

## I. ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

# EL ESTADO PRESENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ITALIANO<sup>1</sup>

SABINO CASSESE

Magistrado del Tribunal Constitucional de Italia  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad La Sapienza, Roma

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO OBJETIVO: UN DERECHO DE TODA LA SOCIEDAD.—II. UN DERECHO CONSAGRADO POR LAS NORMAS, PERO NO ORDENADO POR EL LEGISLADOR.—III. UN DERECHO BINOMIO.—IV. LA CONDICIÓN INTELLECTUAL: LAS TRADICIONES PERDIDAS.—V. LA CRISIS DE LA UNIDAD DEL DERECHO PÚBLICO.—VI. INESTABILIDAD INSTITUCIONAL Y PROVISIONALIDAD SISTÉMICA.—VII. AÑOS DE EXPERIMENTACIÓN: PROGRESOS Y EXIGENCIAS INSATISFECHAS.

### RESUMEN

Se analizan en este ensayo las dos variables del Derecho Administrativo, la relativa al Derecho vigente y la referida a la disciplina científica. Aun estando referido al caso italiano, muchos de sus puntos son predicables del Derecho Administrativo en sí. En el primer aspecto se trataría de un Derecho de toda la sociedad, consagrado en normas, no todas las cuales surgen del legislador; y con dos tipos básicos de normas, las de contenido autoritario y las de contenido convencional. En el segundo se destaca inicialmente el papel de la tradición romanista, la cultura germánica y el papel de los grandes maestros. También se hace mención a la crisis de la unidad del Derecho Público y a los problemas de la inestabilidad institucional y la provisionalidad sistémica.

*Palabras clave:* Derecho Administrativo italiano; Derecho Administrativo; Derecho Público; Derecho Constitucional.

### ABSTRACT

This essay analyse both sides of Administrative Law, as a rule and as a theory. Even though it is focused on the Italian case, the argumentation is relevant for administrative law in general. In the first side, we would have an administrative law from all society, based on rules nor all of them coming from, the Parliament and with two main types of rules, those authoritarian and those conventional. In the second side, there is an initial reference to the romanistic tradition, german culture, and the role of great professors. There is also room for the crisis of the unity of Public Law and the problems of institutional instability and the systemic provisionally.

*Key words:* Italian Administrative Law; Administrative Law; Public Law; Constitutional Law.

---

<sup>1</sup> Las partes principales de este texto han sido utilizadas en la lección inaugural del Máster en Derecho Administrativo y Ciencias Administrativas, Facultad de Derecho, Roma, Universidad Roma Tre, el 22 de enero de 2010, y posteriormente como ponencia en el XVIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo (Bologna, 29 de mayo de 2010).

## I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO OBJETIVO: UN DERECHO DE TODA LA SOCIEDAD

Con la expresión «Derecho Administrativo» se indica habitualmente, tanto al conjunto de los institutos, de las normas y de la jurisprudencia de esta rama del Derecho, como el estudio de todo ello (que, según la terminología difundida en el continente europeo, no así en la cultura anglosajona, sería la ciencia del Derecho Administrativo).

En muchos países, «Derecho Administrativo», en su acepción de Derecho vigente, y «Derecho Administrativo», en la acepción de la relativa disciplina científica, forman parte de un mismo concepto, en el sentido de que el primero no vive únicamente de su correcta aplicación, sino también de los términos en los que es interpretado por sus cultivadores.

Dado que ello es lo que sucede en nuestro ordenamiento, este trabajo estará dedicado a ilustrar el estado presente del Derecho Administrativo en ambas acepciones y estará dividido en dos partes, una dedicada a la primera y la otra a la segunda acepción.

El Derecho Administrativo en sentido objetivo, en los dos siglos de su historia, se ha venido configurando como un Derecho de toda la sociedad; como un Derecho consagrado en normas, pero no ordenado por el legislador; como un Derecho binomio, compuesto de una parte «dura» y de otra con un tipo de normativa débil. Intento ilustrar estos tres caracteres.

