

LA CONFIGURACION JURIDICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL CONCEPTO DE "DASEINSVORSORGE"

POR

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.
Ayudante de Derecho administrativo en la Universidad
de Valladolid.

«Quoique tous les Etats aient en général un même objet, qui est de se maintenir, chaque Etat en a pourtant un qui lui est particulier. L'agrandissement était l'objet de Rome; la guerre, celui de Lacédémone; la religion, celui des lois judaïques; le commerce, celui de Marseille; la tranquillité publique, celui des lois de la Chine; la navigation, celui des lois des Rhodiens; la liberté naturelle l'objet de la police des sauvages; en général, les délices du prince, celui des Etats despotiques; sa gloire et celle de l'Etat, celui des monarchies...»

(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. XI, cap. V.)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Planteamiento del problema. B) Aclaración estrictamente gramatical.—II. CONTENIDO DE LA TESIS DE FORSTHOFF: 1. Fuentes de tal formulación. 2. Modificación de las condiciones sociales: abandono de la situación de dominio sobre el propio ámbito vital. 3. Inclusión de la asistencia vital entre los fines de la Administración pública. 4. Aformalidad del concepto de «Daseinsvorsorge». 5. Importancia de dicho concepto, a pesar de su aformalidad y de su carencia de justiciabilidad directa; mecanismos compensatorios. 6. Colaboración de la Administración pública con otros sujetos para la consecución de las prestaciones vitales. 7. Utilización conjunta del Derecho administrativo y del Derecho civil para lograr tal consecución.—III. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE TAL FORMULACIÓN.—IV. CONCLUSIÓN.

I

A) En la historia de las ideas y de las realizaciones humanas es siempre imprescindible tener en cuenta lo paradójico. Así, quien contempla la complejidad y preponderancia que hoy día ha tomado esa persona jurídica que designamos con el nombre de Administración pública, no puede menos de admirarse que ningún lugar correspondiera al

que hoy es tan abultado sujeto a la hora misma del nacimiento del Estado contemporáneo (1). Porque la Administración como tal no es sino un comensal inesperado, un huésped advenedizo en la mesa del Estado contemporáneo que surge a raíz de la Revolución francesa, y del que ya luego no se puede prescindir, pues llega casi a hacerse el dueño de la reunión. Estamos ante una Administración pública de magnitudes y cometidos ciertamente considerables. Ello es bien notorio y ha sido tantas veces puesto de relieve que nos exime de referencia alguna en éste sentido.

La verdad es, sin embargo, que no siempre es suficiente la simple observación de los hechos. En muchos casos se exigen, o por lo menos deben exigirse, interpretaciones, explicaciones más profundas de lo que esos hechos significan en cuanto pueden conducir a una sistematización adecuada, que luego no ha de tener importancia simplemente en un orden teórico, sino que puede ser poderosa ayuda para un mejor tratamiento de la realidad y de la práctica. En esta línea debe encontrar su justificación el presente trabajo, con el que pretendemos dar respuesta, siquiera parcial, a una serie de interrogantes que nos han surgido al ponernos en contacto con cierta configuración de la Administración pública, bastante reciente y, desde luego, actual en cuanto a significación. Intentamos también, previamente, presentar al lector español las características más importantes de tal concepción que estimamos, desde luego, digna de ser tenida en cuenta. Nos referimos a la construcción de FORSTHOFF de la Administración pública como servidora de la idea de *Daseinsvorsorge* y a la consecuente configuración de la Administración como una *leistende Verwaltung*. Permítasenos no aclarar por el momento el significado de estos términos alemanes para destacar ya desde el comienzo un punto que nos parece fundamental. La concepción de FORSTHOFF arranca de una observación sociológica de la realidad administrativa; su importancia, sin embargo, radica, como veremos, en la juridización, en la reducción, a términos y categorías jurídicas de esas observaciones fácticas, con todas las consecuencias que ello implica. De aquí precisamente la importancia y el interés que para el jurista puede ofrecer la construcción a la que nos referimos.

Otra advertencia inicial debe quedar también señalada. La construcción de FORSTHOFF es, como veremos, en extremo sugestiva y encierra en sí misma fuerza dialécticamente convincente bastante; pero queremos hacer notar que, precisamente como consecuencia de lo anterior—en

(1) En este sentido, es definitivo el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, en «Homenaje a Pérez Serrano», Madrid, 1959, II, *in totum*.

otro caso, incluso, no tendría razón de ser este trabajo—, nos ha llamado poderosamente la atención la amplia y polémica acogida que tal tesis ha encontrado en la doctrina alemana contemporánea, acogida que se ha traducido en una fecunda recepción de las ideas de FORSTHOFF. Más adelante tendremos ocasión de referirnos a este punto (2); es importante, sin embargo, señalar ya desde ahora unos cuantos nombres, como muestra de tal recepción, nombres que sin pretender agotar la lista de los posibles, son ya de por sí bien significativos. Piénsese lo que significan en la moderna dogmática jurídico-pública alemana los nombres de BACHOF, BECKER, E. R. HUBER, IPSSEN, JESCH, KOELLREUTTER, H. J. WOLFF o ANTONIOLLI, en Austria, que, entre otros, han venido a dar acogida, con mayor o menor intensidad, desde luego, a la tesis acuñada por FORSTHOFF.

B) ¿Qué significan en castellano los términos antes aludidos y que son distintivos precisos de la formulación de FORSTHOFF? No es siempre fácil trasladar determinadas expresiones de una lengua a otra, ya que existe siempre el peligro de que con la traducción pierdan fuerza esas expresiones o de que haya que recurrir a dar un rodeo para expresar así la idea contenida, con algo que se parece más a una definición que a una traducción. Tal observación tiene especial importancia en nuestro caso, ya que el término *Daseinsvorsorge*, que constituye, desde luego, una palabra clave en la configuración que estamos examinando y cuya utilización supone un indudable acierto, no se presta fácilmente a ser reducido a una palabra que tenga en nuestro idioma la misma fuerza y la misma amplitud que el término alemán (3). Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra *Sorge* significa cuidado, atención, dedicación; el término *vor* es una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya sea en el tiempo o en el espacio. Antepuesta aquí al término *Sorge*, viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, procuración, cuidado preventivo, prevención, etc. La palabra *Dasein*, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana.

El conjunto de los tres términos nos da, pues, como traducción de la

(2) Vid., *infra*, nota 38, en relación con las obras de los autores que seguidamente citamos en el texto.

(3) Cfr. sobre este punto concreto, mi recensión al libro de FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1959, en el núm. 37 de esta REVISTA, páginas 357 y sigs.; también, GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración*, en el núm. 34 de esta REVISTA, págs. 23-24, nota 52.

palabra *Daseinsvorsorge*, la idea de preocupación por la existencia humana, de procuración de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de asistencia vital o de prestaciones vitales. Cuando se habla, pues, de la *Daseinsvorsorge* se quiere expresar, por tanto, una actividad que dice relación con la existencia o con la vida humana en su más pleno sentido.

La otra expresión, *leistende Verwaltung*, es ya de más fácil traducción, en cuanto que *Verwaltung* significa, como es sabido, Administración, y *leistende* es un adjetivo derivado del verbo *leisten*, que quiere decir abastecer, proporcionar. Se trata, pues, de la Administración que abastece, que proporciona, que actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes y servicios a los administrados. Más tarde concretaremos el exacto alcance del término en cuanto a su acogida por la dogmática jurídico-administrativa. De momento, son, pues, suficientes las aclaraciones formuladas que hemos estimado necesarias para facilitar así la comprensión posterior.

II

1. Veamos ahora en qué consiste la doctrina objeto de nuestro trabajo. Como ambientación temporal hay que señalar inicialmente que fue expresada por primera vez por FORSTHOFF en 1938 en un libro de título bien significativo: *Die Verwaltung als Leistungsträger*; esto es: la Administración como soporte de prestaciones (4), tesis que ha sido parcialmente recogida en las distintas ediciones de su *Tratado de Derecho administrativo*, a través de cuya traducción al castellano (5) puede tener el lector de habla española alguna referencia sobre tal posición. En todo caso, para su adecuada comprensión, es preciso completar su enunciado con otras obras posteriores que iremos señalando, y de modo muy especial con las dos recientemente publicadas, *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen* (6) y *Rechtsfragen der leistenden Verwal-*

(4) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, «Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen», Stuttgart, 1938.

(5) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, traducción de la 5.ª edición alemana, de LEGAZ LACAMBRA y otros. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

(6) FORSTHOFF, *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, Köln-Marienburg, 1958. Se trata de una conferencia pronunciada en Colonia el 16 de diciembre de 1957.

(7) FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. En esta obra recoge FORSTHOFF, los capítulos más importantes de su libro de 1938 (*Die Verwaltung als Leistungs-*

tung (7), obras que sin duda alguna contienen los desarrollos últimos de su tesis.

2. Para FORSTHOFF el punto de arranque es la observación del cambio de condiciones vitales, experimentado, sobre todo, a partir del comienzo del siglo pasado. Se trata, por lo demás, de una observación obvia y frecuentemente recogida por la doctrina, lo que nos exime de insistir con mayor detenimiento sobre las causas que han podido originar tal cambio de circunstancias. No obstante, es interesante señalar aquí cómo para expresar de forma gráfica tal evolución, cargando precisamente la nota sobre el sector concreto de la esfera vital, se sirve FORSTHOFF de dos conceptos auxiliares cuya descripción ha de sernos ciertamente útil. Se habla por un lado del «espacio o ámbito vital dominado o de señorío» (*der beherrschte Lebensraum*), y por otro del «ámbito o espacio vital efectivo» (*der effektive Lebensraum*) (8). El primer concepto sirve para describir aquella situación en que el individuo ostenta una serie de relaciones de señorío, de predominio, que no deben ser confundidas con una propiedad en sentido estricto sobre aquellos bienes que constituyen el ámbito en que se desarrolla su existencia: así, su casa, su propiedad más o menos pequeña, su pozo, su taller o su lugar de trabajo, etc. Se trata de un señorío sobre la mayoría de los bienes necesarios para poder desarrollar la propia existencia personal. Tal situación concede, desde luego, al individuo que la ostenta, una independencia y autosuficiencia más o menos intensa, pero independencia en todo caso (9). Con el con-

träger), así como un examen crítico de la noción de *Daseinsvorsorge* desde la perspectiva actual; vid. la recensión que señalo en la nota 3. Por lo que respecta a lo que a continuación recojo en el texto, debo remitirme aquí de modo general, además de a la obra últimamente citada y de la señalada en la nota anterior, a las siguientes, todas ellas de FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, 1.^a ed., München-Berlin, 1950; ídem, 8.^a ed., München-Berlin, 1961; *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, en «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», cuaderno 12, Berlin, 1954, págs. 8 y sigs.; *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster West, 1954.

