

Con el título de *Reflexiones sobre los estudios de Derecho* ha publicado un artículo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en el núm. 5 (noviembre-diciembre de 1952) de la «Revista de Educación». De la importancia intrínseca del tema abordado y del vigor polémico que lo preside podrá darnos una idea el número de comentarios a que ha dado lugar, algunos de ellos publicados ya en la propia Revista en el corto espacio que media entre la aparición de aquél y el momento en que redactamos estas líneas. Son los publicados: la carta abierta dirigida por VALLET DE GOYTISOLO a la Redacción de la «Revista de Educación» y aparecida en el núm. 7 de la misma bajo el título *Juristas libres, juristas del Estado y los estudios del Derecho*, y el también aparecido en el núm. 8 de la propia «Revista de Educación» con el título *Nuevas reflexiones sobre los estudios de Derecho*, debido a la pluma del Decano de la Facultad de Derecho de Madrid, Jaime GUASP.

I.—GARCÍA DE ENTERRÍA inicia su meditación con unas consideraciones sobre cierto declinar que se observa en el clásico prestigio social de la profesión liberal de abogado. ¿Dónde está—se pregunta—la razón de este cambio? Antes que nada, ha acaecido una radical transformación en el terreno de las relaciones entre las realidades Estado y Sociedad. La sociedad actual ni es independiente frente al Estado, ni pretende más seguir siendo autónoma respecto a él; por el contrario, está vertebrada en sus más radicales estructuras por una serie de esquemas «artificiales» impuestos y queridos por el Estado. Podría decirse que el Estado se erige en forma de una sociedad que es de suyo pura materia.

Por lo pronto, esto explica—continúa diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA—que el modo ordinario de realizarse el Derecho no sea, como resultaba de la anterior concepción liberal de las relaciones entre Estado y sociedad, el proceso, sino predominantemente *la actuación administrativa*. El Derecho se actúa hoy preferentemente a través de una realización de intereses materiales colectivos destacados del seno social de un modo definido y directo, cosa difícil de comprender para el jurista tradicional,

que siempre ha considerado la vida administrativa como un puro hecho de la naturaleza.

La transformación advertida en las relaciones entre sociedad y Estado y, consiguientemente, la nueva versión positiva y conformadora de la Administración pública, tiene una consecuencia fundamental: si el tipo de jurista por antonomasia lo fué antaño el abogado, hoy día tiene que serlo el *jurista del Estado*.

Del razonamiento anterior desprende GARCÍA DE ENTERRÍA un primer cargo contra los planes de estudio vigentes en nuestras actuales Facultades de Derecho: parece que la finalidad suprema de éstas es única y exclusivamente la formación de abogados. Se comprende la importancia de tal cargo si se tiene en cuenta, de acuerdo con lo anterior, que esto implica en el fondo «una casi radical incomprensión de los fenómenos nuevos del Derecho». De esta forma, en nuestras Facultades se forman no solamente abogados en el sentido a que nos estamos refiriendo, sino «abogados casi íntegramente liberales centrados sobre un sentido del Derecho en general periclitado e impotentes para explicar, con arreglo a su técnica, las realidades jurídicas sobre las que se asienta y con las cuales vive la sociedad de nuestro tiempo».

Es sintomático—observa GARCÍA DE ENTERRÍA—que la mayoría de nuestros privatistas se hayan escandalizado cuando recientemente uno de ellos se atrevió a recordar que las soluciones del Derecho civil responden «al plan del Estado», y la subordinación del Derecho a la política.

Si, pues, las Facultades de Derecho adolecen de un grave academicismo jurídico, opuesto a la comprensión de las nuevas realidades, no es menos discutible la solución, que se ha ensayado, de crear junto a ellas nuevas Facultades donde se ha pretendido alzar una especialidad en Derecho administrativo sobre un fondo jurídico básico, también absolutamente insuficiente. Pues si bien es cierto que el Derecho administrativo es hoy política y normativamente un Derecho común, «no lo es menos que su arsenal técnico no puede pretender hoy todavía una absoluta independencia, de modo que quepa de alguna manera un aprendizaje autónomo en Derecho Administrativo». Tienen estas Facultades en su contra el carácter informativo de sus planes de estudio, no dominado en definitiva por ninguna técnica específica y, por supuesto, no por la técnica jurídica.

