

# BIBLIOGRAFIA

## SINTESIS BIBLIOGRAFICA

### DERECHO ADMINISTRATIVO. INTRODUCCION Y TEORIA DE LAS NORMAS

35.028

Resumen del libro del mismo título, de José  
LUIS VILLAR PALASÍ. Universidad de Ma-  
drid. Facultad de Derecho. Madrid, 1968.  
636 pp.

#### PRESENTACION

*Como reiteradamente viene siendo reconocido, la evolución y desarrollo experimentado por el régimen jurídico-administrativo español en estos últimos años ha sido posible por el alto grado de madurez alcanzado por nuestra doctrina.*

*Siendo indudable la categoría científica de la doctrina administrativa española, como lo pone de relieve la amplia producción monográfica y la calidad de nuestras revistas, no obstante, forzoso es reconocer la escasez de obras de carácter general. A diferencia de otros países, donde prácticamente cada profesor universitario dispone de su propio manual, entre nosotros, por diversas causas que no son del caso indicar, ello es realmente excepcional. Por eso cualquier aportación de este tipo tiene que ser bien recibida por los estudiosos del Derecho administrativo, máxime si como en el presente caso viene avalada por la profundidad y riqueza de pensamiento propio del profesor VILLAR PALASÍ. Se trata de una obra fruto de la labor*

*docente de su autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, que es presentada al público por los profesores ARIAS SENOSEAIN y ARIÑO ORTIZ, colaboradores de la cátedra del profesor VILLAR PALASÍ.*

A continuación se recoge la síntesis de la primera parte de esta obra, *dejando para otra ocasión, dada la amplitud de la misma, la relativa a la teoría de las normas.*

## CAPITULO PRIMERO

### I. La peculiaridad del ordenamiento administrativo

El Derecho administrativo presenta una serie de peculiaridades no compartidas por las demás ramas del Derecho que producen, de un lado, una superior dificultad de comprensión, y de otro, como rechazo, una aparente falta de madurez científica. Tales peculiaridades pueden resumirse en estos puntos:

#### 1. DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A TEORÍA GENERAL

La teoría general del Derecho se ha construido tradicionalmente sobre el Derecho privado. No obstante, es en el Derecho administrativo donde se encuentran más claramente formulados los grandes problemas de la construcción general como paradigmáticamente se pone de manifiesto en el tema de la «teoría de las normas», que, tal como aparece elaborada por el Derecho privado, es realmente esquemática.

#### 2. EL OCULTO SENTIDO POLÍTICO DE LAS CATEGORÍAS FORMALES

Existe una conexión directa entre las normas, técnicas y categorías jurídico-administrativas y la realidad

política de cada país. Incluso categorías jurídicas que parecen insertas en una pura lógica responden muy frecuentemente a planteamientos políticos. Descubrir la concepción íntima entre estas categorías y técnicas jurídicas y su porqué político es frecuentemente una difícil tarea, pero es de todo punto necesario si se aspira a *comprender* el sentido del Derecho administrativo positivo.

#### 3. LAS CATEGORÍAS FORMALES PIERDEN SU SIGNIFICADO AL EXTRAERLAS DE SU SISTEMA DE ORIGEN

Consecuencia de lo anterior es que en Derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, resulta científicamente arriesgado utilizar soluciones jurídicas nacidas en sistemas diferentes, pues es ilógico desconectar una categoría jurídica del sistema político y jurisdiccional donde ha nacido. Sin embargo, una característica peculiar del Derecho administrativo español ha sido cabalmente su desenfadada y peligrosa porosidad ante la doctrina extranjera.

#### 4. EL DIVERSO SENTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE AL DERECHO CIVIL

Prescindiendo de la existencia de conceptos jurídicos comunes a ambos

ordenamientos, como es, por ejemplo, el contrato, lo cierto es que el Derecho administrativo responde en su garantía a perspectivas radicalmente alejadas del Derecho privado.

#### 5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NO ES SÓLO UN DERECHO DE GARANTÍA JUDICIAL

El Derecho administrativo es en su nacimiento un intento de sujetar la actividad administrativa a la ley. Pero el esquema de la garantía judicial se muestra hoy insuficiente. Por ello, el gran reto que la Administración interventora ha suscitado es precisamente el de forjar instrumentos nuevos de garantía, pues ni el Parlamento al estilo tradicional ni un juez satisfacen la garantía a que la sociedad actual aspira.

#### 6. UNIDAD Y ESPECIALIDAD: LA REVUELTA CONTRA EL FORMALISMO

Si bien lo jurídico es definible como la *limitación al poder*, el Derecho administrativo se mueve entre la atribución de potestades y la limitación de las mismas. Se produce así la polémica interna del Derecho administrativo, entre los principios de unidad y especialidad: leyes con pretensión de generalidad y multitud de excepciones singulares. De otro lado, el Derecho administrativo supone la pretensión de conformar la sociedad con mayor intensidad y en menor plazo que otros sectores del Derecho, con lo que la construcción abstracta y pura no es suficiente a la comprensión del ordenamiento administrativo. *La revuelta contra el formalismo*, que, según Morton White, caracterizaba la tenden-

cia moderna de la ciencia jurídica, es por ello más verificable en el Derecho administrativo.

#### 7. LA AUSENCIA DE CRITERIOS RECTORES VÁLIDOS PARA LA TOTALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La mayor dificultad que puede encontrarse en el Derecho administrativo radica no sólo en la tremenda y cambiante multiplicidad de las normas positivas, sino también en la ausencia de criterios rectores que informen este complejo de normas. La tendencia intelectual a buscar un criterio unitario ha ensayado múltiples directrices, pero ninguna de ellas alcanzó plenitud de comprensión de los fines administrativos. La enorme disparidad de las materias que comprende y la diversidad de criterios a que responde han hecho del Derecho administrativo una ciencia abiertamente crítica, propicia a la desaparición por crecimiento desorbitado: el llamado Derecho industrial, de montes, económico, aéreo, agrario, etc., son hijuelas de esa prematura partición.

### II. La estructura dinámica del Derecho administrativo en cuanto sistema dogmático

#### 1. LA TENDENCIA A LA GENERALIZACIÓN Y EL ACERCAMIENTO A LA REALIDAD

El Derecho administrativo, como más generalmente todo el Derecho, corre el riesgo de quedar aislado en su mundo de abstracciones despegadas de la realidad, pues es frecuente en un intento de generalización escoger un elemento representativo, por ejemplo, el contrato de obras o

un servicio público general y sobre él construir la teoría del contrato administrativo o del servicio público. El jurista no puede prescindir de la realidad so pena de quedarse aislado en su mundo irreal de conceptos técnicos e instituciones; el Derecho ha de dar explicación de cómo la norma vive, actúa, conforma o fracasa en su aplicación real.

Lo anterior lleva aparejada la precisión de tener presente siempre no sólo las grandes reglas, las directrices y líneas generales del ordenamiento jurídico, sino también las minucias, lo que puede englobarse en la denominada micrología del sistema jurídico. A su vez, esto entraña la permanente conexión y reconstrucción de la llamada parte general del Derecho administrativo, que no puede construirse sino en tanto en cuanto que tenga en cuenta no sólo los instrumentos importantes de la orquesta, sino también los pequeños y circunstanciales, pues no debe olvidarse que la Administración trabaja más con circulares e instrucciones que a la vista de leyes generales abstractas.

## 2. LA DINÁMICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURIDIZACIÓN DE CATEGORÍAS POLÍTICAS

El régimen jurídico administrativo implica un proceso de juridización de las ideas políticas, que devienen paulatinamente técnicas jurídicas, más aún, las técnicas jurídicas peculiares del Derecho administrativo, no compartidas con el *jus commune*.

Por ello, el Derecho administrativo se ha ido creando, en muchos casos, por un proceso de concreción de ideas anteriormente extrajurídicas, difusas, pertenecientes en la ma-

yor parte de los casos al mundo político.

De ahí que la perplejidad del turista, al hablar del caso del Derecho o del *dépassement* del Derecho, está injustificado. El lamento sólo es admisible frente al Derecho lógico, cerrado, inmutable, indiscutible y pétreo que hemos heredado de nuestros mayores. Pero no en cuanto se trata de un Derecho abierto, basado en un continuo proceso de vivificación de lo extrajurídico y más singularmente de lo político, como sucede con el Derecho administrativo.

## 3. EL COSTE LÓGICO EN LA INCORPORACIÓN DE LO EXTRAJURÍDICO Y LA REINTEGRACIÓN SISTEMÁTICA

Existe un coste lógico en la incorporación de técnicas extrajurídicas al mundo del Derecho, que se traduce en el fenómeno de distorsión y en un factor de inercia en la pervivencia de técnicas no justificadas ni justificables cuando ha desaparecido ya la circunstancia que intentaron, en su día, resolver. Esto convierte al Derecho en factor de conservación, a modo de impedimento para la creación de sistemas nuevos no sólo en lo jurídico, sino también como lastre inevitable de la acción política.

## 4. EL SABER DEL DERECHO Y EL MÉTODO JURÍDICO

El método jurídico es algo más que la búsqueda y comprensión de lo dado; es también una recreación, una infusión de sentido lógico a lo disperso, que no nació por razones simplemente lógicas, sino vitales. Todo jurista es por ello un ideólogo encubierto, pues el neutralismo es

algo imposible en el Derecho, es imposible el lavatorio de manos antes de la construcción jurídica. Y esto es más fácilmente comprobable en el Derecho administrativo, que nació y se desarrolló fuertemente ideologizado por el liberalismo.

La búsqueda del Derecho no se agota en el nivel leguleyo de encontrar en el marasmo normativo lo aplicable a su caso singular, sino que aspira también en otro nivel superior a descubrir las claves, las líneas maestras del sistema, su razón, su ley y su orden, a trasponer lo histórico a lo lógico, a dar unidad a la dispersión y a la contradicción un cierto sentido de compatibilidad. Es el eterno y perenne milagro del Derecho, que sólo a través del jurista encuentra su taumaturgo. El Derecho es desde esta perspectiva una ciencia nomológica: lo particular deviene sólo comprensible visto desde lo general, pero esto es edificado, por un sistema de extracción lógica, sobre lo minucioso, lo pequeño, lo singular. Es este incesante y dinámico *corso e ricorso* lo que puede permitir la subsistencia del saber jurídico como ciencia y el apego a la realidad de la normativa positiva.