(8) *Rechtsfragen*, cit., págs. 25 y sigs.; *Verfassungsprobleme*, cit., pág. 6. Este punto de la doctrina de FORSTHOFF había sido ampliamente expuesto ya entre nosotros por VILLAR PALASÍ, *Administración y planificación*, Madrid, 1952, págs. 95 y sigs.

(9) Pensando en la que fuera un tiempo nuestra propia realidad, hemos de señalar el hecho de que la mayoría de nuestros Municipios pudieron ofrecer en una época a sus propios vecinos el importante sector del disfrute de los bienes comunales: leña, pastos, frutos, etc. Ello, pues—e independientemente de su calificación jurídica—, y aquí cobra importancia en nuestro caso lo que señalamos en el texto, de que no hay que confundir tal esfera de señorío con el concepto jurídico de propiedad, puede ser considerado también como integrante de ese ámbito vital dominado contribuyendo a la autosuficiencia del ciudadano que con tal disfrute podía contar. Y aunque aquí se tratara propiamente de bienes comunales, precisamente por su propia naturaleza y regulación, no creo que esto vaya en contra de lo que seguidamente se indica en el texto. Cfr. además de la impor-

cepto «ámbito vital efectivo» se designan, en cambio, las relaciones sobre una serie de objetos sobre los que no se tiene ninguna propiedad o señoría, es decir, sobre los que no se domina, pero con los que, por el contrario, se entra en relación en cuanto *se utilizan*, en cuanto uno se sirve de ellos como algo exterior y ajeno para poder ir dando cumplido desarrollo a la misma existencia humana.

Quedan así descritos estos dos conceptos claves en la tesis de FORSTHOFF. Ahora bien, ¿qué es lo que ha sucedido en la dinámica de los acontecimientos? Porque la simple descripción formal de esos conceptos, con ser interesante, no nos dice demasiado.

El hecho es que con anterioridad a la fecha señalada—comienzo del pasado siglo; con todo, creo que no hay que ser demasiado rigorista en la determinación de fecha semejante, que puede variar incluso en los distintos países—una parte importante de la población podía desarrollar sus condiciones de existencia dominando su propio ámbito vital y dirigiendo a ello su esfuerzo. Podía vivir en una situación en que su contacto con las cosas que necesitaba se realizaba a través de una relación de dominación, alcanzando, al menos como tendencia, una marcada situación de autosuficiencia respecto de sus necesidades vitales. Y esto, como es indudable, no puede ser menos de repercutir, dando un tinte determinado a las relaciones de ese sujeto con el Estado. Entiéndase bien el sentido que damos al hablar de esa autosuficiencia del individuo en relación con el Estado, porque ello no significa que dentro de ese esquema aquél no estuviera sometido al Estado, quizá más intensamente que hoy respecto de otros campos muy distintos. Aquí nos referimos concretamente al sector peculiar de lo que puede denominarse, usando la palabra en su más amplio sentido, *la subsistencia*. Porque no hay que olvidar además que con anterioridad a la fecha señalada el régimen normal de organización del Estado era la Monarquía absoluta, con todas las consecuencias que ello determinaba respecto de la relación súbdito-Estado, consecuencias cuyo análisis debemos pasar aquí por alto (10). No esa independencia y autosuficiencia de que hablamos se refiere aquí

tante obra de COSTA *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1915, los recientes trabajos de C. MARTÍN-RETORTILLO, *La desamortización y los Municipios rurales*, en «Revista de Estudios Agrosociales», 1954, núm. 6, págs. 83 y sigs.; NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, I, Valladolid, 1959; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Problemas de los Municipios rurales*, en el volumen *Problemas políticos de la vida local*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 298 y sigs, así como las referencias bibliográficas en ellos recogidas.

(10) Vid., por todos, H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 4.^a ed., München und Berlin, 1961, págs. 32 y sigs.

solo a la esfera de lo que el individuo necesita para satisfacer su necesidad material de seguir existiendo. Como consecuencia de ello el Estado asumirá entonces como tareas propias, otras muy diversas que, aun pudiendo influir sobre esa esfera existencial, no están, sin embargo, encaminadas en tal sentido, al menos como norma general. Al Estado le preocupa fundamentalmente sólo lo que dice relación con la *pax et justitia* (11).

Por influjo de una serie de circunstancias que no son del caso, tal situación va a modificarse con más o menos fuerza, según lugares o momentos, pero que van a hacer que el esquema señalado no tenga ya más validez posterior. Ya no vivirán la mayoría de los ciudadanos poseyendo —ni incluso pretendiéndolo— aquel señorío verdaderamente dominical sobre sus condiciones de existencia, sino todo lo contrario (12). El individuo pasa a depender en este sector concreto de una serie de factores supraindividuales. El ciudadano medio, la mayoría de los individuos, vivirán sirviéndose de un espacio vital efectivo. No hemos de entrar ahora a valorar aquí la significación real de tal transformación, porque la explicación se limita simplemente a poner de manifiesto este hecho, y ello por cuanto va a afectar de modo importante, como luego veremos, a la esfera de cometidos que al Estado se atribuyen. Además, no se piense ni con mucho, que la pérdida de la dominación sobre el espacio vital constituya la pérdida de una situación paradisíaca que hubiera sido conveniente mantener a toda costa. En todo caso, tal cambio no significa que los individuos no puedan llenar sus condiciones mínimas de existencia. No, los individuos seguirán viviendo y satisfarán también esas condiciones mínimas de existencia. Lo que pasa es que lo harán de

(11) Cfr., por todos, ERICH KAUFMANN, *Staat und Recht: L'institution de l'Etat*, recogido ahora en *Rechtsidee und Recht*, Göttingen, 1960, pág. 322 (se trata del tercer tomo de sus obras completas, que le han sido ofrecidas al cumplir sus ochenta años); por lo que respecta a nuestra doctrina, JORDANA DE POZAS, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en esta REVISTA, núm. 4, págs. 11 y sigs. También, al determinar expositivamente el concepto mismo de policía administrativa, HAURIUO, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, París, 1914, págs. 517 y sigs.

(12) «También es verdad—dice JUAN XXIII en su Encíclica «Mater et Magistra»— que no son pocos actualmente, y su número va creciendo, los ciudadanos que encuentran la razón de mirar con serenidad el porvenir en el hecho de contar con la seguridad social o con otros sistemas de seguros; serenidad que en otros tiempos se fundaba en la propiedad de patrimonios, aunque fueran modestos... Ha de observarse que en nuestros días se aspira más que a convertirse en propietario de bienes, a adquirir capacidades profesionales, y se confía más en los recursos que se obtienen del trabajo... Eso, por otra parte, está en armonía con el carácter preeminente del trabajo, como expresión inmediata de la persona frente al capital... Y todo esto ha de ser considerado, por tanto, como un paso hacia adelante en la civilización humana». (El subrayado es mío.)

otra manera. Se acabó ya, como norma general, la dominación de la esfera vital, aunque tal esfera vital no haya desaparecido. A la esfera vital de dominación ha sucedido la esfera vital efectiva en la que no hay, por tanto, ese señorío del individuo sobre las *cosas normales* que necesita para trabajar y seguir viviendo. Y aunque pueda seguir contando, seguir utilizando o usando tales cosas, ya no es con las características deducidas de la dominación que sobre ellas tuviera. Convendrá, a su vez, volver a recordar aquí que tampoco la carencia de esfera de dominación significa en todo caso la imposibilidad de propiedad en sentido jurídico. Lo mismo que sin ser propietario podía uno dominar su esfera vital, puede también ahora un individuo propietario carecer de ella. Resulta entonces que al modificarse la dominación sobre la situación vital se modifica también la independencia y autosuficiencia que tal situación significaba. Ya no es el individuo por sí solo suficiente para procurarse, para conseguirse aquellos medios con que poder ir llenando su existencia. La independencia ha pasado a ser dependencia. La autosuficiencia ha desaparecido para convertir en necesitado un sector que estaba antes suficientemente abastecido. Lo que antes era un problema individual, pasa a ser ahora, en cambio, un problema social que exige, por tanto, una solución supraindividual. Consecuentemente, y aunque nada más sea por la ley de repugnancia al vacío, el contenido de las relaciones súbdito-Estado tiene también que reflejar el cambio experimentado.

El mínimo vital no puede quedar desatendido. Significa ello que a la dependencia del ciudadano con el Estado respecto de numerosos sectores se va a unir ahora la *dependencia para la consecución de las condiciones mínimas de existencia*. («Insofern ist die Abhängigkeit des Menschen vom Staate im 19. und 20. Jahrhundert viel intensiver geworden, als sie es je in den vergangenen Jahrhundert gewesen ist» (13). Estamos ante un cambio fundamental del contenido de las tareas que al Estado se atribuyen. Tal cambio significa, por de pronto, que el Estado mero garante del orden, como regla y como esquema general, no puede permanecer impasible ante las modificaciones que venimos señalando. En modo alguno debe pensarse que esta nueva situación suponga un depender absoluto del individuo respecto del Estado, de forma que quede negada, por ejemplo, la personalidad misma de tal individuo, así como tampoco la existencia de una esfera de señorío disfrutada por el individuo en la etapa anterior llevaba consigo necesariamente el auténtico des-

(13) FORSTHOFF, *Rechtsfragen*, cit., pág. 28.

arrollo y reconocimiento de su propia personalidad. En este sentido hay que reclamar insistentemente las palabras que el propio FORSTHOFF incluía en la Introducción a la primera edición de su *Tratado*: «Ya no puede ser considerada suficiente la técnica de determinadas formas jurídicas para asegurar la necesaria cantidad de libertad individual en relación con la justicia social y para caracterizar al Estado como Estado de Derecho, sino que es necesario recurrir a la vinculación a principios jurídicos fundamentales de carácter material» (14). Quede, pues, bien claro que el Estado no puede ya discurrir únicamente a través de estructuras formales o a través de la simple contraposición, como intento de compensación de excesos, de los diversos poderes o fuerzas, sino principalmente a través de la vinculación a principios jurídicos fundamentales de significación material. Ni la estructuración ni la atribución de funciones son suficientes; hay algo mucho más importante por encima de todo ello. Y más todavía si recordamos que se trata de una vinculación—auténtica vinculación—, por lo que tales principios jurídicos fundamentales no son una mera declaración en el aire, sino que exigen a su vez, y estamos en la otra vertiente del problema, todas las técnicas necesarias que hagan efectiva tal vinculación. Y en este sentido quien mínimamente conozca el Ordenamiento jurídico alemán de nuestros días, no podrá menos de admirarse de preceptos como el artículo 1, III de la Ley Fundamental que señala cómo los derechos fundamentales que en dicha Ley se incluyen obligan como derecho inmediatamente aplicable al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial y, sobre todo, si se relaciona este artículo con el apartado IV del artículo 19 de la misma Ley Fundamental, que consagra la posibilidad de defensa jurídica ante los Tribunales de aquel cuyos derechos sean lesionados por el Poder público (15).

