



Juridicidad y Organización

Autor: Andrés Morey Juan

Esta obra no hubiere tenido lugar de no haberme otorgado su confianza para dar clases en el CEU San Pablo de Valencia, hoy Universidad Cardenal Herrera, el actual Ilustrísimo y Reverendísimo Sr. Arzobispo de Mérida-Badajoz, D. Santiago García Aracil y D. José María Espinosa Isach, a quienes aquí quiero dedicarla y mostrar mi agradecimiento, ahora que aún es provisional y cuando sea definitiva.

Reservados todos los derechos. Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimientos, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público. La inclusión en obra propia de fragmentos de esta obra se podrá realizar en las condiciones establecidas en el artículo 32 de la Ley de Propiedad intelectual, citando la fuente y el nombre del autor.

Capítulo I:

Juridicidad y

Organización en la

Administración

Pública Española.

JURIDICIDAD Y ORGANIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Por Andrés Morey Juan.

PRÓLOGO.

El intento que se realiza en esta obra no se atiene a los esquemas habituales de las obras de Derecho administrativo, si bien tampoco puede considerarse que sea el propio o habitual de la Ciencia de la Administración. Por ello, y ante el actual desarrollo de la doctrina del Derecho administrativo, su metodología y los límites a que se sujeta académicamente la asignatura, así como por la propia situación de la Ciencia de la Administración, menos formalizada, se hace necesario explicar o, si se quiere, justificar su contenido y forma. Se van a exponer, pues, en este trabajo, aspectos que se relacionan con cuestiones jurídicas o de derecho y con aspectos que afectan a la organización de las Administraciones públicas. Pero, al mismo tiempo, estas cuestiones y aspectos se van a analizar exponiendo su relación con el Derecho administrativo; es decir, también se trata de poner de manifiesto que derecho y organización no son aspectos separados de una cuestión, sino que confluyen y se presentan conjuntamente en el Derecho administrativo. Cuestión que, a su vez, acaba plasmando que entre Ciencia de la Administración y Derecho administrativo también hay relaciones y conexiones evidentes¹.

¹ **Alejandro Nieto**, en *La jerarquía administrativa*, Documentación Administrativa 229, enero-marzo 1992, p.42, afirma, en cierto momento que se ha superado la convencional dicotomía entre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, lo que coincide en parte con esta afirmación mía. Sin embargo no resulta tan evidente la superación de la dicotomía, aun cuando pueda ser convencional, como veremos en este trabajo y sobre todo porque tampoco, pese a la consideración de tan ilustre y experto profesor, se ha superado el método positivista por el que sólo cuenta como Derecho lo que forma parte de las normas jurídicas, como diariamente nos muestran las decisiones administrativas y las sentencias

Influye en el intento, como es lógico de otro lado, mi condición de ex funcionario público, pero también los años dedicados a la enseñanza del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración en el CEU San Pablo de Valencia (hoy Universidad Cardenal Herrera – CEU) y las experiencias concretas adquiridas en el ejercicio de ambas profesiones, además de la relación permanente con dos hijos dedicados al ejercicio de la abogacía con especialización casi exclusiva en dicha rama del derecho público. Debido a estas circunstancias, desde mi punto de vista, interés público, derecho subjetivo, organización y garantía se presentan como conceptos esenciales en el Derecho administrativo, al mismo tiempo, plagados de matices por el carácter de público de dicho derecho y, en consecuencia, por la acentuación que produce su conexión con el poder público y del Estado. Pero el hecho fundamental en todo lo referido, con el añadido de otros conceptos como el de servicio público o el de actividad prestacional - que también juegan un importante papel en el Derecho administrativo-, es que su efectividad y realidad práctica dependen de la actividad de una organización que es la Administración Pública, que constituye una parte del Poder ejecutivo, por lo que no sólo se configuran como elementos de una actividad jurídica sino también de la actividad

judiciales y, sobre todo, porque ni éstas ni los actos administrativos aportan casi nunca un fundamento que sea de Ciencia de la Administración y pocas veces una interpretación del Derecho superadora de la letra de los preceptos legales, esto al menos por lo que hace a las Administraciones públicas, que forman una parte sustancial del sistema jurídico.