Comienzo con «medir» la extensión del Derecho Administrativo. Un «código» particularmente preciso de las leyes administrativas, como es el de SANDULLI-ALIBERTI<sup>2</sup>, con una recopilación de cerca de 8.500 páginas, tiene cerca de 2.500 «voces» principales, más 5.000 «voces» secundarias. Una «Guía legislativa» de amplia difusión entre los entes locales<sup>3</sup>, que consta de 2.500 páginas, tiene cerca de 3.100 «voces»: las grandes «materias» de esta colección y exposición son la Administración estatal, la local, la paraestatal, los bienes públicos, la hacienda y los contratos administrativos, el personal público, la beneficencia y la asistencia, el estado civil, el orden y la seguridad, los cultos, la sanidad y la higiene, la defensa del ambiente, las obras públicas, la edificación y el urbanismo, las expropiaciones, la defensa, los asuntos exteriores, y la justicia administrativa.

Pero para medir con precisión la extensión adquirida por el Derecho Administrativo no basta con detenerse en sus grandes apartados, es necesario examinar de cerca sus diversas disciplinas. Al hacerlo, se aprecia que éstas no se refieren únicamente a los grandes ámbitos de la actuación administrativa, sino que se extienden también a las actividades humanas más concretas, incluso aquellas más antiguas e inusuales o aparentemente extrañas a la tutela de los intereses públicos: piénsese en las galerías de arte o en las competicio-

<sup>2</sup> A. M. SANDULLI (con la colaboración de A. ALIBERTI), *Código de la legislación administrativa*, Roma, Imprenta Nacional, 1979-1985, 3 vols. (no existe una edición posterior, ni hay otros códigos de una extensión paragonable editados posteriormente).

<sup>3</sup> *Agenda dei comuni. Guida normativa*, Bolonia, Caparrini (sale anualmente).

nes deportivas, en la conducción de troncos por flotación y el libertinaje, en las puericultoras y en los leprosos, en la ignición de rayos y en la quema de rastrojos, en las fiestas nacionales, en los barberos y en los peluqueros, en las sustancias psicotrópicas y en la alimentación de los animales, en los expedicionarios y en los músicos callejeros, en los árboles dentro de las poblaciones y en los juguetes, el nacimiento a bordo de aviones o de naves y en los desentramamientos, el uso de la bandera nacional y en las tetinas y en los biberones, en las bandas de música y en las servidumbres de vertido de aguas, en las proclamas públicas y el encendido del fuego en lugares habitados, en los viajes gratuitos de los indigentes, en las plantaciones y en las aguas invernales.

Quien lea las grandes legislaciones del pasado (como las leyes de orden público, las de aguas y las de instalaciones eléctricas, las leyes sanitarias), o aquellas masas informes de normas que hoy se llaman leyes financieras (pronto sustituidas por leyes de estabilidad), o las leyes denominadas comunitarias, se da cuenta de que no hay un campo de la actividad humana que escape a la regulación administrativa, y no sólo en lo que se refiere a las relaciones con las Administraciones públicas.

Por lo tanto, es equivocado afirmar —tal como se hace frecuentemente— que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho relativa a la Administración pública. Esta última, aun jugando un papel importante en este sector, no está siempre presente. Son numerosísimas las regulaciones (corrientemente denominadas administrativas) dirigidas a los afectados no siempre y necesariamente intermediadas por Administraciones públicas. Éstas deberían tener una extensión vastísima para poder presidir normalmente cada pequeño aspecto contenido en estas regulaciones.

En definitiva, el Derecho Administrativo tiene una extensión amplísima, no paragonable con ninguna otra rama del Derecho («ninguna de las disciplinas jurídicas abarca por sí una parte tan importante del mundo moderno como el Derecho Administrativo», observaba, ya en 1897, Vittorio Emanuele ORLANDO<sup>4</sup>). Éste sigue el curso de las Administraciones públicas y de la vida social. Es el Derecho de la sociedad organizada. Para el Derecho Administrativo se podría repetir lo que ha escrito Paolo GROSSI recientemente, en términos generales: éste es el «ordenamiento plástico del magma social»<sup>5</sup>.

