

EVOLUCION DEL CONCEPTO «RELACION JURIDICA» EN SU APLICACION AL DERECHO PUBLICO

POR

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APLICACIÓN METODOLÓGICA.—III. LA RELACIÓN JURÍDICA: EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS: 1. *Savigny y la reducción al Derecho privado*. 2. *Derecho público y Derecho privado*. 3. *Los elementos formadores de la relación jurídica. Estructura y contenido*. 4. *Críticas al concepto*.—IV. LA NUEVA PROBLEMÁTICA: RELACIÓN JURÍDICA Y REALIDAD POLÍTICA.—V. LA COMPARACIÓN GRÁFICA ENTRE LA RELACIÓN JURÍDICA PÚBLICA Y LA RELACIÓN JURÍDICA PRIVADA.—VI. NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO: HACIA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO NUEVO PRETOR PEREGRINO.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto «relación jurídica» es ya añejo y de uso cotidiano, no obstante ser fruto de un azaroso proceso bisecular, cuya génesis y evolución se detectan claramente en la dogmática savigniana, si bien con unos objetivos muy concretos.

Ello no obstante, sorprende que habiéndose constituido en parte fundamental del Derecho privado, su utilización en el campo del Derecho público, es meramente común y no técnica, a diferencia del logrado éxito que ha tenido el concepto Derecho público subjetivo que, constituyéndose en piedra angular de la explicación técnica sobre la posición jurídica del administrado, es objeto de continuo análisis por la doctrina.

De ahí se desprende la curiosidad que este concepto, tan poco frecuentado por la doctrina iuspublicista, nos haya provocado. Advirtiendo que data el origen de este trabajo, en el capítulo introductorio de nuestra tesis doctoral, razón por la cual no hemos podido desprendernos de ciertos lastres que dicho tipo de trabajo impone. De entre ellos, y no el menor, la necesidad de aseverar nuestra inicial postura metodológica, frente al trabajo a realizar. Conscientemente, no hemos querido desprendernos de ella, si bien hemos comprobado que al exponer este trabajo en el Seminario de Profesores de Derecho Administrativo, que dirige el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, surgió al momento la discusión sobre el método.

II. APLICACIÓN METODOLÓGICA

Conocida es la extraordinaria labilidad (BOBBIO) (1) de la ciencia jurídica. No puede dejar de aceptarse que Derecho natural y Derecho positivo son en muchas ocasiones simples instrumentos que sitúan momentáneamente el pendular camino que viene recorriendo este milenarismo quehacer. Aún más: en una Historia de las ideas jurídicas —que, por cierto, como tal Historia quizá esté por hacer— podríamos con facilidad detectar que el ensamblaje dialéctico en que ambas concepciones están trabadas, implica una mutua necesidad y mutua generación. Entendemos, pues, que no existe *un* camino concreto de aproximación al objeto de nuestro estudio que pueda ser elevado dogmáticamente a la categoría de lo universalmente válido y seguro. Existen, creemos, caminos; fundamentalmente los dos citados, los cuales implican concepciones del mundo y de la vida que se sitúan en un umbral previo a la toma de posición metodológica, de tal forma que inclinarse por uno u otro depende principalmente de las circunstancias externoambientales e internopsicológicas que conforman el propio yo, la conciencia individual del científico.

El indeterminismo que esta afirmación conlleva no se nos antoja signifique caer en el terreno de lo relativo (esto conduciría, en último extremo, a llevar a cada individuo aislado la posibilidad de construir su propio mundo jurídico). Más simplemente significa que no existe una verdad absoluta, como no lo sea en relación a un *hit et nunc*. Se niega simplemente el dogmatismo. Y ello por cuanto esta forja incesante de ideas en que se traducen los veinticinco siglos de pugnas jurídicas en Occidente permite detectarlas más o menos agrupadas, según circunstancias históricas concretizadas.

Nos resulta importante destacar, sin embargo, que la negación del dogmatismo no significa desconocer los logros que la dirección dogmática ha conseguido (2). En definitiva, lo que no nos parece aceptable de la construcción dogmática del Derecho, es su pretensión abstracta más allá del tiempo y de las circunstancias. Por el contrario, e insistiremos en ello a lo largo de la exposición, si los con-

(1) Norberto BOBBIO: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Edizioni di Comunità. Milano, 1972.

(2) J. Tomás VILLARROYA: *La dirección dogmática en el Derecho político*, en el núm. 79 de esta REVISTA, pp. 69 y ss.

ceptos que proporciona se reconocen en su significado instrumental e histórico, se obtiene una fructífera simbiosis, que nos parece formalmente correcta y materialmente exacta.

A la afirmación inicial quizá pueda encontrarse una excepción. Nos referimos con STAMMLER (3) al mundo de la forma, la cual puede tener la pretensión de construir un superuniverso rituario en el que encajen los contenidos en que van traduciéndose los diferentes materiales aportados por los descubrimientos jurídicos. Pero esto, que sí es cierto, significa trasladar el problema a un distinto nivel. Ya no se trata del dilema certeza *versus* falsedad. La cuestión se sitúa a un nivel inferior: permanencia *versus* decadencia.

Esta dicotomía básica que siempre se plantea todo jurista, puede tener otra solución si empezamos por conocer las distintas perspectivas en que cabe situarse. La conocida crisis (4) del derecho de la que tanto se habla, esconde a nuestro entender la permanente ambivalencia en que los hombres del derecho se han situado frente a los cultivadores de otras ciencias. Una suerte de resentimiento, motivado por un notorio complejo de inferioridad científica, ya que ni era ciencia—sobre todo en la época en que el fisicalismo decimonónico constituía el modelo—ni era encajable en el mundo de las humanidades, y tampoco podía ser eufemísticamente definido como la más humana de todas las ciencias ni la más científica de todas las humanidades. Lo cierto es que el salto a la Ciencia, con mayúscula, y la consecuente utilización de lenguajes formalizados y propios nunca dejó de ser una aspiración que a muchos consolaría.

Pues bien, partiendo del cierre total a que lleva plantearse el dilema inicialmente propuesto, creemos que hay que aceptar una distinción básica: ciencia del Derecho y mundo del Derecho. La primera sí que permite escapar del problema; está más allá de él; el segundo, por el contrario, recibe gran parte de su contenido problemático. La primera permite obtener y reproducir el método que luego será propugnado. El segundo no.

¿Cabe entender ciencia del Derecho como una estructura separada y distinta del mundo del Derecho?

Alguna vez ha sido definida la ciencia como aquello que hacen los científicos cuando, con un método de tal naturaleza, obtienen re-

(3) R. STAMMLER: *Filosofía del Derecho*. Madrid, Editorial Reus, pp. 115 y ss.

(4) N. BOBBIO: *Op. cit.*, p. 19.

sultados de ciencia. Lo cual no es decir nada. O quizá ya sea decir algo. Se reconoce que sólo los que se encuentren dentro de ese universo mágico y propio que es la ciencia pueden hacerla. Lo cual, claro está, se detecta con un lenguaje, con un sistema codificado de conocimientos respecto de los cuales sólo aquellos que poseen la clave propia puedan conocerlo. Algún autor ha propuesto la distinción entre terminología y lenguaje. Pero esta división no parece del todo aceptable a estos efectos. Si se adhiere a la tesis clásica, la nota distintiva del lenguaje sería su espontaneidad, su naturalidad, frente a la necesaria artificiosidad del concepto terminología. En esta última es necesario el previo acuerdo sobre el significado de los términos, y ello implica una formalización. Si esta formalización es ya un lenguaje tecnificado, con sus notas características, es cuestión de grado; pero no resulta lógico aceptar como conceptos antagónicos, lenguaje formalizado *versus* terminología. Esta última parece construir el primer paso para la edificación de un lenguaje formal; es un primer desprendimiento de la espontaneidad que caracterizaría el lenguaje étnico, y en camino a la construcción del lenguaje formal. Es más, exige ya conocimientos previos de carácter más o menos científicos —entendiendo como ciencia un conocimiento tecnificado y de ámbito conocido al que sólo se accede mediante información especializada— que se aleja más y más del lenguaje étnico. Quizá la clave de la cuestión se encuentre en que el proceso formativo de la ciencia, en cuya cúspide se situaría el lenguaje formal, se caracteriza por una decantación paulatina, sedimentándose gradualmente en un *iter* temporal más o menos largo. Pero parece que la diferencia será en todo caso cuantitativa, sin que existan problemas de radical contraposición entre las graduales formas de conocer. Ello llevaría como consecuencia inmediata a negar que el Derecho sea capaz de formalización. Hoy precisamente se produce el fenómeno contrario; es más, se está acelerando en nuestros días esta tecnificación del lenguaje jurídico, hasta el extremo de que es posible, sobre todo a partir de Kelsen, que el *modus operandi et dicendi* del jurista moderno sea totalmente desconocido por un jurista de hace cien años. No se quiere con ello negar que es una realidad que esta «acomplejización» del lenguaje jurídico se produce con menor intensidad y aceleración que en otros sectores, básicamente el sector matemático y el lógico; pero no es esta situación peculiar del Derecho, sino compartida con aquellas ciencias o técnicas que operan de manera inmediata con la realidad

humana viva y cotidiana. Así, en Economía. En estos casos, necesariamente se acude a formalizaciones y símbolos prestados por otras ciencias, pero solamente como técnicas auxiliares que le permiten escoger su objeto propio. Pero ello no obstaculiza, a su vez, un proceso de generación de técnicas que necesariamente implican una formalización lingüística genuina, respecto de la cual los ajenos a ella no se encuentran capacitados para entender.

Entendemos, pues, que el proceso de tecnificación del lenguaje jurídico llevará necesariamente a su constitución como lenguaje formalizado, sin desconocer que el proceso seguirá siendo forzosamente dilatado. La explicación pudiera estar en su finalidad y en su objeto, ya que al recaer sobre el mundo de lo humano, al que nada le es ajeno, se produce automáticamente el asalto de la sociedad humana sobre el lenguaje jurídico; necesita constantemente ser satisfactoriamente explicado, comprendido, sentido; lo que opera como un lastre o peso muerto en el vuelo conceptual del razonar jurídico. Cada vez que éste intenta elevarse, miles de voces preguntando y exigiendo explicaciones impiden su feliz despegue. Pero este proceso, que se repite una y otra vez, no ha impedido —no puede impedir— que el módulo se encuentre ya flotando, y hace tiempo.

No ocurre ello con el *mundo* del Derecho. Es cierto que existe una conexión entre ciencia y mundo. Ello implica que al recaer la ciencia del Derecho, anteriormente descrita, sobre la realidad social, ésta refleja aquél, que, a su vez, la asume; lo que se traduce en el hecho de que cuando el jurista actúa sin conocer el significado de la distinción entre ciencia y mundo puede encontrarse rebotado una vez más ante el conflicto positivismo contra naturalismo. Esa conexión entre ambos órdenes, entiéndase bien, es siempre mecánica, ya que la ciencia del Derecho, en último extremo, tiene por objeto las conexiones socialmente conocidas y establecidas como necesarias (5). Y el objeto —no hay ningún inconveniente en admitirlo— actúa a su vez sobre el sujeto que conoce.

Si aceptamos una construcción no dogmática de la temática que nos ocupa, pocos obstáculos habrá en arribar a una metodología eminentemente real: apegada al supuesto práctico sin que abstraiga en un conceptual lecho de Procusto la realidad, encajándola en forma más o menos forzada. De ahí se desprende claramente que todo conocimiento de la realidad será el punto de partida inconvencional para

(5) J. GUASP: *Derecho*, Madrid, 1971, p. 7.

obtener un conocimiento sincero que se aproxime a la verdad tal y como se da y no como se debiera dar. Ahora bien, ¿qué o cuál es esa realidad? Hay que aceptar que existirá una realidad inasequible: la que vaya más allá de nuestras posibilidades de alcance. No hace poco, en un coloquio jurídico se afirmaba por varios abogados eminentes de Madrid que más del 60 por 100 de asuntos no pisaban los tribunales; esto implica que ese 60 por 100 sólo podrá enriquecer al que los maneja y conoce; de ahí que la experiencia individual sea un bien cotizabile. Pero el resto sí resultará perfectamente asequible, ya que el mecanismo de resultados jurídicos se instrumenta a través del proceso plasmado en una resolución judicial. Este y no otro, entiendo, es el camino más aceptable para tener un auténtico conocimiento de esa experiencia de la vida jurídica en que, en definitiva, se traduce la sentencia.

No debe ser negado que en muchas ocasiones la operación realizada frente a la norma directamente puede dar resultados fructíferos. Ello tiene lugar muy especialmente cuando se trate de normas de nueva planta que innoven un sector del ordenamiento; es más, iluminarán la jurisprudencia y permitirán el comienzo de la andadura científica que sobre ellas se proyecte. Esto puede observarse en que cada vez son más las sentencias y las exposiciones de motivos que hacen explícita referencia a la doctrina. Lo que no parece aceptable, salvo estos casos de absoluta necesidad, es que la norma inexperimentada o cuya experiencia se pretende desconocer pueda informarnos sobre lo que sea la realidad. ¡Porque no lo es! Es así, pues, que la conceptualización y reconducción al reino de las categorías abstractas puede y debe hacerse sólo sobre un conocimiento que no se encuentre deformado.