También es cierto que algunas propuestas recientes, **Schmidt-Assmann**, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*; Ed. INAP y Marcial Pons 2003; p.23, destaca la doble función del Derecho administrativo y al hacerlo determina las cuestiones de que ha de ocuparse, momento en el que se nos manifiesta una conexión con los presupuestos de la Ciencia de la Administración, conforme a la configuración de Baena del Alcázar, en cierto modo, pues literalmente dice: *Si cualquier acción del Estado se halla necesitada de una justificación o de un título legitimante al Derecho administrativo no le bastará con ocuparse del estudio de las acciones singulares propias de ciertas relaciones marcadas por la idea de defensa o de protección. De ahí que el Derecho administrativo no se pueda circunscribir al estudio de las clásicas relaciones de intervención o injerencia o a las de carácter prestacional, sino que habrá de ocuparse igualmente de todo lo relativo a la organización administrativa; de las cuestiones que se refieren a la obtención de la información administrativa y a los procesos de las tomas de decisiones. El Derecho administrativo no se reduce, pues, a la perspectiva que proporciona la tutela judicial, sino que habrá de tener en cuenta también aquellos sectores a los que la sonda del control judicial no llega. Para continuar exponiendo que hay que ahormar la acción administrativa desde dentro, de acuerdo con los patrones del principio democrático del Estado de Derecho.*

política o de la Política, propiamente dicha. Hecho, este, que determina que en esta obra no puedan mantenerse enfoques según los cuales Administración y Política son elementos separados, pero sí se van a presentar y explicar las circunstancias y conceptos por los que en la doctrina se mantienen dichos enfoques. En cierto modo, el tratamiento que en este trabajo se va a ofrecer de las cuestiones, también pretende revelar que existe un círculo cerrado y, con él, una línea que une a la política, el derecho y la administración o a la Política, el Derecho y la Administración y también a la Política, la Administración pública, el Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración, y que resulta necesaria la existencia de reflexiones que manifiesten esta unión, aun a costa de mostrar carencias evidentes, al no dedicar a cada punto o cuestión un análisis más específico y concreto y primar el conjunto y relación que se presenta².

Lo antedicho, evidencia la complejidad del intento, puesto que supone el poner de manifiesto los distintos matices que presentan los conceptos que utiliza el Derecho administrativo, según se aborden o analicen desde el derecho, en su sentido estricto y general, o teniendo en cuenta los principios de la organización, tales como la racionalidad, la eficacia y la eficiencia, o desde la perspectiva política general o de las ciencias políticas.

² Bastante avanzada esta obra llega a mi poder la obra de **Schmidt-Assmann, Eberhard**, *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*, citada en la nota anterior, en la que encuentro no sólo la coincidencia ya señalada entre Derecho administrativo y Ciencia de la Administración, sino otras muchas relaciones con la organización y un Capítulo Quinto dedicado a **La Administración pública como organización: el significado del derecho de la organización**, p. 251 y ss, en el que se afirma que: *Es precisamente el Derecho de la organización administrativa el que debe reflejar ese "orden del interés general" al que debe tender siempre*. Y en él se establece también la distinción entre Derecho externo y Derecho interno en el seno de la Administración, coincidente, en cierto modo, con lo que aquí, en esta obra, se manifiesta o denomina como efectos externos o relacionales de la acción administrativa, coincidente, a su vez, con la concepción de lo jurídico mantenida por la doctrina y el concepto de la organización o de lo organizativo. Derecho interno del que Schmidt dice: *Las figuras jurídicas del derecho interno (instrucciones y decisiones organizativas) están dotadas de garantías menores desde el punto de vista del Estado de Derecho, en aspectos como el procedimiento y la tutela judicial*.