## II. UN DERECHO CONSAGRADO POR LAS NORMAS, PERO NO ORDENADO POR EL LEGISLADOR

Esta vastísima disciplina que abarca cualquier aspecto de la vida civil está consagrada en normas, ya sean legislativas, ya sean reglamentarias. El Derecho Administrativo es, por tanto, un Derecho legiferado (o, mejor, normativamente regulado).

<sup>4</sup> V. E. ORLANDO, «Prefazione», en *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, dirigido por V. E. ORLANDO, I, Milán, Società Editrice Libreria, 1897, XIII.

<sup>5</sup> P. GROSSI, «Tra fatto e diritto», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, núm. 32, 2009, 1899 y ss.

Pero esto es verdad sólo desde el punto de vista de una concepción estática o formal de la división de poderes. En realidad, el Derecho Administrativo se deriva en muy gran medida del poder legiferante o normador de la burocracia y de la sociedad misma. Bajo la presión de exigencias, surgidas por el efecto de sucesos o a causa de culturas y de puntos de vista, se elaboran proyectos de normas que encuentran en los Parlamentos y en los Gobiernos órganos que actúan con una función de registro o de ratificación. Cada vez que la sociedad tiene necesidad de establecer estándares, reglas de conducta, líneas de orientación, o que las burocracias, a las que son confiados ciertos sectores de actividad, descubren zonas ausentes de normas, les llegan a los Parlamentos y a los Gobiernos requerimientos de ejercer una función, la cual, por una parte, respecto del autor de la propuesta, es notarial; por otra, respecto a los interesados, es de legitimación. Así es como nace y se desarrolla el Derecho Administrativo, no por un acto del Príncipe. En él «los hechos regulan las normas, mas que sean las normas quienes regulen los hechos»<sup>6</sup>.

Este fenómeno lo tenía ya presente en el siglo XIX el constitucionalista inglés Albert Venn DICEY, el cual, en sus lecciones de Harvard, luego publicadas con el título *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion*<sup>7</sup>, reconocía el importante papel de la *public opinion* en su relación con la *law-making opinion* (o *legislative opinion*).

Por tanto, el «legislador» (el Parlamento y el Gobierno) es formalmente el *Dominus* del Derecho Administrativo. Pero, sustancialmente, éste escapa a este fenómeno y aparece ligado, en cambio, a la potencia legiferante de la sociedad misma y de la burocracia.

Este fenómeno se ha acentuado en los últimos decenios a causa del desarrollo de normas comunitarias. Éstas no sólo provienen de un orden jurídico superior, sino que están inspiradas en necesidades, reglas, acontecimientos que originan normas, surgidas en otras sociedades pero que se imponen en un ámbito más amplio.

### III. UN DERECHO BINOMIO

Finalmente, el Derecho Administrativo se ha convertido hoy día en un Derecho binomio compuesto de una parte «dura» y de otra con una normatividad débil.

La primera parte es la más conocida, compuesta por el Derecho Administrativo entendido como «máquina de la obediencia». Forman parte de ella el sistema administrativo-fiscal, el ordenamiento de la seguridad pública y el sistema de los límites a la propiedad privada.

Menos conocida es la segunda parte, compuesta de normas convencionales, que no imponen su cumplimiento, sino que sólo exigen su respeto.

<sup>6</sup> R. CAPONI, «Quanto son normativi i fatti della vita: Il rapporto amministrativo», en *Diritto pubblico*, núm. 1, 2009, 163.

<sup>7</sup> Lecciones desarrolladas en 1897-1898. El volumen, editado en Londres por MacMillan en 1905, ha sido reeditado en 1962 (véase especialmente la pág. 399 de la reedición).

Son las reglas de toda sociedad bien ordenada, aquellas que exigen tener los cementerios fuera de los centros habitados, que establecen normas de seguridad para el uso de la energía eléctrica y del gas, o que dictan las reglas sanitarias.