Sólo, pues, partiendo de estos datos operantes en la vida jurídica, que existen, que se dan y se reconocen, puede admitirse un sistema constructivo y fiel al módulo que debe reproducir. La sentencia es así un experimento de laboratorio que ha permitido obtener resultados que de otra forma serían desconocidos. Y que, consecuentemente, deforman la realidad. No se oculta, pues, que todo método no tiene otro objeto que la interpretación de tal realidad; precisamente esta interpretación se convierte en lugar común, como se demuestra en el uso de tanta literatura jurídica sobre la misma.

Circunscrito el objeto, la fase de construcción superadora del mero descriptivismo exige tener en cuenta qué es lo que se pretende hacer

con dicho objeto. No hay que esperar ninguna novedad. Desde SAVIGNY en adelante, y recientemente en la magnífica obra de GUASP (6), puede afirmarse que no existe mayor pretensión que construir la relación jurídica; esa relación de hombre a hombre realizada según derecho; esa conexión humana socialmente necesaria. Responde al esquema sujeto-objeto-contenido-actividad, y permite incidir sobre cualquier ámbito de lo jurídico, construyéndolo con gran fortuna y sin dejar huecos ni vaciedades. En este poliedro jurídico se destaca la realidad proteica en que vive lo que merece la consideración en Derecho. Ahora bien, la relación jurídica que propiamente importa es la calificada como pública. Lo que replantea una vez más la *summa divisio* entre Derecho público y Derecho privado. Son numerosos los autores que superan hoy la distinción que reconduce a la superioridad del ordenamiento. Entre sus diferentes retículos y mallas no dejaría de haber una interconexión estructural, de tal forma que cualquier variación en uno de sus elementos repercutiría inmediatamente en aquellos conjuntos más próximos y también, aunque menos directamente, impactaría en la total unidad ordinamental incluso en sus extremos más alejados.

No deja de existir una gran segunda doctrina que diversifica los ordenamientos y que afirma que es posible seguir insistiendo en la dicotomía tradicional; lo que permitiría afirmar que existe una pluralidad de ordenamientos ensamblados de forma mecánica, pero perfectamente independientes unos de otros, con propios principios y fines, acotando una realidad material básica o diversificando, en definitiva, dos tipos al menos de relaciones.

En suma, entendemos que una posición equilibrada debería mantenerse en un justo intermedio. No existe razón axiomática alguna que aconseje el mantenimiento de la distinción entre Derecho público y privado, pero por razones que se encuentran en la génesis del propio Derecho Administrativo y que se reproducen continuamente, aunque cada vez con menos vigor, es aconsejable la distinción con finalidad primordialmente clasificatoria. Luego insistiremos sobre este aspecto. Problema básico es conocer cómo se puede llegar a razonar sobre este Ordenamiento al fin de obtener esas categorías lógicas o tópicas que se convertirán en postulados y que necesariamente informarán el resultado. En este punto creemos superado el silogismo jurídico. Difícilmente pueden obtenerse unas categorías generales y

(6) J. GUASP: *Op. cit.* Más adelante volveremos sobre este argumento.

abstractas que permitan con procedimientos lógicos deductivos conocer los productos concretos que cristalicen como verdades definitivas e inmovibles.

Pero tampoco parece totalmente aceptable una afirmación rotunda de falta de lógica en el razonamiento del jurista. Por lo menos es perfectamente reconocible un razonamiento basado en el principio de la no contradicción que aparece informando la totalidad del discurso que, devenido en fase procesal, caracterizase por principio y término mediatizados temporal y perfectamente encauzado por la supervisión jurisdiccional. Se puede dejar claro que el punto de partida difícilmente podrá dejar de ser arbitrario. Existe, como ha sido repetidamente indicado, una notoria indeterminación en la elección del primer término de la proposición jurídica, que sólo queda escogido a través de la propia experiencia. Pero si ello es cierto, no lo es menos que toda ciencia o técnica que opere sobre la realidad, de frente a la solución de un problema concreto, queda fijado por criterios extracientíficos, que difícilmente podrán ser encontrados en manuales; es decir, que esa falta no es propia del Derecho. Además, hay que tener en cuenta que el sistema de aplicación de la norma al operar sobre un supuesto de hecho concreto reduce notablemente el espectro sobre el que recaerá esa presunta indeterminación. Establecido ese primer postulado —que será tópico— si cabe hacer inferencias cuyo extremo límite vendrá fijado por el principio negativo de la no contradicción. Por supuesto que además regirán todos los mecanismos que permiten configurar un pensamiento como cierto, completo e íntegro. Tema éste que ha sido especialmente tratado por los civilistas en materia de interpretación de normas. Así, criterios *a fortiori*, *in speciale*, *a posteriori*, etc.

Ahora bien, como señala HERNÁNDEZ GIL (7), no puede desconocerse que tampoco existe una total coincidencia entre las diferentes formas de razonar. El abogado, frente al caso, lo hace asertóricamente. No así el juez, que tiene que tomar una decisión, ni el científico, que formula una proposición de decisión, una decisión indirecta o de segundo grado.

De esta forma nos atrevemos a exponer la opinión que nos merece el significado de nuestro trabajo. En realidad habría que partir de una consideración finalística. El Derecho, como cualquier otra disciplina, sirve para resolver problemas que se generan, y aún más

(7) A. HERNÁNDEZ GIL: *El abogado y el razonamiento jurídico*, pp. 69 y ss.

que constituyen el significado de la sociedad como quehacer humano. Problemas que de viejo fueron identificados en el mundo clásico siguen reproduciéndose todavía. El Derecho responde así a una específica técnica social para resolver un problema tan íntimamente humano como el de la justicia (8).

El Derecho se contempla dividido en ciencia y técnica (9). En el primer sentido, labor dominada por la doctrina permite obtener postulados fundamentales recogidos de la experiencia de la vida jurídica, que se traduce en proposiciones exactas de conocimiento y sirven de guía a la técnica. Como tal ciencia se encaja en el campo de las clásicamente reconocidas como sociales, y no faltan precisamente en nuestra patria loables proposiciones que postulan establecer una suerte de Facultad general de Ciencias Sociales, entre las que figuraría el Derecho. En este territorio es donde se crea el lenguaje a que anteriormente nos referimos, de tal forma que sí puede hablarse de un Código de términos cuya clave sólo conocen los versados en este tipo de conocimientos. Puede y debe hablarse, pues, legítimamente de un lenguaje de jurista en el cual no resulta imprescindible el criterio de la inteligibilidad a terceros, ya que las experiencias que en este campo puedan obtenerse no se traducirán en proposiciones de utilización inmediata por los sujetos destinatarios de las normas. Aquí no existe más destinatario que los propios miembros del círculo iniciado. No existe necesidad de transparencia social porque no hay terceros (10).

Como técnica se opera en un nivel distinto. Nos encontramos en el campo de la experiencia con terceros, que exigirán inmediatamente la inteligibilidad del contenido objeto de la información. Nos situamos en la lógica del bufete o del Tribunal. Las proposiciones obtenidas de los avances doctrinales deben ser aplicadas para la obtención de resultados inmediatos que afecten a terceros. El lenguaje queda dulcificado (téngase en cuenta que se ha aceptado implícitamente a lo largo de la exposición la distinción entre lenguaje legal y lenguaje de los juristas).

Así es como, simplificado ese primer nivel, que insistimos es des-

(8) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*. Editorial Civitas. «Revista de Occidente», Madrid, 1974, pp. 69 a 74.

(9) A. HERNÁNDEZ GIL: *Loc. cit., op. cit.* Incluye un aspecto filosófico que entendemos no es de recibo a los efectos que aquí se quieren destacar.

(10) Así delimitado, no creemos que haya contraposición con la excelente tesis de F. SAINZ MORENO en *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*. Editorial Civitas, Madrid, 1976, pp. 98 y ss.

conocido por quien no se encuentre en ese ambiente y que justifica el estudio conceptual de un término tan técnico como el de «relación jurídica», pasamos a su estudio.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA: EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS

1. SAVIGNY y la reducción al Derecho privado

Por las razones ampliamente justificadas en el apartado anterior, entendemos que toda la construcción lógica sobre el papel a jugar por los distintos sujetos del Derecho se reconduce a un término fundamental: la relación jurídica.

La exposición crítica de la misma pasa necesariamente por un examen de este concepto y de los que les resultan afines (muy especialmente el de derecho subjetivo). Y para ello nada mejor que seguir los pasos de quienes con mayor laboriosidad han trabajado el concepto. Esto es, de los civilistas y privatistas en general.

Clásico resulta introducir este tema con la referencia a la triple eficacia que se predica de las normas; es decir, un efecto constitutivo, sancionador y el deber de obediencia (11). Es obvio que aquí y ahora sólo nos interesa el primer aspecto. Y de su particular efecto nos limitamos al que para nosotros importa, es decir, la relación jurídica, de la cual y pese a su importancia, conviene destacar con DE CASTRO que sólo si se la pone en contacto con los demás conceptos y se relativiza su significado, podemos tener completa comprensión de su importancia.

Históricamente señala este autor que es terminología acuñada muy recientemente, de forma tal que el *vinculum iuris* utilizado por el Derecho romano se utiliza en el sentido específico de obligatorio (12). Y asimismo en las Partidas, según DE CASTRO, puede verse ciertos elementos inspiradores (13). Igualmente respecto de la *relatio* canónica.

En todo caso, y prescindiendo de hipótesis históricas más o menos fiables y cuyo valor quizá sea más arqueológico que jurídico, donde podemos situar este concepto en su sentido actual es en SAVIGNY, muy

(11) Por todos, F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, 1949, tomo I, p. 521.

(12) DE CASTRO: *Loc. cit., op. cit.* Detalladamente, L. DÍEZ PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, Editorial Tecnos, pp. 323 y ss.

(13) DE CASTRO: *Loc. cit., op. cit.*

especialmente en su *Sistema del romano actual*. Conviene que nos detengamos, siquiera brevemente, porque se va a observar cómo desde su origen el concepto relación jurídica (y, por tanto, el de «Derecho subjetivo»), van a quedar polarizados exclusivamente en el Derecho privado. Del Derecho público y, por tanto, de la relación jurídico-pública, la omisión será regla, y en todo caso se la utilizará como mera referencia (14).

Muy significativas van a ser en esta línea las palabras introductorias de don Manuel DURÁN Y BAS a la versión española de la obra de SAVIGNY (15) cuando señala: «Por profunda y dilatada que sea la influencia del Derecho público en la vida y civilización de los pueblos, no excede en extensión ni aventaja en importancia a la del Derecho privado... siempre en el sistema completo de esta rama del Derecho positivo se resume todo el organismo de las sociedades humanas en su vida privada y se regulan todas las manifestaciones externas de nuestra actividad en lo que tiene de inmediatamente personal nuestro fin y de esencialmente individual la dirección de nuestras facultades para realizarlo.» Obsérvese; el más autorizado prologuista a SAVIGNY reconocerá la importancia del Derecho público, pero recabará toda la atención científica sobre el Derecho privado, de suerte que desde su génesis toda la construcción de la obra de SAVIGNY, como veremos a continuación, no va a ser adscrita a una teoría general de Derecho, sino atribuida monopolísticamente a los cultivadores del Derecho privado, que consecuentemente aplicarán fundamentalmente el método exegético y analista. En palabras más simples: se procederá a desmenuzar detallísticamente la relación de Derecho, pero en modo alguno se procederá a estudiar los fines a que tal relación jurídica da lugar. Y ello, por la simple razón de que estos fines venían definidos por el Derecho objetivo en que «la» relación jurídica se incardinaba, esto es, por el Derecho privado. Por otro lado, el incipiente Derecho administrativo, que sin entrar ahora en polémicas, puede situarse su origen moderno en la Re-

(14) Una excelente muestra de la aplicación de este concepto al Derecho público se ha hecho recientemente por M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ en «La relación jurídica del gasto público», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 1, 1979, pp. 149 y ss. Instituto de Estudios Fiscales.

(15) M. F. C. VON SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, traducido al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, 2.ª edición, Madrid, Centro Editorial Góngora.

volución francesa (16), no estaba en condiciones de utilizar las magníficas construcciones que se le ofrecían por el Derecho privado.

Sigamos no obstante con SAVIGNY a fin de examinar qué era esta relación jurídica y a qué intencionalidad respondía en él.

Fundamental será destacar que la relación de Derecho va a constituir toda la clave fundamental del «sistema». Parte para ello del desplazamiento del concepto de Derecho subjetivo. En efecto, señala que «el Derecho considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos los lados de nuestro ser, nos aparece como un *poder* del individuo. En los límites de este poder *reina la voluntad del individuo y reina con el consentimiento de todos* (17). A tal poder o facultad lo llamamos nosotros *Derecho* (18) y algunos, Derecho en sentido subjetivo.

Pero un examen más atento nos manifiesta que... la forma lógica de un juicio satisface sólo una necesidad accidental y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, *la relación de derecho* (19), de la cual cada derecho no es más que una faz diversa abstractamente considerada» (20).

Ya puede ser obtenida una primera conclusión: el Derecho subjetivo, por necesidad, va a quedar incardinado *dentro* de la relación jurídica.

