentido, en el enconsertamiento a que todas las técnicas procedimentales han sometido este tipo de conexiones ante la Administración y los administrados, relaciones que sólo podían establecerse a través de esos esquemas procedimentales; pensemos también, por lo que se refiere a los elementos personales de la función pública, en todas las fórmulas a través de las que en los sistemas europeos ha venido llevándose a cabo su incorporación. Son desde luego dos ejemplos, pero me parece que resultan indiciarios por lo que ahora nos interesa.

La situación es hoy totalmente distinta. Distintos, radicalmente diferentes, son los presupuestos de los que se arranca y las hipótesis de las que se parte. También por ello mismo, una realidad que responde a unas características del todo diferentes. Diría incluso que adquirir consciencia de este cambio —y llevarlo hasta sus últimas consecuencias— es, sin duda alguna, la tarea más urgente que el Derecho administrativo de nuestros días debe afrontar.

Sociedad y aparato administrativo no se relacionan ya intermitentemente, mediante contactos que rompen una separación de principio. Se diría que, por el contrario, hay una porosidad crecientemente acentuada en el tamiz que separa ambas realidades. No se trata sólo de que unas determinadas técnicas de relación entren en juego, sino de un cambio mucho más radical y profundo; estamos frente a una dependencia constante, frente a una conexión inmanente entre ambas realidades.

Las consecuencias que de estas consideraciones se derivan para la Administración contemporánea quedan desde luego potenciadas; también —no lo olvidemos— los peligros que debe soslayar de modo especial, en

cuanto la Administración participa directamente en el proceso del Poder, que por principio es necesario preservar y defender de esos peligros.

Un nuevo signo matiza las técnicas tradicionales del Derecho administrativo, al mismo tiempo que aparecen otras totalmente nuevas. El fenómeno adquiere así un sentido muy claro: se trata de borrar, de disminuir al menos, el peso de esas diferencias iniciales. Un fenómeno que origina una tensión evidente, de la que son expresión, entre otros muchos, una serie de consecuencias fácilmente perceptibles en el campo del Derecho administrativo. Así, reiteradamente se ha expresado cómo la Administración ha entrado en la vida social. Se trata de una constatación cierta y evidente; pero que tiene además su contrapartida, pues el fenómeno expuesto ofrece en su lógico complemento el hecho de que las propias fuerzas sociales, como tales, han ingresado en el aparato administrativo. Un fenómeno que ciertamente se manifiesta de acuerdo con fórmulas distintas; todas ellas, sin embargo, son consecuencia del abatimiento de ese muro que podía separar, que diferenciaba la realidad social del aparato administrativo. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, se ofrecen una serie de cauces nuevos por los que discurrirán las relaciones entre la Administración y los administrados; entre aquélla y el público, en el sentido más propio del término: informaciones, encuestas, procedimientos de consulta, requerimientos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de sujetos, procedimientos de queja, sometimiento e información pública o a informe de los grupos organizados de determinados proyectos de decisiones administrativas, acogida de sugerencias, publicidad de la Administración. Y en torno a cada uno de estos temas, toda una problemática jurídica, todavía sin definir en muchos puntos, pero cuya existencia y realidad es de por sí suficientemente indiciaria y a la que dedicó su atención, en fecha reciente, el «Instituto Internacional de Ciencias Administrativas».

El fenómeno expuesto, sin embargo, no juega sólo desde esta perspectiva de la relación, sino que se actualiza también en un segundo grado, de mayor alcance e intensidad. Repercute en el seno mismo de la propia Administración: la «adjudicación de profanos», que en un tiempo fué fórmula excepcional y complementaria de las técnicas estrictamente funcionariales, aparece hoy día generalizada. Con tanta intensidad, incluso, que casi hace quebrar o, al menos, pone en peligro los propios esquemas funcionariales. Más aún: lo que en un principio fué simple incorporación de *profanos*, con un evidente signo de adjudicación complementaria, termina por institucionalizarse como fenómeno propio en sí mismo en el seno de la propia Administración: de este modo —escribe LOEWENSTEIN—