Esta parte del Derecho Administrativo está compuesta de aquello que los estudiosos de *Law and Economics* llaman *social norms*, en las que están presentes las instituciones formales de la sociedad y también las informales, y su respeto se debe tanto a la acción de vínculos jurídicos como a la acción directa de la sociedad<sup>8</sup>.

De este modo, el Derecho Administrativo está compuesto de un núcleo duro, en torno al cual aparecen otras partes cuya observancia está fundada sobre reglas de convivencia social, más que sobre mandatos.

Para demostrar esta distinción basta percatarse de la enorme diferencia de la extensión entre el Derecho Administrativo objeto de las normas y el que es llevado ante los jueces. El primero, mucho más amplio, es el derecho de lo cotidiano y sólo raramente da lugar a conflictos. Podemos llamarlo Derecho «pacificado». El segundo, mucho más limitado, es el conflictual, que exige la mediación judicial. Precisamente por esto, es el que reclama un mayor interés para su estudio (especialmente en el mundo que está compuesto mayoritariamente por abogados).

Para darse cuenta de esta desviación cuantitativa basta poner en contraste —con las debidas cautelas derivadas de la diversidad de los criterios utilizados— las cerca de 5.000 «voces secundarias» de la recopilación normativa antes citada, y las cerca de 3.100 «voces» de la Guía normativa, con las menos de 900 «voces» de una recopilación anual de jurisprudencia administrativa<sup>9</sup>.

De esta importante desviación proviene también el estrabismo del Derecho Administrativo, atento, por un lado, a la relación autoridad-libertad y a los conflictos (especialmente judiciales) conexos y, por otro, interesado en la vida social que se organiza y en los cuerpos y en las sociedades intermedios que desarrollan su propio poder de ordenación (baste pensar en las organizaciones profesionales y en los sindicatos).

#### IV. LA CONDICIÓN INTELECTUAL: LAS TRADICIONES PERDIDAS

Paso ahora a examinar el estado presente de la reflexión jurídica en este sector. Ésta se caracteriza por la pérdida de, al menos, tres de las principales tradiciones culturales de los dos siglos precedentes; de la crisis de la unidad del Derecho Público; de la provisionalidad inducida por la inestabilidad de las instituciones mismas.

<sup>8</sup> A. N. LICHT, «Social Norms and the Law: Why People Obey the Law», en *The Review of Law and Economics*, núm. 14, 2008, 715.

<sup>9</sup> El cálculo ha sido realizado sobre anualidades recientes de la revista *Giurisprudenza amministrativa*. La diferencia de los años de referencia no invalida la calidad del parangón.

En el curso de sus dos siglos de vida, la reflexión jurídica en el campo del Derecho Administrativo se ha fundado, en Italia, sobre tres elementos fundamentales: la tradición romanística, la cultura germánica y el papel desarrollado por algunos grandes maestros, que han orientado toda la disciplina.

La romanística ha sido una enorme cantera en la cual casi todas las disciplinas, pero especialmente aquellas de un nacimiento más reciente (como el Derecho Administrativo), han encontrado los materiales de construcción de su elaboración científica. La gramática del Derecho Administrativo ha sido proporcionada por el Derecho Romano (ya sea el antiguo, ya sea el de su renacimiento, constituido por la reinterpretación de la pandectística). Éste ha actuado como una fuerza ordenadora. Como ha sido observado, en términos generales, por Carl SCHMITT, escribiendo durante el segundo conflicto mundial: «el derecho romano se ha convertido en un vocabulario común, la lengua de la comunidad de la ciencia jurídica, el reconocido modelo del trabajo conceptual jurídico»<sup>10</sup>.

Recuerdo que algunos de los principales estudiosos del Derecho Administrativo provenían del estudio de Derecho Romano (en Italia, Oreste RENNELLETI; en el área germánica, Paul LABAND, Otto MAYER, Rudolf VON GNEIST) y que, en todo caso, todos los estudiosos y los profesores tenían en su bagaje cultural sólidos estudios romanísticos.