De otro lado, la razón de realizar tal esfuerzo, tiene que ver, también, con las actuales tendencias doctrinales y de actuación política, en las que se solicita una redefinición del Estado y de su Administración Pública o se reivindica una privatización de actuaciones hasta ahora encomendadas a las Administraciones públicas. Situación que implica una valoración política de los intereses públicos y de la forma en que pueden ser atendidos y satisfechos, lo cual también manifiesta otro factor siempre predicado del Derecho administrativo pero igualmente de la Administración Pública: su contingencia. Contingencia que se presenta de un modo más claro cuando nos referimos a la organización administrativa que cuando se atiende a los derechos de los ciudadanos. Contingencia que hace que la organización administrativa, en su presentación por la doctrina jurídica y en su vertiente estructural, se someta a continuos cambios y revisiones, que obligan al científico y al profesor a modificar frecuentemente sus textos y, por ello, conduce a una mayor atención a los aspectos abstractos en general. Esta atención abstracta de la organización, desde el punto de vista jurídico, llega a limitarse a la mera referencia de la existencia de unas normas o preceptos que enumeran los principios de organización o de la actividad administrativa.

Esta referencia de la doctrina jurídica a los principios, conduce a que la definición de los mismos como necesarios o como base de la buena administración o de la racionalidad, eficacia y eficiencia que predica el derecho, sea una cuestión técnica a realizar desde las propias Administraciones públicas y que sean, pues, más bien objeto de la Ciencia de la Administración y se consideren como un problema organizativo. Se llega así, desde este ligamen con lo técnico, a predicar que la organización constituye una potestad discrecional de la Administración, por lo que el

cumplimiento de dichos principios en cada caso concreto, como cuestión jurídica, determina un costoso ejercicio dialéctico y de prueba para conseguir que los Tribunales de Justicia asuman que nos encontramos ante una cuestión de derecho y no de simple organización y que decidir sobre la materia correspondiente no supone sustituir a la Administración pública ni el ejercicio del poder administrativo, sino contribuir a la eficacia de los intereses públicos como componente del Derecho administrativo, desde su perspectiva objetiva y no subjetiva, y función jurisdiccional, no sólo desde el derecho subjetivo sino desde la perspectiva del interés legítimo.

Se trata de evidenciar, pues, que la tendencia a separar derecho y organización tiene unas consecuencias esenciales, de mayor trascendencia, desde el punto de vista de la misión y fundamentos del Estado, que la del derecho subjetivo, aun cuando éste sea el motor de buena parte de la sociedad y del derecho, pero para cuya defensa no hubiera sido preciso el establecimiento de un régimen de Derecho administrativo, sino que con el derecho civil y la jurisdicción ordinaria hubiera sido suficiente. Es, por tanto, el concepto o idea de los intereses públicos o de los derechos colectivos la que justifica la existencia del aparato administrativo público, inicialmente desde la perspectiva coactiva y de represión en beneficio social y colectivo y, finalmente, desde la garantía, el servicio y la prestación. Resurge o destaca, pues, el interés público como factor explicativo del Derecho administrativo o, si se quiere, para evitar la generalización que el concepto encierra, en él se singularizan los intereses públicos declarados por las leyes como derecho objetivo que necesita ser efectivo, tanto como el derecho subjetivo. Se produce la traducción de estos intereses públicos como derechos de la colectividad, una buena parte de los cuales depende de que se cumpla el derecho de la organización de las Administraciones públicas o los principios que la presiden. Destacar esta

cuestión me ha llegado a parecer fundamental y, también, necesario manifestar las experiencias propias, haciendo un esfuerzo para explicar los puntos esenciales del Derecho administrativo desde su relación con la organización, para poner en evidencia si realmente ésta constituye una esfera discrecional o no, o hasta qué punto puede ser controlable la denominada potestad organizatoria o discrecional, contribuyendo, si eso cabe, a precisar todos los problemas existentes y a transmitir experiencias que puedan ser útiles a terceros.