3. Superando ya esta cuestión, cuyos resultados deben ser aceptados con todas sus consecuencias, podemos volver a tomar el hilo de nuestra argumentación inicial. El Estado garante del orden, de la seguridad, asume otros cometidos. Llegamos así al punto central de la posi-

(14) FORSTHOFF, *Lehrbuch der Verwaltungsrechts*, t. I, 1.ª ed., cit., pág. V.

(15) El texto alemán dice así: Art. 1, III: «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht»; art. 19, IV: «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben». Sobre ambos preceptos, vid. los comentarios de DÜRIG en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz (Kommentar)*, München-Berlin, 1960; BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959, págs. 11 y sigs.; vid., igualmente, la amplia recensión de esta última, hecha por GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 105, págs. 291 y sigs.

ción de FORSTHOFF y que es para nosotros el más importante en cuanto se da entrada con él de modo directo al ámbito de acción que se señala para la Administración pública y en cuanto trascendiendo del campo estrictamente sociológico entra ya de lleno en el sector jurídico.

Porque a aquella Administración con la que no se contaba al configurarse el Estado surgido de la Revolución, a aquella Administración cuyos fundamentos propone Javier DE BURGOS—lo que prueba su poca consistencia, o incluso casi su inexistencia—, cuando en la Exposición que dirige a Fernando VII en 1826 trata de resumir los males que aquejaban a España, a aquella Administración, decimos que ha ido depurando sus estructuras y su misma forma de ser (16), le va a tocar jugar ahora un papel que ha de ser decisivo dentro de la actual perspectiva de la organización del Estado, de un Estado que ha pasado de ser meramente legislador a ser un auténtico Estado administrador. Así es como FORSTHOFF puede llegar a afirmar que los problemas constitucionales de nuestra época son en realidad problemas administrativos (17). Pues bien, la consecuencia real de todos estos presupuestos es que las más numerosas e importantes manifestaciones del Estado de nuestros días hay que reconducirlas al sector de actuaciones que el Estado desarrolla en cuanto *administrador*. De ahí que la Administración pública haya de ser con-

(16) En este proceso de fortalecimiento y estructuración de la Administración pública puede ser interesante recordar el artículo 4.º del Real Decreto de la Reina Gobernadora estableciendo la división territorial en provincias (30 de noviembre de 1833): «Esta división de provincias no se entenderá limitada al orden administrativo, sino que se arreglarán a ella las demarcaciones militares, judiciales y de Hacienda». Es, pues, cosa obvia la estrechez que el «orden administrativo» presenta, del que quedan excluidos el sector militar y el de la Hacienda. Respecto de la evolución de la noción de Administración pública a través de nuestros textos constitucionales, vid S. MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, en esta REVISTA, núm. 26, págs. 11-49; vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración española contemporánea*, recogido ahora en el libro del mismo autor *La Administración española*, Madrid, 1961, págs. 21-39; ENTRENA CUESTA, *El concepto de Administración pública en la doctrina y el Derecho positivo españoles*, núm. 32 de esta REVISTA, págs. 55-73.

(17) FORSTHOFF, *Rechtsfragen*, cit., pág. 49 y *passim*: «Die Verfassungsprobleme unserer Zeit sind in Wahrheit Verwaltungsprobleme. Man spricht von der Ablösung des Gesetzestaats durch den Verwaltungsstaat». Vid., igualmente, JORDANA DE POZAS, op. citada, pág. 19: «Es curioso observar en los textos constitucionales más recientes... que muchos de los derechos en ellos enumerados consisten realmente en prestaciones administrativas, o no pueden ejercitarse sino con la colaboración activa de órganos del mismo carácter». Por ello que no deje de causar cierta perplejidad la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1958, en que se afirma que «la primordial finalidad del Estado es la jurisdiccional» (vid. recogida esta sentencia en A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, I, Zaragoza, 1960, pág. 4, nota 3).

siderada como la más importante «organización» de cuantas actúan en el ámbito del ordenamiento estatal (18).

Al llegar a este punto es donde hay que encajar precisamente la importancia del concepto de *Daseinsvorsorge*. Al modificarse tanto la situación del administrado como la del Estado varía también el contenido y significado de la relación que une a ambos. Si en época anterior a la nuestra se determinaba esta relación, sobre todo en base a la libertad; en la época de la *leistende Verwaltung* se determina por un concepto muy distinto, cuál es el de *participación*. Podemos conectar aquí precisamente la distinción que ha sido formulada con claridad por la doctrina alemana entre la Administración meramente intervencionista (*Eingriffsverwaltung*) y la Administración actual que es configurada incluso como soporte de prestaciones. Siendo la libertad lo que se demandaba al Estado como objeto primordial de su actuación—o quizá mejor de su no actuación—, se llegaba a justificar que en casos extremos y de importancia pudiera la Administración *intervenir* para evitar, sobre todo, ciertos daños que podían afectar al interés general. Pero esto con grandes reservas y proclamándose al mismo tiempo en las Constituciones la inviolabilidad del derecho de propiedad; el respeto a los contratos, etc., con fórmulas que arrancan de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789. La salvación actual es en cambio muy distinta (19).

Característica, pues, que se manifiesta a primera vista de la actual relación entre administrado y Estado, es la de distribución, la de reparto, con la consiguiente participación del ciudadano en tal cometido. El Estado se ha convertido en un Estado distribuidor y repartidor con objeto

(18) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario*, separata de la «Riv. trimestrale di diritto pubblico», 1960, págs. 317 y siguientes.

(19) A la sustitución de libertades políticas por prestaciones administrativas se han referido muy ampliamente en nuestra doctrina VILLAR PALASÍ, *Administración y planificación* cit., págs. 115 y sigs.; y en su nota CLAVERO ARÉVALO, *Libertad política y libertad administrativa*, «Arbor», núm. 95, págs. 244 y sigs. Sobre la *Eingriffsverwaltung*, vid., por todos, FORSTHOFF, *Lehrbuch*, 8.ª ed., cit., págs. 291 y sigs. *passim*. La expresión *Eingriffsverwaltung* es también un *terminus technicus* para caracterizar al sector de la Administración actual en que ésta actúa interfiriendo la libertad y la propiedad individuales; su manifestación típica es el acto administrativo gravoso, y es en ella donde tiene una especial significación el principio de legalidad de la Administración en el sentido estricto de la legalidad formal o de reserva de la ley. En este sentido, *Eingriffsverwaltung* y *Leistungsverwaltung* constituyen técnicas de actuación distintas tipificables en la Administración actual, que podrían aproximarse a las técnicas policiales y de servicio público, respectivamente, según el conocido tríptico de JORDANA DE POZAS sobre los modos de la acción administrativa.

de satisfacer esas prestaciones vitales cuyo cumplimiento se ha hecho imprescindible («... Staat der Leistung und Verteilung zum Zwecke der notwendigen Daseinsvorsorge...») (20). Este concepto de «prestaciones vitales» cobra su máxima importancia en cuanto se formula como un recurso, como un verdadero ardid necesario para poder asegurar a cada ciudadano la protección, toda la protección que el Derecho público puede concederle respecto de esa participación que caracteriza la actual concepción de la relación súbdito-Estado. Debemos remitirnos aquí a lo que más arriba dejamos indicado acerca de la superioridad de los principios jurídicos de carácter material con los que se conecta, desde luego, el concepto de *Daseinsvorsorge*. Pero también en cuanto se afirma que la Administración debe orientar su actuación y cometidos por esta idea de consecución, desempeño y desarrollo de las prestaciones vitales. De esta forma, el último escalón del proceso que venimos examinando consiste en la adición al conjunto de fines que se vienen encomendando a la Administración (21) el de procurar esa asistencia o esas prestaciones vitales: un fin que, como luego veremos, se ha de transformar también en los correspondientes cometidos o funciones; pero a nuestro parecer, se trata primariamente de un fin que tratará de afirmar su preponderancia o al menos su lugar privilegiado junto a los otros que a la Administración se encomiendan, pero un fin, en definitiva, que no debe ser confundido con las funciones o materias que para llegar a él deben ser establecidas u ordenadas posteriormente. Que en todo caso, pero sobre todo en el terreno doctrinal, es menester distinguir cuidadosamente los fines que a la Administración se atribuyen, y que por ello mismo implican la posibilidad abstracta de su actuación, de las actuaciones mismas que se cumplen para dar desarrollo a aquellos fines. Ello ha de tener también importantes aplicaciones prácticas como cuando se trata de establecer una nueva actuación administrativa o cuando se trata de valorar una ya existente. Quede, pues, destacado que aun debiendo existir una íntima compenetración e interdependencia entre ambos conceptos, deben ser en todo caso distinguidos con claridad.

(20) FORSTHOFF, *Verfassungsprobleme*, cit., pág. 9. En este sentido es bien significativo el título de la colaboración de KRAUSE en los *Festschrift für Paul Gieseke*, Karlsruhe, 1958: *Der verteilende Staat (El Estado distribuidor)*, págs. 1-19; cfr. la recensión de DUQUE a dicha obra en el núm. 33 de esta REVISTA, pág. 339; cfr. también E. KERN, *Aspekte des Verwaltungsrechts im Industriezeitalter*, en *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlín, 1959, pág. 99, nota 61.

(21) Sobre el problema de los fines de la Administración, vid. en nuestra doctrina, además del citado trabajo de JORDANA DE POZAS, GASCÓN HERNÁNDEZ, *Los fines de la Administración*, en el núm. 11 de esta REVISTA, especialmente págs. 39 y 42.

De acuerdo con estos conceptos podemos integrar, al mismo tiempo que dar un nuevo matiz al enunciado descriptivo de los cometidos que asume la Administración dando entrada directa al concepto que nos venimos refiriendo, realizando de este modo a la vez un auténtico cambio de enfoque. Así, si se ha dicho que la Administración debe procurar el bien común (22), o debe perseguir la prosperidad (23), o que la Administración se caracteriza por la idea y finalidad de servicio público (24), o que la Administración debe proteger los intereses generales (25), etcétera, puede hablarse también con acierto y exactitud de la Administración actual, diciendo que se ha convertido en la Administración de la *Daseinsvorsorge* (26).