«una plétora de instancias administrativas, con las más diferentes asignaciones —*boards commissions, authorities, coincil*—, o los equivalentes en otros idiomas, han florecido como flores en la primavera, en parte en el cuadro de los Ministerios existentes, pero con frecuencia completamente desconectadas e independientes». Una realidad completa, sin regular, asistemática; vinculada muy frecuentemente a las situaciones concretas que la originaron, pero con una tendencia evidente a su mantenimiento y generalización. Una realidad, de la que la Administración española ofreció abundantes ejemplos en esa interminable serie de Juntas, Comisiones, Confederaciones, etc., que tanto a nivel municipal como a nivel superior *complementaron* su integración funcional con la de los «auténticos representantes de las fuerzas sociales» en un decidido intento de que esa heterogeneidad en su integración permitiera un más ajustado cumplimiento de sus funciones y cometidos, fundamentalmente, sobre esquemas de asesoramiento y consulta. Un fenómeno, sin embargo, cuyo proceso evolutivo se ha realizado también cumplidamente entre nosotros en el sentido anteriormente señalado. Recordemos tan sólo, a este respecto, todo el complejo sistema de Comisiones y Ponencias del Plan de Desarrollo, que, al socaire de una liberalización de nuestros esquemas institucionales, supone en tal sentido una evidente consagración de la tendencia antes señalada.

No es difícil, ciertamente, adivinar las razones últimas a las que responden estos planteamientos. En ellos cristaliza el impacto de los distintos grupos sociales en las estructuras y en la gestión del propio Estado. La conocida observación de Max WEBER, de que la organización burocrática encontró la razón de su crecimiento expansivo en su superioridad técnica, ya no es totalmente cierta en los países de estructura pluralista. Porque los grupos sociales han jugado precisamente la técnica contraria: «traen consigo —escribe LOEWENSTEIN— el conocimiento de los expertos y de los técnicos; ni la burocracia ministerial mejor preparada puede conocer los detalles técnicos necesarios para la regulación de los complejos fenómenos de una sociedad tecnológica». Y ésta ha sido la gran baza, la de la especialización técnica, bajo la que aparentemente se ha justificado ese incrustamiento de las estructuras sociales en el propio aparato orgánico de la Administración.

En conexión con lo que decimos, una serie de temas, todavía interrogantes en cuanto a las soluciones que pueden recibir, pero que gravitan ya en vida administrativa con una fuerza que nadie puede ignorar. El propio LOEWENSTEIN, al valorar todo este complejo fenómeno de las instancias administrativas, señala la heterogeneidad de sus cometidos y la

progresiva participación que gradual y realmente adquieren en el proceso del Poder. Encargadas, en principio, de ejecutar las más diversas funciones administrativas, en ocasiones, incluso, gozan de auténtica potestad reglamentaria. El tema queda así planteado en toda su extensión: ¿cuál es la colaboración, la efectiva participación de las mismas, en el proceso de ejecución de la decisión política? ¿No suponen en muchas ocasiones un auténtico abandono de las estructuras estrictamente políticas a favor de las fuerzas sociales? Notemos también que este fenómeno cristaliza, por otra parte, en una innegable tensión entre esas instancias y las estructuras burocráticas propiamente dichas; la incorporación de aquéllas, que comenzó por ser un simple y justificado intento de rectificación compensatoria de los esquemas burocráticos, ha terminado con frecuencia en el abandono y entrega efectiva de los mismos a las distintas fuerzas sociales. También, otro interrogante en relación con el fenómeno analizado: ¿cuál es, realmente, la situación del ciudadano en relación con todas esas organizaciones, instancias y comisiones? Quede tan sólo enunciada la pregunta; su respuesta acaso nos describiría una situación no ciertamente alentadora...