A no dudar, en todo el proceso de la pérdida de la percepción jurídica de la organización, también influye la evolución de la doctrina española del Derecho administrativo, en la que tras ponerse el acento en los aspectos organizativos de éste, en el cambio hacia un sistema democrático, la que podemos llamar escuela de García de Enterría protagoniza buena parte de la segunda mitad del siglo XX y se presenta en el mundo académico con gran fuerza, destacándose los derechos subjetivos del individuo frente a la Administración. Existe en este enfoque, necesario por supuesto, una coincidencia con la visión anglosajona en los estudios de la *Public Administration* o de la tendencia actual a referirse a un *Administrative Law* como conjunto de reglas o principios judiciales que determinan los límites de la actuación del poder público frente a los ciudadanos³. Esta coincidencia, determina, indirectamente, que se incorporen ideas de la Administración como simple organización y que se pierda su concepción como poder jurídico y como elemento básico del sistema jurídico estatal, de carácter previo a una posible intervención judicial o jurisdiccional. Ello contribuye a una separación de la Administración y el Derecho e, incluso, a la de éste y la Política y a una pérdida del concepto de las funciones

³ Como ejemplo de esta tendencia sirva la obra *Administrative Law* de Sir **William Wade** y **Christopher Foorsyth**. Claredon Press. Oxford 1994

públicas, de modo que el principio de legalidad acaba teniendo como única garantía real la del control jurisdiccional previsto en el artículo 106 de la Constitución. Situación que termina afectando directamente no sólo a los intereses públicos sino a los derechos subjetivos que se conciben como el sujeto principal de la garantía jurídica y que, también, incide en la sobrecarga de las instancias judiciales y en que se produzca la que se ha dado en llamar “judicialización” de la política, de modo que los políticos o las Administraciones públicas que, sin aplicar el derecho, han permitido la remisión de la solución a la Justicia, cuando ésta resuelve desfavorablemente para la Administración, se encuentran con que la valoración jurídica de la actuación tiene una repercusión política negativa y unas consecuencias organizativas, en su caso.

Por contra, autores como Garrido Falla y García -Trevijano Fos más estudiosos de la organización administrativa, o esfuerzos como los del profesor Baena del Alcázar en pro de la construcción de una Ciencia de la Administración, quedan en un segundo plano al no afectar directamente al ejercicio profesional de la abogacía y al corresponderse con problemas más propios de funcionarios y políticos, sin recibir la atención de estos últimos, más preocupados por el ejercicio del poder burocrático que les concede la nueva situación democrática y por la política electoral y promoción personal. Situación que conduce a una acción a muy corto plazo y no al largo que propugna la Administración clásica y profesional, si no es, también -que lo es-, que realmente no interese una Administración muy tecnificada y profesional porque restaría poder político en su actual configuración práctica, disminuyendo, además, la estructura administrativa de dicho poder.

Si hemos visto que, desde la perspectiva del derecho subjetivo, la aplicación de una visión anglosajona de la Administración pública, en un sistema de régimen de Derecho administrativo, puede acabar afectando a su garantía, cuando, en cambio, se atiende a la perspectiva de los derechos colectivos y de los intereses públicos, desde la que una buena parte de este derecho no se traduce en derechos subjetivos en su sentido clásico, resulta que esa parte de dicho derecho quedará todavía más claramente sin eficacia, bien porque no origina acciones procesales ante la jurisdicción, al no considerarse derecho o no afectar directamente a derechos subjetivos, o, bien, porque los jueces carecen de la técnica o conocimiento técnico para apreciar la incorrección de la decisión administrativa y sustituirla por una mejor y más adecuada para los intereses públicos, o, bien, porque no se producen las leyes dirigidas al efecto o no establecen las garantías formales que exige el artículo 103.3 de la Constitución. La consecuencia sería que el Estado o sus Administraciones públicas, no estarían realmente sometidas a derecho o una buena parte del derecho no sería tal, pues, no sería posible que fuera real y eficaz, al no existir coacción pública capaz de conseguirlo o, simplemente, no llegaría a ser positivo, esto según que concepto se mantenga del derecho positivo.