(22) Sobre la idea de bien común en relación con la Administración, vid. ORTIZ DÍAZ. *El bien común y la Administración pública*, en «Estudios dedicados al Profesor García Oviedo», vol. I, Sevilla, 1954 especialmente págs. 468 y sigs.

(23) Cfr. Javier de BURCOS, *Exposición dirigida a S. M. el Rey Don Fernando VII desde París en 24 de enero de 1826...* recogida ahora como apéndice en el libro de MESA, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946, pág. 139: «... los intereses preciosos y complicados de la prosperidad general»; OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, «nueva edición», Madrid, agosto de 1843, págs. 188-189: «La administración es una ciencia...; como ciencia tiene su teoría... y la aplicación de la teoría a la práctica constituye el arte de los administradores. La prosperidad del país es su objeto». Hay que decir, sin embargo, respecto de estos dos autores que no conciben la «prosperidad» como una idea final y vacía de toda otra concreción, como sucede con tantos otros contemporáneos suyos admiradores del «progreso» a secas y respecto de los que pueden predicarse las recientes palabras críticas de J. M. DOMENACH. *Réponse à Louis Armand*, en «L'Express», núm. 546 (30 nov. 1961), pág. 15, que expresan bien claramente la mentalidad hoy dominante: «Le progrès? On ne peut en parler que si l'on met un contenu: plus de bonheur, plus de culture, plus de justice sociale...» En este sentido, son bien significativas estas palabras de OLIVÁN, op. cit., páginas 157-158: «... una buena administración, enérgica, templada..., es lo que se necesita en España para generalizar la educación y las luces, acrecentar la mortificación, inaugurar el fomento público y presentar cercano el estado de prosperidad que todos apetecemos».

(24) Vid., por todos, DURANT, *Manuel de Droit constitutionnel*, 4.ª ed., París, 1923, páginas 73, 74 y *passim*: «En même temps les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette activité de service publique et toute acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service publique. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental».

(25) Así lo reconoce expresamente el artículo 11 del Real Decreto de la Reina Gobernadora, disponiendo los subdelegados y demás empleados de Fomento que ha de haber en las provincias (30 de noviembre de 1833): «Siendo la protección de los intereses generales el objeto esencial de la Administración...»

(26) Debo recordar aquí que la Constitución de Weimar contiene en su artículo 151, 1, una expresión muy similar a la adoptada por FORSTHOFF: «La ordenación de la vida económica debe adecuar los principios de justicia con el fin de garantizar a todos una existencia de acuerdo con la dignidad humana (mit der Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins)». Dentro de estos límites se asegura la libertad económica. Sin embargo, ni que decir tiene que esta fórmula, como bien se encargó de demostrar la realidad, no supuso en absoluto—como ni siquiera pretendía—que la Ad-

4. Una vez examinados los supuestos que justifican la introducción y desarrollo del concepto de *Daseinsvorsorge*, y visto el puesto que ha de ocupar en la dogmática jurídico-administrativa, es conveniente que nos detengamos ahora a examinar alguna de las características propias de tal concepto. Antes que nada debe destacarse, y bien se encarga FORSTHOFF de hacerlo, la *aformalidad* misma de dicho concepto. Es decir, la tendencia a las prestaciones vitales no puede reducirse a una fórmula concreta y cerrada, así como tampoco podrá decirse que pueda vincularse solamente al desarrollo de una parte determinada de la actividad administrativa. En primer lugar, por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. En este sentido cabe hacer relación aquí de aquella característica, constantemente afirmada, de la relatividad de la Administración en el tiempo y en el espacio (27). Relatividad que tiene también aplicación plena cuando se trata de dar desarrollo a la idea de prestaciones vitales, y que podemos considerarla a su vez desde dos puntos de vista: a) Relatividad en cuanto a la consideración misma de determinados sectores de actuación como integrantes de la idea de prestaciones vitales. Se trata, pues, de una relatividad en cuanto al ser o no ser. Es decir, ¿habrá que considerar, por ejemplo, la regulación del tráfico, o la del sector industrial, o la misma regulación del fenómeno económico, como incluidas dentro de la idea de *Daseinsvorsorge*? Las soluciones dadas al problema aquí planteado han sido desde luego muy diversas. b) Por otro lado, aun admitido que un cierto sector globalmente considerado pueda integrarse en el ámbito de prestaciones vitales, cabe luego admitir también una relatividad en cuanto al más y al menos. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de abastecer de alimentos, que entra directamente dentro del concepto de prestaciones vitales, y que, sin embargo, si puede ser fácilmente determinable

ministración asumiera la responsabilidad de la *Daseinsvorsorge*. Sobre el significado de este artículo. vid. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs* (vom. 11. August 1919), reimpresión fotomecánica de la 14.ª ed. (1933), Bad Homburg vor der Höhe, 1960, páginas 699-700. Cfr. la Constitución italiana, en su artículo 3, todavía más expresiva: «Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana...» Vid. como referencia sobre este texto algunos de los trabajos recogidos en el volumen colectivo dirigido por CALAMANDREI-LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, 2 vols., Firenze, 1950.

(27) Sirvan como muestra de tal reconocimiento, conscientes de que el lector podrá encontrar numerosas manifestaciones en este sentido, las elocuentes palabras de OLIVÁN, op. cit., pág. 156: «La utilidad de las instituciones humanas es principalmente de tiempo y relación. La mejor administración será la que ofrezca mayores beneficios y menores inconvenientes; conciliando según las épocas los intereses de los individuos con los de la comunidad».

en cuanto a su límite mínimo, no lo es, ni mucho menos, antes todo lo contrario, por lo que a su límite máximo respecta: las posibilidades de las soluciones a adoptar son desde luego infinitas.

Una segunda razón en pro de la aformalidad del concepto de prestaciones vitales viene dada por la amplitud de su misma naturaleza. Se trata de una finalidad que une a su carácter de estricta inconmensurabilidad la extensión de su contenido; y precisamente esta idea de *Daseinsvorsorge* como orientadora de la Administración, que es relativamente reciente, se superpone y debe ser conjuntada con una organización administrativa, con un sujeto Administración, cuya estructura, cuya configuración, cuya forma misma de ser proviene en tan gran medida de una época anterior en que este concepto de prestaciones vitales no era relevante como lo es hoy. Son en este sentido coincidentes las opiniones de que el Estado actual, auténtico Estado social de Derecho, se ha establecido y se mantiene sobre estructuras, conceptos y configuraciones provenientes del Estado liberal de Derecho (28). Es también obvio, y los juristas de Derecho administrativo son bien conscientes de ello, el clamor en pro de una modernización y adaptación a las circunstancias de aquellos elementos. Cuánto y cómo ha de durar la situación presente no podemos predecirlo, pero aquí interesa sólo la constatación de la coexistencia de una Administración de la *Daseinsvorsorge* con aquellos elementos *formales* provenientes de una época caracterizada por finalidades bastante diversas. Y nos encontramos entonces con que una idea de la amplitud de la que estamos analizando no se adecúa fácilmente a ser reducida con carácter necesario a unas estructuras formales como las hoy existentes, modeladas precisamente pensando en cometidos y modalidades muy distintos a los que actualmente sirven. Es cierto que se podría pensar en atribuir la consecución de una parte de lo que lleva consigo la idea de *Daseinsvorsorge* a determinados organismos y funcionarios.

(28) Así se ha afirmado, respecto al actual Ordenamiento jurídico alemán, que si bien se trata realmente de un auténtico Estado social de Derecho, «das Grundgesetz als eine prinzipiell rechtsstaatliche Verfassung verstanden werden muss» (FORSTHOFF, *Verfassungsprobleme*, cit., pág. 3). Sobre la problemática del Estado social de Derecho, vid., por todos, las ponencias de FORSTHOFF y BACHOF sobre *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, así como la discusión subsiguiente, recogido todo ello en el cuadro 12 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer»; FORSTHOFF, *La República federal alemana como Estado de derecho y Estado social*, en «Riv. trimestrale di diritto pubblico», 1956, págs. 547 y sigs, y recientemente, Konrad HESSE, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, en *Staatsverfassung und Kirchenordnung (Festgabe für Rudolf Smend)*, Tübingen, 1962, págs. 71-95; en nuestra doctrina, LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955; PÉREZ BOTIJA, *El «Estado de Derecho» y el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1958; en todos ellos puede encontrarse abundante bibliografía sobre el tema.

En este sentido son perfectamente utilizables muchos de los mecanismos de épocas anteriores con que hoy cuenta la Administración. No es factible, sin embargo, esta solución de atribuir a un determinado Departamento, organismo o cuerpo de funcionarios, el llevar a cabo la *Daseinsvorsorge* en sí, con su amplitud y significado. Este deriva de la misma naturaleza de las cosas y es a su vez lo que otorga a tal concepción su mayor lucidez y consistencia. La *Daseinsvorsorge* ha de ser procurada globalmente por toda la Administración pública; ha pasado a ser una de sus finalidades principales. Es cierto que para llegar a tales realizaciones habrá que realizar, regular u orientar distintas estructuras concretas, separadas y separables. Todas ellas contribuirán a dar cometido a tal fin, pero, con todo, por su amplitud, por su inconmensurabilidad, por su misma naturaleza, la *Daseinsvorsorge* no es un concepto formal, fácilmente encuadrable, sino que exige referencias y datos materiales para poder ser determinada: de nuevo podemos recordar aquí el párrafo de FORSTHOFF más arriba transcrito, en que se refiere a esos principios jurídicos fundamentales de carácter material. No es que la *Daseinsvorsorge* sea un principio fundamental en el sentido estricto que tal expresión tiene en el Ordenamiento jurídico alemán, sino que indirecta y parcialmente está recogido, con ese significado totalizador que hemos visto tiene, en muchas normas de rango fundamental. Su importancia radica, por tanto, en ser un concepto material. Como tal concepto material, encomendado globalmente a la Administración pública, no está limitado a los rigores ni al encajonamiento de una concreta estructura formal. Está por encima de ella. De aquí se deriva, no siendo, por otra parte, un derecho fundamental tal y como éstos se conciben en la actual técnica constitucional, el que no pueda darse una pretensión jurídica concreta de un determinado individuo apoyada en la idea de *Daseinsvorsorge*. Así, los Tribunales que conocerán y protegerán toda pretensión que se alegue en base a la violación de un derecho fundamental, no reconocerán, en cambio, la que pretendiera, por ejemplo, el mejoramiento de los programas de televisión apoyada exclusivamente en la idea de *Daseinsvorsorge*.

5. Podrá pensarse entonces, tal vez, que esta aformalidad, que esta carencia de justiciabilidad *directa*—esto es, el no crear pretensiones que hayan de ser *directamente* acogidas por los Tribunales—, priva de todo valor jurídico al concepto que estamos examinando. La objeción parece tener fuerza a primera vista; vamos a tratar, sin embargo, de dar las explicaciones suficientes para superarla.

