

Lo Contencioso-administrativo

(*Conclusión*)

V

Mas no es común a todos los Estados modernos la existencia de un régimen administrativo de esta clase, o sea, propiamente autónomo —aunque las diferencias se encuentren hoy bastante debilitadas—, y así al advenimiento de la idea del Estado como poder público se vió dibujarse la divergencia del régimen del pueblo inglés con el de los países continentales, a virtud de haber sido posible para aquél la continuidad de su organización tradicional, mediante la adaptación al nuevo orden de ideas del aparato público constituido.

Allí, dice Hauriou, la organización judicial pudo ser adaptada al nuevo régimen del poder público, bastando para ello que los tribunales de justicia desarrollasen en la medida necesaria su intervención preventiva y sus atribuciones de policía y, particularmente, que pudiesen dictar reglamentos e intimar a los agentes de la administración en la ejecución de los mismos.

Sin embargo, para que esta administración judicial pudiese tener efectividad —añade Hauriou— se precisaban dos condiciones: centralización orgánica de los tribunales y autonomía estamental de las entidades. Condiciones que pudieron ser cumplidas en Inglaterra donde, de una parte, los tribunales judiciales fueron fuertemente centralizados con plenitud de jurisdicción, asegurándose así cierta unidad de criterio en la aplicación del Derecho, y, de otra, se conservó la amplitud de competen-

cias de de las autoridades locales encargadas de los servicios, bajo el control de los tribunales de justicia (35).

Los caracteres fundamentales del clásico sistema administrativo inglés (36), y en general de todos los países anglosajones, son los siguientes:

- 1.º Inexistencia de un Derecho especial para el Estado.
- 2.º Inexistencia de jurisdicción administrativa especial.
- 3.º Responsabilidad directa del funcionario.

Esto es, los rasgos opuestos al típico régimen administrativo, según quedaron anteriormente expuestos. Estos caracteres constituyen la base que sirvió de fundamento para la afirmación de la inexistencia del Derecho administrativo en Inglaterra, que Goodnow entendía más bien en el sentido de carencia absoluta de una clasificación del Derecho (37).

1.º En los países continentales el advenimiento brusco del régimen de legalidad, en sustitución del sistema de la Monarquía absoluta, trajo como consecuencia la traslación violenta de la soberanía al órgano de la representación nacional, al Parlamento. Pero en Inglaterra los hechos tienen un proceso más largo y acaecieron de otro modo.

En un principio, la posición de la Corona inglesa derivaba del carácter absoluto del gobierno establecido por los reyes normandos. La idea normanda de la realeza combinaba los poderes de la soberanía nacional con los de la teoría feudal de la Monarquía (38), y el Rey representaba, juntamente, el jefe elegido de la nación y el señor de todo el país. Rechazaba las limitaciones que se habían impuesto a los monarcas anteriores por la acción del *witan* (39).

La situación de los reyes normandos fué muy diferente de

(35) HAURIOW: *Ob. cit.*, 10.ª edición, página 6, nota.

(36) Quedan al margen de nuestro estudio, en el que dada su esencial finalidad, no presentan interés las rectificaciones que este sistema clásico viene sufriendo en las últimas épocas.

(37) *Derecho administrativo comparado*, edición española de «La España Moderna», volumen I, páginas 10 y siguientes.

(38) STUBBS: *Constitutional History of England*, volumen I, capítulo IX, páginas 381 y siguientes.

(39) V. STUBBS: *Ob. cit.*, páginas 154 y siguientes.

la de sus antecesores los sajones, entre los cuales el monarca era electivo —con posibilidades de ser depuesto—, representativo, responsable y moderado constitucionalmente por el *witan* (especie de cámara de representantes de carácter estamental), tanto por la cooperación de éste en el proceso legislativo, como por sus facultades de intervenir en la posible destitución del monarca (40). Los reyes normandos intentaron, desde un principio, la instauración de un poder despótico, que no prevaleció. La fuerza tradicional de las costumbres sajonas determinó bien pronto la creación del *Commune Concilium*, sustitutivo del *witan* y heredero de sus funciones legislativas; si bien no participara en la elección del Rey por haberse ya hecho la Monarquía hereditaria (41). Los monarcas normandos reemplazaron la titularidad electiva de los sajones, primero por el derecho de conquista, y más tarde por el fundamento de la herencia; hecho en el que hubo de influir poderosamente la extensión de las ideas feudales.