A esta situación contribuye en buena parte la jurisdicción contencioso- administrativa, no ya sólo porque puede no estar todo lo especializada que exige el control de la actividad administrativa que le corresponde, sino porque su especialidad puede serlo únicamente en los aspectos jurídicos restringidos que venimos señalando, ignorando el derecho de la organización. Desconsideración, de esta parte del Derecho administrativo, que, con frecuencia, fundamenta en una decimonónica separación entre Administración y Justicia, que tiene su origen en la justicia administrativa francesa y en la configuración de la separación de

poderes que se construye en Francia tras la Revolución, en la que el Consejo de Estado es un órgano administrativo y no poder judicial; de tal modo que, su jurisprudencia se dirige a delimitar su competencia y deslindarla de la de la jurisdicción ordinaria o judicial propiamente dicha y va configurando un concepto de lo administrativo que acaba considerando toda actividad administrativa como servicio público y, por tanto, a la organización administrativa como elemento que no puede ser juzgado por los tribunales ordinarios al corresponder todo como competencia a la justicia administrativa o Consejo de Estado. Lo sorprendente es que todavía hoy en España, que no sigue dicho modelo, resulte que la jurisdicción contencioso- administrativa alegue esta separación entre Administración y Justicia y, consecuentemente, considere a la organización como acción discrecional y no justiciable, provocando un vacío o una zona metajurídica exenta de control, en base a unos principios y doctrina que los mantenía como objeto de control por la justicia administrativa. Es decir, los criterios que servían para someter determinados asuntos al Consejo de Estado francés o al correspondiente órgano en España, y extraerlos del control del Poder judicial, acaban siendo útiles, en la jurisdicción contencioso – administrativa, bien para no enfrentarse con una parcela compleja o, bien, para sacudirse una patata caliente, cuando la realidad es que no existe ninguna otra forma de control más que el judicial conforme al artículo 106 de la Constitución. En resumen, los principios que sirven en la jurisdicción contencioso- administrativa francesa para atraer la competencia, aquí sirven para rechazarla y otorgar a la Administración pública o, mejor dicho, al poder político, más poder del que le corresponde.

A mi parecer, sin perjuicio de todos los aspectos concretos que se van a desarrollar en esta obra y sus implicaciones jurídicas y sin perjuicio de adelantar alguna de sus conclusiones, es en el punto de la eficacia de los

principios fundamentales de la organización y de los derechos colectivos de los ciudadanos, donde la Administración pública y, con ella, los directivos y funcionarios públicos deben jugar un papel importante, donde debe mostrarse la faceta de poder que corresponde a la Administración pública como elemento componente del Poder ejecutivo, pero también como contrapeso del otro elemento. Administración y Gobierno o Administraciones y gobiernos, se muestran como los dos platos de una balanza, cuyo objetivo es lograr el punto justo de equilibrio⁴. Pero en este momento, la Administración pública y la función pública son objeto de un rechazo bastante generalizado en favor de una gestión privada o de la privatización de muchos servicios públicos e, incluso, se encomiendan a este tipo de gestión, servicios o funciones de impensable prestación privada hace unos años; así ha ocurrido, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad y vigilancia, y, en consecuencia, no sólo cabe la posibilidad de hacer referencia a actos administrativos procedentes de personas privadas, sino que dichos actos pueden, incluso, ser producto del ejercicio de potestades públicas por dichas personas. De otro lado, la jurisdicción contencioso-administrativa debe exigir que la función pública y la Administración jueguen el papel que les estamos atribuyendo, porque al jugarlo es cuando le proporcionarán los elementos que permiten su juicio y le permitirían considerar que no está administrando sino juzgando el ajuste a derecho de decisiones administrativas, conforme a los principios de buena administración. Algo que quedaba perfectamente claro en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, la cual ponía de manifiesto que la jurisdicción contencioso - administrativa no está establecida única y exclusivamente como garantía de los derechos

⁴ En cierto modo, a este fin de mostrar este papel de funcionarios públicos y Administración pública se dirige mi libro *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. INAP; Ministerio de Administraciones Públicas. Colección Estudios. Madrid 2004.