Va a constituirse de esta forma un intento de remodelar la vieja concepción de los derechos originarios que tanta fuerza prendió en la Revolución francesa (sin perjuicio de sus precedentes iusnaturalistas en la debilitada polémica de los «justos títulos» y la «resistencia a la ley injusta»). Más adelante veremos que este enorme logro respondía a un esquema mental muy conservador.

Un segundo aspecto que importa considerar es el *carácter orgánico* de esta relación, lo cual va a suponer una atenta mirada a los intereses en juego y, sobre todo, a la posición que tendrían que ocupar los distintos sujetos de Derecho. Y aún más, no sólo va a dar carácter orgánico a la relación jurídica en sí, sino que va a atribuirlo

(16) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, L. Taurus, 1972, especialmente pp. 39 y 55. Más adelante insistiremos sobre este punto.

(17) El subrayado es nuestro. Queremos con ello destacar de un lado que aquí se encuentra, ya en germen, toda la significación posterior de este concepto; de otro lado, que precisamente por esa causa la idea de «relación jurídica» va a oponerse al Derecho subjetivo.

(18) Subrayado en el original.

(19) Subrayado en el original.

(20) SAVIGNY: *Op. cit.*, p. 65.

al conjunto de las relaciones jurídicas, que considerará mutuamente interdependientes formando el concepto institución. SAVIGNY lo dirá claramente: «Esta relación tiene naturaleza orgánica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, en su origen y sus efectos» (21). Y por ende añadirá: «Que cuando se quiere penetrar la esencia de las cosas se reconoce que cada elemento de la relación de Derecho se refiere a una institución que lo *domina* (22) y le sirve de tipo» (23). Hay que recordar que la incardinación de cada institución se hará mediante una base objetiva: el Derecho entendido como norma. Comienza, pues, a observarse cómo se produce la yuxtaposición de los dos elementos de la relación jurídica. El elemento en sentido material servirá para incardinar los distintos intereses en juego, ocupando el lugar que podría corresponder al Derecho subjetivo. El elemento formal va a servir para domeñar cualquier peligro de una utilización de tales derechos subjetivos en sentido nocivo para los intereses dominantes. Por último, y asegurando todo el sistema, caso de que el carácter expansivo con que Francia recogió los derechos y libertades naturales, propuso el concepto institución para sepultar cualquier relación jurídica cuyo elemento material hubiere producido alguna fístula en el saco formal con que se le aprisionaba por el Derecho objetivo. Si en alguna ocasión algún derecho o libertad natural del hombre y ciudadano llegara a conseguir romper la envoltura formal en que la norma jurídica le encasillaba, allí estarían otras innumerables relaciones cuidando, y bien, del sistema establecido. No escaparía por ningún lado el sujeto que intentara sacudirse el elemento formal de alguna relación de Derecho. Y si lo consiguiera de alguna en particular, allí estará otra relación anterior o superior para parar el golpe. Y así sucesivamente. Sólo hay, pues, una alternativa: o se somete el sujeto de derecho a la relación jurídica o tal sujeto conseguirá reventar la institución a que tal relación pertenece.

Esto queda aún más claro examinando los supuestos con que se enfrentó SAVIGNY: la teoría de los derechos innatos.

Vamos a prescindir por nuestra parte de un intento de esbozar esta conocidísima doctrina, que ya ha sido ampliamente descrita por

(21) SAVIGNY: *Loc. cit., op. cit.*

(22) El subrayado es nuestro.

(23) SAVIGNY: *Op. cit., p. 68.*

mejores plumas que la nuestra. Nos limitaremos a observar el mundo conceptual con que se enfrenta SAVIGNY. Oigámosle directamente: «Puede definirse la relación de Derecho diciendo que es el *dominio de la voluntad libre*.» «Síguese ahora determinar las circunstancias en las cuales la voluntad obra libremente y hasta dónde extiende su imperio... La voluntad puede obrar sobre la persona misma del individuo... Sobre este punto existe una doctrina que se ha extendido considerablemente. El hombre, se dice, tiene sobre su persona un derecho que nace necesariamente con él y se extingue con su vida; este derecho se llama *originario*, por oposición a los derechos *adquiridos*, los cuales son de naturaleza pasajera y puede el hombre ejercerlos accidentalmente sobre sus semejantes...» (24). Concluyendo: «Una vez descartados los pretendidos derechos originarios queda restringida nuestra indagación solamente a los derechos verdaderos, es decir, los derechos adquiridos...» (25).

Aun a riesgo de ser reiterativos, queremos insistir en que toda una construcción dogmática tan excelente va dirigida recta y frontalmente a enervar la posibilidad de tales derechos originarios. Derechos éstos que, ligados al significado del reconocimiento de la libertad natural, pondrían, pues, en peligro el cosmos de intereses, ya que si no quedaban debidamente encapsulados se corría el grave peligro de que articularasen positivamente a tales libertades y pudieran ser objeto de exigencia inmediata en sede jurisdiccional. Y que tal exigencia pudiera ser dirigida frente a todos, frente a quienes estaban en plano de igualdad con el exigente, pero también frente a quien se mostrase en un plano superior. Y esto no convenía. De ahí que al incrustar tales derechos dentro de una relación jurídica no podían ser considerados ni previos ni innatos, sino *otorgados*, ya que el elemento formal era un término de Derecho objetivo y éste iba a ser dado por el Monarca. Los juristas regios sabrían aprovechar esta idea.

Esto no obstante, y habida cuenta el carácter instrumental que tienen en muchas ocasiones los conceptos jurídicos, también queremos nosotros destacar el aspecto relacional para el Derecho público. Esta conceptualización de la relación jurídica como puesta en conexión de los polos subjetivos en que se traducen las relaciones sociales

(24) SAVIGNY: *Op. cit.*, p. 259. Los subrayados, en el original.

(25) SAVIGNY: *Op. cit.*, p. 281. El subrayado es nuestro.

cuando son consideradas jurídicamente, entendemos que responde mejor a la realidad que la simple consolidación del término «Derecho público subjetivo».

2. *Derecho público y Derecho privado*

El segundo perno fundamental de la construcción de SAVIGNY lo constituye la división fundamental para este autor del Derecho público y privado (26). Esto va a traer importantes consecuencias. No sólo ya el alejamiento del Derecho público, sino que en el proceso de mimesis por parte de éste respecto del Derecho privado va a quedar impregnado totalmente con el espíritu con que este último concibe el mundo de los derechos subjetivos, pero en modo alguno será capaz de absorber las consecuencias del esencial relacionismo en que la magna construcción privativa abocó. Quiere con ello decirse que el único concepto que en realidad ha sido trasladado en su integridad es el de Derecho subjetivo. No así el de la relación jurídica. El primero queda envuelto en la pujante polémica contra el interés y más particularmente contra el interés legítimo. El segundo, por el contrario, permanecerá ubicado en el campo del Derecho privado, sin que se haya hecho un esfuerzo definitivo para trasplantarlo al campo del Derecho público. Razones hay para ello. En este momento apuntamos dos principales: en primer lugar, el hecho de la notoria inferioridad conceptual con que el Derecho público enfrentaba sus relaciones con el Derecho privado. En segundo lugar, el fenómeno nunca ocultado de que el Derecho administrativo es un Derecho basado en y formado por la ideología liberal en sus orígenes. Sin perjuicio de su cumplida justificación después y de que apuntemos una más completa argumentación de las relaciones existentes entre el Derecho público y el Derecho privado, nos parece oportuno hacer un breve *excursus* a estas dos razones.

«En el principio fue el Derecho privado.» En la génesis del Derecho administrativo y de cualquier otra rama del Derecho no parece que haya ningún obstáculo serio en admitir esta afirmación. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO ha explicado abundantemente este tipo de razones. El Derecho civil más concretamente fue el primero en acabar las más perfectas formas con que el aparato jurídico podría explicar la realidad circundante. Sus conceptos y formas llegaron a

(26) SAVIGNY: *Op. cit.*, p. 257.

cuajar en la mente de todos y muy especialmente cuando se codifica ultimaré ese ideal logicista de un mundo acabado y perfecto. Todo tendrá una adecuada explicación en el Derecho civil y aún más concretamente la dinámica patrimonial llegará a explicar por sí sola toda la fenomenología jurídica. Incluso el dogma de la autonomía de la voluntad tenderá a explicar los delitos y las penas. Por tanto, no parece aventurado exagerar que si no se ha producido ese trasvase al Derecho público, muy bien podría ser, porque todavía no tiene éste el armazón conceptual que debería caracterizarle. No está preparado o por lo menos no ha querido recibirlo.

En realidad parece más bien esto último, es decir, que el Derecho administrativo no ha querido recibir estas formas tan perfectas y ello puede que esté en la base de toda la negativa del Derecho administrativo por cuanto la construcción liberal del mismo lo ha impedido, no obstante sus cumplidos logros en otros aspectos de nuestra ciencia.

Esta construcción liberal se encuentra en los orígenes de la ciencia del Derecho administrativo y más concretamente en el español. Y así ha seguido después. Las razones son: a) Que si se acepta la tesis innegable de que el Derecho privado en su versión codificadora fue obra de los liberales, sin duda alguna, la construcción técnica del Derecho administrativo tiene necesariamente que pasar por ese esquema. De un lado, por la propia formación, cuando no directa procedencia de los administrativistas. De otra parte, por su originaria armazón y conceptual que no es, ni podrá ser otro, que los moldes preparados por el Derecho civil una vez codificado. b) Pero con ser importantes estas razones, aparece otra fundamental y que explica cabalmente por qué el Derecho administrativo es y está siendo un Derecho liberal. (Sin perjuicio de que sus logros técnicos admitan una instrumentación diferente.)

Advertimos ahora que no nos vale decir que es liberal porque sus mejores cultivadores lo hayan sido, ni tampoco porque haya sido construido por abogados, los cuales, en términos generales, podrían corporativamente adscribirse a este tipo de ideología concreta, al menos hasta época reciente.

Entiendo que la razón básica de tal formación liberal del Derecho administrativo se encuentra en la posición que éste ocupa frente al ciudadano. O al menos la que ha venido ocupando, ya que desde

ahora aclaramos que una de las finalidades de esta tesis es poner de manifiesto las relaciones de cooperación y mutuo auxilio que indudablemente se detectan en el nuevo Derecho administrativo.

En efecto, salvo escasos supuestos, más académicos que cotidianos, el papel que viene jugando la Administración pública frente al ciudadano es todo lo menos que de auxilio, colaboración o protección. Antes bien, característico de su papel ha sido su posición interventora y sancionadora (27). En una palabra, dialécticamente se le atribuye un papel (o mejor, se autoatribuye) que considera al ciudadano como administrado. Lo cual en muchas ocasiones no ha sido sino una eufemística manera de definir a un súbdito elegantemente.

La Administración pública se ha venido sistemáticamente negando a aceptar al ciudadano como el otro extremo de una relación jurídica, simplemente porque era su *objeto*. Era el objeto en términos generales de un acto administrativo. Claro está que con tal premisa parecen deducirse dos cosas. De una parte, que si la Administración pública se niega a construir, o al menos a permitir construir tal relación, el ciudadano no está en condiciones de construirla. En segundo lugar, que naturalmente la forma que tiene el ciudadano de reaccionar frente a la Administración pública es afirmando hasta el extremo su Derecho subjetivo. Obviamente lo último que preocupará al ciudadano es afirmar su interés en la legalidad objetiva y en la necesidad de construir dogmáticamente el Derecho. Bastante tiene ya con afirmarse e intentar luchar contra la atosigante *potentior personae*.

De todo ello, pues, queda un cosmos de derechos subjetivos en pugna contra las injerencias de la Administración. Decimonónica visión de un mundo regido por las leyes de la oferta y de la demanda, con la particularidad de que estas demandas son inelásticas y de que el mercado no es libre.

Con estas premisas fácil es inducir que la misión del Derecho administrativo será en su construcción doctrinal un denodado esfuerzo por implantar frente a los usos de la Administración unos derechos subjetivos de los ciudadanos perfectamente cimentados y que, ejercitables en sedes jurisdiccionales, permitieran a los mismos, mal que bien, luchar contra aquéllos.

Toda la construcción dogmática del Derecho administrativo ten-

(27) Nos referimos a la Administración activa. Deben excluirse también aquellos sectores que están específicamente destinados a la protección cuasi-jurisdiccional de derechos o a la mera constatación de hechos.

drá, pues, como piedra de toque el concepto Derechos subjetivos. Y los más logrados esfuerzos van dirigidos a ampliar el núcleo originario de aquél.

Veamos, pues, rápidamente cuáles han sido las consecuencias de ese desplazamiento del concepto relación jurídica. ¿Cómo se puede pedir al ciudadano que encima de soportar el peso de la Administración acepte el concepto de deber público subjetivo? Sólo en los casos más extremos y patentes se aceptará la tesis de las prestaciones personales y patrimoniales, que supone una visión aislada y fragmentaria de lo que en sí mismo debería ser evidente. Es decir, que no existen desperdigados tales deberes y derechos, sino que forman eslabonadamente elementos de un mismo circuito.

Vamos a cimentar las afirmaciones hechas buscando una vez más desde su origen la estructura y funciones de la relación jurídica, lo cual pasa necesariamente por un análisis de los sujetos, objeto y actividad de tal relación de Derecho y más concretamente dentro del objeto, por un estudio tanto de la materia sobre la que aquélla recae, así como sobre el contenido, es decir, los derechos y obligaciones.