5. LA EXPRESIÓN JURÍDICA  
Y SU COSTE LÓGICO:  
EL PARADIGMA DE LA COSEIDAD  
Y EL DEMANIO

La esclavitud del lenguaje lleva al Derecho a plantear al jurista cuestiones de imposible solución. Es lo que sucede como consecuencia del vocablo latino *res*, cosa que introduce en el Derecho romano la base metodológica de la coseidad. Sin embargo, los conceptos jurídicos deben ser comprendidos antes que desde un punto de vista material, cosificado,

desde el punto de vista de la función, de la energía que cada categoría lleva consigo. No obstante, el Derecho administrativo como rama autónoma del Derecho, relativamente reciente, continúa apegado a esta infértil perspectiva de las cosas reales y materiales, a diferencia de la teoría general del Derecho, que va despegándose de la coseidad, de la materialidad de las cosas como objeto del Derecho, para examinar más bien la funcionalidad de tales objetos.

Claramente se pone ello de manifiesto en relación al demanio, tema que pone sobre el tapete la equivocada vía y el erróneo enfoque de la coseidad tan atacada por Stammeler. El concepto de titularidad demanial no es asimilable al vínculo del propietario, ya que la Administración no pretende conquistar propiedades, sino potestades, como pone de manifiesto la idea de la *publicatio*.

6. LAS CONTRADICCIONES AXIOLÓGICAS  
Y DE PRINCIPIOS RECTORES

Resulta frecuente encontrar abiertas contradicciones en la valoración efectuada por diversas normas e incluso contradicciones teleológicas en una misma ley, así como entre principios rectores del ordenamiento jurídico. Aparece así el Derecho moderno como un intrincado e interesante campo de lucha de distintos y contrapuestos principios. El principio de subsidiaridad coexiste con una acción estatal intensa cada vez más creciente y profunda; el principio de legalidad se enfrenta con los artificios de potenciación, cada vez mayor, del ejecutivo; el principio *pro actione* va cercenando las viejas zonas de inmunidad de los actos políticos, pero ve desarrollarse

desafortunadamente las técnicas de intervención económica en que no cabe pretensión procesal alguna. Todo el Derecho administrativo va haciendo nacer técnicas que en su nacimiento tienen pretensión de inmunidad jurisdiccional, y a medida que los antiguos artificios la pierden, crea nuevos artilugios con la misma pretensión.

#### 7. LA RELATIVIDAD DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Cada grupo normativo contiene una visión singular del supuesto abstracto de hecho que regula, y en función de tal singularidad utiliza los conceptos jurídicos en un sentido propio y peculiar. Ello produce que estos conceptos se vean afectados de una relatividad, por mejor decir, de un perspectivismo en su contenido y en su comprensión. Con todo, no se trata de visiones parciales de un supuesto de hecho más amplio, sino de comprensión total, pero desde una cierta y determinada perspectiva, del supuesto abstracto de hecho. De aquí que las normas administrativas utilicen sus definiciones propias, perspectuales y relativas (*a los efectos de esta ley se entenderá por...*).

### CAPITULO II

#### I. La definición del Derecho administrativo

##### 1. LA NECESIDAD PRÁCTICA A QUE RESPONDEN LOS INTENTOS DE DEFINICIÓN

La Administración pública es fácil de describir, pero muy difícil de definir, pues al ser producto de una evolución histórica se trata de un

concepto sustancialmente unido a la idea del Estado, presentando, en consecuencia, las mismas dificultades que encierra el concepto de Estado.

La Administración responde en su estructura a una doble funcionalidad. En primer lugar, está íntimamente unida a la idea que del Estado se tengan en cada momento y en cada país. En segundo lugar, la idea de la Administración, el ámbito que la Administración pública cubre, varía también funcionalmente según los fines que el Estado vaya asumiendo en cada momento. Por ello, todos parecen entender qué sea la Administración; pero, sin embargo, no hay una definición pacífica unánimemente aceptada. La definición es así, por su propio objeto, una definición inestable.

Por otro lado, un problema práctico ha estado en los orígenes de todas las investigaciones: la delimitación de la competencia administrativa y judicial para guiar a los recurrentes (y al juez mismo) en la opción que imponía la coexistencia de dos órdenes jurisdiccionales.

##### 2. ESQUEMA DE LOS CRITERIOS DOCTRINALES

Siendo fundamental el concepto de Administración para definir el Derecho administrativo, se ha intentado la determinación de lo administrativo según caminos muy diferentes. Fundamentalmente cabe agruparlos en el criterio objetivista, la teoría negativa o residual y la teoría personalista.

La teoría objetivista intenta caracterizar materialmente la función administrativa como teórica y definitoria del Derecho administrativo. La enunciación negativa, renunciando a este intento positivo, define a

la Administración por un procedimiento de exclusión respecto de las funciones del Estado distintas de las funciones del Estado distintas de las funciones administrativas. Y, por último, el concepto personalista de la Administración se estructura por referencia a la calidad subjetiva de determinados órganos que la encarnarían prescindiendo de las funciones que esos órganos pudieran realizar.

### 3. LAS RAZONES DEL REPUDIO AL CRITERIO PROCESALISTA DE DEFINICIÓN

Al definir al Derecho administrativo, en cuanto ordenamiento, hay que apartar la preocupación objetiva de la elección del juez ordinario o administrativo en base a las siguientes razones:

1.<sup>a</sup> El criterio procesalista es válido si la elección del juez competente se realiza por razones lógicas y objetivas, pero ello no sucede siempre así en la realidad.

2.<sup>a</sup> Cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa indica que corresponde a la misma aquellos actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo, está remitiendo el problema del ámbito de la jurisdicción a una cuestión previa de definición del Derecho administrativo.

Por otra parte, con la aplicación del criterio procesalista quedaría fuera del Derecho administrativo una serie de supuestos en los que son los tribunales ordinarios quienes han de enjuiciar la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa, pero que responden a fines administrativos, servidos mediante técnicas privadas manejadas por la Administración.

3.<sup>a</sup> El criterio procesalista define por los casos límite, fronterizos, pero no por el contenido esencial.

### 4. EL CRITERIO ELEGIDO

Las definiciones valen en cuanto reflejan una realidad. La cuestión no estriba en adoptar el contenido del Derecho administrativo a una definición del mismo, sino definir este contenido tal como la realidad lo presenta. Lo cierto es que la dinámica moderna del Derecho administrativo produce una convivencia que hace difícil deslindar con precisión el Derecho administrativo público, el Derecho privado de la Administración exorbitante del Derecho común, el Derecho privado regulador de relaciones jurídicas de Derecho público (caso de los contratos de la Comisaría de Abastecimientos), el Derecho privado normador de relaciones jurídicas de Derecho privado de la Administración y el Derecho privado común en su carácter de supletorio. Se observa que el primero y último término de esta serie eran, en el Derecho administrativo tradicional, los únicos existentes.

#### 4.1 Separación de poderes y Administración residual

La Administración surge en el pasado siglo a consecuencia de la separación de poderes y del constitucionalismo como la única de las actividades del Estado personificable, a diferencia del poder legislativo y el poder judicial. Por eso ha de considerarse al Derecho administrativo como un ordenamiento *ratione personae*, como el ordenamiento jurídico de las Administraciones públicas o de la Administración como unidad.

#### 4.2 *Unidad o variedad de la Administración pública*

La Administración no sólo es concebible como una actividad, sino también como la organización que desarrolla esta actividad; pero la Administración no es en ningún sistema administrativo (tampoco en el español), una Administración subjetiva única.

Se habla de la Administración central, de la Administración local, de la Administración institucional, de la Administración descentralizada, y cada uno de estos términos implica sujetos de derecho distintos, Administraciones distintas.

Todavía más: cuando se habla del *sector público* se está haciendo alusión a algo mucho más extenso que la Administración personificada, como personas públicas. Una consideración puramente formal elimina el problema, soslayándolo, al precisar que la empresa pública *no es Administración*, sino que es puramente *de la Administración*, sin considerar que tales actuaciones no se realizan a título de dueño, como el capitalista que invierte para obtener un rendimiento, sino como un modo singular de alcanzar un resultado económico que conviene a la comunidad, como una técnica de conformar a la sociedad.

#### 4.3 *Administración y entes administrativos: la incorporación a la unidad*

Dada la proliferación de organismos administrativos con personalidad administrativa propia, se hace necesario reconducir esa variedad a la unidad de la Administración.

Una de las características de la propia definición de persona jurídica

es su incomunicabilidad; ahora bien, en el Derecho administrativo esta regla se quiebra, existiendo una efectiva comunicabilidad que adopta distintas formas; así, la *comunicabilidad de privilegios*, la *comunicabilidad de personal*, la *comunicabilidad de responsabilidades* con los apremios internos y externos, la *comunicabilidad de demanios y patrimonios*, la adscripción a la Administración central por el *sistema de tutela*, las *alzadas propias e impropias*, la aprobación de los *presupuestos administrativos* y de gestión, etcétera. Estas distintas personas son siempre reconducibles por uno u otro artificio legal a la unidad de la Administración pública.

#### 4.4 *El primer elemento definitorio: la presencia de la Administración*

El primer elemento definitorio es la presencia de la Administración personificada, de la Administración como unidad. El segundo elemento se resume en la afirmación de que la presencia de la Administración es condición necesaria para que una relación o un acto sea administrativo, pero no condición suficiente.

La personalidad de la Administración es hoy un factor definitorio, pero no necesario, para la existencia de técnicas administrativas, ni lo ha sido siempre y en todo lugar. Muchas técnicas del Derecho administrativo son anteriores a la existencia de la Administración como persona. La regla exorbitante nació no como privilegio personal del príncipe que luego heredaría la Administración personificada, sino en razón a la finalidad perseguida, *in favorem publicae utilitatis*.



#### 4.5 *Personalidad, competencia y finalidad especial*

A la Administración se le atribuyen privilegios, inmunidades y prerrogativas de potestad no en cuanto persona singular, sino en cuanto su actividad concreta responde a unos fines que, tutelados especialmente por el Derecho por ser superiores en rango a los particulares, reciben trato de preferencia.

Lo que sucede en el moderno Derecho administrativo es que las finalidades de actuación están encapsuladas en la competencia específica de cada persona, de tal suerte que vienen a quedar equiparadas finalidad y competencia específica, y en un plano más general, la personalidad viene a ser la hipóstasis, la sustantivación de ciertos fines.

La configuración personificada de la Administración, la definición del Derecho administrativo como Derecho público interno que regula la organización y actividades de la Administración personificada, no concluye el ciclo lógico de una definición completa.

#### 4.6 *Otro elemento esencial definitorio: el carácter autónomo y peculiar del ordenamiento*

Una última precisión definitoria: el Derecho administrativo es el ordenamiento autónomo, propio y peculiar de las Administraciones personificadas.

Un ordenamiento jurídico es autónomo cuando contiene en sí técnicas de autointegración. Un ordenamiento es *propio* y *peculiar* cuando comprende técnicas singulares sólo utilizables dentro del mismo.