El que no se pueda acudir directamente a los Tribunales para exigir el cumplimiento de lo que la *Daseinsvorsorge* presupone, no quiere decir que no haya o que no deba de haber otros medios o procedimientos para la defensa de aquélla. Es cierto, desde luego, que se ha puesto de manifiesto con insistencia la influencia de los sistemas de acciones para la configuración del mismo derecho sustantivo (29); en este sentido, los Tribunales han jugado un papel fundamental en el desarrollo mismo del derecho. Ahora bien, esto no quiere decir que haya de estar exclusivamente encomendada a los Tribunales la garantía del orden jurídico. Desde luego, y concretamente en el campo del Derecho administrativo, la idea de una Administración cuya decisiones puedan ser modificadas por un Tribunal—sin interesarnos aquí la naturaleza misma de tal Tribunal—ha sido idea y realización fructífera que ha inspirado toda la dogmática del Estado liberal de Derecho (30). Y ni que decir tiene que hoy sigue siendo considerable la importancia y el papel a desempeñar por un sistema judicial bien organizado. Pero hay que resaltar con insistencia cómo hoy se intenta también poner la nota sobre otros sectores que se estiman fundamentales. En este sentido es ciertamente concluyente, y aquí no podemos sino hacer una referencia general, la importancia que ha tomado recientemente el aspecto organizativo, estimado tradicionalmente como no jurídico, y que, aun cuando ahora se le reconoce incondicionalmente tal carácter (31), no es tampoco justiciable en su mayor parte. Quiere ello decir que se trata de corregir po-

(29) Cfr. Santi ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, reimpresión de la 2.^a ed., Firenze, 1951, pág. 10, quien recoge la frase de MAITLAND, según la cual escribir la historia de las acciones ante los Tribunales ingleses sería lo mismo que escribir la historia del Derecho inglés; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en el núm. 30 de esta REVISTA, pág. 166, quien recoge unas frases parecidas del propio MAITLAND y de SUMNER MAINE; L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interpretación de las leyes tributarias*, en «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», tomo III, vol. II, Madrid, 1962, págs. 399-400.

(30) Piénsese, por ejemplo, en el importante papel que ha jugado el Consejo de Estado francés en el desarrollo mismo del Derecho administrativo. Son de sobra significativas las siguientes palabras de Erich KAUFMANN, *Otto Mayer. Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrechts*, publicado inicialmente en 1925 y recogido ahora en *Autorität und Freiheit* (es el primer tomo de sus obras completas), Göttingen, 1960, pág. 406: «Es ist zugleich richtig, dass in der Ausbildung eines «rechtsstaatlichen» Verwaltungsrechts auf dieser Grundlage durch die Judikatur des Conseil d'Etat eine der bemerkenswertesten Leistungen in der universalen Rechtsgeschichte liegt, und dass diese Leistung eine spezifische Lösung des Problems Autorität und Recht in sich schliesst». Para una visión de conjunto del significado de tal institución, vid. la magna obra conmemorativa *Le Conseil d'Etat. «Livre jubilaire»*, Paris, 1952.

(31) Vid. en este sentido lo que decimos más adelante en el texto y en nota 56.

sibles defectos, activos o pasivos, de la Administración pública, no sólo mediante la posterior rectificación a través de los Tribunales, sino también mediante una labor preventiva, perfeccionando los mecanismos administrativos—importancia del procedimiento junto a la que el mismo proceso tiene (32), intervención de los administrados en la tarea de administrar (33), etc.—, así como buscando una adecuada conjunción de fuerzas con resortes o mecanismos ajenos a la misma Administración. También hay que traer aquí con todo su significado la vieja idea de la importancia del control político (34) para el buen funcionamiento de la Administración, idea que conserva aún hoy todo su vigor. En tal sentido, los juristas de la Administración habrán de saber aprovechar las interesantes consecuencias que los estudios sociológicos han puesto de relieve, al ofrecer un panorama de los resortes y fuerzas que actúan en el Estado moderno, cuyo conocimiento debe ser siempre presupuesto de la labor posterior del jurista.

El que la *Daseinsvorsorge* no emane pretensiones directamente justiciables, no supone nada en contra de su significación jurídica. Tampoco originan pretensiones directamente justiciables, como regla general, los otros fines que tradicionalmente se han atribuido a la Administración, sin que ello sea obstáculo ni para resaltar la importancia de tales fines, ni diga tampoco nada en contra de su significación jurídica. Y lo que es quizá más importante, puede darse incluso que aquellos fines, el del cuidado de la asistencia vital, pongamos por caso, exijan y puedan lograr una nueva configuración de la estructura administrativa a la que tales fines están encomendados. Los fines que a la Administración se atribuyen son frecuentemente como los cometas que pasarían inadvertidos si no fuera por la larga estela que les sigue y que ellos mismos provocan. Así, pues, cuando se habla de una Administración de la *Daseinsvorsorge* para caracterizar uno de los posibles modelos que puede presentar la

(32) Cfr. NIETO, *El procedimiento administrativo en la doctrina y en la legislación alemana*, en esta REVISTA, núm. 32, págs. 84 y sigs.

(33) Cfr. con carácter general, sobre la técnica de la «adjunción de profanos» a las tareas administrativas, CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, s. f., pág. 316; en relación con la aplicación de la misma técnica a puntos concretos distintos, GIERKE (Otto von), *Die Steinsche Städteordnung*, «Sonderausgabe; Wissenschaftliche Buchgesellschaft», Darmstadt, 1957, págs. 37-63; S. MARTÍN-RETORTILLO, *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960, pág. 170; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, cit., pág. 142.

(34) La creencia en la eficacia del control parlamentario para la buena marcha de la Administración es común en los grandes administrativistas del pasado siglo. Vid., por todos, OLIVÁN, op. cit., *passim*; un reconocimiento reciente de esta importancia en ZANONI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1954, págs. 5 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, cit., págs. 5 y sigs.

Administración pública, se supone precisamente que ésta adopta como eje vital esa misma idea. Rechazamos que se trate de una mera declaración de principios sin fuerza de eficacia posible. Ello supone también que no todas las Administraciones contemporáneas pueden calificarse como Administraciones de la *Daseinsvorsorge*, pues con la variedad de circunstancias que presentan los diversos Estados, es muy posible, como en realidad sucede, que no en todas pueda observarse el esfuerzo de llevar a cabo este cometido de la *Daseinsvorsorge*. Pero precisamente aquellas Administraciones que pueden calificarse con justeza como Administraciones de la *Daseinsvorsorge* es porque cuentan con los mecanismos y procedimientos suficientes para dar vida y hacer realidad esta idea. La *Daseinsvorsorge* supone la superación de la separación Estado-Sociedad que estaba, en cambio, implícita en la concepción del Estado liberal de Derecho. En tal sentido debe señalarse la importancia que juegan una serie de correcciones verificadas en nuestros días sobre los esquemas clásicos; así, el intento de dar la *adecuada* configuración representativa al Parlamento (35); o la justa regulación de esas distintas técnicas, como son la libertad de asociación, de reunión, de prensa, etc., que no juegan sólo su papel en el ámbito concreto de las simples realidades sociales, sino que tienen también importancia por lo que respecta a la vida misma del Estado (36); o piénsese igualmente en el realce de los principios jurídicos de carácter material ya señalados, etc., etc.

6. La *Daseinsvorsorge* se presenta, pues, como un fin que asume la Administración pública y cuya feliz realización está garantizada por una serie de mecanismos internos y externos a la propia Administración. Queda ahora otra cuestión importante por resolver. ¿Cómo realiza la Administración pública esta finalidad de ser una Administración que garantiza a los administrados las prestaciones vitales? Porque esta caracterización no se manifiesta sólo en la amplitud con que se lleva a cabo una determinada actividad, sino también en la forma con que se trata de conseguir tales fines. Dicho de otro modo: los fines impuestos a la Administración influyen no sólo sobre la magnitud de su actividad, sino también sobre los procedimientos adoptados para llevar a cabo tales actuaciones.

El que la Administración asuma la finalidad de que se logren las

(35) Cfr. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, págs. 173 y sigs. Esta obra, a la que habremos de referirnos ampliamente, constituyó el *Habilitationsarbeit* del nuevo catedrático de la Universidad de Margburg.

(36) Cfr. ERICH KAUFMANN, *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat* (1951), ahora en *Autonomie und Freiheit*, cit., págs. 589 y sigs.

prestaciones vitales necesarias, ¿quiere decir que se ha de encargar ella misma directamente de llevar a cabo, de realizar, *todas* las operaciones exigidas para que esas prestaciones tengan realidad?

En primer lugar, debe reconocerse que no toda la *actuación* administrativa puede ser reconducida inmediatamente en relación con las prestaciones vitales a realizar. Así la Administración sigue siendo también, dentro de este esquema, garante del orden y de la seguridad. Y aunque dando un largo rodeo tales actuaciones podrían enlazarse igualmente con la idea de *Daseinsvorsorge*, en cuanto que la tranquilidad ambiental puede ser considerada como una de las condiciones presupuestarias para favorecer la existencia humana, en un sentido estricto y propio, sin embargo, tales actuaciones no tienen relación inmediata con el servicio de las prestaciones vitales. Dígase lo mismo del conjunto de actividades que responden al concepto tradicional de la llamada actividad fiscal o patrimonial de la Administración, actividad que aun hoy día conserva una cierta importancia. Esto es, tenemos por un lado que no todo lo que la Administración hace se conecta con el servicio de las prestaciones vitales. Por otro, hay que reconocer, además, cómo la concepción expuesta no significa, ni mucho menos, que tenga que ser el sujeto Administración, a través de sus órganos, quien *únicamente* haya de ejecutar todo lo relativo a la *Daseinsvorsorge*. La idea me parece, por lo demás, bastante obvia y elemental. La Administración *puede*, efectivamente, ampliar su actuación para desarrollar de modo directo actividades que se exigen en pro del servicio de las prestaciones vitales. Incluso en determinados momentos críticos—piénsese en la Administración de guerra o de postguerra, y el ejemplo es bien actual y significativo en toda Europa—parece que la Administración actúa con carácter exclusivo y absorbente. Sin embargo, ello sólo tiene lugar, como digo, en circunstancias cualificadamente excepcionales. Lo normal es que así como tampoco en otras épocas ostentaba la Administración el monopolio del orden o del bien público, tampoco ahora la Administración de la *Daseinsvorsorge* ostenta el monopolio de los cometidos y realizaciones que este concepto lleva consigo. La extensión mayor o menor de la actuación administrativa depende siempre de una serie compleja de circunstancias que no son aquí del caso (37). El carácter no monopolizador por parte de la Administración pública de