Como puede observarse fácilmente, se pueden reconocer aquí los elementos prototípicos de las relaciones jurídicas privadas.

A todo ello van dedicadas las líneas siguientes, no sin hacer hincapié en algo que vamos a aceptar en sus más autorizadas conclusiones. Me refiero a la aparente dicotomía entre el Derecho público y el Derecho privado, que, como ya se reseñó, constituye una piedra de toque fundamental en la construcción de SAVIGNY. Esa *summa divisio* debe quedar arrumbada. Ya hace tiempo que los autores vienen poniendo en entredicho esta construcción, que, nacida con el carácter pragmático con que el Derecho romano trató a las categorías jurídicas, se convierte por obra de una equivocada tergiversación en dos mundos aparte. Desde WEIL (28) a BULLINGER (29), pasando por DE CASTRO o LACRUZ BERDEJO (30), parece claro que cuando se contempla el ordenamiento en su totalidad no existe manera más uniforme y homogénea de comprender su compacta unidad que acabar con dicha distinción a efectos de categorización definitiva de los conceptos jurídicos. Lo cual no significa que con finalidad didáctica pueda agruparse más o menos acertadamente grupos de relaciones que

(28) Prosper WEIL: *El Derecho administrativo*. «Cuadernos Taurus», p. 79.

(29) Martín BULLINGER: *Derecho público y Derecho privado*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1978. Traducción de A. ESTEBAN DRAKE.

(30) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*. Bosch, 1974.

se adscriban a uno y otro sector tradicional (31). Aún más, en la práctica suele observarse que cierto tipo de relaciones prototípicas han pasado a formar bloques solidificados del ordenamiento que a primera vista se independizan del resto. Luego se descubre que esto no es así y que por vía de litigio o por cualquier otra vía de realización o extinción de la relación jurídica hay que tener en cuenta otros aspectos de ordenamiento.

Quede, pues, definitivizada nuestra posición al respecto. Haremos abundante uso de ella en orden a la construcción de la relación jurídica enviando al estudioso al excelente libro de BULLINGER.

3. *Los elementos formadores de la relación jurídica.*

Estructura y contenido

Entroncando en último extremo en una *volkgeist* precursora del nacionalismo de MANCINI (32), según señalan autorizados comentaristas, procederá SAVIGNY al estudio de los hechos generadores de la relación jurídica mediante un planteamiento ideológico nunca ocultado: «Había dicho ya que la ciencia del Derecho no tenía por objeto sino los derechos adquiridos, lo cual significa que las relaciones jurídicas

(31) Sobre este punto véase la novedosa tesis de Jaime GUASP en su obra *Derecho*, Madrid, 1971, la cual quizá deje un cierto sabor insatisfactorio. En efecto, este procesalista parece aceptar la distinción entre ambos órdenes de relaciones apelando a la organicidad o inorganicidad de las mismas, aunque a veces da la impresión de que acepta la unidad del ordenamiento. Este tipo de encuadramiento es prototípico de los estudiosos del Derecho procesal, que, dedicados al estudio del Derecho público por la naturaleza de su disciplina, en realidad trabajan sobre un material privado. No hay que olvidar que en España todavía el Derecho procesal que se estudia es fundamentalmente Derecho procesal civil.

(32) No hay que olvidar que SAVIGNY es hijo de su tiempo. Ve una Alemania fragmentada y en su época (1779-1861) no respondía a la realidad histórica actual. Alimentará exaltadamente el pangermanismo, lo cual, unido al espíritu romántico de la época y suyo propio se traducirá en excesos continuos en favor del mito germánico, a lo cual no será ajeno el estudio un tanto acientífico de la historia de los pueblos alemanes. Su militante patriotismo desembocará en conclusiones que no dan todos los pasos historicológicos que exige el estudio de la realidad. Su foco de atención permanente lo constituye el racionalismo francés, que, al describir cartesianamente la realidad a través del Code, hará reaccionar pasionalmente la encendida inteligencia de SAVIGNY.

Un excelente estudio sobre este autor y su época puede encontrarse en la obra de STERN: THIBAUT-SAVIGNY: *La codificación*, Editorial Aguilar, 1970. Traducida por J. DÍAZ GARCÍA.

Véase asimismo la obra de Tomás de ZUMALACÁRREGUI y Martín CORDOVA: *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1977, pp. 151 a 155 y 183 a 188, donde se encuentra una síntesis de la obra de SAVIGNY y una muestra aplicativa de las tesis que sustentaba con las consecuencias que en el Derecho civil podrían tener.

cuya esencia vamos a estudiar como tales, *no existen en el fondo de la naturaleza humana*, sino que proceden de afuera y se unen a ella.» Obsérvese bien. Una vez más, y a propósito de la génesis de la relación, insistirá el autor en considerar contingentes y, por tanto, mudables el carácter de las relaciones jurídicas. Se otorgan, se conceden (algunos podrían añadir se conquistan), pero, sobre todo, se niega que corresponda a cada hombre por igual y en inmediata conexión con la realidad. Respecto de la legalidad, sólo el mecanismo del otorgamiento permitirá al sujeto quedar legitimado para ejercitar el derecho que gracias al mismo se le concede. Nos aventuramos a decir que es posible que sea una de las circunstancias que más poderosamente influyeron en escindir, cuando no en contraponer, legalidad y legitimidad en el Segundo Imperio.

La génesis de la relación jurídica se detecta en los hechos jurídicos. De aquí en adelante, sin perjuicio de que la doctrina profundice en el estudio de tales hechos, será éste un aserto indiscutible y, sin duda, uno de los mayores logros de SAVIGNY.

Sin embargo, una vez más, llegado el momento de estudiar tales hechos, se comprenderán cabalmente los que hoy informan los Códigos civiles (33).

Dentro de este campo creemos poder resumir un espíritu que no deja de llamar la atención. Cuando se insiste desde muchos ángulos distintos la vuelta al liberalismo económico en sentido clásico, fundamentalmente se produce un asalto al concepto de relación jurídica y su sustitución por el de Derecho subjetivo. Hablaríamos salvando la distancia de la acción combinada de los efectos renta y sustitución.

Cuando por el contrario se acentúa una visión intervencionista, se acentúa también el concepto de relación jurídica (34). Comenzamos

(33) Consecuencia de la distinción entre estática y dinámica aplicada al Derecho, se ha hecho por algunos autores una distinción, en mi opinión, no aclara debidamente las perspectivas de utilizar el concepto de relación jurídica, me refiero a la distinción entre situación y relación. Sin perjuicio de su posterior análisis, debe quedar ahora claro que el concepto que importa a este trabajo es el primero solamente.

En consecuencia, si un determinado acontecimiento de la realidad provoca una modificación en la situación jurídica de una determinada persona, en potencia se están dando los condicionamientos necesarios para que el sujeto titular de la relación a que tal situación corresponde pueda cabalmente ejercitar el contenido de poder o deber que a dicha situación se atribuye.

(34) Aquí nos limitamos a describir el fenómeno tal cual se ha venido ofreciendo en la realidad histórica. Cuestión distinta sería aplicar esta vidriosa dualidad para explicar la realidad de nuestros días y así la curva de LEPPER, el redescubrimiento de ORTEGA en Italia, la atonía política, etc., constituyen datos innegables de que las cosas están cambiando y la vieja polémica de liberalismo

a sospechar también que a la mutua dependencia y juego de estos conceptos no le resulta ajeno la marcha propia de los acontecimientos económicos.

Debe constar que la intuición anterior ya tenía en DE CASTRO su formulación expresa cuando dice (35): «La preferencia de los conservadores, desde SAVIGNY, por la relación jurídica y su enemiga a la idea individualista que se defendía bajo el concepto de Derecho subjetivo; hoy la relación jurídica vuelve a tener significado primario como representación de la cooperación social y de la unidad supra-individual que se aspira sea el fin de cada norma.»

Visto, pues, de manera fugaz, esta primera crítica sobre el concepto, hemos de seguir con los elementos estructurales de la misma. Para que no quede perdido el hilo conductor de nuestra argumentación, se expone en este momento lo que para nosotros es hoy la más acabada definición de relación jurídica: «Situación jurídica en que se encuentran las personas organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio normativo» (36).

No es necesario, pues, insistir en el carácter de estabilidad que diferencia a la relación jurídica de los hechos y actos a los que debe su nacimiento, desarrollo y extinción. Implica una vinculación entre dos centros de imputación de las respectivas titularidades que están abocadas a su mutua estabilidad. Entiéndase bien, no se dice que no recorra la relación un determinado ciclo vital. Antes bien, por definición toda posición de un titular respecto de él o de los otros titulares es relativo, tiene su propio movimiento. Esto implica que

versus intervencionismo también. Pero pasará tiempo antes de que tengamos resultados definitivos que permitan describirlos científicamente.

En este sentido parece oportuno recordar que muy especialmente desde la crisis del petróleo (1973) se asiste al fenómeno aún por explicar de una mutua aproximación ideológica entre los postulados socialdemócratas y liberales.

Cabe añadir en este mismo sentido que hoy no se puede adscribir sin más el concepto liberalismo a la visión que del mismo tenía el siglo XIX. Antes bien, junto con la búsqueda de la felicidad a través del beneficio y el saneamiento social encontrado en el mercado, no hay duda de la aceptación por parte de los liberales de un papel de persistente intervención que asegure por los poderes públicos ese mínimo existencial —variable cultural y que técnicamente se da en un sentido ascendente— que tiene, a no dudar, la finalidad de obviar otro hundimiento como el de 1929.

Y, por último, recordar que el talante liberal, políticamente hablando, no es monopolio de la adscripción a la ideología liberal decimonónica, sino que, partiendo originariamente de ésta, se acepta como conquista histórica por parte de otros grupos que, sin embargo, niegan tal concepción liberal de la sociedad, al menos en el sentido del liberalismo del siglo XIX. No insistimos, pues, en este punto, que es más propio de la ciencia política.

(35) F. DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 557.

(36) F. DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 556.

desde cada observador, los respectivos contenidos de los derechos y deberes estén continuamente realizándose. Y, por tanto, la relación es siempre un fenómeno dinámico en sí mismo considerado. Pero esta dinamicidad se caracteriza por su estabilidad, que es cosa diferente de considerar a la relación como un fenómeno estático. Es una situación que tiene un permanente reciclaje, sometida a fenómenos de retroalimentación. Ello sin perjuicio de que prototípicas relaciones de Derecho, sobre todo en el campo del Derecho civil patrimonial, que configuran la dinámica (37), estén abocadas a morir, realizando su *función* precisamente a través de su extinción, que de esta forma cumple la reglamentación de intereses que conlleva. La estabilidad, se insiste, permanece. Los centros subjetivos de imputación del contenido obligacional saben cuál es el propio resultado a que va a dar lugar el hecho de quedar configurados dentro de una relación de Derecho. Y piénsese que incluso las relaciones caracterizadas por su hiperestabilidad, las reales, en último extremo, siempre quedan sometidas a alteraciones fácticas o normativas (38).

En segundo lugar, parece necesario insistir en un aspecto que la doctrina apunta, pero que quizá no haya sido convenientemente desarrollado. La relación jurídica es un instrumento que debe cumplir un determinado fin. Conlleva en sí misma un aspecto funcional que no puede olvidarse.

La relación cumplirá el fin planificado desde el Ordenamiento cuando éste, en sí mismo, ordene su construcción y demolición, fije el puesto que se atribuye a cada uno de los sujetos interesados, establezca el contenido de los derechos subjetivos y demás situaciones y predisponga a los titulares en una determinada posición.

Precisamente las relaciones jurídico-públicas que examinaremos al final de este trabajo responden a este planteamiento. Cuando se trata de relaciones en las que se constituya como base la autonomía de la voluntad podrá hablarse de una planificación de segundo grado, ya que en tal caso no queda fijado inmediatamente por la norma el puesto que deben ocupar cada uno de los elementos que configu-

(37) Luis Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 1.ª edición, reimpresión 1972, pp. 39 y ss.

(38) A las alturas del logro intelectual de la ciencia jurídica no parece necesaria rebatir las extrañas tesis de la posibilidad de relaciones entre una cosa y un sujeto. Tampoco es preciso pormenorizar sobre los excesos de la filosofía. Y así abrir proceso a un cadáver, litigar contra las langostas que asolaban los campos o condenar a las sanguijuelas que infectan las aguas son ejemplos demasiado conocidos que obvian la necesidad de explicar este tema.

ran la estructura de la relación jurídica. Entiéndase, no se trata de que digamos que el ordenamiento se olvide de las relaciones de carácter dispositivo. Basta pensar en la tan traída teoría sobre los límites de los ejercicios de los derechos para comprender que esta delimitación cada vez más perfilada responde a las exigencias de una indicación secundaria desde el ordenamiento.

Sin entrar en el concepto de autonomía de la voluntad, entendemos que la canalización permanente que, vía límites, se está haciendo (habría que traer a colación aquí el gran magma jurisprudencial sobre el tema) demuestra que en modo alguno existe diversión de fines frente a los planificados por el ordenamiento.