Es justamente esta afirmación la que nos permite aclarar por qué se

suele tratar dentro del Derecho administrativo el Derecho de garantía. Desde un punto de vista puramente procesal, esta parte corresponde al Derecho procesal; pero dada la peculiaridad de las técnicas de carácter exorbitante frente a las propias del Derecho común, de la justicia ordinaria o del procedimiento ordinario, el Derecho de la garantía es parte sustancial del Derecho administrativo.

#### 4.7 *El resultado de la definición*

Con todas estas premisas sucesivas cabe ya extraer una definición objetiva y material del Derecho administrativo. Este parece definible como el *ordenamiento propio, peculiar y autónomo de las personas administrativas en su organización y actividad*. Esta última precisión, que comprende organización de un lado y actividad de otro, hace mención al doble campo de la potestad doméstica y la potestad relacional en que la Administración se mueve, con las distintas consecuencias de todo orden de incluir una determinada actividad en uno u otro campo.

### 5. LAS INTERRELACIONES DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

#### 5.1 *El Derecho administrativo en el cosmos de individuos jurídicos*

El carácter de ordenamiento autónomo, de integración de las técnicas jurídicas propias, peculiares, exclusivas, atribuidas a la Administración es lo que caracteriza al Derecho administrativo como una rama autónoma y separada del Derecho, como un individuo jurídico en el cosmos

de las diferentes ramas del Derecho, caracterizado por las notas de unidad y plenitud. El postulado de unidad significa que la regla aplicable a una situación dada, jurídicamente relevante, debe ser unívoca y no encerrar contradicción interna. El postulado de plenitud implica la ausencia de lagunas: toda situación tiene una regla, como consecuencia de la presencia de principios generales de integración inmediata.

### 5.2 *El proceso de creación de técnicas propias*

Las técnicas activas peculiares arrancan del Derecho intermedio, se expansionan en el siglo de la Ilustración y se transforman profundamente desde el constitucionalismo hasta nuestros días. Sin embargo, el difícil problema del deslinde del Derecho administrativo y de su ordenamiento propio se suscita con las técnicas compartidas con el Derecho común, en concreto en el caso de los contratos administrativos frente a los contratos civiles de la Administración.

Por ello, en el moderno Derecho administrativo, cuando la Administración se enfrenta con tareas nuevas, no suele acudir a técnicas compartidas y difícilmente deslindables del contrato civil. Utiliza fórmulas y técnicas inéditas, evitando el riesgo del deslinde a costa de incurrir frecuentemente en la imprecisión técnica de toda novedad.

El Derecho común actúa en un triple frente respecto del Derecho administrativo. Como Derecho base, como Derecho supletorio o como Derecho límite. Prácticamente, en los comienzos del constitucionalismo del pasado siglo, el Derecho común actuaba frente al Derecho administra-

tivo solamente como Derecho límite o Derecho supletorio, y se desconocía la figura del manejo táctico del Derecho civil con finalidades administrativas. Incluso el propio supuesto del Derecho supletorio va hoy siendo paulatinamente cercenado. La aparición de los principios generales del Derecho administrativo, el surgimiento de un Derecho común administrativo, aplicable a las personas administrativas inferiores como ordenamiento inmediatamente supletorio, va configurando la suplencia del Derecho común como suplencia mediata, indirecta, de último grado, no como supletoria en grado inmediato de la normación propiamente administrativa.

## II. El carácter vicarial o subordinado de la Administración

La Administración adquiere su sustantividad únicamente en el caso de titularidad escindida, y ello es plenamente comprobable en Derecho privado, es decir, que no hay relevancia en los actos de administración, de un *dominus* respecto de su propiedad, salvo que esta propiedad se desgajase de la Administración y existan como figuras o titularidades diferentes: el *dominus*, de un lado, y el administrador, de otro.

La Administración resulta así un encargo de gestión sin titularidad plena de disposición; pero mientras para el Derecho privado el acto de administración seguirá siendo objetivamente definible, en Derecho administrativo de la noción objetiva se pasa ya desde el siglo XIII al carácter vicarial no sólo de los actos, sino de la propia persona del príncipe

—*reipublicae gerens*— y de sus potestades como medio de *gestio*.

Las reglas exorbitantes aplicables al Derecho del príncipe nacieron trasplantadas, en primer lugar, de los privilegios de los bienes de la Iglesia, y, en segundo, por las ficciones que la doctrina de las curias regias va a ir aplicando al equiparar a la Administración con la dote o con la situación jurídica del menor de edad. *El Fisco es un menor de edad*; el príncipe es solamente el administrador de este menor de edad.

Con el constitucionalismo todo lo que podría ser equiparable en el Derecho público a los actos de disposición pasa a ser materia reservada, atribuida al Parlamento. Por ello, partiendo de esta separación entre dueño-administrador, la Administración pública no tendrá más potestades que las que la ley le confie, pero sin que devenga mera ejecución de la Ley, sino, por el contrario, todo el complejo indefinible de actos no dispositivos. De esta manera, toda la tarea administrativa tiene un límite negativo, pero simultáneamente un límite positivo. Negativo en cuanto a que su *actividad* es—como lo es toda la actividad de cualquier administrador—*subordinada*, sujeta en este caso a la Ley, del mismo modo que el administrador está subordinado a las órdenes del *dominus*; es lo que más adelante veremos bajo el nombre de principio de legalidad. Simultáneamente opera un límite positivo, el fin del *orden público*, lo que más adelante estudiaremos como la policía administrativa.

Esta misma perspectiva ayuda ya a comprender por qué está fuera de la Administración y del propio Derecho administrativo todo aquello

que se refiere al manejo de la política internacional, los llamados actos de gobierno, la aprobación de lo que muy equivocadamente se ha venido llamando actos administrativos en sede parlamentaria, tales como la ley de presupuestos o aquellos actos de índole política que se refieren a la totalidad del poder, no a su administración.

Ahora bien: la estimación política de lo que es disponer y lo que es administrar es imprecisa, contingente, variable, encontrándonos hoy día con un progresivo crecimiento de los actos de administración.

### III. El concepto de administración en la teoría general

La anterior distinción entre la disposición y la administración del poder recuerda las viejas doctrinas de la *administratio generalis* o *procuratio libera*. Los caracteres distintivos de ésta era el que, salvo aquellos puntos en que existiera orden en contrario del *dominus*, el administrador es libre. En segundo lugar, que los criterios marcados también por el *dominus* deben ser seguidos por el administrador. En tercer lugar, que éste no sólo debe rendir cuentas, sino que además está sujeto a cualquier posible control, en cualquier momento, por parte del dueño. En cuarto lugar, que existe una responsabilidad del administrador frente al dueño. En quinto término, que la *libera administratio* no elimina, ni mucho menos, el fin de la Administración, que es la conservación y mejora, el rendimiento de la cosa administrada. Estos cinco puntos son también identificables en las tareas actuales de la Administración públi-

ca, desde el mismo momento en que la titularidad del poder aparece ya escindida con el primer constitucionalismo.

### CAPITULO III: HISTORIA Y DERECHO DE LA ADMINISTRACION (I)

#### I. El Derecho administrativo como concepto históricamente definible

El Derecho administrativo, como todo fenómeno de Derecho, es un concepto histórico. El Derecho es un producto y una técnica social, y, por consiguiente, su concepto varía históricamente de acuerdo con los cambios que sufre en el tiempo las formas, las ideas, el sentido de la agrupación social a la cual se aplica.

#### 1. LA COMPRENSIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SU CONEXIÓN A LA REVOLUCIÓN FRANCESA

El Derecho administrativo no es una creación pacífica de la razón o un producto de usos y costumbres juridizados—como sucede en gran parte del Derecho mercantil—, sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder con la sociedad, como un subproducto—ingente, pero derivativo—de la política. De ahí sus avatares pendulares, su difícil tecnificación jurídica. No es que la política no influya en el Derecho privado, pero lo hace de un modo más sutil y cauteloso, pues abandona a la autonomía privada gran parte de su potencia conformadora.

La revolución y el surgimiento del

Derecho administrativo francés no hacen otra cosa que dar un vigoroso impulso al proceso de creación y absorción de poder iniciado en el siglo XIII, en los albores del Derecho reglo, y frenado hacia mediados del siglo XVIII en la época de la Ilustración. El principio de legalidad creó a la Administración como tal, en cuanto escindió formalmente la titularidad de la soberanía entre el Parlamento y la Administración, reservando al primero lo que en términos de Derecho civil podría reconducirse al acto de plena disposición.

#### 2. EL NACIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LAS TÉCNICAS JURÍDICAS

Seguir el Derecho en el proceso histórico de las distintas etapas de su evolución permite conocer el nacimiento y evolución de las distintas técnicas jurídicas con que se ha ido enriqueciendo su contenido. El Estado liberal conservó técnicas procedentes del Estado absoluto y éste se benefició de técnicas administrativas procedentes del siglo XIII.

Seguir la pista a las técnicas jurídicas que hoy forman parte del Derecho administrativo, más que un ejercicio de erudición, es un requisito indispensable para su comprensión.

Una primera consecuencia de la orientación metodológica expuesta es rechazar por parcial e inexacta la afirmación de que el Derecho administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución francesa.

Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaban indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va

a usar de técnicas jurídicas preexistentes.

En consecuencia, multitud de técnicas insertas hoy en el Derecho administrativo nacieron antes de existir la Administración como tal. Esto puede producir una cierta perplejidad, ya que en el orden lógico el Derecho aplicable a la Administración parece que requiere que ésta exista previamente.

## II. El nacimiento de las técnicas en el Derecho intermedio

### 1. EL CONJUNTO DE TÉCNICAS DISPERSAS

El Derecho del príncipe se definirá como un *jus proprium* frente al *jus commune* elaborado a partir del siglo XIII por la escuela de Bolonia.

En un primer momento, el ordenamiento está constituido sólo por excepciones al Derecho común, que es el que tienen validez universal. Más adelante, el supuesto que justifica esas excepciones—el príncipe, por ejemplo—llega a tener tal importancia que el ordenamiento a él referido se convierte en un *ius singulare*; el Derecho común es supletorio. La última fase será pasar de *ius singulare* a *jus proprium* dotado de autonomía, integrado de modo que las lagunas han de ser colmadas acudiendo al propio ordenamiento.

### 2. TÉCNICAS DEL DERECHO REGIO INTEGRADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este momento importa solamente destacar una serie de técnicas, incluso de principios generales, que va a acoger el Derecho administrativo moderno sin plena concien-

cia del origen y de las consecuencias que de como tal técnica deban desprenderse.