También respecto de la ciencia del Derecho Administrativo se puede repetir lo que ha escrito Carl SCHMITT sobre la ciencia jurídica moderna en general, en el sentido de que su padre es el renacido Derecho Romano; la madre, la Iglesia de Roma; la hija se separó de la madre y eligió estar con el padre; luego buscó una nueva casa y la encontró en el Estado<sup>11</sup>.

Debemos a GOETHE la famosa metáfora del Derecho Romano como un ánade: «institución que no desaparece, la cual, al igual que un ánade que se sumerge en el agua, de tanto en tanto desaparece, pero no desaparece por completo y antes o después emerge con toda su vitalidad»<sup>12</sup>. Ahora, en el último cuarto de siglo, el ánade no ha vuelto a reaparecer.

Ésta es una responsabilidad no menor de los estudios romanísticos, especialmente de aquellos italianos, donde existe la mayor concentración mundial de los cultivadores de la materia, y la ciencia se ha hecho impenetrable porque ha perdido de vista —con pocas excepciones— la exigencia historicista propia de la época moderna.

<sup>10</sup> C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* (1943), traducción italiana sin cita del lugar (pero es Roma), Pellicani, 1996, 47.

<sup>11</sup> «[...] la ciencia jurídica es un fenómeno especialmente europeo. Ésta no es sólo sabiduría práctica, ni únicamente técnica. Está profundamente implicada en la aventura del racionalismo occidental. En cuanto a su espíritu desciende de noble cuna. El padre es el renacido Derecho Romano, la madre la Iglesia de Roma. La separación respecto de la madre tuvo lugar finalmente, después de muchos siglos de arduos conflictos, en la época de las guerras civiles y de religión. La hija eligió estar con el padre, el Derecho Romano, y abandonó la casa materna. Buscó una nueva casa y la encontró en el Estado» (C. SCHMITT, *Ex captivitate Salus*, traducción italiana, Milán, Adelphi, 1987, 71-72).

<sup>12</sup> J. P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, traducción italiana, Turín, Einaudi, 2008, 265.

Dejada sin la guía conceptual de la cultura de origen romanístico, la ciencia del Derecho Administrativo ha comenzado a vacilar y ha llegado incluso a estar insegura en el uso de los conceptos y de los términos básicos: situación jurídica subjetiva y posición jurídica se confunden con frecuencia; no se distingue entre estatus y capacidad; se usa deber por obligación.

En segundo lugar, la cultura jurídica italiana, después del feliz exordio romagnosiano, ha tenido su propio renacimiento por obra de Vittorio Emanuele ORLANDO y, posteriormente, de Santi ROMANO, de Federico CAMMEO y de Oreste RANELLETI. Todos ellos (y sus discípulos directos e indirectos) tenían puesta su mirada en el renacimiento del Derecho Público alemán, en GERBER, LABAND y JELLINEK padre.

La germanofilia de los padres fundadores y de sus descendientes era peculiar, vista con nuestros ojos. Ellos, en efecto, prescindían del derecho positivo del área germánica y se interesaban en los paradigmas, las «teorías», en el método de los estudiosos, con los cuales, por lo demás, mantenían pocas relaciones, limitándose con frecuencia simplemente a leer sus libros.

En todo caso, después de la segunda guerra mundial, esta germanofilia se ha perdido: se podría decir que, caído el Eje, cayó con él la atención por la lengua alemana, y también por el hecho de ser suplantada por la cultura jurídica de los vencedores, la cultura anglosajona. La mirada se ha dirigido hacia el Reino Unido y los Estados Unidos.

La cultura jurídica de este último país, en particular, ha sido objeto de gran atención, aunque sin pasar, en Italia, a través de la gran revisión conceptual que ha supuesto el *legal realism*; antes bien, manteniendo firmes los postulados del positivismo normativístico: se puede comprender el resultado contradictorio.