10. El fenómeno que analizamos tiene también una expresión de signo diferente. La tensión Poder-Sociedad se manifiesta inclinando la balanza hacia otra parte. Se trata de una observación obvia, acreditada históricamente, a pesar de que *aparentemente* el fenómeno al que aludo se nos presenta también como un realce de las fuerzas sociales. Me estoy refiriendo, claro es, al corporativismo; a la consistencia *administrativa* que los propios grupos sociales alcanzan en ocasiones. Hablo desde mi punto de vista —y sin que ello suponga minimizar el fenómeno, de consistencia administrativa, aunque, como es conocido, el tema presente unos caracteres mucho más amplios y generalizados—. Intervención de los grupos pluralistas en el proceso del Poder, «institucionalización legal de los grupos de interés», fenómeno que LOEWENSTEIN analiza al llevar a cabo la diagnosis de las situaciones reales que el corporativismo encubre.

Nos encontramos aquí con una serie de equívocas contradicciones que es preciso analizar con cuidado. Como, por otra parte, está acreditado, LOEWENSTEIN estima, con toda justeza, que, salvo algunas excepciones —Weimar, la actual experiencia yugoslava—, «los esfuerzos de intercalar legalmente a los grupos pluralistas en el proceso legislativo, han sido realizados en los regímenes totalitarios, donde fueron utilizados por el Estado como coartada para ejercer un control despiadado de la vida social y económica».



El fracaso democrático-constitucional de los esquemas corporativos es por demás conocido; por ello no parece sea necesario insistir ahora sobre estos aspectos.

El tema no merecería actualmente una consideración expresa si no fuera porque, tratando de superar ese acreditado descrédito, el corporativismo está recibiendo en fecha reciente impulsos importantes, que responden a los mismos esquemas ideológicos y a la misma finalidad de la que habla LOEWENSTEIN: coartada para ejercer un control despiadado de la vida social por parte del Estado. Se trata, sin embargo, de una nueva versión del tema, que lo sitúa en un plano estrictamente administrativo. Su expresión tiene fundamentalmente dos variantes: en primer lugar, la de los reiterados intentos que en Francia se están formulando actualmente en conexión con la ideología de sus últimos Planes de Desarrollo, al pretender dar vida a todos estos esquemas corporativos. Muy autorizadas voces se han levantado ya frente a tales intentos, denunciando el trasfondo que tras ellos subyace. Renacer del corporativismo, que tiene también una segunda versión: técnica de funcionarialización concreta de determinadas profesiones estrictamente liberadas —medicina, periodismo, etc.—, que juega como dispositivo que puede permitir al Estado ejercer sobre ellas un auténtico control. El corporativismo clásico actuó, como sabemos, mediante la pretendida canalización de la representación popular a través de los grupos corporativos; sus consecuencias están en la mente de todos. La intención de ahora es, sin embargo, la misma: un nuevo corporativismo, funcionarialización de profesiones liberales como título que el Poder habilita para modular en su intensidad y extensión el ejercicio de esas profesiones; de modo especial, en los casos límites, en que acaso pueda estimarse que incide o altera una situación política cuyo mantenimiento se estima necesario sostener.

11. Estas son, a grandes trazos, algunas de las consideraciones que me sugiere la obra de LOEWENSTEIN. Una obra que —como se ha dicho repetidas veces— ofrece un gran significado en la tarea de renovación de la Ciencia política contemporánea. Insistir ahora sobre ello sería casi ridículo: su significado es por todos reconocido. No obstante, sí parece conveniente reiterar cómo en el entronque sociológico que en esta obra se afirma puede encontrar el jurista el emplazamiento más directo y apremiante para la necesaria adecuación de sus esquemas y categorías. Una adecuación que, evidentemente, sólo puede actualizarse a través de un proceso histórico, largo y complejo, como todos ellos. Pero de la que, sin embargo, hay que tener plena conciencia para la exposición y diagnó-

sis de la realidad jurídica. De modo especial tratándose de aquellas ramas, como es la del Derecho administrativo, en las que la conexión con el hecho político aparece como determinante de su propia realidad, y que precisamente por ello es necesario analizar y encauzar con extremo cuidado.