Son reglas de detalle, y por esa misma razón, al no chocar abiertamente con los ideales políticos del Derecho administrativo, fueron acogidas por éste, tales como la *presunción de la legalidad*, reproducción del principio general de la *praesumptio* que afectaba en el Derecho regio a las decisiones del príncipe; *ejecutoriedad y vía de apremio*, que no es sino el acogimiento de la facultad de apremio que, radicada primero en los créditos fiscales, pasa luego a todas las relaciones jurídicas de particulares con el príncipe; *la mora «re ipsa» en los créditos de la Administración*, que nació en el siglo XIII, y en virtud de la cual el Fisco no necesita interpellar a su deudor, ya que la mora se produce *re ipsa* por tratarse de *contractus stricti juris*; *la inderogabilidad singular de los reglamentos administrativos*, ya que el príncipe—según la Glosa—sólo puede ir contra su *lex generalis*, en un acto singular *faciendo jus*; *la doctrina del oficio y la función pública*; *la imprescriptibilidad demanial*; *las cláusulas exorbitantes*, ya que el Fisco se somete al Derecho común con las excepciones que una multitud de *regulae exorbitantes* van produciendo; *jerarquía y competencia*, que pasan del Derecho regio a través del Derecho eclesiástico; *la inatacabilidad del título en la adjudicación fiscal*; *la doctrina de la multa*, ampliamente elaborada por el Derecho regio; *la expropiación como privación singular*, que encuentra antecedentes directos en la *ablatio singularis* frente a la *ablatio per viam statuti generalis*; *la competencia como cuestión de or-*

*den público; la doctrina de los «jura quaesita»; el principio general «delegata potestas non potest delegari»; la cláusula sin perjuicio de tercero; necesidad de autorización para la transmisión concesional; los intereses de demora; la inembargabilidad del Fisco, «regula exorbitans» y la regla de no compensación.*

### 3. VALOR DE LA APORTACIÓN DEL DERECHO REGIO: SU CONTINGENCIA

Es muy difícil encontrar una característica general del Derecho regio que constituya una aportación unitaria a la construcción del Derecho administrativo. Las técnicas del Derecho regio, que van a ser integradas más tarde en el Derecho administrativo, perderán en éste su sentido originario. El principio de legalidad impregnaría todo el contenido del Derecho administrativo en el constitucionalismo.

## III. La Edad Moderna (el Estado-policía)

### 1. SOBERANÍA Y POLICÍA, DOS CONCEPTOS CLAVES

La Edad Moderna va a ser el momento de la consolidación del Estado en el sentido actual del término. Toda aquella gama de potestades que luchan con la del príncipe son paulatinamente doblegadas. La propia potestad del príncipe dejará de ser una suma de potestades basadas en títulos concretos de intervención para responder a un título abstracto que ahora se acuña, principalmente por obra de Bodino: la soberanía.

Este Estado, cuyo poder se asienta sobre la soberanía y que se asegura con la aparición de los ejércitos permanentes, de una parte, y las curias reales centralizadas, de otra, va a recibir en el siglo xvii el nombre de Estado-policía, ya que el poder se ejercerá para la realización de la policía; ésta será, pues, tanto el móvil de la actuación como su límite. La *politia* será una elaboración doctrinal a partir de la idea medieval de la *pax publica*, que al dotarla de un contenido cada vez más flexible terminará siendo un título genérico de intervención del poder público. Decir que algo cae dentro de la policía equivale a afirmar que sobre ello se ejercerá la potestad del poder público. Pero no a todas las cosas se aplica la potestad pública; la potestad pública no es ilimitada. Al no ser policía, las actividades de fomento no son, no pueden ser ejercidas por procedimientos coactivos, no disfrutan de los privilegios del poder; deben ser ejercidas por procedimientos de Derecho privado, en paridad de circunstancias con los particulares.

### 2. NORMAS JURÍDICAS E INSTRUCCIONES A LOS FUNCIONARIOS

Otro punto que ayuda a la comprensión del Estado-policía es que todas las normas de actuación de las autoridades administrativas no son normas que se dirijan a los particulares. Así, por ejemplo, las instrucciones dirigidas a los corregidores en nuestra patria para que desarrollen su actividad son normas que obligan a los funcionarios con el príncipe.

### 3. DOMINIO EMINENTE Y EXPROPIACIÓN FORZOSA

Otra de las aportaciones más importantes del Estado-policía es el surgimiento y la utilización general de la doctrina del «dominio eminente», en virtud de la cual la *ablatio rei* es posible en el caso de que la necesidad pública lo exija. El príncipe en el Estado-policía puede expropiar dominios de los particulares con la justificación de ese título de la necesidad pública.

### 4. EL DERECHO REGIO COMO «JUS PROPRIUM»

Desde el siglo xv al xix, el Derecho común pasa a ser un Derecho general, pero el Derecho regio se configura ya como dotado de fuerza expansiva. Incluso en ciertos momentos de este período el Derecho regio tiene una vigencia superior al propio Derecho común, el cual vale en tanto en cuanto el príncipe dispone que se recurra a él en caso de silencio. Una primera manifestación de independencia del Derecho regio frente al Derecho común será el privilegio *fori*, de modo que el Fisco lleva sus asuntos *ad suos fiscales iudices* y no *ad extraneos*.

### 5. EL CARÁCTER SUPLETORIO DEL DERECHO COMÚN

Con la Edad Moderna se asentarán las nacionalidades. Ello trae consigo el triunfo de los Derechos nacionales frente al Derecho común.

### 6. DERECHO REGIO Y DERECHO CANÓNICO

En los comienzos de toda esta fase del poder, el Derecho canónico conserva su carácter supletorio, sólo

(Olea Barbosa) conjuntamente al romano, o dejando la suplencia al arbitro judicial para la elección del más justo; pero la supremacía del Derecho regio sobre el Derecho canónico se manifestará por la introducción de técnicas de regalia religiosa (la doctrina del pase regio) y por la necesidad del reenvío material o formal al ordenamiento estatal, como único camino para la aceptación del Derecho canónico.

### 7. INCORPORACIÓN DE ORDENAMIENTOS ESTATUTARIOS

Este auge del Derecho regio, que dura hasta los comienzos del siglo xix, lleva aparejada otra importante consecuencia: la incorporación de los colegios y de los estamentos.

## CAPITULO IV: HISTORIA Y DERECHO ADMINISTRATIVO (II)

### I. El Derecho administrativo como el Derecho común de la Administración pública el «régime administratif»

A partir del siglo xix, la relación Derecho administrativo, heredero en el tiempo del Derecho regio, con el Derecho común adquiere un nuevo significado al lograr dar cima a un largo proceso. Se ha ido perdiendo en la historia la hegemonía del Derecho romano y del Derecho canónico como Derechos comunes. A partir de la Edad Moderna es cada Derecho nacional quien tiene la prima-

cia; pero dentro de este Derecho nacional, el Derecho civil se alzar  con la calificaci3n de Derecho común, y el Derecho administrativo comenzar  un nuevo tramo en el camino hacia su configuraci3n como Derecho propio aut3nomo, tanto *ratione materiae* como, sobre todo, *ratione personae*. Ello da lugar al nacimiento del llamado *régime administratif*, que es una de las dos formas que adopta el Estado de Derecho.

#### 1. LAS CIRCUNSTANCIAS HIST3RICAS DE SU NACIMIENTO

La crisis del *Ancien R gime*. comienza lentamente con la revuelta de los privilegiados en la asamblea de notables de febrero de 1787. Sigui3 casi inmediatamente la preparaci3n de los Estados generales, en los que la clase burguesa va a intentar beneficiarse de la oposici3n suscitada por el estamento noble. Es el momento de la publicaci3n del folleto del abate Sieyès *Qu'est-ce que le tiers  tat?*, que alcanzar  una difusi3n insospechada.

Los Estados generales se transforman en la Asamblea Nacional Constituyente el 9 de julio de 1789. Cinco días después estalla la Revoluci3n y comienza el rápido proceso de destrucci3n del *Ancien R gime*.

El gran impacto de la Revoluci3n francesa y, más concretamente, la gran consolidaci3n administrativa de Napole3n estriban en el sentido de la unidad que dan el conglomerado de técnicas administrativas con la creaci3n de una Administraci3n personificada, con el conjunto jerarquizado y unificado de la burocracia.

#### 2. CARACTERÍSTICAS DEL «RÉGIME ADMINISTRATIF»

La supremacía de la Ley y la centralizaci3n, la liberaci3n de la Administraci3n respecto del poder judicial y la igualdad de derechos de los particulares van a contribuir a la configuraci3n del *régime administratif*, del que pueden destacarse las siguientes notas:

1.<sup>a</sup> *Control jurisdiccional por Tribunales especiales.*

La creaci3n más fructifera de todo el *régime administratif* fue el *Conseil d'Etat* napole3nico; actuando como reglamentador, juez común en lo administrativo y organismo de dic-taminaci3n. Su jurisprudencia fue creando una serie de criterios pretor-rianos que han dado al Derecho francés su fisonomía peculiar.

2.<sup>a</sup> *Centralizaci3n.*

Implica la ordenaci3n jerárquica de todos los 3rganos que componen la Administraci3n y la incorporaci3n de los funcionarios a ese aparato. Todo ello hace posible la existencia de los recursos administrativos.

3.<sup>a</sup> *La Administraci3n como poder juridico.*

Ello trae como consecuencia la existencia de dos distintas clases de legislaci3n: la ley ordinaria, la ley civil y la ley administrativa, el Derecho administrativo. La consideraci3n de la Administraci3n como poder juridico lleva consigo la doctrina de las prerrogativas, tales como la presunci3n de validez del acto administrativo; la acci3n de oficio y la exenci3n de interdictos frente a la Administraci3n.



4.<sup>a</sup> *Otra característica del régimen administrativo es la existencia de «tribunales de conflictos».*

Al configurar la Administración como poder jurídico es preciso una distinción entre el poder judicial y el poder administrativo. Al existir tribunales especiales de administración y tribunales ordinarios es necesaria la existencia de órganos que resuelvan los conflictos de jurisdicción, decidiendo en los casos de duda cuándo un acto de la Administración debe pasar a los tribunales ordinarios y cuándo debe pasar a los tribunales especiales.

## II. Constitucionalismo y Estado de Derecho

Los fenómenos nuevos que contribuyen a la configuración del Derecho administrativo son esencialmente:

### 1. CONSTITUCIONALISMO Y DIVISIÓN DE PODERES: LA PRIMACÍA DE LA LEY

El Estado de Derecho significa la sujeción de los poderes del príncipe por la ley, pero la ley entendida de un modo distinto a como todo el Derecho, desde el Derecho romano, había venido entendiéndose. Aquí la ley equivale a primacía del Parlamento o del cuerpo representativo sobre el príncipe.