Vista la situación de que se hace referencia, el problema estriba en fecundar la concepción jurídica y ponerla como instrumento y como método al servicio de los fines de acción social que han pasado a primer plano en el Estado de nuestro tiempo. Por una parte, hay que esperar a que los futuros juristas reciban la suficiente formación en los estudios políticos materiales (sociología y economía); por otra, el jurista tiene que tender a encuadrar dentro de marco jurídico las nuevas ordenaciones estatales, pues si renuncia a ello, «es lógico que éstas queden prácti-

camente al cuidado de juristas legos e improvisados, que ordinariamente son los tecnócratas o los arbitristas. El círculo vicioso surge a continuación: con estos resultados, los juristas alientan su tesis, según la cual lo que se publica en los Boletines oficiales tiene poco que ver con el Derecho».

Hasta aquí, fundamentalmente, la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA.

II.—GARCÍA DE ENTERRÍA expone su tesis con tal vigor polémico, que raro será quien, habiendo pasado por una Facultad de Derecho, no intente, después de la lectura de su artículo, tomar postura en la discusión. Sobre todo, si el lector es un «privatista». El notario de Madrid VALLET DE GOYTISOLO no puede hurtarse a esta tentación, y toma la pluma para contestarle en forma de carta abierta en la «Revista de Educación».

La tesis de VALLET es, sustancialmente, la siguiente: se nota, en efecto, en nuestros tiempos, un decidido intervencionismo del Estado en cuestiones económicas y sociales; por tanto, hay que reconocer que en la Facultad de Derecho, a más de ampliar la parte general del Derecho, debe darse un amplio cauce al estudio de la sociología y la economía; igualmente coincide en que debe profundizarse el estudio del Derecho administrativo, llevando a su servicio la técnica jurídica atesorada con el cultivo secular del Derecho civil. Ahora bien, debe huirse de un peligro en el que, en su opinión, cae GARCÍA DE ENTERRÍA, al proclamar triunfalmente que la antigua separación entre Sociedad y Estado se ha trocado en una situación polarmente opuesta, en que el Estado se erige en forma de la sociedad. «Nada más peligroso—dice VALLET—para el Derecho y el porvenir de nuestra civilización occidental y cristiana, que el acatamiento jurídico de ese mal, que es una muestra más de la intoxicación de Occidente con ideas de Oriente. Y este peligro puede agudizarse si los estudiosos del Derecho administrativo olvidan que su misión es tender a disciplinar jurídicamente la actividad de la Administración, pero jamás la de ayudar a su desarrollo, a su hipertrofia.»

Estima VALLET que es equívoca la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA de que el Estado moderno, como obra humana consciente y sostenida, sea atribuible a la clase de los juristas del Rey, o togados de la Morarquía. Precisamente la labor de estos juristas fué la de limar las asperezas del Derecho real con la técnica del Derecho romano, e ir adaptando éste a las concepciones de la época en que vivían. «Fué su prestigio como juristas y no su posición administrativa la que hizo que, a algunos de ellos, los Reyes les llevaran a funciones legislativas y consultivas.» Esta, y no otra, debe ser la labor de los juristas, tanto desde fuera como desde dentro «de ese mal necesario que es el organismo administrativo». Y hay que considerar en todo caso, la posible desaparición de los juristas libres, como un grave síntoma para nuestra civilización. De los ante-

riores razonamientos deduce VALLET una serie de consecuencias en orden al tipo de enseñanzas que deben recibirse en las Facultades de Derecho. Desde luego, la carrera de Derecho debe ampliarse a las enseñanzas económicas y sociológicas. Pero, sobre todo, lo que se debe adquirir en la Universidad es la forma jurídica, la mentalidad de jurista. Está hoy de moda hablar de las nuevas ramas del Derecho: social, agraria, del trabajo; pero si con estas denominaciones sus sedicentes especialistas y los legistas pretenden librarse de toda preparación seria y fundamental y quieren cómodamente volver a comenzar de nuevo por su primera página el libro del Derecho, no saldremos nunca de un continuo ensayo, de un infecundo tejer y destejer. Y todo esto fomentará la inseguridad, la desconfianza y la pérdida total del sentido jurídico. Y hay que subrayar que esto último es lo más importante, y que el buen privatista lo posee hasta el punto de que «un buen privatista, de formación romana, puede acometer con éxito cualquier tarea jurídica moderna». En resumen: «la trascendencia general del Derecho civil es, por tanto, mucho mayor de lo que parece a primera vista; no incurramos, pues, en el defecto de querer vestir un santo desnudando a otro».