En tercer lugar basta señalar que cuando hablamos de tales centros de imputación nos referimos siempre a personas. No hay que olvidar, como ha sido ya señalado, que confundir objeto y sujeto de una relación no es sino cosificar el resultado que con tal instrumento se pretende obtener; en una palabra, cosificar a la persona.

Por último, tráigase a colación todo el rico caudal doctrinal de la escuela de DE CASTRO sobre el papel a jugar sobre el principio normativo que vivifica en y por la relación jurídica y que damos por suficientemente conocido.

Verificado ya, anteriormente, que no puede en pura lógica hablarse de una relación entre persona y cosa sino que, por definición en toda relación, se produce la cooperación o confrontación de dos sujetos que actúan como centros de imputación de los intereses en juego.

Cuestión distinta es que para delimitar la titularidad básica correspondiente a la relación jurídico-pública sea necesario en ocasiones atribuirla a quien resulte excluida del resto de la Comunidad (N), precisamente por encontrarse en esa posición básica (N-1). Y, por tanto, potencialmente todos los integrantes del conjunto (N) pueden ubicarse como el otro extremo de la relación jurídica. Esto es precisamente lo que caracteriza a los llamados derechos reales, donde respecto del resto de la comunidad jurídica, una primera aproximación para precisar al sujeto titular sea por exclusión. Claro que ello no da cabal explicación. Pero ese es un problema ampliamente estudiado por los civilistas y no parece que tengamos que insistir sobre ello.

Por lo que se refiere al aspecto objetual o real, sería de traer a colación toda la posible gama de la realidad social digna de ser contemplada desde el prisma jurídico. Si se considera que la relación jurídica se traduce en definitiva en una conexión humana socialmen-

te necesaria (39), es obvio que todo aquello que puede ser acotado dentro de las clásicas coordenadas espacio-temporales y que resulte asequible al hombre individual o comunitariamente, merece la calificación de objeto de la relación.

Precisamente esa atracción entre la realidad del objeto de la relación y el sujeto suele ser definido por muchos autores como la esencia de la relación jurídica; éste es precisamente el contenido, el bloque de derechos y obligaciones que se configuran alrededor de esa conexión sustancial entre el sujeto y el objeto. Razón por la que, como se verá en su momento, ese interés medular ha venido definiendo secularmente una de las posiciones doctrinales más caracterizadas en torno a los derechos subjetivos, de los cuales cabe ya indicar sin ánimo polémico que constituyen relaciones secundarias respecto de la base. Y plausiblemente lo que constituyen en definitiva es el contenido de tal relación visto desde el prisma de su titular activo.

El elemento configurador de la relación como jurídica lo constituye el mecanismo externo de protección. O interno, según el tenor de otra escuela. Si existe una sustancia que define el centro de gravedad de tales situaciones, indudablemente para tener algún valor en Derecho ha de ser susceptible de reaccionar a los estímulos jurídicos, bien por vía de colaboración, cuando se trate de cooperar sirviendo de cauce ideal para la realización de intereses programados coordinadamente, bien de confrontación cuando se trate de hacer valer en realidad cuanto de jurídico tiene el interés que centrifuga la actuación de un sujeto en Derecho frente a otro que niega tal invalidación.

Por último, tal estabilidad exige que sedimente paulatinamente tal relación jurídica en conceptos que se decantan claramente como típicos y conocidos. Ello, la más de las veces exige una determinada forma. Añádase que siendo el objeto una realidad espacio-temporal, también estas dos coordenadas ubican claramente la relación.

Merced a la combinación de los distintos factores que forman la estructura clásica de la relación jurídica pueden obtenerse las calificaciones académicas de las mismas; no vamos a reproducirlas, ya que son sobradamente conocidas de los estudiosos y pueden hallarse en cualquier manual al uso.

Ello, no obstante, sí hemos de resaltar una de ellas por su trascendencia respecto del trabajo que estamos realizando.

(39) J. GUASP DELGADO: *Op. cit.*, p. 88.

Nos referimos ahora, pues, al estudio del principio normativo que clasifique las relaciones de derecho en los dos campos básicos que hemos visto, éste se divide: Derecho público y privado.

Antes de nada recuérdese la crítica, que se aceptó plenamente, de tan artificiosa e ideológica dicotomía. Recuérdese también que si este maniqueísmo no es aceptable científicamente es perfectamente utilizable como categoría académica y pedagógica. Recuérdese que en último extremo, muy en el último extremo, lo que está en juego es la división de un elemento moral cual es el de justicia. Nadie negará que Justicia, con mayúscula, sólo ñay una. Tampoco nadie negará las innumerables ventajas de dividirla en conmutativa y distributiva. Voces más autorizadas que la nuestra han hecho fructificar tal división. Por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (40) pone de manifiesto cómo la justicia distributiva está en la base del propio Derecho privado, sin perjuicio de lo cual también se encuentra en el Derecho público.

Precisamente es ésta la línea a establecer. Cuando pretendemos describir el fenómeno en que la relación jurídica pública consiste, entendemos que no existe contraposición con la relación tal como ha sido configurada en el Derecho civil y privado en general. No es distinta. Es una y la misma. Sólo dentro de la relativa distinción entre ambas rectas del Ordenamiento es admisible distinguirlas. Esto, además, también será de aplicación, advertimos, respecto del controvertido tema de los Derechos públicos subjetivos (41).

Por último, recordar que aceptada esta relativa diferencia, las relaciones quedan puestas al servicio de un fin. Fin que resulta previsto por el ordenamiento y que también podría convertirse en la realización de paz, seguridad y justicia. O sin ser tan drásticos de adecuación a cada una de las funciones que por el Derecho se le originen. Luego, con ello, pues, indicamos que el obligamiento y el reconocimiento de una determinada relación en modo alguno se atribuye a su titular por el simple reconocimiento abstracto de una determinada posición jurídica. No se atribuye a un sujeto de Derecho una específica cualidad por el simple hecho de adornarle de dones más o menos lucidos. Antes bien, se le atribuye por un por qué determinado. Por su causa. Y este fundamento justificador no es ni

(40) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los derechos públicos subjetivos*. «REDA» número 6, p. 429.

(41) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. ult. cit.*, p. 428.

puede ser viable en su autocontemplación y complacencia. El ¿por-qué? responde a ¿para qué? El ¿porqué? es una contemplación estática del fenómeno. El ¿para qué? es su visión dinámica. Es, en definitiva, el mismo fenómeno visto en un momento de reposo y en su funcionamiento adecuado. Esto se verá más claro cuando estudiemos el Derecho subjetivo como situación secundaria respecto de una titularidad básica, en la cual la teórica atribución de un poder no se realiza por el mero objeto de describir tal poder, sino que tiene que ser realizado en presencia de los fines que confirman el Ordenamiento.

Pensemos que si se instrumenta nocivamente, aparecerá una pervisión del mecanismo que dará lugar a su corrección, cuando no a la pérdida. O que si no se utiliza puede justificar la *inmisio* de una posesión por apariencia que legitime extraordinariamente a un sujeto para hacer decaer la base del derecho de otro. E incluso en determinados supuestos progresivos su absorción por un ente fiduciario los intereses de la comunidad (paradigmático es el supuesto del artículo 29 de la Ley General Presupuestaria del 4 de enero de 1977).

En suma, que la estructura más tradicional de la relación jurídica caracterízase por enuclear un contenido principal, un Derecho subjetivo, o un interés legítimo que denotan el poder atribuido a su titular (42). Este poder se resuelve en una pretensión dirigida a otro sujeto. Esta pretensión puede ser de prestación o de abstención, lo cual permitirá distinguir los Derechos subjetivos en absolutos y relativos. Frente a ellos el otro sujeto se encuentra en una situación de deber, lo que provoca una sujeción. Sujeción ésta de colaboración o de sometimiento. La relación será pues un complejo orgánico de derechos y de deberes, los cuales deberán ajustarse a los fines establecidos o permitidos por el ordenamiento.

No hay que olvidar con GULLÓN BALLESTEROS y Díez PICAZO (43) que esta postura no es totalmente de recibo. Al decir de estos autores, «en la compraventa, por ejemplo, y en general en todos los contratos sinalagmáticos tendríamos que admitir la existencia de dos relaciones jurídicas: una sobre el precio, en la que el vendedor es acreedor

(42) F. B. CICALA: *Il rapporto giuridico*, 4.ª edición, Milán.

(43) L. Díez PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho civil*, volumen I, Editorial Tecnos, 1974, p. 176.

y el comprador deudor, y otra en cuanto a la cosa, en que ocurriría justamente lo contrario».

No obstante tan importante crítica, en realidad nos atrevemos a sugerir que no existe tanta diferencia entre una y otra postura. En realidad, estos autores describen un fenómeno analíticamente, coligando las posiciones de los centros de imputación según van desenvolviéndose los acontecimientos; así se yuxtaponen las posiciones de cada uno de los polos subjetivos de imputación de los intereses a que tal relación responde y da lugar.

Es así que de esta forma se observa la relación jurídica según que las distintas prestaciones vayan agotándose; pero en síntesis, nada desautoriza en nuestra opinión la posibilidad de seguir manteniendo la postura más clásica, que no es en definitiva sino una visión compacta, solidificada, de la relación de Derecho tal como se ve en una visión de conjunto. Si en un momento determinado se ha desplazado el punto de equilibrio en favor de uno y otro titular, no es más que una observación ajustada a la realidad de cada momento. Según se estén cumpliendo o no las prestaciones que forman el objeto de los distintos derechos e intereses que integran el conjunto de la relación jurídica. Además, por esta vía, se obtiene la conclusión inmediata, para nosotros importante, de que todo Derecho provoca como efecto reflejo y automático el correlativo deber. Que todo deber no es una simple situación pasiva de un Derecho anterior, sino que también es una posición activa (lo cual se ve muy bien en las relaciones de cooperación, donde se crea un vínculo de solidaridad entre los titulares).

Puede y debe admitirse la excelente construcción técnica de los civilistas citados. Pero sin que a nuestro entender ello suponga contradicción con la tesis clásica. Además, por integración, sumando los derechos y deberes a que da lugar el mecanismo de la contratación (por seguir el ejemplo citado por GULLÓN BALLESTEROS y DÍEZ PICAZO), por definición tiene que producirse una sustancial y proporcional igualdad entre las posiciones coligadas o enfrentadas. De forma que si en un momento concreto se sitúa preponderantemente uno de los sujetos frente al otro, ello es porque en el momento anterior ha sido al revés. Y contemplado unitariamente el fenómeno forma un equilibrio en apariencia perfecto.

Aún más, en las relaciones unilaterales tiene que sostenerse esta misma tesis por cuanto la posición jurídica de los sujetos es también

activa y pasiva. No existe en el Código Civil ningún supuesto de contratación en el cual pueda hablarse a priori de una posición jurídica definida por meros deberes, puesto que siempre podrá encontrarse una atribución activa de facultades a cualquiera de los sujetos. Facultades éstas que en nuestra opinión no derivan simplemente de la buena fe o del abuso del derecho, ya que creemos que estos dos principios no son fuente autónoma de obligaciones, sino que están en conexión con un derecho previo que ejercitan o transgreden. Se abusa de un derecho y se ejercita con buena fe un derecho; pero estos derechos son previos al abuso o al ejercicio, de forma que ejercitarlos de una u otra manera es referirse a la manera de instrumentarse ese derecho que en sí mismo es precisamente la correspondiente fuente de las facultades y de las obligaciones. No hay, pues, que situarse siquiera en el umbral previo que es la autonomía de la voluntad para demostrar cómo la relación es siempre horizontal; pero a fortiori conviene también recordar que en todo caso cuando un sujeto de derecho acepta una posición más debilitada que el otro por tratarse de una obligación unilateral, no hay duda alguna que en el campo del Derecho privado esta posición es aceptada voluntariamente (al menos desde una óptica formal).

¿Dónde queda, pues, el especial principio normativo que informa y vivifica la relación jurídica? En dos lugares primordialmente. Primero, en la legitimidad del derecho o del interés que en todo caso debe conformarse a través del Ordenamiento. Segundo, en el mecanismo formal de protección de tal interés, que permite ajustarse y reaccionar en Derecho y que precisamente por ello es digno de protección y tutela por el ordenamiento (44).

Quizás en último extremo sea éste el aspecto que más nos interesa destacar, es decir, que la relación no recorre prístinamente el circuito que dos sujetos pretenden establecer en Derecho. No existe encuentro entre las dos posiciones, sino y a través de la norma. Este aspecto ya había sido destacado por los procesalistas italianos de la posguerra respecto, curiosamente, de la naturaleza de la propia norma, cuyo papel sería remediar los intereses en conflicto mediante una adecuada composición de los mismos, y distribución consecuente del puesto que cada sujeto debe ocupar.

En el fondo, no se está negando en absoluto el papel matriz que

(44) F. PIERLINGIERI: *Il fenomeno de'll estinzione nelle obbligazioni*, Jovene editore, 1971, p. 32.

tiene que corresponder a la propia libertad natural. Simplemente se le varía de lugar. Es decir, se le traslada al papel de legitimador de la norma, que entendemos debe quedar legitimada, precisamente mediante la articulación armónica de los intereses individuales, a través de las fórmulas de legítima representación política. Pero construida la norma que articula positivamente tal interés general, sólo a la misma corresponde atribuir a los sujetos en liza el papel que tienen que jugar.