### 2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Inicialmente la separación de poder judicial no tiene importancia política, y ese poder queda incluso sometido al ejecutivo. Es al final del constitucionalismo cuando comienza el control jurisdiccional de la Administración; el camino no concluido

de reducir las inmunidades del poder. Ese control inicialmente se configura en una de las modalidades del Estado de Derecho, como auto control de la Administración con tribunales distintos a los de la jurisdicción ordinaria.

### 3. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Naturalmente, si la Administración es controlable jurisdiccionalmente, debe estar a las consecuencias de este control. Este control no solamente puede alcanzar a anular los actos de la Administración, sino también a declarar la responsabilidad económica por estos actos declarados nulos por el poder judicial.

### 4. LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

En el Estado policía el particular no es en modo alguno titular del derecho al cumplimiento de las normas aplicables al poder, no puede invocarlas cuando son infringidas. El único que tiene derecho a exigir su cumplimiento es quien las dicta: el príncipe. Por el contrario, en el Estado de Derecho surgirá la idea del Derecho público subjetivo, que responde a la situación opuesta a la descrita para el Estado policía.

### 5. EL PRINCIPIO DE RACIONALIZACIÓN

Un principio que preside y explica en gran parte el Estado de Derecho y sus instituciones es el que podría denominarse principio de racionalización, apoteosis de la *ratio* renacentista. A ese principio responde todo el detallado sistema de distribución de competencias, la construcción

del aparato burocrático del Estado y la propia teoría de la división de poderes. El mismo principio lleva a la necesidad también de que las normas figuren por escrito (se relega la costumbre a un lugar irrelevante) y sean promulgadas, y se establece entre ellas una jerarquía.

#### 6. CONCLUSIÓN DEL CICLO DE SECULARIZACIÓN

En el ámbito propio de competencia del Estado se marcará una positiva innovación: beneficencia, sanidad, educación en todos sus grados pasarán a ser tareas estatales, ámbitos declarados públicos arrancados a su naturaleza eclesial originaria. El proceso de secularización cerrará así su ciclo con los llamados *servicios sociales* y echará sobre las espaldas del Estado el peso y la responsabilidad de todo el quehacer social. Pues lo que comenzó con una atracción de poder hacia el Estado concluirá con una insoportable asunción de responsabilidades y una injustificada inhibición de la sociedad respecto de sus tareas propias.

### III. El nacimiento del Derecho administrativo español

El papel del Estado, sus funciones y sus títulos concretos de poder tendrán en España ciertas peculiaridades dentro de su entorno común. Serán estos aspectos peculiares los que, pasando al primer constitucionalismo, darán un cierto sentido propio a nuestro Derecho administrativo.

#### 1. LA «PAX PÚBLICA» COMO TÍTULO DE POTESTAD EN LA MONARQUÍA ABSOLUTA DE LOS SIGLOS XVI Y XVII

El Estado que nace con la Edad Moderna, con la etapa cultural del renacimiento, siguió utilizando la vieja idea de la conservación de la *pax pública* como título que justifica las potestades regias. Pero la *pax pública* perderá todo el carácter trascendente, se la desliga de la *pax Dei* al secularizar el poder y el Derecho.

#### 2. EL «ORDEN PÚBLICO» COMO TÍTULO CAUSAL DE POTESTAD EN LA MONARQUÍA ABSOLUTA DEL SIGLO XVIII Y EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

El título de potestad regia va a ser, como sucesor de la idea de la paz y la tranquilidad, la idea nueva del orden público, instaurada ya incommovible desde esta época en el ámbito del Derecho administrativo.

#### 3. EL «FOMENTO» COMO TÍTULO LEGAL DE LA POTESTAD EN LA MONARQUÍA DEL DESPOTISMO ILUSTRADO Y EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

Desde el surgimiento de la ilustración, hacia mediados del siglo XVIII, es la idea del fomento la que figura como panacea en el orden público. Prácticamente vale tanto como decir que el fin último de la Administración es el fomento.

En su ataque a las normas de policía, restrictivas, el fomento, como instrumento de dirección indirecta de la sociedad, pasará a primer término como sustitutivo de la actuación directa, atacada fuerte e impetuosamente desde la exaltación de la libertad económica. La idea clave del

despotismo ilustrado sería la de *remover los estorbos* a la prosperidad.

El fomento aparece así muy lejos de ser configurado como técnica administrativa, sino como justificador del actuar de la Administración como un tránsito secularizado de la Providencia, como una cristalización del afán que los ilustrados tenían por el progreso. La policía administrativa es concebida como parte de este fomento especial (Cortes de Cádiz, 1812) o como algo que debería pasar al orden judicial.

4. LA IDEA DEL «SERVICIO PÚBLICO»  
COMO TÍTULO CAUSAL DE LA  
POTESTAD EN EL ESTADO  
LIBERAL DEL SIGLO XIX:  
LA TECNIFICACIÓN DEL FOMENTO

Al advenimiento del servicio público como título general de justificación del actuar administrativo, el fomento pasa a ser una técnica más del Derecho administrativo, cediendo el paso a la prepotente doctrina del servicio público, que experimentará, a su vez, el mismo proceso, pasando a ser de título genérico de justificación, una técnica jurídica precisa, ya en los comienzos de nuestro siglo.

El criterio de servicio público sirve inicialmente en sede jurisdiccional, y más concretamente como criterio justificativo de potestad para la efectiva actuación de la Administración pública en ámbitos anteriormente exentos. Es en la segunda mitad del siglo XIX cuando el servicio público comienza a adoptar ya fórmulas jurídicas definibles, cuando comienza a ser una técnica a la que se ligan unas consecuencias jurídicas determinadas. Con todo, la idea de servicio—muy a diferencia del fomento, que es típicamente español—nos vino de Francia.

5. EL TÍTULO ABSTRACTO COMO  
FUNDAMENTO DE LA POTESTAD  
DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL  
ESTADO INTERVENCIÓNISTA  
DEL SIGLO XX

En la fase histórica correspondiente a la intervención del Derecho administrativo en la economía se ha puesto en claro que la idea del servicio público no podía ser la generalmente definidora de la actuación administrativa. El servicio público es una técnica más de las muchas que integran el Derecho administrativo.

Desde el constitucionalismo, era ya la ley el propio título de intervención, pero por razones políticas se buscó en la primera mitad del pasado siglo argumentos de asenso (fomento).

IV. La recepción en España  
del régimen administrativo francés

1. LAS ETAPAS EN LA FORMACIÓN  
DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO ACTUAL

El contagio en España de las ideas de la revolución se deja sentir prontamente en las mismas Constituyentes de Cádiz. Sin embargo, la creación del organismo administrativo y de su Derecho propio comenzó, empujado por estas ideas, en el momento de máxima debilidad del poder real; en concreto, durante la guerra de los Siete Años o carlista (1833-1839). Tras 1835 es el romanticismo el auge de la burguesía de negocios, y, sobre todo, el Gobierno en manos de los *moderados*, el triple factor de creación.

Es en el período desde 1843 a 1868, época gris en lo político, cuando se cimentará nuestro sistema adminis-

trativo. Cabalmente el desengaño de la política es lo que hará volcar toda la energía creadora, primero de moderados y luego de progresistas, no en las leyes políticas, sino en las administrativas. El tiempo les ha dado la razón.

Con la restauración de 1874, y apoyándose en la Constitución de 1876, se irá cerrando el ciclo de creación de nuestro sistema administrativo.

Otra etapa fundamental para la consolidación del Derecho administrativo español, como *ius proprium*, arranca de 1954. A este periodo corresponde el movimiento de reforma administrativa oficialmente iniciado en diciembre de 1956.

## 2. CARACTERES PRINCIPALES DE LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA

### 2.1 Constitución y división de los poderes

En la Constitución de 1812, el ropaje nuevo va a ser la división de los poderes, según se explicará en el punto 8.º del discurso preliminar. La soberanía reside en la nación. La ley tiene supremacía sobre el poder ejecutivo. Estas serán las ideas maestras tomadas del Derecho revolucionario francés.

### 2.2 La división provincial

Otro punto clave del nuevo Derecho será la división en provincial, trasunto de la fórmula utilizada en Francia. Esta división será el instrumento para cerrar el ciclo de *lucha contra las regiones y reinos anteriores*.

### 2.3 La inmunidad de la Administración ante la potestad judicial

La creación de una jurisdicción retenida—atribuida como en Francia al Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso)—pasará a ser suprimida tras la revolución de 1868, que unificó los fueros y tribunales. Inicialmente se da la recepción de las ideas francesas, desprendiéndose de la recepción al pasar la jurisdicción a un tribunal independiente.

### 2.4 Organización y destino de competencia

La creación de la burocracia centralizada se impregna también del sentido de competencia delimitada al estilo del incipiente Derecho administrativo francés. Así lo proclama el preámbulo de la Constitución gaditana.

### 2.5 Las reglas de responsabilidad

En Salnz de Andino aparece también la preocupación «porque se prescribiesen reglas bien combinadas sobre la responsabilidad que debe pesar a cargo de todos los empleados públicos, no sólo por el daño que resultase de sus hechos ilícitos, sino también por los menoscabos que se sigan por sus omisiones y faltas de celo».

### 2.6 La incorporación de los señoríos a la corona

La purificación del poder político fue otra de las consecuencias de la recepción. La incorporación de los derechos y señoríos a la corona había sido postulada ya desde los comien-

zos del Estado moderno. La primera incorporación se produjo el 14 de julio de 1503, en Valladolid, pero sobre bases paccionadas por caducidad o incumplimiento. Es sólo en la Constitución de Cádiz, cuando adopta un neto carácter de ley, de incorporación por vías de imperio administrativo. Comenzado este nuevo ciclo en 1811, los señoríos se reincorporaron, convirtiéndose en Derecho privado por leyes de 1823 y 1837.

## 2.7 Los servicios

De otro lado, los servicios aparecen ya en el mismo preámbulo de la Constitución de Cádiz en una expresión a *demi chemin* de su configuración actual.

## 2.8 Presupuestos y ordenación económica

El decreto de las Cortes de Cádiz de 22 de marzo de 1811 introdujo la técnica presupuestaria en nuestro Derecho en los artículos 338 y siguientes de la Constitución, que no fueron realmente cumplidos hasta 1820-1823. Fue obra de López Ballesteros la estabilización de la técnica presupuestaria (instrucción de 2 de julio de 1824), y fue mérito de los gobiernos moderados, y más de Santillán que de Alejandro Mon, la ordenación fiscal.