III.—También en la propia «Revista de Educación» viene a terciar en la polémica el Decano de Madrid, Jaime GUASP. La fina e inteligente reacción de este maestro es una prueba más del escándalo que la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA había de producir necesariamente en los juristas de mentalidad tradicional. Para GUASP, el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA tiene, sobre todo, la gravedad de un síntoma: a su través se descubre toda una postura ideológica que tiende a abrirse paso.

Jaime GUASP, después de resumir la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, señala que sería ingenuo centrar el núcleo de la discusión en el problema secundario del contenido de los planes y estudios actualmente vigentes en las Facultades de Derecho. La cuestión fundamental, de la cual esta otra no es sino una consecuencia, es hasta qué punto hay que proceder a una revisión del concepto de Derecho, válido para la sociedad liberal. El arranque del tema, en GARCÍA DE ENTERRÍA, plantea nada menos que una meditación sobre el grave problema de la libertad y lo que ésta significa para el jurista. En este sentido, debe afirmarse con toda rotundidad que «la libertad no es sólo una preocupación artificial del jurista, sino el primer ingrediente básico de su actuación en cuanto tal», es decir, que «sin libertad no hay Derecho». No es, por tanto, una superstición históricamente superada lo que hace que el jurista, no simplemente el abogado, deba preocuparse por la libertad.

Claro es que la idea de libertad es de suyo insuficiente para agotar las exigencias todas del concepto de Derecho. El Derecho exige también una referencia esencial al contenido de la justicia, al «dar a cada uno lo suyo». Al llegar a este punto, surge nueva discrepancia con las ideas

expuestas por GARCÍA DE ENTERRÍA. Este autor minimiza el problema cuando incorpora a la citada fórmula de justicia las prestaciones menudas y materiales en que se fija; antes que ellas, están las exigencias que el hombre, por su dignidad y finalidad (es decir, en cuanto ser espiritual), demanda. «Dar pan, tranvía y medicinas a costa de la injusticia del espíritu—dice GUASP—, no es Derecho, sino tiranía. Primero, lo superior y más noble, luego, lo inferior y más vil. Un nivel bajo de vidas, una austeridad rayana en la pobreza, no es ninguna tacha de infamia para un Estado; pero sí puede serlo un desnivel injusto e infundado.»

Pero aún merece la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA un cargo más, a los ojos de Jaime GUASP. Más o menos encubiertamente—al igual que ocurre con todas las tendencias *socializantes*—, GARCÍA DE ENTERRÍA viene a sustituir el «fetiche» de la libertad por el de la igualdad. Para estos modernos juristas, «la verdadera institución jurídica, según oímos de sus propios labios, es el *régimen de cola*»; es decir, que en nombre de la sustancia del Derecho se ha venido a abocar a un resultado formal, tan formalista—aunque de otro signo—como el propio régimen liberal. En resumen: contra lo que cree GARCÍA DE ENTERRÍA, no hay por qué derogar el viejo concepto liberal del Derecho, que es absolutamente cierto, sino simplemente completarlo y dotarlo de una sustancia de la que, desgraciadamente, ha carecido.

De la postura que se viene criticando, se deducen importantes consecuencias en orden a las relaciones entre Derecho y Administración. Para la postura que postula GARCÍA DE ENTERRÍA, la Administración, en principio, nada quiere con el Derecho: el Derecho es una trabaja que se opone a su importantísima actuación. Cuando la Administración *liberal* se apartaba del Derecho, lo hacía, pudiéramos decir, con conciencia clara del pecado que cometía. Pero la Administración moderna se aparta deliberadamente de las normas jurídicas, perfectamente convencida de que se siente por encima de tales minucias legalísticas. «La actuación administrativa moderna repugna, pues, por esencia, los esquemas de Derecho... Hoy la Administración moderna no hablará (¡valiente antigualla!) del derecho adquirido de un contratista, sino que, para mantenerlo en su situación, preferirá invocar *la integridad de la ecuación económica del contrato*.»