(37) Radica en esto, ni más ni menos, la esencia de la planificación administrativa que no siempre comporta intervenciones directas de la Administración. «Hasta las abstenciones—ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los estudios de Derecho*, «Revista de Educación», 1952, núm. 5, pág. 148—, como los vanos en la arquitectura, tienen hoy una intención positiva o configuradora en manos del Estado».

la idea expuesta es fundamental en la concepción de FORSTHOFF, circunstancia que, con todo énfasis, debe destacarse, siendo realmente significativo que tal tesis, formulada inicialmente en tiempos del nacionalsocialismo, haya adquirido su mayor importancia y alcance su mayor relieve doctrinal (38) en un Ordenamiento jurídico que reconoce de modo directo la cooperación de los particulares con el Estado para la realización del interés general y en el que se admite ampliamente, al margen del reaccionarismo con que frecuentemente suele ser enunciado, el principio de

(38) BACHOF, *German administrative Law*, separata de «The International and Comparative Law Quaterly», julio 1953, pág. 368, afirma, y el testimonio es bien significativo en cuanto está dedicado a lectores ajenos a la problemática alemana: «In addition to this the plight of the years since the war has hastened and made more visible than ever before tendencies which long ago started in all civilised States a gradual but nevertheless fundamental change in the structure of administration and administrative law: the change from the rule of law in a liberal State, merely guaranteeing freedom, to the modern administrative State which is decisively influencing and shaping the social order. The present-day mass State can no longer escape the task of caring for the welfare of the people and of thus charging itself with the duty of performing certain obligations», y añade en nota: «Ernst FORSTHOFF has coined the terms «Daseinsvorsorge» and «Leistungsträger» to express the State's care for the welfare of its citizens and the role it has assumed in taking upon itself the legal obligation to perform it»; por su parte, KOELLREUTER, *Grundfragen des Verwaltungsrechts*, Köln-Berlin, 1955, afirma: «Der heutige Verwaltungsstaat muss aus der politischen Wirklichkeit heraus heute Leistungs- und Verteilungsstaat sein. Er ist damit Versorgungsstaat, dem heute weitgehend die Daseinsvorsorge (FORSTHOFF) für den einzelnen obliegt. Damit sind aber der Verwaltung und dem Verwaltungsrecht im heutigen Staat neue Aufgabe gestellt» (pág. 14); ya desde el comienzo de su exposición, en el apartado segundo se ocupa de «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung», y afirma: «Die öffentliche Verwaltung ist heute zum Träger wichtigen Sozialfunktionen geworden... FORSTHOFF hat dafür den Begriff der «Daseinsvorsorge» geprägt, die heute eine der wichtigsten Aufgaben der öff. Verwaltung bildet und ohne die der heutige Massenstaat nicht in Gang gehalten werden kann» (pág. 17); otras referencias a la *Daseinsvorsorge* en págs. 24, 35, 74, 79, 133. Vid., también, BECKER, op. cit., loc. cit.; E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.^a ed., Tübingen, t. I, 1953, págs. 521, 590 y *passim*; t. II, 1954, pág. 400; JESCH, op. cit., pág. 174 y *passim*; IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, en «Deutsches Verwaltungsblatt», 1956, págs. 501-502 (publicado también como libro, Berlín, 1956); H. J. WOLFF, op. cit., págs. 29, 37 y *passim*; ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, pág. 48. Bien significativo es el título de la reciente obra de KÖRTGEN, *Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmeninitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung*, Göttingen, 1961.

Debo señalar también que el *Oberverwaltungsgericht* de Hamburgo (se trata del Tribunal administrativo superior dentro del ámbito de cada uno de los *Land*) se refiere en su sentencia de 10 de julio de 1956 a la radiodifusión como «Aufgabe moderner Daseinsvorsorge», cfr. «Die öffentliche Verwaltung», 1957, pág. 119.

Contra, vid., por todos, MAUNZ, *Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts*, en «Verwaltungsarchiv», 1960, págs. 317 y sigs., quien afirma expresamente: «Daseinsvorsorge ist mithin ein soziologischer Begriff, aber kein rechtsnormativer...» (pág. 319); BALLERSTEDT, *Energierrecht als wissenschaftliche Aufgabe*, conferencia pronunciada en Bonn en marzo de 1960; cfr. «Die öffentliche Verwaltung», 1960, págs. 583-585.

subsidiariedad con todas sus consecuencias (39). Téngase en cuenta también la importancia que en ese mismo Ordenamiento alcanza, entrelazándose íntimamente con la idea de *Daseinsvorsorge*, la descentralización administrativa a través de la técnica de la *Selbstverwaltung* (40). La común actuación para la consecución de las prestaciones vitales viene atribuida, así, a las distintas Administraciones públicas (*Bund, Länder*, municipios y demás sujetos de Derecho público), pero también, y de modo importante, a los sujetos particulares.

7. Puede plantearse, igualmente, otro interrogante en conexión directa con el extremo anterior. Sabemos que la Administración hace uso en muchas ocasiones de ese derecho estamental que en torno a ella se ha creado y que es el Derecho administrativo. Decimos en ocasiones porque también la Administración utiliza el otro derecho común a toda clase de sujetos, el Derecho privado. Entonces, para la consecución de las prestaciones vitales, ¿usará necesariamente la Administración pública su derecho estamental, o podrá también perseguirlas sometiéndose a las normas que utilizan los demás sujetos? Categóricamente hay que contestar cómo aquella actividad que la Administración pública pueda realizar en relación con las prestaciones vitales a satisfacer, no se ha de llevar a cabo necesariamente dentro de los moldes del Derecho administrativo. FORSTHOFF se refiere muy insistentemente a esta solución (41), y la experiencia diaria la pone de manifiesto. La Administración pública, sin perder por ello su naturaleza, puede utilizar, y de hecho utiliza continuamente los procedimientos y formas que el Derecho privado le proporciona. Ello no quiere decir que se aparte de sus fines, sino, contrariamente, lo único que hace es aprovechar los procedimientos que estima más oportunos para llegar a ellos. En muchas ocasiones las formas de Derecho privado son capaces de ofrecer una agilidad y flexibilidad que, por el contrario, escapan a las formas de Derecho administrativo. Y si una característica actual de la Administración, que a simple vista

(39) El principio de subsidiariedad que no ha sido plasmado de modo directo en el texto definitivo de la Ley Fundamental, debe ser, en cambio, deducido del conjunto y significado de la misma. Así, MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 8.ª ed., München-Berlin, 1958, pág. 62; DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., art. 1, II, pág. 26, este último con abundante bibliografía.

El mismo FORSTHOFF proclamaba ya en su formulación inicial—y es muy importante esta aclaración—el papel subsidiario que el Estado había de desempeñar en el desarrollo de la *Daseinsvorsorge*; un reconocimiento expreso en *Rechtsfragen*, cit., pág. 45.

(40) Vid. artículo 28 de la Ley Fundamental; cfr. el comentario de MAUNZ a dicho artículo en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., donde se recoge además la bibliografía más importante.

(41) *Rechtsfragen*, cit., pág. 10 y *passim*.

se manifiesta, es la de marcar el acento a la hora de su actuación en lo que constituye prestación directa de bienes y servicios, es también de fácil observación cómo esa actuación, genéricamente considerada, se realiza en muchos casos y con intensidad bien significativa haciendo uso de fórmulas del Derecho privado. Considérense, a modo de ejemplo, sectores tan importantes como son los de la contratación o el de la denominada Administración económica, en los que la utilización del Derecho privado es cosa normal (42). Es curioso observar, a su vez, cómo el fenómeno señalado no significa que la Administración que así actúa deje por ello de ser Administración pública con todas sus características, lo cual no deja de ser un tanto paradójico si se piensa precisamente en el origen mismo del Derecho administrativo.

III

Terminado el análisis de la formulación de FORSTHOFF, es interesante destacar ahora cómo su punto culminante es el hecho de que la misma Administración asuma como finalidad específica la consecución de esas prestaciones vitales. La asunción de semejante fin corre pareja con la asunción de la responsabilidad que el mismo entraña. Se trata de la *efectiva* adscripción a una finalidad, con la exigencia de poner todos los medios necesarios para que tal finalidad se logre. Ello supone, por otro lado, una amplia *habilitación* de la Administración, en cuanto va a *poder actuar* en muy diversos y amplios sentidos para que tal fin se realice, aunque ello no significa, como hemos visto, que *efectivamente* tenga que actuar siempre la Administración. Las exigencias que el cumplimiento de ese fin significan pueden ser alcanzadas de forma muy diversa, que no exigen siempre, desde luego, una intervención administrativa total y excluyente. Hay que notar, no obstante, que si no se exige una actuación administrativa exhaustiva para el cumplimiento de la *Daseinsvorsorge*, la experiencia pone en todo caso de manifiesto cómo, desde luego, el sector de actuación de la Administración ha experimentado un crecimiento digno no sólo de ser tenido en cuenta, sino también

(42) Sobre la utilización del Derecho privado por parte de la Administración, vid. SIEBERG, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen, 1953; pág. 219; S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, *in totum*; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto*, cit., págs. 336 y sigs.

de alcanzar una explicación jurídica. Es también de suma importancia destacar que este crecimiento de las actuaciones administrativas hay que reconducirlo en su mayoría, a esa concreta forma técnica de actuación que se designa con el nombre de *leistende Verwaltung* y que supone una actuación activa de la Administración, ya sea mediante la prestación inmediata de bienes o servicios, o mediante la simple realización de otras actividades que hayan de conducir, a su vez, a la consecución de bienes o servicios. Entiéndase, claro está, que nos referimos a formas de actuación directa o activa, porque también el otorgamiento de un permiso para una instalación industrial es actividad que conduce a la consecución de bienes o servicios, que pueden incluso ser interesantes en el sentido de la *Daseinsvorsorge*, pero tal forma de actividad escapa, como es obvio de la que aquí nos estamos refiriendo, para integrarse en el sector que viene denominándose actividad de policía (43).

Se predica, pues, cómo una característica de la actual Administración la de desarrollar una parte bien significativa de su actuación haciendo uso predominantemente de esa forma de actuación que es la prestación directa. Ello no significa, sin embargo, como ha sido repetidamente puesto de manifiesto, que no se dieran en otras épocas actuaciones de la Administración que haya que encuadrar en esta misma categoría (44).