# CAPITULO V.

## I. Derecho administrativo y ciencia de la Administración

El término ciencia de la Administración encierra, según autores y épocas, significados muy diversos. En una primera aproximación puede afirmarse que equivale al estudio de los aspectos no jurídicos de la Admi-

nistración, a modo del *pariente pobre* del Derecho administrativo. Igualmente cabe señalar que hay en nuestros días un resurgimiento de los estudios no jurídicos relativos a la Administración pública. Hablar de renacimiento pone de relieve que en los momentos anteriores esos estudios estaban en baja.

Frente a la construcción de la ciencia administrativa, propia de Von Stein, en cuya línea se encuentra en España Oliván, y sobre todo Colmeiro, que paralelamente a las formas jurídicas analiza también la historia de las instituciones, su proyección social, su vinculación a la política, se produce la reacción juridizante, la consideración exclusivamente jurídica del fenómeno administrativo.

La depuración jurídica de la Administración con que arranca el Derecho administrativo es una oposición patente al «ametodismo metódico» de la ciencia de la policía. Este contraste no se debe a razones de carácter científico, sino de orden político, consustanciales al primer constitucionalismo y a la revolución francesa, creadora del sistema administrativo continental. Es la manifestación del repudio del *Ancien régime* y de su arbitrariedad. El Derecho administrativo traduce la aspiración por someter la acción administrativa al Derecho objetivo y defender al particular contra los abusos del poder. La consecuencia es que todo lo que no es susceptible de reducción al Derecho deja de tener interés como objeto de estudio.

Ya sea una ciencia autónoma o de una disciplina aplicativa, lo que parece deducirse del examen de la evolución de las ciencias de la Administración es que considerar parcialmente a la Administración pública es un

error que ofrece peligros a la hora de la formación, tanto de los juristas como de los funcionarios.

La consideración estática de la Administración, y su dinámica, la actuación administrativa, requieren que la contemplación del fenómeno monolítico se haga de distintas maneras. Se produce así una convergencia mental de las ciencias en cuanto a cada una de ellas da un aspecto diferente de algo que es único.

El saber que el punto de vista es parcial hace tomar conciencia de que desde otros puntos de vista los resultados pueden ser diferentes. El producto final es, por tanto, más rico; el pensamiento se afirma, se comprende mejor el fenómeno, se produce una fertilización mutua de las ciencias. Aplicándolo a la Administración podría decirse que la visión extrajurídica del fenómeno administrativo permite inyectar sangre nueva, contemplar desde ángulos inéditos el viejo edificio de la ciencia del Derecho administrativo. La toma en consideración de otros puntos de vista fuera ya del Derecho sirve de alicate y de útil contraste al estudio jurídico.

Por otra parte, hay otro aspecto de las ciencias administrativas en que el Derecho es mera tangente, un concepto límite. Son las ciencias no jurídicas de la Administración; así, las técnicas de información, de organización y métodos, de documentación, la mecanización de las oficinas públicas, las técnicas de iluminación de oficinas, la racionalización de los circuitos de documentos. Todo ello són hoy por hoy criterios extraños al Derecho que pueden contribuir al aumento de la eficacia de la Administración.

La Administración pública moder-

na, aunque aspira a ello, no responde al criterio de racionalidad, por su contagio con la política, su apego al dato y problemas reales, que ha de tener en cuenta y resolver. La reacción ante el *quantum* inexorable de racionalidad es la ciencia de la Administración, ciencia de principios estables, racionales, lógicos, universales. No obstante, las técnicas de O & M (Organización y Métodos) y las llamadas *Administrative Science* y *Science of Administration*, surgidas en Norteamérica, han sido un paliativo muy dudoso al tema de la irracionalidad. Contemplar a la Administración desde un ángulo no jurídico, más empresarial al estilo norteamericano que al modo europeo continental de ver la Administración, es minimizar, al cuantificar como sistema, el papel de la personalidad creadora, dentro del mismo plano. El fracaso de esta *puzzle* de técnicas es verificable sobre todo cuando se le intenta equivocadamente juridizar; las técnicas de clasificación de puestos de trabajo, de las relaciones circunstanciadas y hasta de remuneración por incentivos cuantificables *a priori*, se han traducido, en la realidad, en el mantenimiento de los conceptos de destino, de escalafón, de tasas y de categorías que las leyes (LPA y LPE) intentaron cabalmente trocar por ideas y filosofías distintas.

## CAPITULO VI

### I. Origen, desarrollo y estado actual de la ciencia del Derecho administrativo

El desarrollo de la ciencia del Derecho administrativo ha sido un progreso lento, íntimamente ligado con la ciencia política, es decir, un pro-

greso saltuario, del mismo modo que lo hace el Derecho administrativo, objeto de la ciencia.

Prácticamente, sin embargo, pese a que el desarrollo de las instituciones del Derecho administrativo arranca de períodos muy remotos, la verdadera ciencia del Derecho administrativo sólo comienza en los primeros años del siglo XIX, y ello por las razones siguientes:

1.<sup>a</sup> Por un hecho objetivo, porque el Derecho administrativo, el Derecho de la Administración, nace al mismo tiempo que la idea de la Administración como centro de imputación jurídica, idea que es producto fundamentalmente de la revolución francesa.

2.<sup>a</sup> Porque es hacia el año 1818 cuando en Francia surgen las primeras cátedras universitarias del Derecho administrativo.

3.<sup>a</sup> Por el prestigio *snob* de las ideas francesas en toda Europa en el siglo XIX, que hizo decir a Guizot que creía poder decir sin vanagloria que Francia ha sido el centro, el hogar de la civilización europea—Le Foyer de la civilisation de l'Europe.

4.<sup>a</sup> Porque el carácter y savia política de que se nutre el Derecho administrativo obligaría a la doctrina a romper con el pasado. Gerber se lamentaba en 1852, de que así como el Derecho civil se había ido construyendo casi sin solución de continuidad, no hubiera tenido igual fortuna todas las obras del Derecho público del siglo anterior, que estaban ya prácticamente olvidadas. Y ello no porque la doctrina estuviera mal construida, sino por razones estrictamente políticas. La afirmación es verificable en nuestro Derecho al examinar la obra de Dou y Bassols, el último jurista del antiguo régimen,

y comparar su sólida obra con cualquier otro trabajo de Derecho público del pasado siglo: había que estrenar la nueva ciencia apartando la ganga del pasado.

## II. La ciencia de la policía

### 1. LA APARICIÓN DE LA CIENCIA DE LA POLICÍA

La ciencia de la policía es bastante posterior al surgimiento real de la policía administrativa, surgiendo prácticamente en las postrimerías del Estado policía. Desde 1700 hasta 1806 van apareciendo una serie de obras dedicadas a estudiar el concepto de la policía administrativa, la serie de prerrogativas del príncipe, que va a pasar luego, con una profunda transformación, al Derecho administrativo francés.

Las obras de la ciencia de la policía se caracterizan por ciertos rasgos generales y comunes: no se trata estrictamente de una ciencia jurídica, sino que sobre este Derecho de los juristas se superpone una ciencia de hechos. De rechazo, está caracterización de la ciencia de la policía como ciencia de hechos produce que lo que cada autor persiga y exponga no sean principios de legalidad, sino de oportunidad.

### 2. LA CIENCIA DE LA POLICÍA EN FRANCIA

La ciencia de la policía, lo mismo que el propio término de policía administrativa, es de origen francés. Obedece a una expresión curialesca de las ordenanzas reales francesas, que solían concluir con la frase: «Sous la bonne police du Roi.» Esta frase es común en todos los diplo-

mas y ordenanzas reales a partir del siglo XIII.

La primera obra cuya aparición queda comprobada es la de Delamare, comisario del rey de Francia, *commissaire di Châtelet*. Era un *maître des requêtes*, que viene a ser un juez ambulante del rey, el juez que otorga justicia no en la curia del rey, sino en cualquier lugar del país. Delamare escribe un tratado de la policía, publicado en varios volúmenes, en 1705, 1710 y 1719. El primer tomo es justamente *De la policía*, y el segundo, *De la religión*, lo cual indica cómo la ciencia de la policía no era una ciencia jurídica, sino una ciencia de hechos, ciencia de gobierno más que ciencia de Administración.

### 3. LA RECEPCIÓN DE LA CIENCIA DE LA POLICÍA EN ALEMANIA

La obra de Delamare tiene un influjo decisivo en los Estados alemanes. Este autor escribe su tratado de la policía en una época en la que el Estado absoluto está ya en Francia consolidado, en el que, por tanto, su utilización para fines de concentración de poderes es inútil. Por el contrario, el Estado absoluto no se vislumbraba todavía en Alemania. Esta es la explicación de por qué la obra de Delamare no tuvo en Francia una consecuencia científica o política inmediata y, por el contrario, la ciencia de la policía pasa a ser en este mismo siglo una ciencia casi exclusivamente alemana aun cuando fuese francés su origen.

La primera obra que adquiere importancia, que es traducida en varios países europeos y que se reedita, es la obra de J. E. Püter; está escrita en latín, y se titula *Instituciones de Derecho público germánico (De institutione iuris publici germanici)*. Las

demás obras de Becher, Kliber, Posse, J. C. List, Grönner, Von Berg y Sonnenfels tienen una característica general distinta de la obra de Püter y tratan simplemente de recopilar los derechos de supremacía de los príncipes.

Fundamental también en la ciencia de la policía es la aportación de Justi. Sus dos obras son escritas hacia mediados del siglo XVIII; la primera, con el título de *Ciencia del Estado*, que sale a la luz en el año 1755, y la segunda, al año siguiente, con el nombre de *Fundamento de la policía*.

### III. El Derecho administrativo francés y su influjo en otros países

En la ciencia del Derecho administrativo francés pueden descubrirse estos tres caracteres generales:

a) Su configuración positivista, huyendo de las generalizaciones y abstracciones, de la construcción al estilo pandectista, aferrándose, por el contrario, a la realidad de la legislación positiva y a la realidad cotidiana de la vida administrativa.

b) Este apego a la ley positiva, que es, por otro lado, apego a las decisiones jurisprudenciales y contacto con la necesidad diaria de la Administración, hace que la construcción de la ciencia del Derecho administrativo en Francia se conciba como examen del dato concreto. Todo principio jurídico debe ser contrastado con la realidad para ver si se trata de un principio eficiente y justo.

c) *Su construcción universitaria*. La ciencia de la policía es una ciencia fundamentalmente elaborada por los funcionarios de las Cámaras del príncipe, por la burocracia administrativa. Sin embargo, el Derecho ad-



ministrativo francés es la primera construcción del Derecho administrativo partiendo de sistemas universitarios, con exposición al estilo universitario y hecha por universitarios o profesores de Universidad. Ello entraña que la perspectiva desde la cual se construye el Derecho administrativo no es la perspectiva del poder—como sucede con la ciencia de la policía—, sino desde el punto de vista del administrado, del súbdito. Y esta «inversión copernicana» implica tanto como que el Derecho administrativo no es ya un instrumento de poder para proteger a la Administración, sino, por el contrario, un instrumento de defensa del particular contra la Administración.