Todo esto nos explica la desastrosa situación en que, jurídicamente hablando, se encuentra la Administración de nuestros días. Desde el punto de vista del Derecho, la Administración moderna es toda ella milagrosa, ya que milagro, y continuo, es su constante derogación de las normas por ella misma establecidas. Lo malo es cuando todo esto se intenta justificar apelando a lo que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA llama «el plan del Estado», lo cual es tanto como colocar al Derecho en la situación de simple servidor de órdenes anteriormente recibidas; el plan del Estado viene a sustituir la idea misma de Justicia. Se ha de reconocer,

desde luego, que el señalamiento de los fines estatales no es, estrictamente hablando, actividad jurídica; pero si en la ejecución de los mismos la Administración invoca (por ejemplo, para desconocer sus compromisos con un particular) la «prerrogativa», se está cometiendo un burdo error que la descalifica a los ojos del jurista.

En lo esencial, ha quedado reseñado, con lo anterior, la réplica de Jaime GUASP a GARCÍA DE ENTERRÍA. El resto de su trabajo se limita a extraer las pertinentes consecuencias en relación con el problema, secundario, del plan de estudios que se profesa en las actuales Facultades de Derecho.

IV.—No es un azar que la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, administrativista por formación y profesión, haya sido combatida directamente por dos privatistas como VALLET DE GOYTISOLO y el Decano GUASP. Ni tampoco lo es que, sin noticias siquiera de la polémica, se haya publicado en el número de marzo del corriente año de la «Revista de Derecho Privado» un trabajo del catedrático de Derecho Civil de Barcelona, BONET, *Las instituciones del Derecho Civil*, que viene a coincidir en su orientación con la postura de los últimamente citados.

Los debates entre privatistas y administrativistas tienen, en efecto, hoy día, carácter distinto al de una simple pelea entre profesionales. Se trata, antes bien, de un síntoma que nos pone sobre la pista para descubrir la existencia, o mejor la coexistencia, de dos distintas concepciones del Derecho.

Es un fenómeno curioso, que todavía no ha sido suficientemente subrayado, el que el único y mismo hecho político-histórico de la Revolución francesa fuese a dar lugar a dos ordenamientos jurídicos hasta cierto punto antagónicos: el régimen jurídico individualista y el régimen administrativo. No es arriesgado afirmar que, uno a uno, los principios rectores del primero (igualdad absoluta de las partes en toda relación jurídica, desaparición de instituciones intermedias entre individuo y Estado, inalterabilidad de las situaciones surgidas contractualmente, etc.) han hecho crisis cuando se han querido aplicar al segundo. En esto se encuentra la explicación histórica y la causa lógica de que el Derecho administrativo surgiese como un derecho «exorbitante del Derecho común», como un derecho distinto. Claro es que en la posibilidad de admisión de su especialidad está la clave del problema: si se admitía que un determinado ordenamiento puede ser distinto del común o civil, sin dejar de ser Derecho, el orto del Derecho administrativo como disciplina jurídica sería posible; si se negaba que fuera del Derecho común se puedan encontrar soluciones jurídicas que merezcan el nombre de tales, la jurisdicción del Derecho administrativo se está poniendo en tela de juicio *a radice*.

La segunda solución fué la preconizada por el jurista inglés DICEY,

representante de la incapacidad que aquejaba la mentalidad inglesa de fines del XIX para comprender que el «Droit Administratif» no debía identificarse con «lo arbitrario». Pero justamente el despliegue jurisprudencial, legislativo y teórico del Derecho administrativo constituye la refutación más acabada de dicha tesis. Hoy día, las tornas se han cambiado. Aquel desprecio olímpico del jurista inglés por el Derecho administrativo, posible porque la Administración inglesa era embrionaria, se ha trocado en una necesidad vital de pedir fórmulas prestadas al Continente. Muchos juristas ingleses de nuestros días han llegado a comprender que el Derecho inglés actual consagra a favor de la Administración tantas prerrogativas como el continental, faltando, en cambio, el extraordinario contrapeso de un contencioso-administrativo progresivo como el francés.