Aludíamos hace poco al otorgamiento de un permiso de instalación de industria. ¿Qué duda cabe que el *Polizeigenehmigung*, así como la *Polizeibefehl*, siguen teniendo consistencia en la actual sistemática del Derecho administrativo? Pero también es cierto que tales formas de actuación, aunque hayan aumentado en número, han perdido, desde luego, importancia si se considera la actuación administrativa en su conjunto. Por eso hay que tener sumo cuidado cuando se habla, por ejemplo, de la Administración del Estado correspondiente a la ciencia de la policía, o de la *leistende Verwaltung*, etc., en considerar que se trata de expresiones que señalan una tendencia matizada por el aspecto más predominante del fenómeno observado, pero que no encierran, que no pretenden encerrar en tan simple fórmula toda la realidad de la Administración. Hay que tener extremo cuidado porque estamos, sin duda, ante un terreno ciertamente resbaladizo y surge inminente la pregunta: ¿Hasta

(43) Cfr. acerca de la alteración de las técnicas peculiares de la policía, como referencia general, VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en esta REVISTA, núm. 3, en toda su primera parte.

(44) Cfr., por todos, JESCH, op. cit., pág. 177: «Da die leistende Verwaltung keine Erscheinungsform des 20. Jahrhunderts ist, sondern auch dem bürgerlichen, liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts bekannt war».

donde se extiende en sentido *técnico* la actividad administrativa que se denomina *leistende Verwaltung*? En este punto concreto, si bien existe casi unanimidad en la doctrina no faltan tampoco posiciones extremas como la de BECKER, que dándole un sentido amplísimo a la expresión, considera incluida dentro de la *leistende Verwaltung* a la actuación administrativa que hace referencia al orden y a la seguridad, posición que, por cierto, ha sido recientemente criticada por el mismo FORSTHOFF (45). Y desde luego, en nuestra sistemática jurídica es una materia que exige, sin duda alguna, un replanteamiento a fondo. ¿Puede seguirse hablando, por ejemplo, como forma de actividad técnica de la Administración de lo que en nuestra doctrina se viene denominando actividad de fomento? (46). ¿Qué diferencia hay, por ejemplo, en cuanto *actividad material* de la Administración entre la concesión de una orden o condecoración y el nombramiento de un embajador o de un director general? O piénsese en el otorgamiento de una concesión a la que se acompaña su correspondiente pliego de condiciones, ¿existe una diferencia en la *actividad material* que la Administración desarrolla entre el caso de una concesión remuneratoria, una gratuita y una concesión subvencionada? Porque no se olvide que las subvenciones son el caso típico que se menciona como actividad de fomento (47). De todas formas quede aquí sim-

(45) BECKER, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung*, en «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», cuaderno 14 (1956), pág. 109; cfr. JESCH, op. cit., pág. 176, nota 14; FORSTHOFF, *Lehrbuch*, 8.^a ed., cit., pág. 322, nota 1, ha criticado recientemente posición tan amplia, «con la cual los conceptos de *Daseinsvorsorge* y de *Leistungsverwaltung* pierden su sentido específico».

(46) En este sentido, hay que destacar que uno de nuestros más acreditados especialistas en la materia, VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el núm. 3 de esta REVISTA, pág. 60, nota 7, señalaba ya expresamente hace algunos años: «Por otra parte, también la actividad de fomento resulta indefinida dentro de una pura lógica jurídica. Como ha dicho HAURIUO, tanto da decir que el Estado fomenta la beneficencia (fomento) como que prohíbe la mendicidad (policía). Quizá fuese más fructífero a los efectos de la sistemática jurídica de lo administrativo, insertar la actividad de fomento—sobre todo en la actuación económica de la Administración—en el cuadro general de la Administración indirecta del Estado y específicamente con la colaboración privada en los fines administrativos». En todo caso no deja de ser curioso señalar que tan agudas e importantes observaciones, por lo que me consta, han pasado inadvertidas en nuestra doctrina.

(47) Debemos señalar que en general la doctrina alemana incluye, en cambio, gran parte del sector de las subvenciones dentro de la «actuación directa de la Administración». Vid., por todos, IPSEN, *Oeffentliche Subventionierung Privater*, cit., pág. 501 y *passim*, donde recoge abundante bibliografía alemana y extranjera. En una reciente sentencia (19 de diciembre de 1958) ha declarado significativamente el Tribunal administrativo federal («Bundesverwaltungsgericht»): «Subventionen sind—gleichviel, wie man sonst ihre nähere Begriffsbestimmung fasst—öffentliche-rechtliche Leistunggen des Staates, die zur Erreichung eines bestimmten, im öff. Interesse gelegenen Zwecks gewährt werden»; cfr. «Die öffentliche Verwaltung», 1959, pág. 707.

plemente apuntada la cuestión a la que pensamos referirnos en breve en otro lugar.

Volviendo al punto de partida, debemos sólo recordar que hay que utilizar estos conceptos con el consiguiente cuidado, ya que puede tratarse de conceptos que, si son útiles de forma general y desde luego muy aprovechables en un sentido didáctico, pueden tener el peligro de que no reflejen exhaustiva y totalmente la realidad. Esto nada dice, sin embargo, en contra de la formulación de FORSTHOFF. Interesa destacar, precisamente, el mérito grande que supone el haber sabido encontrar un cauce y una sistematización jurídica a este aspecto importante de la actividad administrativa que hemos resaltado. Esto es quizá lo más destacable de su aportación, lo que le atribuye mayor significado y lo que le ha hecho, sin duda, alcanzar el predicamento que ha conseguido. Es esencial, pues, el que FORSTHOFF haya sabido traducir aquellas observaciones de carácter sociológico a un terreno netamente jurídico y el haber procurado un lugar dentro de la dogmática jurídica a una Administración que se reconoce responsable del fin de la *Daseinsvorsorge*, así como también el que haya sabido encontrar un cauce jurídico adecuado para encuadrar esa creciente actuación directa de la Administración pública (48).

En tal sentido puede ser conveniente lanzar una mirada retrospectiva a un pasado, por lo demás no demasiado remoto. A fin de siglo alcanzan

(48) Piénsese, por ejemplo, hablando de la juridización de estos conceptos, la importancia que puede tener una concepción semejante para la adecuada configuración de la llamada parte especial del Derecho administrativo. Porque una tal concepción de la Administración no puede menos de influir sobre parte tan fundamental de la disciplina. Debo señalar que FORSTHOFF ha anunciado recientemente la próxima aparición del segundo tomo de su *Tratado*, que corresponde precisamente a la *besonder Teil*, esto es, a la parte especial. En este sentido no dudo que han de ser importantes las aportaciones que en tal dirección se contengan.

Pero la importancia de la juridización de estos conceptos puede predicarse también por lo que respecta a otros sectores diversos. Así, si todo el sector de la *leistende Verwaltung* lo reconocemos como un sector auténticamente jurídico, que escapa, pues, de la simple acción política o de gobierno, ¿qué duda cabe que habrá de reconocer también aquí la Administración los límites a que ha de someterse en otros sectores de su actuación? El problema presenta gran importancia, por ejemplo, respecto del principio de legalidad de la acción administrativa; cobran aquí especial relieve aquellas palabras de JESCH, op. cit., pág. 174, cuando afirma: «Toda disposición del Ejecutivo, trátese de cualquier clase de reglamento (*Rechtsverordnung* o bien *Verwaltungsverordnung*), o de un acto administrativo, o de un acto de eficacia interna (*innerdienstlicher Akt*), o de cualquiera otra actividad de la Administración (la referente al sector de Derecho privado, por ejemplo), ha de estar regida por la ley. Toda actuación *contra legem* es inadmisibile. En este sentido, lo mismo da que se trate de una simple intervención o de una actuación directa (*Leistung*)... La primacía de la ley no reconoce límites ni sectores exentos». Vid. también, CALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción*, cit., pág. 38, nota 102.

en Alemania verdadero esplendor los estudios de Derecho público y, por lo que respecta concretamente al Derecho administrativo, se llega sobre todo con la figura de Otto MAYER a una altura considerable. Otto MAYER es, sin duda alguna, el gran sistematizador, el creador del Derecho administrativo en sentido moderno (49) y su obra, que es todavía fundamental en muchos sentidos, ha logrado influencia sin par que ha trascendido, desde luego, las realidades alemana y francesa, que fueron las que él directamente estudió. Podríamos decir, sin duda, que para hablar hoy de muchos temas de Derecho administrativo hay que empezar viendo qué es lo que dice Otto MAYER. Y, sin embargo, su obra, tan importante en muchos aspectos, presenta también lagunas considerables que deben ser sin falta superadas. Se trata, por lo demás, de un defecto común de esa gran generación de juristas (50) que, arrancando de la Pandectística, consiguen plasmar verdaderas formulaciones, pero que, con el afán de excluir todo elemento ajurídico en su sistema, nos dan una visión excesivamente formalista del derecho, prescindiendo en general del aspecto dinámico, fundamental en las instituciones jurídicas. Así, y para ceñirnos concretamente a la obra de Otto MAYER, hay que decir que no cabe, que no encuentra lugar en su formulación, toda la problemática de la organización administrativa—que es considerada entonces como ajurídica—, cuya importancia fundamental, así como su indudable carácter jurídico, hoy nos consta de sobra. Al enjuiciar la obra de Otto MAYER señalaba Erich KAUFMANN con todo acierto que las formas jurídicas abstractas que permanecen inmutables no nos dan una visión exacta de si el Estado admite la libertad de industria o si la regula a través de permisos o concesiones, o de qué forma y con qué fuerza influye en la formación de los precios de mercado, o en el tráfico de la propiedad inmobiliaria, o si se reconoce como pública la función de seguridad social, o si permite escuelas privadas junto a las públicas, o de qué forma interviene el Estado en los sectores de la construcción, sanidad, tráfico, etcétera; «y precisamente sobre todos estos problemas básicos que constituyen el núcleo interno del Derecho administrativo, ninguna experiencia podemos sacar de la obra de Otto MAYER» (51).

(49) Vid., por todos, KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., págs. 388 y sigs. y *passim*; FORSTHOFF, *Rechtsfragen*, cit., pág. 22.

(50) Un reciente estudio del significado de aquella gran generación de juristas, en von OERTZEN, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, en *Staatsverfassung und Kirchenordnung (Festgabe für Rudolf Smend)*, cit., págs. 183-208.