Esta ciencia empieza con tres nombres: Bonnín, Henrion de Pansey y Loaré. Todos ellos pertenecientes a los quince primeros años del siglo XIX. Las obras de estos tres autores son tratados de competencia jurisdiccional, intentando resolver un problema trascendental que a la ciencia del Derecho administrativo francés se le planteó con su especial consideración de la doctrina de la división de poderes de Montesquieu.

La publicación en 1818 de los *arrêts*, de las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, en su carácter de juez administrativo, implicó una segunda etapa en la construcción científica del Derecho administrativo francés, que prácticamente queda plasmada en estos tres nombres: Macarel, Cormenin y De Gerando, que marcan el comienzo de la llamada *escuela de la exégesis*, que tan gran impacto causaría en España junto a Vivien (traducido en 1858).

La etapa central de construcción científica de la ciencia del Derecho administrativo francés comienza en

la segunda mitad del siglo XIX en torno al nombre de Eduardo Luis Julio Laferrière (1841-1901), abogado y luego vicepresidente del Consejo de Estado desde 1886. En 1878 se publican los dos volúmenes de la obra de Laferrière con el título de *Tratado de Jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos*. Esta había sido precedida por los estudios puentes de Aucoc (1822-1910) y Ducrocq (1829-1913), el primero con sus *Conferencias sobre la Administración y el Derecho administrativo*, en 1869, y el segundo, con sus *Curso de Derecho administrativo de la legislación francesa*.

Después de la tesis procesalista de Laferrière aparece la tesis personalista de Anselmo Policarpo Batbie (1828-1887), que con su *Tratado teórico y práctico de Derecho público y administrativo* (1885) da nacimiento a otra etapa con perspectivas modernas. Batbie concibe a la Administración como una persona viva, como un centro único de imputación jurídica. Todo el problema de organización que hasta esta fecha no había aparecido en la construcción del Derecho administrativo francés aparece por primera vez en la obra de Batbie.

A partir de 1872, el Tribunal de Conflictos delimita con el célebre *arrêt Blanco* el concepto de competencia de la Administración, que sólo alcanza al servicio público. Así, cuando hacia fines del siglo toma auge la ciencia del Derecho administrativo francés, se destacan tres direcciones diferentes:

- 1.ª La del servicio público, prácticamente de inspiración jurisprudencial más que doctrinal.
- 2.ª Otra de índole procesalista, por así llamarla, significada por Laferrière.
- 3.ª Una

dirección de índole orgánica, centrándolo en la Administración como persona jurídica y como organización, representada por la obra de Batbie.

El nombre de León Duguit (1859-1928) significa no sólo una aportación al Derecho administrativo, sino una intensificación y potenciación del famoso *arrêt Blanco*. Esta concepción, medio política y medio sociológica de Duguit, potenció hasta tal punto el concepto de servicio público como definitorio del Derecho administrativo, que dio lugar a la famosa Escuela de Burdeos del servicio público, cuyos nombres son todavía actuales y cuyo criterio informa todavía en gran parte el Derecho administrativo francés.

La dirección de Batbie es seguida por Hauriou, decano de la Facultad de Toulouse, creador del más auténtico y constructivo Derecho administrativo francés, y en la actualidad, por Waline.

La dirección de Laferrière se pierde en los comienzos del siglo.

#### 1. LA RECEPCIÓN DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO FRANCÉS EN EUROPA

Todo fenómeno de recepción de derechos extranjeros obedece, más que a razones de superioridad lógica, a motivaciones fundamentalmente políticas.

El Derecho administrativo francés es producto de la revolución francesa, cuyas ideas se expansionan rápidamente por Europa, y a esta razón obedece que el Derecho administrativo francés, en sus rasgos fundamentales, sea recibido en Italia, en España, cuarenta años más tarde, y, principalmente, en Alemania. Sin embargo, tal recepción no logrará

quebrar las líneas originales de cada país. Y, así hoy, ante la unificación legislativa del Mercado Común, pondrá Flambert de relieve las hondas diferencias de cada concepción.

#### IV. El Derecho administrativo en los países germánicos

La ciencia de la policía perdura hasta 1806, época en la que se llegará a una nueva fase en la construcción del Derecho administrativo, que alcanza hasta 1848. Características generales de toda esta primera época es la transformación de la ciencia de la policía en el Derecho administrativo, apoyada, como siempre sucede en Derecho administrativo, con variaciones sustanciales de la política en aquel momento.

La primera obra de esta fase, y que implica el primer salto de la ciencia de la policía al Derecho administrativo, es la de Behr, publicada en 1810. Toda la obra de Behr no es sino una aplicación al Derecho administrativo de las doctrinas filosóficas y jurídicas de Kant, por un lado, y, por otro, de la escuela de Manchester de Adam Smith. Con Mohl, que publicó en 1829 su *Derecho del Estado*, y en 1831 su *Derecho administrativo*, se purifica aún más de elementos extrajurídicos la construcción del Derecho administrativo.

Es después de la revolución de 1848 cuando el Derecho administrativo comienza a tomar en Alemania un matiz universitario. Dentro de esta etapa de construcción universitaria del Derecho administrativo, son la obra de Pözl, *Derecho administrativo bávaro*, en el año 1856, y la obra de von Ronne, *El Derecho del Estado de la monarquía prusiana*, las construcciones más significativas.

Rodolfo von Gneist, procurador nacional liberal del Parlamento alemán, más tarde concejal del municipio de Berlín y luego profesor universitario, va elaborando una obra mitad administrativa y mitad política, cuya influencia todavía es actual y evidente en el Derecho germánico.

Antes de llegar a otra clave en toda esta construcción como Lorenzo von Stein, es necesario indicar las obras de dos autores, Otto Baehr y Carlos Federico von Gerber. La obra de Baehr puede definirse fundamentalmente como la construcción administrativa del Estado de Derecho. Gerber no publicó ningún tratado, sino una mera introducción sobre la autonomía del Derecho administrativo frente al Derecho constitucional y un corto trabajo sobre los derechos públicos (1852). Hasta este momento el Derecho administrativo era considerado como parte del Derecho político o del Derecho constitucional. Toda la organización administrativa, según estos autores examinados, como en los franceses, pertenece al Derecho constitucional y no al Derecho administrativo, y es justamente con Gerber cuando comienza la primera etapa de autonomía del Derecho administrativo.

Después de la obra de Gerber se llega a Lorenzo von Stein (1815-1890): La aportación de Stein a la ciencia del Derecho administrativo es, en cuanto a su vigencia actual, doble: 1.ª En cuanto intentó una distribución de la ciencia del Estado, en la que el Derecho administrativo se encaja fuera del Derecho constitucional. 2.ª En cuanto que Stein repele la construcción puramente jurídica del Derecho administrativo, indicando la necesidad de que el ad-

ministrativista no se detenga en el puro dato legal, sino que simultáneamente estudie la necesidad a que ese precepto responde, su eficacia para resolver el problema que le dio nacimiento, el impacto en su aplicación.

Con Otto Mayer (1846-1924) comienza la construcción del Derecho administrativo, la estructuración del Derecho en categorías jurídicas. Mayer planteó y resolvió parcialmente el problema de la parte general del Derecho administrativo. Tan definitivamente resolvió Mayer esta parte general que prácticamente hasta hoy el Derecho administrativo adolece de esta construcción de parte general y de la falta de construcción de la parte especial. Es decir, la obra de Mayer fue seguida tan fielmente por el resto de la doctrina que prácticamente todo el esfuerzo de construcción a partir de Otto Mayer se basó en el análisis de esta parte general del Derecho administrativo, dejándolo sin construir hasta nuestros días la parte especial.

Después de Mayer, que es absolutamente vigente, prácticamente el Derecho administrativo germánico se va orientando hacia el positivismo jurídico, utilizando técnicas tomadas a préstamo del Derecho privado (Schoen, Hatschek, Herrnritt), o edificando el Derecho administrativo sobre la base de la teoría pura del Derecho (Merkl, Ross), o siguiendo, finalmente, el método administrativo de Otto Mayer (Fleiner, Walter, Jellinek). Estas son las orientaciones genéricas, salvo la etapa del nacionalsocialismo, en donde brilla Frank. En la actualidad la obra más significativa es la de Forsthoff, que, junto con otros autores, preconiza la vuelta de Stein y la consideración de todo el problema administrativo no

puramente desde un ángulo estrictamente jurídico, sino con una comprensión total del problema.

### V. El Derecho administrativo en Italia y Portugal

En Italia, el Derecho administrativo es hoy una de las ciencias más desarrolladas. Las obras italianas de Derecho administrativo son de consulta obligada en cualquier tema, pero, sin embargo, no se ha hecho otra cosa sino seguir la dirección francesa o la alemana. En 1814 se publica en Italia la obra *Principios fundamentales del Derecho administrativo*, de Juan Doménico Romagnosi (1761-1835); en 1840 aparece la obra de Gennaro Mannia, y en el mismo año, el *Curso de Derecho administrativo*, de N. Rosi (1811-1877). Estas tres obras constituyen una mezcla de economía política, de Derecho constitucional, y sólo en parte son de Derecho administrativo propiamente dicho.

La segunda fase del Derecho administrativo italiano está constituida por la introducción del sistema francés. Comienza con la promulgación de la Ley de 3 de marzo de 1865. Hasta 1895 el Derecho administrativo italiano sigue la línea francesa. Desde 1895 es la orientación alemana la que predomina.

Es con Victorio Manuel Orlando con quien comienza el verdadero Derecho administrativo italiano. La orientación actual puede decirse que nace con su *Primo Trattato*, en donde se sigue un método descriptivo. La construcción y la configuración de una parte del Derecho administrativo aparece por primera vez en Federico Cammeo, al desprenderse de todo elemento extrajurídico. Esta

tendencia de depuración sigue con Santi Romano (1875-1941), Bruniatti y Pressutti, con cuyos nombres estamos ya en presencia del Derecho administrativo contemporáneo. Este purismo jurídico, que es una de las características más acusadas del Derecho administrativo italiano, es una consecuencia de la orientación germanicista del Derecho administrativo.

En Portugal sucede lo mismo que en Italia, pues no se aporta criterio de construcción a la ciencia del Derecho administrativo; por otro lado, su construcción auténtica y original es escasísima.