de los administrados y que si lo hace es en menor grado de intensidad que cuando los derechos e intereses son de naturaleza distinta y se encomiendan a otras jurisdicciones y decía que la razón de ello radicaba en que las decisiones de dicha jurisdicción contenciosa “ *ofrecen posibilidades de ser eficaz garantía de situaciones jurídicas y de encarnar la Justicia superior a las que ofrecerían si las mismas cuestiones se sometieran a otra Jurisdicción.* Y en conexión con las cuestiones que constituyen buena parte de la preocupación que preside este trabajo y de lo recientemente expuesto, que se relaciona con una finalidad propia de la Ciencia de la Administración, dicha exposición de motivos, también, nos decía: *Y así, la necesidad de la Jurisdicción contencioso - administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración.* Bases que no han sido muy consideradas y que conectaban el buen ejercicio de la función pública con el derecho y consideraban a la jurisdicción como contribuyente al buen funcionamiento de la Administración y del Derecho.

Se manifiestan, de otro lado, en la cuestión del rechazo de la función pública en su concepción ligada al derecho y al poder y autoridad, dos posturas o visiones contrapuestas, la liberal y la socialista y, a su vez, dos conceptos de la participación social en los asuntos públicos. Una parte de la sociedad se muestra crítica con la función y gestión pública, acusada de ineficaz, lenta, cara e incorrecta con el ciudadano; igualmente, se critica la seguridad de empleo de los funcionarios y también se considera como un factor de dicha ineficacia. El funcionario es un objetivo fácil y permanece escasamente defendido y, de otro lado, sus organizaciones representativas y él mismo, poco hacen por cambiar su imagen, sin que, naturalmente, la

realidad política haga nada en favor de su formación, ya que ella acaba consolidando a la Administración como poder técnico, pero, finalmente, jurídico, y al funcionario como servidor de lo público en general y del Derecho en particular, situación que no quiere ni soporta la estructura política actual, de modo paradójico, pues ello se produce en un sistema democrático. La situación de la falta de formación funcional, de un lado, la presión del político, por otro, y la consecuente elusión de responsabilidades o conflictos, contribuyen también al excesivo formalismo que ha acabado revistiendo el Derecho administrativo y su alejamiento de la Ciencia de la Administración, así como fomentan un exceso de regulación administrativa o de pormenorización y detalle, por ella, de la actuación de los funcionarios, como coraza protectora de tales responsabilidades y presión.

De otro lado, otra parte de los ciudadanos, políticos de la izquierda, cuando están en la oposición, se encargan de resaltar cómo detrás de una privatización de servicios públicos aparece una concesión económica y una fuente de ingresos en favor de sectores determinados de la sociedad y reclaman la gestión pública en evitación de actividades que llevan a la corrupción pública. Sea como sea, todo grupo que accede al poder político patrimonializa la organización pública y su Administración y una forma de hacerlo es destruir la parte de poder público que ella representa para depositarlo sólo en el componente político; es decir, en los gobiernos. Desprofesionalizar la Administración pública es el camino más seguro para apropiarse de ella y para repartir ingresos en favor de los grupos y sectores afines. Unos usan como sistema la privatización de los servicios públicos; otros una igualación entre el personal al servicio de las Administraciones públicas, la eliminación de élites o de directivos profesionales y la confusión entre empleos y funciones públicas. En realidad en lo único que

parecen coincidir los dos grupos es en dicha desprofesionalización de la función pública. Muchos de los que criticaron la patrimonialización de la Administración pública por los funcionarios, estoy seguro que hoy, si continúan en ella, la considerarán ridícula frente a la existente en la actualidad por los grupos políticos en el poder ⁵.