Además de la filiación romanística y la fraternidad germánica, se ha perdido otro elemento de la tradición, el de los maestros nacionales. Hasta la primera mitad del siglo XX, se daba el caso que JACCARINO enviase a un joven SANDULLI a estudiar a Padua bajo la guía de Donato DONATI, o que Santi ROMANO aconsejase al joven GIANNINI aprender a usar las herramientas del oficio en el campo financiero en Pavía con GRIZIOTTI. Después de la segunda guerra mundial, GIANNINI y BENVENUTI (y, en menor medida, NIGRO) han sido polos de atracción, en el sentido de que incluso discípulos de otras escuelas locales se dirigían a ellos para pedir consejo. Pero ya se había atenuado la relación respecto de la época precedente, porque ello sucedía de una forma más episódica. Mas tarde, especialmente con los concursos de acceso locales, se han creado escuelas locales, de carácter territorial, y ninguno ha realizado ya una tarea de orientación general.

## V. LA CRISIS DE LA UNIDAD DEL DERECHO PÚBLICO

Un segundo factor que caracteriza el estado presente del Derecho Administrativo es el de la crisis de la unidad del Derecho Público. Esto requiere un breve examen retrospectivo.

Según los cánones que prevalecieron cuando la hija se casó con el Estado —para repetir la metáfora schmittiana—, el Derecho Público constituía una rama unitaria que comprendía el Derecho Constitucional, Administrativo, Internacional, Procesal y Eclesiástico. Todavía, la ciencia jurídica italiana (pero ni siquiera la alemana) no ha cultivado estos campos de forma unitaria: por ejemplo, no hay una teoría unitaria de los procedimientos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, o bien intentos de reconducir a la unidad el estudio de los distintos procesos, el constitucional, el administrativo, el civil y el penal (o, al menos, los principios fundamentales que les sirven de base). Las excepciones son pocas: en Italia, la síntesis mortatiana.

De todos modos, las dos culturas eran mantenidas unidas —podríamos decir— bajo un aspecto subjetivo: ORLANDO y ROMANO, y en menor medida GIANINI y SANDULLI, cultivaron, aún por separado, más de uno de estos campos. En particular, ROMANO estudió y enseñó Derecho Constitucional, Administrativo, Internacional y Eclesiástico.

Más tarde, los cultivadores de estas ramas tomaran caminos totalmente separados, siendo raros los encuentros entre ellos. El Derecho Constitucional, en particular, ha tomado el camino del *Verfassungsgerichtspositivismus* (en feliz expresión de ISENSEE<sup>13</sup>), atraído por la instauración de la jurisdicción constitucional. Por ello se ha concentrado sobre los preceptos de la primera parte de la Constitución y muchos de sus aspectos procesales (o sobre la forma en que éstos aparecen ligados a los del derecho sustancial). Ha desatendido la segunda parte de la Constitución. Pocos son los estudios sobre el Parlamento, los partidos, los sindicatos o el Gobierno. Demasiada atención se presta a los aspectos, incluso mínimos, de la jurisprudencia constitucional (y demasiado poca a sus tendencias de fondo). Entre sus dos tradiciones, aquella que viene de ESPOSITO y aquella encabezada por MORTATI, ha prevalecido la primera. Se ha transformado en cierta medida en el estudio del Derecho Constitucional Procesal.

Una dirección opuesta ha tomado el estudio del Derecho Administrativo. Éste tiene a sus espaldas una larga tradición en la cual derecho sustancial y justicia administrativa están estrechamente ligados. Después ha descubierto que el Derecho Administrativo es también la vida concreta de la Administración y constituido también de praxis. El Estado y Europa ocupan un puesto importante en la escena del Derecho Administrativo. Por tanto, ha ido en la dirección opuesta a la del Derecho Constitucional, hacia su extensión más que a su enclaustramiento en el recinto del juez.

## VI. INESTABILIDAD INSTITUCIONAL Y PROVISIONALIDAD SISTÉMICA

El estado presente de la reflexión jurídica está, finalmente, influenciado por la inestabilidad institucional, en el sentido de que produce una provisionalidad sistémica.