No existirá, pues, un eslabonado material entre los poderes y deberes que no haya sido previsto antes normativamente. El elemento formal de la relación pasa así a un primer plano, pero no como quería SAVIGNY, para impedir el libre despegue del Derecho subjetivo, sino para ubicar correctamente el papel a jugar por los distintos sujetos del Derecho.

No hay, pues, contradicción entre el elemento formal y el elemento material. El primero no tendrá como finalidad encorsetar el núcleo potencial de libertad que significa el Derecho subjetivo y el interés legítimo. Antes bien, tendrá como función reordenar este centro de gravedad precisamente para que no dañe.

4. *Críticas al concepto*

Pasamos a exponer ahora las tesis que de una u otra forma se apartan del concepto tradicional que de la relación jurídica ha venido haciéndose.

Por una parte, existen autores que extienden con tal laxitud el concepto que lo diluyen. Así, P. RESCIGNO, que entiende por tal «cualquier relación que tenga interés para el Derecho» (45). En efecto, o mucho se estira el concepto «interés», o prácticamente toda la realidad se resuelve en una pura relación. Idea ésta que debe ser rechazada a la luz de la distinción aceptada entre ciencia y mundo del Derecho a la que nos referimos al principio.

Con signo distinto, pero también disolvente, puede encuadrarse la teoría normativista. Conste que todos los neokantianos han hecho del concepto de relación el núcleo central de su teoría (46). Ello no

(45) P. RESCIGNO: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Jovene editore, Nápoles, 1973, p. 215.

(46) L. LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, 3.ª edición, Barcelona, 1972, pp. 704 y ss. Para Kelsen esta afirmación en R. TREVES: *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pp. 37 y 45.

obstante la hipervaloración de la norma acaba por fagocitar el propio término inicial. Se parte de él, pero luego se le olvida o todo lo más se le sitúa como contenido o consecuencia de la norma. En efecto, la consecuencia de la teoría kelseniana implicará la absoluta desaparición de la materia social sobre la que recae el orden normativo.

KELSEN, con característico rigor lógico, llegará a situar a la doctrina tradicional sobre la relación jurídica fuera del Derecho. El efecto es crear un juego intranormativo en el que sólo en la norma y a través de ella se explica la reacción de Derecho.

Es obvio que, no obstante la referencia al concepto de relación, la hiperbólica construcción de la norma como eje del Derecho impedirá el libre desenvolvimiento de los factores autónomos que configuran la relación jurídica respecto de la norma. Ni siquiera se habla de ésta como base en que se sustenta la norma, sino todo lo más como norma delegada.

Naturalmente, el efecto que se suele achacar a la impecable teoría kelseniana reaparece una vez más ahora.

Es decir, que la relación jurídica se encuentra en la base de la norma hipotética fundamental. Por tanto, delimitado el campo social generador del derecho, éste se transforma en relación jurídica desde el momento en que las posiciones de los sujetos advienen con síntomas de exigibilidad. Será entonces cuando se pueda hablar de normas y sólo, pues, cuando la relación se establezca de forma consolidada podrá admitirse que nos encontramos con una norma. No al revés. El «síndrome de la norma» será siempre el fallo último que detectan los críticos de KELSEN, ya que ofrece un cuadro sintomático muy claro: se produce una inversión de los términos en que acontecen los hechos.

La tercera posición que ahoga el concepto de relación jurídica proviene de STUCKA (47), de un lado disuelve este concepto dentro de las relaciones sociales (48), de ahí pasará a incluirla dentro de «un sistema completo de relaciones caracterizado por un interés de clase y, por tanto, defendido por la clase dominante» (49). El elemento unificador será el interés de clase, que por gracia de la ortodoxia queda reducido a relaciones de cambio y producción. Aún más, atacará

(47) Pëtr Ivanovic STUCKA: *La funzione Rivoluzionaria del Diritto e dello Stato*, Giulio Einaudi Editori, Torino, 1967.

(48) STUCKA: *Op. cit.*, p. 23.

(49) STUCKA: *Op. cit.*, p. 65.

duramente a DUGUIT, acusándole de... «metafísico», ya que la función que atribuye a la propiedad conserva y reproduce, a su juicio, el sistema en su totalidad (50). «La relación será simplemente de dominio y servidumbre porque el poseedor de los medios de producción no domina solamente la producción, sino también el intercambio; es, pues, una relación entre dos sujetos o entre dos grupos de sujetos de los cuales uno —el sujeto activo del Derecho— tiene en virtud de la relación misma determinados derechos, mientras que el otro —sujeto pasivo— tiene determinadas obligaciones. El conjunto —derecho y obligaciones— es justamente la fórmula abstracta de la relación jurídica» (51).

Quizás el aspecto más importante a los fines que nos proponemos se encuentre en la crítica evolutiva de la relación tal como era concebida tradicionalmente, «sólo los juristas continentales de la Europa Occidental, a partir de los glosadores, dar un particular relieve al *lado activo* de la relación jurídica en relación al *lado pasivo*».

Insistirá en la tradicional confusión de los conceptos «Derecho subjetivo y relación jurídica» (52). Y sobre todo dirigirá un ataque frontal al concepto, señalando que la relación es en sustancia solamente la *mediación formal* de la relación económica, resultando característico la sociedad clasista y sólo de ella (53), respondiendo a relaciones de clase y entreclase.

Umberto CERRONI, prologuista y traductor de STUCKA, tras reconocer la pobreza de los estudios jurídicos en la Unión Soviética, sintetiza la situación de la doctrina poniendo de manifiesto la vuelta a la normatividad y a la necesidad de distinguir los distintos fenómenos de la realidad, que jurídicamente hablando, no pueden quedar en una mera distinción entre las relaciones en abstracto y en concreto. Ni todos son relaciones de clase ni sólo de clase, dirá CERRONI. Diluir el Derecho en una pura forma que encubre relaciones de dominio económico parece un método que simplifica enormemente la realidad y que envilece, por tanto, el quehacer científico al impedir la propia libertad de expresión. Hoy bástenos indicar a los efectos que nos importan cómo esta idea constituye un ataque al concepto

(50) STUCKA: *Op. cit.*, p. 129.

(51) STUCKA: *Op. cit.*, *loc. cit.*

(52) STUCKA: *Op. cit.*, p. 133. «La ciencia burguesa denomina al conjunto de relaciones jurídicas concretas Derecho en sentido subjetivo.»

(53) STUCKA: *Op. cit.*, p. 325.

de relación por hacerlo depender de condicionamientos políticos marcados por la burocracia de un partido.

En España conviene asimismo destacar que el concepto está siendo objeto de duras críticas por parte de algunos civilistas.

Así, LACRUZ BERDEJO (54) señala que «la falta de trascendencia de este concepto general e intuitivo de la relación jurídica *se deduce* (55) del hecho de haber alcanzado la ciencia del Derecho el siglo XIX sin abstraerlo y emplearlo. Es hoy un concepto de ordenación incapaz de producir normas y que sirve a veces como índice del conjunto normativo aplicable al caso». No podemos estar en esta ocasión de acuerdo con el profesor LACRUZ. De una parte, no pone de manifiesto cómo gran parte de los conceptos del Derecho público «no habían alcanzado en el siglo XIX su categorización normativa, su mayoría de edad».

Los antecedentes y la evolución de una figura son índices de una estimable solera, pero el hecho de no ser añejo en nada resta *a priori* su virtud a un concepto. Además, si sirve como «índice del conjunto normativo aplicado al caso», ya sirve de mucho. De ello en Derecho público tenemos buena conciencia. Máxime, se podría añadir, cuando es un concepto que ha podido ser recogido por el propio Derecho positivo (así el Código civil o la Constitución).

No queremos dejar la tesis de LACRUZ sin destacar que no obstante su dura crítica a este concepto, ofrece del mismo, a su vez, una de sus más claras definiciones (56).

IV. LA NUEVA PROBLEMÁTICA: RELACIÓN JURÍDICA Y REALIDAD POLÍTICA

Consideramos que la definición estatutaria del Derecho administrativo encuentra en la convulsiva legislación de estos momentos un *test* adecuado para verificar la solidez de su construcción y consecuentemente aceptar dicha tesis como un genuino logro científico que no encuentra su apoyo, más o menos circunstancial, en la afortunada redacción de unas normas, sino que está obtenida de la mis-

(54) LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, p. 238.

(55) El subrayado es nuestro.

(56) LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, p. 237. Donde dice: «Cuando se produce una situación de poder y deber concretos vinculando a sujetos determinados de modo que uno o algunos pueden exigir a otro u otros determinada conducta que estos últimos deben observar y a cuya observancia puede compelerles el ordenamiento, se dice que media entre ellos una relación jurídica.»

ma observación histórica, razón ésta que le presta su adaptabilidad y consecuente capacidad de cambio, aceptando desprenderse de aquello que pueda resultar producto de un momento para pasar a elevarse dogmáticamente a la categoría; a la misma explicación estructural del fenómeno jurídico.

Hoy, sometido este esquema a la tensión que significa la voracidad del legislador, ha demostrado de forma suficiente cómo resultando permeable a las innovaciones que estos nuevos tiempos significan, explica describiendo y construyendo la realidad tal cual es y tal cual debe ser.

Respecto del deber ser que incumbe a la Administración Pública, primer y grave problema que tendrá que plantearse, entendemos que su papel queda renovado no sólo externamente, cambio que en tal caso sería como las escamas del galápago, sino también internamente, de forma tal que el estatuto que lo defina y conforme sea ajustado precisamente a las finalidades que fundamenten su existencia. Se trata de realizar un nuevo ajuste entre este ser que resume la actual sustancia de la Administración y el deber ser que anuncia un mundo nuevo. De esta forma, este estatuto que define a la Administración Pública y, por tanto, al Derecho administrativo, no se limitará a ser un bloque externo de legalidad, en cuyo interior existan intereses que transformen dicha legalidad en formidable instrumento para la defensa de su propia finalidad (57). Se trata precisamente de todo lo contrario. Creemos y queremos que el juego político en que se sitúa el umbral previo de la toma de decisiones tiene que definir con impecable claridad cuál o cuáles son las finalidades que deben exigirse de las cotidianas actuaciones de la Administración Pública. Así, y para acabar de una vez con esa extraña dicotomía que representan legalidad y legitimidad en el seno de la Administración, esta última debe volver a su fuero.

Por nuestra parte, entendemos que el segundo de los grandes aspectos que plantea la relación jurídico-pública después de la Constitución, esto es, su campo de aplicación y los fines a que responde, exigirá un análisis detallado de los Derechos públicos subjetivos, con especial atención al mecanismo de los denominados reaccionales (58), viendo de esta forma cómo su puesta en práctica se incluye y con-

(57) La contraposición entre finalidad interna y externa de la Administración se entiende en el sentido de R. ALESSI: *Principi di Diritto Administrativo*, Giuffré Editore, Milán, 1971, 2.ª edición.

(58) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «REDA» núm. 6, pp. 427 y ss.

cluye dentro del contenido de una relación de Derecho público. Habría que realizar un estudio sobre la discutible supervivencia del interés directo (59) y ver cómo el tema de legitimación (sujeto) es ampliamente desbordado por la discutible supervivencia de la interpretación jurisprudencial sobre el objeto (materia social).

Sin embargo, no parece prudente realizar este estudio aquí y ahora; de un lado, es necesario esperar la publicación del libro de Antonio ESTEBAN DRAKE sobre el tema, así como la obra de HENKE. De otro, habría que tener presente que un estudio de tal envergadura excede con creces de los límites de este trabajo.

Ello no obstante sí queremos hacer alguna observación sobre el aspecto que, a nuestro entender, ofrece el rasgo diferenciador entre las relaciones privadas y las relaciones públicas. Me refiero, claro está, a la problemática del deber y, más concretamente, a los deberes públicos subjetivos.

Por las razones que antes referimos la construcción liberal del Derecho administrativo reconoce su propia identidad, fructificando su excelente esquema conceptual sobre el campo que le es propio: los derechos públicos subjetivos.

Esta visión corresponde en gran parte a una idea que en Derecho civil también se consideró fundamental: el Derecho subjetivo o, si se quiere especificar, el Derecho privado subjetivo.

El concepto «sujeto del Derecho» será el prototipo del concepto «titular de la relación jurídica». Cuando de ésta se habla se piensa fundamentalmente en las patrimoniales y, de entre ellas, en el paradigma de la propiedad, paradigma éste que al constituir el foco de atención de los civilistas hará por la propia estructura de las relaciones jurídico reales que la posición de los otros polos subjetivos de la relación jurídica queden muy difuminados, y con ello la posibilidad de que ejerciten sus derechos. Obsérvese que al dar lugar la propiedad a la relación jurídica por excelencia era muy difícil hablar del contenido pasivo de tal relación. Todo el contenido se considerará activo. Y ello en buena correspondencia con la idea del libre mercado como lugar ideal para satisfacer los propios intereses. No habrá, pues, deberes. Habrá, simplemente, derechos contra derechos. A un Derecho (A) podría oponerse un Derecho (—A), pero no un deber (A'). Los diferentes derechos luchan entre sí y aquellos de

(59) A. NIETO: *La discutible supervivencia del interés directo*. «REDA» número 12, pp. 39 y ss.

superior fuerza podrán acabar con los de orden inferior, según esta teoría.