(51) El texto de Erich KAUFMANN, *Otto Mayer*, cit., pág. 408, que recogemos libremente en el texto, es el siguiente: «Die abstrakten Rechtsformen bleiben dieselben, ob sie mehr oder weniger, ob sie an zentralen Stellen oder nur periferisch zur Anwendung

Ni que decir tiene después de cuanto vamos viendo que una visión de la Administración actual sería totalmente raquítica e incópleta utilizando como medio de expresión la obra de Otto MAYER. Y, sin embargo, nos consta que esta Administración actual es muy otra de la que a través de tal obra puede desprenderse. En este sentido, la dogmática alemana se ha preocupado de dar complemento adecuado a la obra del gran iniciador y de rellenar los vacíos que su obra había dejado. En tal empeño, buscando una exacta sistematización jurídica de lo que es el moderno fenómeno administrativo, es escalón básico y fundamental la obra de Erich KAUFMANN *Verwaltung, Verwaltungsrecht* (Administración, Derecho administrativo), publicada ya en 1914 en el «Diccionario de Derecho público y administrativo alemán», dirigido por STENDEL-FLEISCHMANN (52). Supone esta obra de KAUFMANN una decisiva superación del formalismo positivista y la aprehensión del fenómeno de la Administración pública en toda su dinámica y movilidad (53). De esta forma, la Administración, como actividad para desarrollar los fines del Estado, cobra auténtico sentido. Es cierto que Otto MAYER caracterizaba a la Administración como la «realidad» del propio Estado, establecida para el cumplimiento de sus fines, tras haber delimitado negativamente a la Administración al señalar que constituye aquella actividad del Estado que no es Legislación, que no es Justicia, y excluyendo también algunos otros sectores (54). Como también es cierto que en autores de la

kommen. Es ist aber eine der Hauptfragen des Verwaltungsrechts, ob der Staat die Gewerbefreiheit mit mehr oder weniger Erlaubnissen oder Konzessionen einschränkt, in welchem Umfang er das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte bei der Preisbildung, beim Grundstücksverkehr, beim Handel, bei der Gewährung von Realkredit gewähren lässt, und ob und inwieweit er Fürsorgepflichten als staatliche oder öffentliche anerkennt, sei es, dass er sie selbst erfüllt, sei es, dass er sie Kommunen oder speziellen öffentlichen Anstalten oder Korporationen oder konzessionierten Unternehmungen oder privaten Gesellschaften überlässt, in welcher Art und in welchem Umfange er private Schulen neben öffentlichen Schulen zulässt, in welcher Weise auf dem Gebiete des Bauens, der Gesundheitspflege, des Verkehrswesens Polizei und Gemeinde zusammenwirken, wie das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde auf dem Gebiete des Schulrechts gelöst ist. Über alle diese zum innersten Kerne des Verwaltungsrechts gehörenden grundlegenden Probleme erörtert man nichts in dem Werke von Otto Mayer».

(52) *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, tomo III, 2.^a ed., Tübingen, 1914, págs. 688-718; el artículo de KAUFMANN ha sido recogido ahora en *Autorität und Freiheit*, cit., págs. 75-142.

(53) Sobre el significado del artículo de KAUFMANN, vid., por todos, FORSTHOFF, *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre* (1958), conferencia incluida ahora en *Rechtsfragen*, cit., que lo califica como de «todavía hoy fundamental» («noch heute grundlegenden Artikel») (pág. 47).

(54) O. MAYER concluye el primer párrafo de su *Deutsches Verwaltungsrecht*, tomo I, 2.^a ed., München-Leipzig, 1914, pág. 13, con las siguientes palabras: «Als Ergebnis dieser Ausführungen stellt sich der Begriff der Verwaltung, mit dem wir zu

época encontramos designada a la Administración como el «actuar del Estado», como el «hacer», como «la posibilidad de actuar para abastecer» («Leistungsfähigkeit»), así, por ejemplo, en LABAND (55). Y, sin embargo, todas estas expresiones no alcanzan el desarrollo debido en sus respectivas sistemáticas, por lo que no llegan a tener una auténtica consistencia. No son más que expresiones dentro de un sistema que significa lo contrario: se admiten, sí, estos fines, pero nada hay en esos sistemas que diga relación con su efectivo cumplimiento y realización. Por ello ocurre que a la hora de juzgar sistemáticamente la obra de estos autores haya que permanecer en la posición crítica que más arriba señalábamos.

Pero con Erich KAUFMANN tal visión cambia totalmente y presenta un cariz bien diverso. Todo el aspecto organizativo en la Administración pasa a ocupar un primer plano. Su posición puede quedar definida en esta frase suya, que es de por sí bien significativa: «La primera pregunta del Derecho administrativo, cuya respuesta debe ser exigida sin falta, es la de la competencia..., y se trata desde luego de una auténtica pregunta jurídica» (56). La actuación de la Administración ya no va a ser una mera posibilidad abstracta, sino que encaja adecuadamente en esta nueva configuración.

Queda así planteado el problema jurídico de la moderna Administración pública por derroteros bien diferentes. Se supera con ello un auténtico punto muerto y se ofrecen posibilidades inmensas de posterior elaboración. En este sentido, y superadas desde luego las diferencias que en tantos puntos separan a Erich KAUFMANN de FORSTHOFF, hay

rechnen haben, dahin fest: Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, aussserhalb der Justiz». Sobre algunas interpretaciones que este texto ha recibido, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto*, citado pagina 321.

(55) *Deutsches Reichsstaatsrecht*, I, 6.^a ed., Tübingen, 1912, pág. 149: «... ist Staatsverwaltung das staatliche Handeln, das «Tun und Lassen» des Staates als einer Handlungsfähigen Person. Das *Walten* (valere) des Staates ist die Betätigung seiner Kraft, seiner physischen Leistungsfähigkeit; die Verwaltung umfasst alles, was der Staat *iat*. Es gibt keine Gruppen von Staatlichen Geschäften, welche nicht einen Verwaltungszweig bildete...»

(56) Respecto de la configuración jurídica de todo el sector organizativo son definitivas las aportaciones de E. KAUFMANN y Santi ROMANO. De aquél pueden encontrarse ejemplos bien patentes en sus obras citadas, *Verwaltung* y *Otto Mayer* (la cita del texto se refiere a esta última obra, pág. 407); respecto del segundo, es fundamental *L'Ordinamento giuridico*, cit., *in totum*, donde trata de superar el deficiente concepto de derecho que hasta entonces se venía utilizando, dando cabida en él a todo el aspecto organizativo, y superando así, por tanto, la concepción estrictamente normativa de relación intersubjetiva.

que enlazar sin duda alguna la concepción de este último con esa posición. De todos modos, después de cuanto llevamos dicho, no creo que sea necesario insistir aquí en resaltar cuáles son efectivamente los puntos de contacto entre tales posiciones. Bástenos simplemente señalar la adscripción de FORSTHOFF a la tendencia iniciada por KAUFMANN, sin que ello signifique tampoco que no haya habido escalones intermedios en dicho desarrollo.

Puede comprenderse ahora el sentido del texto incluido al comienzo de este trabajo. Señala MONTESQUIEU cómo los distintos Estados presentan, cada uno de ellos, un objeto particular que depende de sus propias circunstancias y características, además de tener todos un objeto común, cual es el de su conservación. En Esparta consistía en la guerra; en Roma se trataba de su extensión; para el pueblo judío lo era, fundamentalmente, la religión; el comercio, en cambio, lo era para Marsella, la navegación para Ródas y la libertad para Inglaterra. Hoy día, señala FORSTHOFF, la *Daseinsvorsorge* ha de constituir el objeto caracterizador de la Administración contemporánea (57). Se trata, en el fondo, de una formulación de significado aproximativo, análoga a las que presentan las formuladas por MONTESQUIEU, tendentes a resaltar la característica principal de cada uno de esos Estados enumerados. La Administración de la *Daseinsvorsorge*, así entendida, en consonancia con el tiempo y con sus circunstancias peculiares, cuadra perfectamente en el marco del Estado de nuestro tiempo, una de cuyas características más salientes es la de ser un Estado de masas (58). Acierto, pues, al formular un esquema jurídico, acierto que se multiplica al encajar aquél perfectamente en la realidad circundante, sin limitarse a ser una pulida construcción sin conexión alguna con los fenómenos efectivos del medio que nos rodea (59).

(57) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., cap. IV: «Heute wird man sagen müssen, dass sich die übrigen staatlichen Funktionen (z. B. Polizei, kulturelle Verwaltung) auf der Basis einer durch Teilhabe an der Daseinsvorsorge (im weitesten Sinne) erst ermöglichten Existenz des einzelnen Volksgenossen entfalten. Die Daseinsvorsorge ist also das Primäre. Bei ihr hat alle Dogmatik des Verwaltungsrechts demgemäss einzusetzen».

(58) De ello es bien consciente el propio FORSTHOFF, que se refiere en varios lugares a nuestra sociedad como auténtica sociedad de masas y que recoge de manera directa, en apoyo de su tesis, el libro de ORTEGA, *La rebelión de las masas*; cfr. *Rechtsfragen*, cit., pág. 25.

(59) Debe quedar consignado que por razones que parecen obvias me ha parecido preferible prescindir de los numerosos ejemplos de Derecho positivo que intercala FORSTHOFF en apoyo de su tesis.

IV

Terminan ya estas reflexiones acerca de la tesis elaborada por Ernst FORSTHOFF, que tan unánime acogida ha logrado en la dogmática de su país. Se ha pretendido recalcar cómo su mérito principal ha consistido en saber interpretar una realidad, latente en ocasiones y más o menos exteriorizada en otras. Su papel ha radicado en cierto modo en ser un auténtico alumbrador de un cauce inexplorado que ha sabido reducir a categorías jurídicas. Sabemos, claro está, que el campo conceptual es más limitado que el campo real y que muchas veces los conceptos no alcanzan a agotar todas las posibilidades que la realidad ofrece. De ahí que no pueda pronosticarse cuánto tiempo podrá y deberá seguirse considerando a la Administración pública como una *Verwaltung der Daseinsvorsorge*; lo importante es que hoy es así. Ello no quiere decir, sin embargo, que el jurista no haya de mirar al futuro, cuando precisamente cometido esencial del derecho es proporcionar los medios necesarios para que ciertos fines puedan trascender la limitación misma de la vida individual. Lo que queremos indicar es que para juzgar la posición de FORSTHOFF nos interesa de modo primario su presente, su realidad, máxime si se tiene en cuenta que sería necio pretender que hecha realidad tal formulación, se hubiera conseguido una especie de lámpara de Aladino, solución mágica y simplista para todos los problemas. Porque lo que ocurre es precisamente lo contrario. Un enunciado jurídico de este tipo plantea de modo directo una serie de cuestiones cuya resolución queda abierta. Una Administración de la magnitud de la Administración de la *Daseinsvorsorge* exige más que nunca una adaptación a las nuevas circunstancias de gran parte de los mecanismos y resortes de la propia Administración. Pero aquí radica además, y por ello mismo, la importancia de la tesis expuesta: poder ser, mediante esa adecuada y correlativa captación de la realidad jurídica, punto de partida para conseguir más tarde ulteriores desarrollos.