<sup>13</sup> Véase también B. SCHLINK, *Bemerkungen zum der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, en *Der Staat*, núm. 73, 1980, 89.



Por un lado, la Constitución de 1948, aunque varias veces modificada (más frecuentemente que la norteamericana y mucho menos que la alemana o la francesa), está, desde hace un cuarto de siglo, en espera de una reforma de mayor calado. Por otro, la Administración central está en una suerte de estado de obras permanente, ya sea por la lentísima —hoy ya cerca de cuarenta años— puesta en marcha del ordenamiento regional, ya sea por la reordenación periódica de las estructuras ministeriales.

Instituciones transeúntes, siempre a la espera de una estructura estable, frenan la misma ciencia, condenada a reconstrucciones sistemáticas de un sistema que no es tal. Baste el ejemplo de la justicia administrativa, considerada por estudiosos como GIANNINI un parasistema y, por tanto, sin ser digna de un estudio sistemático, a lo sumo de incursiones y sondeos incluso parciales.

Aquello que Maurice HAURIU, escribiendo hace un siglo, ha llamado un *état perpétuellement révolutionnaire*<sup>14</sup>, producido por las continuas modificaciones normativas, ha inducido una ciencia jurídica habituada a la relativa eternidad de las instituciones e incapaz de construir sus propias bases sobre el estudio de la evolución legislativa, reduciéndose a su comentario.

Este estado de cosas ha causado la ausencia de puntos de referencia seguros; la prevalencia de microproblemas y de estudios sectoriales sobre los que realizan experimentos y pruebas; una fuerte separación entre la literatura «elevada» y el *sermo humilis* de los cultivadores de las notas a sentencias, comentaristas y apostilladores; en fin, una cierta incomunicabilidad interna entre estas dos diversas culturas, entre las cuales el diálogo es difícil, porque trabajan a alturas distintas.

## VII. AÑOS DE EXPERIMENTACIÓN: PROGRESOS Y EXIGENCIAS INSATISFECHAS

¿Qué han producido estos años de experimentación? Señalo los progresos y las exigencias insatisfechas.

En estos años el Estado ha sido despojado de su manto sagrado, han sido analizados los límites internos y externos de la soberanía, han sido indagados los límites de la imperatividad y el «gobierno mediante consenso» (o, mejor, la necesidad de consenso para gobernar), con lo que se ha avanzado en orden a la imbricación entre el Derecho Público y el Privado. Ha sido desplazada la atención desde el mero derecho legislativo al jurisprudencial y al que se forma en las Administraciones (las *policies*). Se ha prestado atención a la hacienda. Se han abierto los estudios jurídicos a la ciencia política, a la estadística, a la economía y a la sociología.

Baste citar, escogiendo sólo entre las obras recientes, dos libros a modo de símbolo, como el de Aldo SANDULLI, sobre la historia de la ciencia del Derecho Administrativo<sup>15</sup>, y el de Giulio NAPOLITANO y Michele ABRESCIA, sobre

<sup>14</sup> M. HAURIU, *Principes de droit public* 2, París, Larose, 1916, XI.

<sup>15</sup> A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milán, Giuffrè, 2009.

el análisis económico del Derecho Público<sup>16</sup>. No obstante su carácter experimental, son dos libros significativos. El primero, porque, en un cierto sentido, rompe el tradicional orden disciplinar según el cual a los historiadores del pensamiento está reservado el estudio del pensamiento de los administrativistas. Por el contrario, sucede que cada ciencia que no reflexiona sobre sí misma está destinada a permanecer incompleta. El segundo, porque establece un puente entre la economía y el Derecho, abriendo a los juristas la perspectiva de enriquecer su análisis con las técnicas del análisis económico.

En estos aspectos, la ciencia jurídica italiana puede sentirse satisfecha de los progresos realizados en este terreno y mirar con atención el florecer de la *New Administrative Law* y de la *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, respecto de las que con razón puede pensar haberlas ya transitado.