Pero no se trata de mostrar la herida que podamos sentir los que en algún momento hemos creído que era posible aplicar unos principios de buena administración pública y que también lo era una Ciencia de la Administración que alimentara el Derecho administrativo de la organización, lo que interesa es poner de manifiesto los dogmas de un sistema o régimen de Derecho administrativo y aquellos de sus conceptos básicos que muestran como él es el punto de encuentro entre dos aspectos fundamentales desde el punto de vista público: el derecho y la organización y como ésta constituye un punto esencial en el volumen del gasto público e influye, a no dudar, en la carga tributaria que se impone a cada ciudadano y en su racionalidad. Pero, también conviene exponer todo ello, por ver si descubrimos, o al menos atisbamos, el elemento o sistema capaz de hacer efectiva esta buena parte del Derecho administrativo que constituyen los principios de la organización administrativa pública y, además, con la esperanza de que aquello que de crítica exista en esta obra no se entienda como una visión negativa sino como una exposición encaminada a producir efectos positivos y una conciencia de la existencia de problemas que hemos

5 En la década de los setenta, el profesor **Mariano Baena del Alcázar** dirigió una serie de trabajos de investigación con la finalidad de poner de manifiesto cuál era el poder de la burocracia en España; fruto de ellos fueron las siguientes obras:

La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático; **Morey Juan, Andrés**.- Edit. Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid 1977.

El poder de los Cuerpos burócratas en la organización administrativa española; **Pernaute Monreal**.- Edit. Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid 1978

Poder de la burocracia y Cortes franquistas; **Bañón, Rafael**; Edit. Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid 1978.

Consecuencia de estas investigaciones y de las suyas propias es el libro del citado profesor **Mariano Baena del Alcázar** “*Elites y conjuntos de poder en España (1939-1992)*” Edit. Tecnos; Madrid 1999.

de superar, si bien previamente es preciso conocerlos. Pero para que dicho conocimiento sea posible, no pueden dejar de exponerse y de hacerlo desde perspectivas críticas, que superen el formalismo doctrinal, línea que el profesor Alejandro Nieto nos ha marcado en muchos de sus trabajos de modo directo y gratificante, sobre todo, para a quienes interesados en la Administración pública vemos que el sistema evoluciona por un camino sin retorno, a no ser que dejemos testimonio de las cuestiones o hechos, si se quiere, que subyacen más allá del mero formalismo jurídico o del preceptualismo esterilizante.

Finalmente, es posible que podamos definir muchas de las preguntas que se plantean desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración y que se descubra que la simple aplicación de muchas cuestiones básicas en un sistema de Derecho administrativo, hoy olvidadas y relegadas, son igualmente básicas para conseguir la tan predicada legitimación de la actuación de la Administración pública y del Estado. Porque resulta que nuestra reflexión se produce también en un momento en que buena parte de la doctrina muestra o evidencia la necesidad de legitimación de las acciones políticas y administrativas, partiendo de una cierta crisis de legitimidad del Estado actual, al no estimarse suficientes las bases tradicionales que conformaban dicha legitimidad. De este modo, no se considera bastante el clásico sistema o fórmulas tradicionales de otorgamiento de competencias y potestades a través del sistema legal u ordinamental y que los procesos ejecutivos llevados a cabo por las Administraciones públicas consistan en una mera realización práctica de la voluntad legal. La complejidad cada día mayor de la administración pública, las relaciones que implica, los procedimientos, etc. manifiestan que la acción político – administrativa no queda justificada únicamente con su adaptación formal a la legalidad, sino que se viene predicando la necesaria aceptación por sus destinatarios y el