Se explica así que la aparición del régimen administrativo y su Derecho háya significado algo más que una nueva delimitación, sobre las bases jurídicas establecidas por la Revolución francesa, de los tradicionales campos del Derecho público y del Derecho privado. A la separación entre dos campos de relaciones sometidas a normativa distinta, ha venido a superponerse una separación en base a dos distintas concepciones del Derecho: individualista, la del Derecho privado, y socializado (y empleamos este término con independencia de todo matiz político), la del Derecho público. No debe extrañarnos, por tanto, que una teoría como la de la institución, que intenta ser una concepción total del Derecho, haya sido formulada por administrativistas; ni que administrativistas sean los que han puesto en circulación ideas como la de solidaridad social, del minimum nacional del servicio público, o de la colaboración de los particulares con la Administración en la gran empresa del bien común.

Hasta cierto punto, la situación presente puede caracterizarse como un período en que asistimos a una nueva «crisis de crecimiento» del aparato estatal y administrativo. Está bien mirar el fenómeno con una relativa desconfianza, por cuanto de esta forma nuestro sentido crítico descubrirá fácilmente lo que pudiésemos llamar «crecimiento especulativo» pues puede ser éste un modo que descubran los gobernantes para aumentar su propio poder. Pero siempre nos quedará el hecho incontrovertible y necesario de un crecimiento exigido por las necesidades de nuestro tiempo. Su consecuencia es la rotura de muchos viejos moldes jurídicos, y el dilema, consiguientemente, volverá a plantearse en forma análoga a como el Derecho administrativo lo planteó a su advenimiento. Hasta cierto punto, el privatista carece de «experiencia» para tomar un partido que no sea su disconformidad radical e indiscutible con todo lo nuevo; pero el administrativista debe sospechar (porque esta sospecha es la propia justificación de su disciplina) que la historia se está repitiendo, y que es posible que otra vez tengan razón los que piensan

que aún hay solución jurídica sin que haya que renegar de los nuevos tiempos; que sería una auténtica conquista jurídica y un positivo progreso del Derecho si las prestaciones eficientes y la seguridad social que hoy se piden al Estado no lo son a cambio de que éste se vuelva arbitrario. En todo caso, ésta es una tesis optimista; la otra es una pura nostalgia. El civilista debe sospechar si no será su propia formación unidimensional la que le invita a considerar como un «declinar» del Derecho lo que no es sino «un declinar de los principios ideológicos que han venido a alojarse en su derecho privado».

Las consideraciones anteriores justifican, en principio, la postura polémica mantenida por GARCÍA DE ENTERRÍA. Es posible que, demasiado radical en su expresión, pueda descubrirse algún extravío, pero esto es secundario. La propia formulación de la tesis opuesta por VALLET DE GOYTISOLO y Jaime GUASP nos asegura en tal opinión. Hay un momento en que, para seguir luchando, Jaime GUASP tiene que construirse su propio maniqueo: sin libertad no hay Derecho, y el Derecho está subordinado al plan del Estado. Pero esto es exagerar las cosas, y creemos que se trata de conclusiones no necesariamente derivables de la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA. El administrativista actual tiende precisamente a buscar el justo equilibrio entre el aumento de poder estatal que los nuevos hechos implican y el respeto a la libertad. Se trata de conciliar el concepto positivo y justiciero de la nueva Administración con los dogmas esenciales del Estado de Derecho, que siguen siendo pilar de nuestras creencias.

Más bien se trata de una radical incomprensión, por parte de muchos privatistas, de lo que es el Derecho administrativo. Cuando Jaime GUASP baja al terreno de los ejemplos, demuestra cumplidamente esta impresión que acabamos de adelantar. Para él la prerrogativa administrativa utilizada para alterar una situación contractual es una monstruosidad jurídica. Lo cual, por supuesto, no demuestra una inconformidad con la Administración de nuestros días—como él pretende—, sino, antes bien, una inconformidad con la teoría misma del contrato administrativo, tal como ha sido elaborada por la liberal jurisprudencia francesa ¡del liberal siglo XIX!

Efectivamente, pues, los momentos actuales son críticos; muchos conceptos e ideas jurídicas se hallan en revisión. Pero, una vez más, debe pedirse al jurista que se encuentre a la altura de las circunstancias y que, desprendiéndose de muchos prejuicios, proceda a la defensa de la libertad con argumentos que no produzcan el extraño sabor de lo arqueológico en quienes tienen conciencia de cuáles son las necesidades del presente.

Fernando GARRIDO FALLA
Catedrático de Derecho Administrativo.