Esta idea, que tan clara aparece montada sobre la propiedad, comienza a trastocarse como consecuencia de la inserción de la misma dentro de un esquema normativo público. En efecto, mientras en el Derecho privado la consideración del deber como mera cara pasiva del derecho era algo perfectamente asimilable, cuando de Derecho público se trata, comienza intuitivamente a comprenderse que las cosas no podían por menos que cambiar.

Se comienza a observar que si libertad y propiedad son las dos fuentes genéticas de los Derechos públicos subjetivos, asimismo libertad y propiedad tendrían que ser los dos núcleos más importantes de distribución de tales deberes.

Respecto de la libertad, prontamente se asimiló a nivel formal, basado en esquemas kantianos y, sobre todo, por cuanto los receptores de tales atributos prontamente aprenderían a usarlo al menos a nivel individual. El viejo esquema bíblico del «ojo por ojo» está perfectamente vivo en el subconsciente de los administrados, de forma que su formalización a nivel general no iba a encontrar serios obstáculos por parte de quienes (los liberales) hacían de tan hermosa palabra su propia denominación. Además, manteniéndose a nivel individual no era difícil demostrar cómo el puritanismo comercial iba a hacer buen uso de ella.

Por otra parte, a nivel individual también, las exigencias de la libertad se concentraban en un *non dolere non fácere*, que no era de difícil aceptación. Sobre todo por cuanto elevada esta abstención de dañar a nivel general creaba un estado de cosas muy propicio para los intereses de la clase triunfante en la Revolución Francesa. Paradoja ésta de los grandes números que no debe sorprender.

Otra cosa era hablar de libertades públicas y colectivas. El proceso que a las mismas se reservaba ha sido ampliamente descrito y no hace falta insistir sobre él. Bástenos ahora recordar que si bien fueron más tardía y dificultosamente reconocidas, tuvieron la virtud de descubrir el aspecto negativo que la libertad les tenía reservado: la existencia de deberes reconocidos legalmente en defensa de la misma. El servicio militar obligatorio puede servir de buen ejemplo a los propósitos que queremos demostrar. Se considerará obligatorio, pero en última instancia tendrá las características de un deber público y subjetivo en defensa de la libertad. El *fácere* es ya, pues, positivo.

La libertad se articula positivamente en un Derecho, pero crea como efecto reflejo y propio la absoluta necesidad de procurar su efectividad. Esta necesidad se articula por definición —ya que si no, no sería tal necesidad— en un deber. Si no se exigiera no consistiría en tal deber, pero es su efectividad incontenible, su realización imprescindible, la que da lugar a una sanción positivizada en caso de contraria conducta, responderá perfectamente a la idea de un deber. Deber público subjetivo, pues, que es también reacción a los vínculos de solidaridad entre las personas que imponen necesariamente la libertad. Deber público subjetivo que no es mera cara pasiva de un Derecho, sino que se instala en el Ordenamiento en muchas ocasiones, con notorio adelanto sobre aquéllos. Incluso la prestación del contenido que tales deberes conlleva, legítima para la exigencia, por efecto reflejo de los Derechos.

Respecto del gran segundo núcleo originador de los Derechos, esto es, la propiedad, hay que reconocer que las vías de accesos para definir los deberes que la misma conlleva ha tenido un *Via Crucis* más amplio. La propiedad obliga, como ha sido acertadamente señalado desde la constitución Weimar. Pero hasta llegar a tan importante afirmación transcurrieron cien años, ya que las primeras afirmaciones del Code Civil y del Estatuto Albertino fueron todo lo menos propicias para reconocer en la propiedad un núcleo de deberes.

La misma afirmación de nuestro Código Civil ha sido considerada como intermedia, ya que el final de siglo español tampoco puede considerarse que sea un momento idóneo para definir la propiedad con características modernas; aun cuando es unánime la opinión de los autores de que superó ampliamente al Código Civil francés.

Para afirmar la potencialidad de deberes que la propiedad debe implicar se han seguido dos vías. En primer término —dejando aparte, claro está, las colisiones entre propietarios—, toda la rica problemática de la función social de la propiedad, que ha llegado a considerar ésta como una auténtica potestad-función, y así PIERLINGIERI llegará a afirmar que toda la historia del Derecho de propiedad no es más que la historia del trasvase del concepto Derecho subjetivo al de potestad.

Esta vía fecunda pone de manifiesto cómo el concepto de propiedad aislado, sólo, en el cenit de los conceptos jurídicos, es una noción poco apta para definirlo dentro de la panorámica posconstitucio-

nal. Así, pues, desde esta óptica se produce una adecuación de la propiedad a un fin.

La propiedad es un medio apto para la realización de los legítimos intereses que el ordenamiento estima digno de su tutela; el propietario, de esta forma, deviene genuino titular de una relación de fiducia, de forma tal que se le otorga la titularidad de un derecho subjetivo con la finalidad de que cumpla determinados fines. No se le entrega, pues, como complaciente y abstracto reconocimiento de un señorío. Se otorga tal señorío, pero incumplidas que sean las funciones que se le exigen podrían hacerle abdicar de él. Es cierto que a esta conclusión no se llega a primera vista; pero fragmentariamente, como ha señalado GÓMEZ ORBANEJA (60), se están sentando las bases para tal construcción dinámica del Derecho de propiedad, y en el antes mencionado artículo 29 de la Ley General Presupuestaria se encuentra un buen ejemplo.

La segunda vía, que originariamente fue una subespecie de la primera, es, sin duda, la óptica fiscal, que en sí misma es un ejemplo de relación pública. Sin hacer un análisis constitucional, cualquier lector puede encontrar en el título VII la idea del deber a que da lugar la propiedad, considerada fiscalmente. En efecto, visto cómo en el sistema en que nos movemos la propiedad —patrimonio— es considerada fuente de la riqueza producida —renta—, se acepta la propiedad como titularidad estática en obsequio a las bases económicas del orden político. Pero esta titularidad se exige se ponga en funcionamiento, y cuando dinámicamente empieza a producir sus necesarios frutos se establecerá respecto de los mismos la necesaria dación de parte de ellos como compensación a la protección otorgada.

Así, pues, por ambas vías se establece también respecto de la propiedad su consideración como un vínculo de solidaridad entre los sujetos fiduciarios del sistema económico, que devienen titulares plenos en la atención a los deberes que han de cumplir. Los deberes públicos aparecen elevados, y cada vez más, al primer y equilibrado plano que por definición ha de corresponderles, en positiva y paritaria situación respecto de los derechos, con los que forman cara y cruz de la misma moneda.

(60) E. G. ORBANEJA: *El ejercicio de los derechos*, Editorial Civitas, p. 12.

V. LA COMPARACIÓN GRÁFICA ENTRE LA RELACIÓN JURÍDICA PÚBLICA
Y LA RELACIÓN JURÍDICA PRIVADA

El prototipo de igualdad que siempre ha enmarcado el Derecho civil, ha pasado por modelar una relación jurídica que en expresión gráfica podríamos denominar de «carácter horizontal». En teoría la posición que ocupan las personas queda determinada en un mismo plano sobre la base de la igualdad formal de la contratación, que encuentra su núcleo irreductible en el dogma de la autonomía de la voluntad.

El Derecho civil moderno, en formidable capacidad de asimilación y reciclaje, hizo bandera de los ideales de la Revolución Francesa, que fructificó en el Código Civil y luego en el Código de 1865 —y en el de 1942, con las correcciones que se realizan después de 1948— en el BGB, y en nuestro venerable texto propio.

El mundo jurídico que encierra, se caracteriza por describir a los individuos, uno a uno, en una posición de conflicto o de cooperación que en modo alguno podría dar lugar a desequilibrios en la posición formal de la contratación, de la atribución, de la disposición, puesto que el reino de la autonomía de la voluntad es el último y buen refugio de la libertad. En este puerto de abrigo, a cubierto de los temporales que pudieran significar las serias imposiciones del mundo aristocrático y feudal que derriba, la libertad —individual— es señora y señora idealidad que el Código encierra y defiende.

El mecanismo que implicaba la fuerza obligatoria de la contratación —*pacta sunt servanda* o *gentlemen agreement*—, las fuentes de las obligaciones, entre las que figura la contratación —máxima exposición de la teórica igualdad—; la flexible formalidad de los artículos 1.280 y siguientes, y el propio sistema causal que recorre íntegro el esquema patrimonial español, son simple repertorio a vuelapluma de tan magnífica conquista jurídica, donde el Código, al elevar a dogma tal autonomía, defendía igualmente la verdad y, por ende, la Justicia.

Consecuentemente, sólo cuando quedaba incumplida la debida y honorable contraprestación, o el esquema de libre imposición permitido a determinados títulos (verbigracia, testamento), el fiel de tan horizontal balanza resultaba desplazado por el peso de la injusticia. Lo más que permiten, en general, el artículo 1.124 o la fase de ejecu-

ción de una sentencia ganada (no son más que dos supuestos extraídos al azar), establecían el plano inclinado de una relación jurídica que antes era de perfecta horizontalidad.

En el campo del Derecho público las cosas se producían de un modo radicalmente distinto. Recogiendo la sustancia autoritaria a la que pretende sustituir, los disidentes revolucionarios crearían un aparato que en modo alguno se pretende sea igual en situación a la de aquellos a quienes en principio va dirigido. El impresionante modelo napoleónico, inspirado directamente sobre el cuadro militar que tan eficaz se había reconocido, establecería interna y externamente un conjunto de relaciones que en modo alguno se compadecen con la igualdad, base de la libertad individual. Internamente, las relaciones de organización (en realidad no se considerarán siquiera relaciones) pasarán a tener una naturaleza pseudojurídica, pero en modo alguno permitirán el ejercicio de los derechos que en puridad conlleva. No habrá tutela jurisdiccional para quien en su condición de afiliado a la organización pretende la completa defensa de su posición dentro de ella. El repertorio de instancias, consultas, súplicas, denuncias, impedirán el liso juego de la demanda.

Con ser ello serio, más duro era aún el mecanismo que tan formidable persona iba a poner en marcha cuando de terceros se trata. En el ámbito relacional, no había más remedio que crear estas conexiones, inicialmente necesarias, como consecuencia de virulenta afirmación de los derechos públicos subjetivos. En realidad, como hemos señalado, esta relación, como concepto jurídico, no se solidificó y reconoció como tal relación de derecho, sino en supuestos muy aislados —cual la relación tributaria, en que estaban en juego las fuentes de financiación del sistema—, pero en términos generales la Administración prefería permitir hablar de derechos públicos subjetivos, antes que de tal relación jurídica. En efecto, reconocidos tales derechos y libertades como la propia base política del nuevo sistema, la Administración Pública no tiene más remedio que admitirlos como tales. Los reconoce con cierto esfuerzo, pero, de una parte, no podrá ir contra su propia matriz política, y de otra parte, la afirmación de tales derechos, reconocidos aisladamente, le sirve para reforzar su propia posición. En efecto, el término de referencia de cada uno de ellos, aislados, era en términos generales individuos aislados, que obviamente no se encontraban de hecho en una posición suficientemente fuerte como para discutirles sus prerrogativas y privilegios.

Cuando forzosamente tiene, por imperativo de las circunstancias, que hablar de relación jurídica, se cuidará la Administración de que dicha relación no resulte horizontal. Antes bien, resultará de plano inclinado. Y si para muestra basta un ejemplo, podríamos corroborarlo en la relación tributaria. ¿Cómo es posible que a priori el término de referencia sea un sujeto *pasivo*? En paridad conceptual, la pasividad de un sujeto depende de la situación que ocupe en el ciclo vital de una determinada relación de derecho. Será activo o pasivo según las circunstancias. Pero en modo alguno puede admitirse que a una de las partes de la relación jurídica se le atribuya de entrada una posición activa (la Administración) y al otro soporte subjetivo de tal relación se le considere que debe adoptar una situación pasiva; esto es, una situación jurídica determinada sólo por cargas, deberes y obligaciones. Esta era absolutamente la situación del colono en la Edad Media, aun cuando fuera tributario de facultades. Podemos ir aún más lejos; el artículo 31 de la Ley General Tributaria, al cualificar al sujeto pasivo, afirma que éste puede ser considerado como contribuyente o sustituto. ¿Cabe mayor claridad sobre esta cualidad de la relación jurídico-pública que definió a su sujeto pasivo como contribuyente? Conste que no hemos escogido los ejemplos ni queremos caer en exceso nominativo alguno. Simplemente queremos demostrar, ley en mano, cómo de acuerdo con el sustrato histórico que recoge la Administración no ha dejado jamás de confundir al sujeto de la relación jurídico-pública con un nuevo objeto apto para ser disfrutado por la Administración. La posición del sujeto en la relación tributaria—la más definida de entre las públicas—es pasiva, y su contenido esencial consiste en contribuir, esto es, en entregar, dar, ofrecer. El inconsciente colectivo que implica toda lengua se acentuó cuando apenas los significados han sido conscientemente, racionalmente, manipulados dentro de los significantes. Podrá decirse con cierta razón que es un simple lastre histórico. Pero con mayor carga de razón puede afirmarse que a la irracionalidad histórica se une la racionalidad de la norma, que ha sido conscientemente asumida, en términos prácticamente idénticos, en toda Europa continental (61).