En el pasivo de este balance se anotan las exigencias insatisfechas, los estudios que faltan. Existe un importante déficit cultural —pero no sólo entre los juristas— relativo a la convivencia de instituciones de democracia e instituciones de garantía. No se ha estudiado el fenómeno de la expansión, contracción y reexpansión del Estado, ni el de su nueva articulación. Se ha relegado demasiado pronto a los historiadores al estudio de la experiencia fascista, considerada totalitaria demasiado rápida y superficialmente (y que vendría reinterpretada a la luz de la continuidad antes que a la de las cesuras y los paréntesis). Ha sido olvidada la lección de SAVIGNY, aquella según la cual no es un buen jurista quien no domine los principios. No se han superado los límites de una ciencia estática, de cuño del ochocientos (que distingue, clasifica y ordena), puestos más en evidencia por los progresos de otras ciencias, como la económica (que han logrado introducir en el propio cuerpo de la disciplina el estudio de leyes del movimiento). Se ha detenido en una construcción positivista, por la cual la norma es el dictado del legislador, al cual, todo lo más, se le pueden sugerir nuevas normas (distinción *de jure condito* y *de jure condendo*). Falta, finalmente, el reexamen de los instrumentos conceptuales, que se remontan casi todos todavía a la pandectística y a la postpandectística, reexamen que requiere análisis precisos y reconstrucciones de conjunto, no limitadas al corto plazo.

De todo este pasivo, el elemento que grava de forma más pesada los estudios actuales es el de la metodología. Los mecanismos para la actualización y sistematización del Derecho vigente no son muy distintos de los utilizados por los juristas de la Baja Edad Media<sup>17</sup>: interpretación literal de los textos; su división en partes lógicas; reelaboración sistemática; enunciación de casos paralelos; lectura del texto a la luz del contexto; indicación de la naturaleza del instituto, de sus características distintivas, de su razón de ser y de su finalidad; ulteriores observaciones y objeciones a la interpretación propuesta.

Sobre este entramado se ha añadido, a partir del siglo XIX, el positivismo normativista. Éste —al igual que el científico—, convencido de lo absoluto de

<sup>16</sup> G. NAPOLITANO y M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009.

<sup>17</sup> A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 1999, 139.

sus propias proposiciones, corre continuamente el peligro de transformar la ciencia en metafísica: tiene la pretensión de aplicar al pensamiento científico una categoría característica de la metafísica, la absoluta sistematicidad y coherencia lógica.

Por último, el Derecho Administrativo ha adoptado la perspectiva epistemológica hermenéutica (que pretende captar el significado de hechos y acciones) y sistemática (que aspira a reordenar la realidad según un código de referencia), pero no la naturalista, de matriz neopositivista (caracterizada por la capacidad de aceptar causas o reglas empíricas).

La tarea del jurista hoy es la misma que la indicada hace medio siglo por Carl SCHMITT: «No podemos elegir, según nuestros gustos, los regímenes y los cambiantes detentadores del poder, sino que tutelamos, con el cambiar de las situaciones, aquello sobre lo que se sostiene una forma racional de ser hombres que no pueden prescindir de los principios del Derecho. De estos principios forma parte un reconocimiento de la persona que no desaparezca ni siquiera en el conflicto y que se basa en el respeto recíproco; una sensibilidad por la lógica y por la coherencia de los conceptos y las instituciones; el sentido de reciprocidad y del nivel mínimo de regularidad procesal, del *due process of law*, sin el cual no hay Derecho»<sup>18</sup>.

Traducido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

---

<sup>18</sup> C. SCHMITT, *La condizione...*, cit., 83. Una reflexión importante sobre el papel de la ciencia jurídica en el ámbito europeo ha sido realizada por A. VON BOGDANDY, «The past and promise of doctrinal constructivism. A strategy for responding to the challenges Facing constitutional scholarship in Europe», en *Con 7 I*, 2009, 364, sobre el que puede leerse G. NAPOLITANO, «Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: varizioni su una lezione tedesca in terra americana», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2010, 1 y ss.