Prácticamente, el nombre más significativo en el Derecho administrativo es el de Marcelo Caetano, juez-profesor de la Universidad de Coimbra y político, en cuya construcción científica se unen dos vertientes fundamentales para todo intento serio de construcción del Derecho administrativo: la vertiente universitaria y la vertiente de la Administración activa, del conocimiento interior de la Administración.

### V. El Derecho administrativo en España

Como en los demás países, la ciencia de la policía está enteramente ligada con un sustrato político-filosófico que es justamente el que determina su nacimiento: el «despotismo ilustrado». A la sombra del «despotismo ilustrado» surgen una pléyade de autores que pasan a la historia con el nombre de «cameralistas», los cuales estudian la economía, la ciencia fiscal, la estadística y también la ciencia de la policía. El prototipo de monarca español del «despotismo ilustrado» es Carlos III, en cuya épo-

ca florecen una serie de nombres como Saavedra Fajardo, Pedro Navarrete, Canga Argüelles, etc. En realidad, la contribución española a la ciencia de la policía es escasa y poco original. Tres son los nombres principales: Puig y Gelabert, Valeriola y Valentín de Foronda.

Como etapas de la ciencia del Derecho administrativo pueden señalarse las siguientes:

1.<sup>a</sup> De recepción del régimen jurídico francés. Se extiende desde Javier de Burgos hasta Colmeiro.

2.<sup>a</sup> De transición, que debe fijarse en los últimos años del siglo XIX.

3.<sup>a</sup> De perfeccionamiento.

4.<sup>a</sup> Una última etapa en la que el Derecho administrativo alcanza su mayoría de edad.

Hasta 1832 nos encontramos con algunas traducciones, como las de las obras de Bonnin, Macarel y Gerando. Es en 1832 cuando puede señalarse la primera gran fecha para la historia de la ciencia jurídica administrativa española. Debe destacarse a Javier de Burgos, ministro de Fomento, que es, sin duda, el primer investigador español de la ciencia administrativa. Ya en el exilio, en 1826, dirige a Fernando VII una exposición recomendándole la introducción en España de esta nueva ciencia. Desde su Ministerio de Fomento va a adoptar tres medidas, el 30 de noviembre de 1833, que marcarán un hito en la historia del Derecho administrativo español, por medio de dos reales decretos y una instrucción. Estos reales decretos tienen por objeto el establecimiento de la división territorial en provincias y el establecimiento de las subdelegaciones de Fomento. La instrucción se dirige a estos nuevos funcionarios, recomendándoles la adopción de una

serie de medidas que constituirán el germen de la ciencia administrativa en nuestra patria. Años más tarde, en 1841, el mismo Javier de Burgos pronunció una serie de conferencias, bajo el título de *Ideas de la Administración*, en Granada. A estas conferencias asisten su paisano Manuel Ortiz de Zúñiga y Alejandro Oliván. El primero de los citados publicó en 1841 *De los alcaldes y ayuntamientos*, y un año más tarde publica el primer volumen de sus *Elementos de Derecho administrativo*, el cual constituye la primera obra general de Derecho administrativo en España, con notoria influencia de Bonnin. Más importante que la obra de Ortiz de Zúñiga es la obra de Oliván, que publica en 1843 su estudio *De la Administración pública con relación a España*.

En 1851 publica Cos Gayón su *Historia de la Administración pública de España*, obra que carece de seguidores.

La creación de una ciencia del Derecho administrativo comienza realmente con Posada Herrera, profesor de la Escuela de Administración, diputado, secretario, vicepresidente y luego presidente de las Cortes, ministro de Gobernación, de Gracia y Justicia y de Fomento; presidente del Consejo de Estado, embajador y presidente del Consejo de Ministros. Pese a esta actividad política ingente, sus *Lecciones de Derecho administrativo*, dictadas en 1843, constituyen un auténtico trabajo creador. El período que examinamos culmina con la obra de Colmeiro *Derecho administrativo español*, cuya primera edición aparece en 1850, publicándose la última edición, que es la cuarta y la más manejada, en 1876, con un apéndice de 1880. Una cosa

sorprende en todos los autores que hemos citado: su conciencia de empresa a realizar. Están convencidos de que están edificando y que tienen que edificar la Administración española, y consideran esta Administración, en contra de las corrientes de la época, como un elemento fundamental para el progreso del país.

Es a fines de siglo cuando comienza la segunda etapa. Como autores de ella tenemos a Santamaría de Paredes, Cuesta y Mellado, que se encuentran especialmente influidos por los autores franceses. El *Curso de Derecho administrativo* de Vicente Santamaría de Paredes aparece, en su primera edición, en 1885, y en su sexta, en 1904, excelente manual, pero excesivamente positivista y simple.

A comienzos de siglo se inicia la recepción del método jurídico en España, con Adolfo Posada (*Tratado de Derecho administrativo*); Royo Villanova (Antonio), que en 1902 publica sus *Elementos de Derecho administrativo*, obra que ha alcanzado muchas ediciones y que ha sido puesta al día por Segismundo Royo Villanova; Güenechea, cuya obra aparece en 1915, y Gascón y Marín, que publica su obra general en 1917.

Puede decirse que desde este momento surge una escuela española de Derecho administrativo en la que deben encuadrarse a autores como Jordana de Pozas, Fernando de Velasco, García Oviedo y Alvarez Gendin.

Es en nuestra posguerra cuando puede afirmarse que se abre la última etapa en la historia de nuestro Derecho administrativo. Posiblemente, estamos entrando en la época de madurez. Esta época se caracteriza por el empleo consciente y con el máximo rigor técnico del método jurídico.

## CAPITULO VII

### I. El Derecho administrativo en los países anglosajones

#### 1. LA DIFERENCIA CON EL DERECHO CONTINENTAL: LA DISTINTA CONCEPCIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Cuando se habla de los países anglosajones, nos estamos refiriendo a otra mentalidad administrativa distinta. Estamos ante una construcción jurídica y política, no sólo del Derecho administrativo, sino de todo el Derecho, completamente diversa de la del Derecho continental. El *common law* es el Derecho no escrito, revelado sólo por las sentencias (*judge-made law*).

La obra que viene a señalar fundamentalmente el abismo que entre ambos derechos existe es la de Dicey, *Introduction of the law of the Constitution*, aparecida en 1885 y editada en el All Souls College, de Oxford. Esta obra crea un ambiente hostil respecto de la introducción del régimen administrativo del continente, ambiente que aún perdura en nuestros días. Dicey llega a la conclusión de que el régimen administrativo francés es un régimen autoritario que lleva al despotismo, no ofreciendo ninguna garantía a los particulares frente a la Administración. La tesis de Dicey es aceptada sin discusión hasta el año 1921, fecha en que sir Cecil Carr publica su *Delegated Legislation*. Pero prácticamente la obra que le ataca directamente es la de William Robson, *Justice and Administrative law*, aparecida en 1928.

El Derecho anglosajón se diferencia del régimen administrativo en un punto de partida totalmente dife-

rente. La división de poderes obedece a un criterio radicalmente distinto: el de la especialización de los poderes. Todo lo que signifique una restricción a la propiedad o a la libertad pertenece al poder legislativo; al poder ejecutivo incumbe solamente la ejecución de la ley; al poder judicial, todo lo que sea resolución de conflictos interindividuales. Si la Administración entra en litigio con un particular, resuelven los tribunales ordinarios. Esta configuración, totalmente distinta de la del régimen administrativo, hace, en primer término, que en el sistema británico no aparezca la figura de la Administración-persona.

## 2. LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN

La segunda diferencia consiste en los poderes de la Administración, mucho más limitados, aunque hoy día todo organismo nuevo aparece dotado, en el acta de constitución, de poderes más amplios que los de los organismos tradicionales.

Igualmente para la comprensión del sistema administrativo actual hay que tener en cuenta la legislación delegada, que responde a la expansión de poderes del ejecutivo, a raíz de la primera posguerra. La legislación delegada constituye una derogación del principio fundamental de división de poderes, tal como en el sistema británico era entendido, e implica una aproximación al sistema continental.

## 3. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La justicia administrativa corresponde al poder judicial, incluso en aquellos supuestos en que se trata de ejecutar decisiones del Gobierno. Este principio, que dura más de dos-

cientos cincuenta años, encuentra su primera quiebra con el surgimiento de los grandes servicios públicos. Desde 1873, en que se establece la primera legislación de tipo general sobre ferrocarriles en Inglaterra, la proliferación de servicios públicos prestados por el ejecutivo hace que la decisión de los conflictos entre la Administración y los usuarios se vaya confiando al poder ejecutivo, creando así una figura anómala de función casi jurisdiccional, como se denomina en el Derecho inglés. Cada servicio público tiene su propia regulación, pudiendo observarse que los que han venido al mundo con mayor modernidad tienen unas funciones casi jurisdiccionales mucho más amplias que los iniciales servicios públicos.

## 4. LA RELACIÓN ADMINISTRACIÓN CENTRAL-ADMINISTRACIÓN LOCAL

Otro punto también importante, porque sirve para configurar el matiz totalmente original del Derecho británico, es el de la relación entre la Administración central y la local. Los condados y los municipios no están uniformemente regulados por una ley, ni creados ni dirigidos desde el centro, sino que, por el contrario, son más bien producto espontáneo, que en su regulación, hasta los comienzos de este siglo, eran prácticamente inmunes a toda actividad del Gobierno central. Desde 1920 esta inmunidad fue sufriendo paulatinamente quiebra por medio de un triple sistema:

1.º El de la subvención condicionada, *Grants in aid*.

2.º Cuando una ley general impone a una entidad local el cumplimiento de una obligación sanitaria,

por ejemplo, la Administración central tiene facultad para vigilar y urgir el cumplimiento de esta obligación, *Default power*.

3.º Por la intervención y fiscalización de sus cuentas, *District Audit*.

#### 5. LA DEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LOS TRIBUNALES

La dependencia jurisdiccional de la Administración respecto de los tribunales tiene una única excepción: cuando se trata de cuestiones de apreciación en las que normalmente los tribunales ordinarios rehúsan entrar en el fondo del tema por considerar que esta apreciación téc-

nica y general incumbe exclusivamente al Gobierno. El procedimiento de sumisión de la Administración al poder judicial encuentra su coronación en la derogación del viejo principio, secularmente establecido en Inglaterra, según el cual el rey no puede actuar ilegalmente. Esto dio lugar a la innovación más fundamental en el Derecho público británico, *The Crown Precedings Act*, de 1947, según la cual se deroga el viejo principio de la irresponsabilidad del Gobierno y se establece al estilo continental la de responsabilidad de la Administración.

JUAN LUIS DE LA VALLINA