convencimiento de su bondad y adecuación, lo que también conlleva la necesidad de la eficacia y efectividad de la medida, de modo que con todo ello se alcance la legitimación que se entiende necesaria. Este cambio y el papel interno que la organización administrativa juega en esta legitimación puede deducirse cuando se observa, por ejemplo, la siguiente manifestación de **Jürgen Habermas**: *El intervencionismo estatal y el progreso técnico-científico planificado pueden servir como mecanismos reguladores de los desequilibrios y conflictos que se derivan a partir de un proceso de producción dirigido por los imperativos de valorización del capital. Pero, obviamente, ocurre también, a lo que parece que la capacidad de dirección de la administración estatal y el potencial productivo de ciencia y técnica en el marco de los límites del modo de producción presente sólo pueden ser establecidos de una forma sistemática al precio de un conflicto que permanece en estado latente. El conflicto consiste en el hecho de que, por una parte, las prioridades introducidas bajo imperativos económicos no pueden hacerse dependientes de un proceso discursivo de formación de voluntad general: por ello la política adopta hoy en día la forma de la tecnocracia; pero que, por otra parte, se torna cada vez más difícil la exclusión de las cuestiones prácticas trascendentales de una opinión pública despolitizada a consecuencia de una erosión a largo plazo de tradiciones culturales aseguradoras del comportamiento, tradiciones que hasta el momento podían presuponerse como condiciones marginales no tematizadas del sistema político: por ello surge hoy en día una necesidad crónica de legitimación⁶. Surge, así, una distinción entre legalidad y legitimidad, que han de coexistir sin oposición, pero que constituye una necesaria y permanente valoración de las Administraciones públicas, y también supone procesos y procedimientos técnicos, unidos y separados a*

6 **Jürgen Habermas**. *Teoría y Praxis* Estudios de filosofía social. Edit. Tecnos. 2002 Reimpresión de la cuarta edición. p. 16

la vez, y que se conjugan en el seno de la ordenación normativa y en el de las políticas públicas y actuaciones políticas y administrativas y en el seno de conceptos jurídicos, técnicos y políticos; de tal modo que dependen de la organización administrativa y en especial del elemento humano correspondiente, por lo que resulta forzoso valorar la contribución de la Administración pública y de los funcionarios públicos en la legitimación de la actividad política y administrativa o el papel que juegan al respecto y si su configuración actual es la de un elemento legitimador o no, para lo que resulta necesario el estudio de las bases señaladas que aquí se pretende. Debiéndose tener en cuenta, además, que este papel se desarrolla o cumple en un nivel de la estructura orgánica de contacto con el nivel político, incluso muchas veces politizado o desprofesionalizado, en el que no se trata ya de aplicar el derecho al caso concreto, sino de contribuir en su concreción, normalmente reglamentando, o en su proyección normativa, lo que hace que esta función administrativa se produzca en un nivel jurídico revestido de mayor abstracción y, por ello, con una mayor discrecionalidad o con alternativas decisionales, lo que implica que exista una mayor dirección política y subordinación; al mismo tiempo que todo ello se produce en contacto directo con los distintos grupos sociales y de intereses implicados en la decisión política, administrativa o jurídica consiguiente.

Pero en la actualidad, en la segunda década del siglo XXI, que nos encontramos en una aguda crisis económica y en un momento político español que hay que calificar de grave por el despilfarro del gasto público, por la crítica al sistema de descentralización de las Comunidades autónomas, y por la corrupción que se manifiesta cada día y en la que unos piden una reducción de las estructuras administrativas públicas y del gasto público y en la que otros advierten del peligro consiguiente de pérdida de servicios sociales conseguidos en las épocas de bienestar, es cuando la

importancia de la organización y administración pública, que aquí señalo, se hace más evidente y cuando, también, se aprecian las consecuencias de su desprecio y de la desconsideración del derecho como instrumento de eficacia y de fijación de responsabilidades y de la desprofesionalización antes comentada.

En definitiva, con anterioridad, decíamos que era necesario un análisis que uniera las distintas perspectivas y enfoques de las cuestiones, tanto las jurídicas como las que nos ofrece la Ciencia de la Administración, y las cuestiones apuntadas hasta ahora no hacen otra cosa que reforzar esta idea, porque se evidencia en ellas, y ante los actuales problemas y tendencias, que la Administración Pública es una institución y una actividad en la que confluyen Política, Derecho y Organización que académicamente se configuran como ramas de saber diferenciadas, pero que precisamente en la Administración Pública se muestran unidas, manifestándose cada una de ellas en las otras. Y esta unión y diferencia respecto del derecho y la organización es, en definitiva, el objeto de nuestro análisis, tratando no sólo de exponerlas sino de obtener consecuencias que nos sean útiles en la tarea de administrar los intereses públicos.