(61) Esto no implica que no existan estructurados mecanismos de reacción. Dentro del ámbito tributario aparecen así perfectamente definidas garantías para quien se encuentra en tan incómoda posición. Ahí está todo el procedimiento económico-administrativo y los recursos en vías de gestión. Y en último extremo, la jurisdicción contenciosa. Pero ni queda perfectamente instrumentada esta posición, ni de otro lado han desaparecido estas «instancias de funcionarios» que

En suma, sin hacer ahora excesivas forzaturas sobre este concepto, creemos que la Administración no ha querido jamás utilizar el término de relación pública para definir sus conexiones con el administrado. Ello implicaría reconocer en la envoltura formal de la ligazón entre Administración y administrado, un término objetivo de referencia normativa que en su momento podría revolverse contra la misma. En segundo término, que cuando por circunstancias impuestas viene la Administración en reconocer este término lo hace definiendo una relación jurídica en plano inclinado. La mimesis tradicional que se hace respecto del Derecho privado quedó desviada al incorporarla tan potente persona. En tercer lugar, reconocer tuvo que dentro de tan subyugada relación cabía permitir ciertas facultades y reacciones al administrado, pero normalmente dentro de un campo en que la discrecionalidad—léase poder de la Administración que está detrás— era omnipresente. Por último, dentro de tal tipo de relaciones, cuando esporádicamente algún derecho público subjetivo logró imponer el término fundamental de referencia normativa y conseguir que la relación de hecho se tornase en relación de derecho, la Administración puso su tope en la visión paternalista del «administrado», sin admitir el plano de igualdad a que propendía la otra parte.

VI. NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO: HACIA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO NUEVO PRETOR PEREGRINO

La instrumentación básica entre la Administración y el ciudadano pasa, para nuestro entender, por el necesario concepto de relación jurídica pública.

Elevar un simple término de referencia objetivo, cual era el de administrado, a la categoría de centro de imputación subjetivo de derecho y deberes, implica construir el concepto de relación jurídica pública y construirlo además en pie de igualdad. Encapsulado, pero con el ámbito expansivo que le caracteriza, aparece el concepto de «Derecho público subjetivo», formando parte del contenido de tal relación de Derecho. Así es como entendemos queda debidamente

participan de la misma mentalidad (y cuerpo burocrático inclusive), con lo cual sigue siendo objeto y no sujeto en plenitud de derechos. Véase el excelente libro de GONZÁLEZ PÁEZ: *Recursos y garantías del contribuyente*, IEF, 1977.

fijada la posición paritética que debe corresponder a la Administración frente al administrado, o cooperando con él (62).

En nuestra Constitución puede encontrarse suficiente apoyo a nivel fundamental, aunque es tema sobre el cual preferimos esperar a que la doctrina más autorizada decante científicamente tal texto.

Desde esta relación es como la Administración pública puede dotar de medios suficientes la búsqueda de esa procura existencial que hoy constituye una de las finalidades básicas del sistema jurídico. Dación de servicios y bienes que se encuentra en la misma base de esa nueva Administración conformadora, por cuanto si bien el ámbito prestacional ha quedado ampliamente rebosado, no es menos cierto que la conformación pasa por dotar de los medios suficientes para que la misma no quede en pura figuración o en imposición autoritaria.

Con ser todo ello importante, nuestro estudio va a concluir con la puesta de manifiesto de un aspecto que no ha sido suficientemente destacado. Me refiero al hecho de que el Derecho administrativo, máxime en la época constitucional, va a tener como campo de actuación, no sólo la relación jurídica pública, sino ámbitos que en principio quedaban reservados a la relación jurídico-privada.

Antes hicimos una alabanza de la relación jurídica de Derecho privado. Este es el momento de dirigir nuestras críticas hacia ella. Como se señaló, los pernos básicos en que se apoya dicho concepto son fundamentalmente la igualdad de las partes basada en la autonomía de la voluntad, que procura la fuerza obligatoria de la contratación y la libertad de esta última, tanto en su realización como en su desenvolvimiento.

Pues bien, hay que reseñar cómo tal visión idílica es en realidad una fórmula mágica (*Wietholter*) que se superpone a una realidad. Bastaría con traer a colación la inmejorable obra de don Federico DE CASTRO (63), donde queda ampliamente demostrado el uso y abuso que de tan idóneo concepto se ha hecho en la práctica. Este mismo autor, en otra de sus magníficas aportaciones (64), señala textualmente cómo sobre las exageraciones referidas al llamado interven-

(62) Esta idea de cooperación ya aparece magníficamente expresada por GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ en *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Editorial Civitas-Occidente, Madrid, 1974.

(63) Federico DE CASTRO y BRAVO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, «Cuadernos Civitas», 1975, Madrid.

(64) Federico DE CASTRO y BRAVO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1987, p. 17.

cionismo del Estado «conviene estar prevenidos porque la cruzada que se predica para luchar por un "Derecho libre de la sociedad", en contra del pan-administrativismo, puede ser dirigida en beneficio de ciertos grupos de presión».

Ello no obstante, el ilustre civilista termina el capítulo I de la referida obra con una «agonía de la autonomía privada» (65).

Por nuestra parte, y siguiendo los pasos de DE CASTRO, creemos que no sólo cabe poner en duda el omnímoto y central concepto de autonomía de la voluntad, sino que su mejor delimitación científica tiene que hacerse sobre dos puntos fundamentales: primero, que tal autonomía existe allí donde el ordenamiento (legitimado, eso sí, por los sujetos productores del mismo) lo indica. Son, pues, los sujetos fiduciarios de tal atribución, que pueden y tienen que realizar según los planes del ordenamiento. Cuando acote un ámbito de *licere agerae* actuará el sujeto inmerso en este campo como un repetidor de legitimidad. También, pues, los sujetos se encuentran «habilitados» para actuar. Deben obtener tal habilitación del ordenamiento que, naturalmente, cuando de normas dispositivas se trate, se encuentran en una zona de libertad; libertad «discrecional», no «arbitraria». El uso de su legítimo ejercicio de la libertad civil se encuentra, pues, también habilitado desde una norma previa.

La Ley, así vista, no coarta o limita. Descubre y otorga insospechables ámbitos de libertad no imaginados por cada sujeto individual. Lo que sí puede entenderse como monstruoso es que las libertades y derechos vengan definidos por un sujeto omnipotente cuya distancia respecto del ciudadano encuentra la infranqueable barrera de la ilegitimidad. De ahí que el inexorable sometimiento a la Constitución no precise declaración previa alguna por parte de cada acto aplicativo de aquélla y de cada sujeto afectado. El proceso de «lucha por el Derecho» también es un proceso de sujeción al Derecho, para no quedar sujeto a ningún otro dueño. Y ello es perfectamente aplicable al Derecho privado, cuyo concepto de autonomía corresponde considerarlo juntamente a las relaciones de solidaridad, que en el fondo sólo la Ley puede establecer.

En realidad, afirmar que la autonomía de la voluntad se mueve dentro de los ámbitos estrictos que el ordenamiento fija, y allí donde lo fija, no es en modo alguno conclusión que puede reputarse

(65) La fuerza expresiva de la lúcida pluma de DE CASTRO hace que no traigamos a colación los términos que sobre tal agonía establece (p. 17), remitiendo al lector a la obra citada.

heterodoxa. En efecto, si hoy es lugar común que la Administración deba quedar previamente habilitada para el ejercicio de sus potestades y derechos, también, en el fondo, esto se ha estado diciendo de todos y cada uno de los sujetos privados. Así, cuando el artículo 1.255 del Código Civil señala que el triple límite que implica la Ley, la moral y orden público constituyen nuevas barreras al ejercicio autónomo de la voluntad, todos los autores deberán estar de acuerdo en que esto es así porque lo dice el Código Civil, que en definitiva es una Ley.

Es, pues, una Ley, norma dirigida desde el ordenamiento, lo que que fija el carácter de la autonomía y los límites de su ejercicio. Pero, conviene insistir: esto es así sólo y exclusivamente porque lo dice la Ley, el ordenamiento. Es de esta forma como entendemos que si los distintos sujetos ejercitan la autonomía de su voluntad es por cuanto están previamente *habilitados* por el ordenamiento, que a su vez recibe su existencia de aquellos sujetos.

No es tanta la diferencia ante el Derecho público y el privado, como antes dijimos. Aún más, hemos descubierto cómo en realidad a la hora de concluir el modo de realizarse la relación jurídica en el Derecho público y en el privado ambos participan del mismo mecanismo y naturaleza.

El segundo gran aspecto que queríamos destacar consiste en afirmar que la llamada libertad formal de la contratación encubre en realidad una enorme desigualdad material que hace que, de hecho, la aparente horizontalidad de la relación privada, que tan íntimamente le distinguía de la relación jurídica pública, aparezca ofreciendo un genuino plano inclinado. En efecto, sólo en el caso del pequeño contratante tiene real cabida la tesis sobre la aparente horizontalidad de la relación jurídico privada. Contrariamente, el volumen general de la contratación—que es el supuesto prototípico de la relación, habida cuenta del grado de concentración de capital—, pasa necesariamente por la debilidad de una de las partes. En la obra ya referida de Federico DE CASTRO se encuentran inmejorables páginas que describen perfectamente el panorama.

De ahí que tanto en el caso de la relación jurídica pública como en la privada sea absolutamente imprescindible potenciar los elementos que equilibren tan delicada balanza, ya que se porfía—en cada uno de los extremos de la relación de Derecho al multiplicarlo

hasta el infinito por todas y cada una de las relaciones sociales— el siempre humano problema de la justicia.

La última reflexión va a dar nombre al capítulo que aquí acaba. Me refiero a la función pretorial que tiene que jugar la Administración pública. Tomo esta denominación del antiguo oficio del Derecho romano, que por sí solo constituyó en su Derecho edictal en fuente de equilibrio y ponderación que permitió la búsqueda de nuevas soluciones amparándose en la tradición y que por sí solo creó una manera de entender el derecho que lleva su nombre.

Esta función, que reviste a la Administración pública como nuevo Pretor Peregrino, va a actuar precisamente en el campo del Derecho privado; como ya hiciera el pretor romano, puesto que va a intervenir en una polémica que a ella le es ajena.

En el campo del Derecho público basta—hay que insistir—con establecer un equilibrio orgánico y relacional que, en definitiva, pasa por una profesionalidad de la Administración Pública que reconozca su modesto pero fundamental papel de máquina instrumental.

Pues bien, lo que nos importa destacar, en el campo del Derecho privado, es que, como consecuencia de este «Estado en transformación», se redefinan las relaciones entre los particulares, asegurando el aparato estatal las reglas del juego.

Como indicamos, los términos de referencia que definen el actuar entre particulares tienen que ir dirigidos desde y por el ordenamiento. Violados éstos, quedan en tal caso dispuestos los mecanismos reaccionales que desde viejo nos son conocidos.

Pero lo fundamental será que en este proceso de actividad conformadora que corresponde a la Administración pública va a quedar innúmeras veces legitimada para hacer de la legalidad en que quedan incursas las relaciones interprivadas, su genuina «Norma de neutralidad». Fiduciaria de intereses colectivos, la Administración pública encontrará en la norma, que envuelve a las relaciones interprivadas, una necesidad de actuación de ese sentir colectivo que se encuentra reflejado en tal tipo de normas.

El particular agredido por la otra parte de una relación jurídico-privada podrá, desde luego y en todo caso, poner en marcha el tradicional mecanismo de lesión, que se traduce en la indemnización, nulidad, etc. Pero no es esto lo que ya le interesa siempre. Sin perjuicio de esa insobornable posibilidad, *su propio interés puede quedar satisfecho mediante el efectivo cumplimiento de la legalidad.*

No se trata, como veíamos al principio, de una nueva preocupación abstracta por los fines del ordenamiento. Se trata de que la imposición de una genuina y verdadera horizontalidad en una relación con la otra parte puede quedar satisfecha a través de ese Derecho administrativo en potencia que se escondía en el viejo concepto del Derecho romano. El mecanismo de la intervención pretende establecer un nuevo régimen de transparencia y calidad de vida que en sí mismo implica la perfecta satisfacción de los distintos sujetos. De ahí que si al establecerse este marco objetivo (normativo) de juego, en aras de esta posición conformadora, queda legitimada para corregir el desequilibrio provocado en su relación, la Administración pública aparece como neutral precisamente cuando toma parte beligerante en defensa de la legalidad. A diferencia del siglo XIX, la neutralidad de la Administración sólo se garantiza cuando ésta no contempla inerme, cómo el ámbito de la legalidad cuya protección se le entrega resulta dañado por el interés de un particular a costa de otro.

Este particular, en tal relación con otro, cuya importancia económica, social o de cualquier otra índole queda puesta de manifiesto por la instrumentación abusiva de la posición jurídica que la parte fortalecida ocupa, podrá acudir a su pretor para que, en interés de la legalidad—que encierra su propio interés particular—ponga en marcha el mecanismo corrector (generalmente por vía de sanción) y satisfaga la justicia convirtiendo su legitimidad en defensa de la legalidad y éste último en fenómeno de civilizada salvaguardia de la libertad.