Consecuencia de la conquista normanda fué la iniciación de un notable cambio en el sistema que pudiéramos llamar de administración. En la monarquía sajona, desprovista de cohesión, cada conde constituía en sí mismo una unidad administrativa vinculada por débil ligamen al poder central. De ahí que cuando los deberes administrativos de éste se hacen tan pesados que el Rey no puede controlarlos directamente, ni los distribuye en distintos servicios ni crea un personal especializado que se encargue de asumirlos, sino que los reparte entre los condes. Los reyes normandos, por el contrario, advienen con un mayor afán de centralización, hasta el extremo de que la justicia y la hacienda constituyeron ya importantes departamentos de gobierno confiados a personal especializado y vigilados por los altos dignatarios de la casa del Rey (42).

El Rey normando afirmó el *imperium* de la realeza sobre la comunidad, en parte a través del vínculo personal del feu-

(40) ANSON: *The Law and Custom of in Constitution*, traducción francesa de GANDIGHON. París, 1905. volumen I, páginas 11 y siguientes.

(41) Idem, id., página 13.

(42) Idem, id., página 15.

dalismo, gran lazo moral de la sociedad medieval, en parte también por las relaciones feudales de la posesión de la tierra, así como a través de la centralización administrativa, por ellos iniciada para limitar la extensión de los poderes locales, que hizo sentir por todo el país la influencia de la autoridad central. No obstante lo cual, existía, al menos hipotéticamente, cierto control del uso de tal poder, ejercido por medio del *Commune Concilium*, que si bien era un organismo de representación de la sociedad feudal y funcionaba irregularmente, estaba constituido para la confección de las leyes y la votación del impuesto.

El fuerte cetro normando forjó al país en nación y facilitó el nacimiento del derecho nacional; mas cuando, con el transcurso de los tiempos, la Corona hubo realizado su misión unificadora, entró en conflicto con los organismos de representación ciudadana, de una u otra forma siempre existentes por el arraigo de las primitivas costumbres sajonas, y tras una serie de convulsiones en las que un Rey perdió la vida y otro el trono, la Cámara de los Comunes atrajo gradualmente hacia sí el control de la autoridad real, recobrando la evolución política su curso normal.

Si bien teóricamente el monarca seguía poseyendo la mayor parte de las atribuciones de sus predecesores, el ejercicio de tales funciones pasó a otras manos. La autoridad personal del Rey queda convertida en una sombra de su antiguo poder, no obstante que el gobierno siga siendo dirigido en su nombre y por medio de los derechos que pertenecen jurídicamente a su función, que no es realizada por él sino por su Consejo Privado. Fórmula justificada, aparentemente, por la necesidad de basar sobre alguien la responsabilidad de la gestión, y ser teoría legal en Inglaterra la absoluta irresponsabilidad de la Corona (43).

El monarca es, pues, jefe de la Administración de la misma manera que es jefe político del Gobierno, mas el hecho de que sus consejeros, sin los cuales no puede hacer nada, deban po-

(43) V. LOWELL: *The England's Government*, traducción francesa de NERINEX. Paris, 1910, volumen I, páginas 21 y siguientes.

seer la confianza del partido que está en mayoría en la Cámara baja, implica, en rigor, que el principio de la irresponsabilidad sirva para que el Rey reine pero no gobierne (44).

El precedente y breve examen realizado, nos muestra que a la par que el Parlamento desarrollaba sus facultades legislativas, se desenvolvía un Consejo que, andando el tiempo, limitó el ejercicio de la potestad ejecutiva de la Corona. Pero a diferencia del Parlamento, que desde un principio trató de restringir las funciones reales relativas a la legislación e imposición de tributos, el Consejo se formó primitivamente más para auxiliar al monarca en el ejercicio de sus prerrogativas que para fiscalizar sus actos.

Cuál fuere su relación inicial con el Parlamento realmente no se sabe, y es a partir de la minoría de Enrique III cuando puede apreciarse realmente la importancia de dicho Consejo. En este tiempo llega a ser permanente y se le reconoce competencia en los más variados géneros de asuntos. Desde entonces comprendió los altos funcionarios del Estado y de la Corte, su plana mayor judicial, algunos obispos, barones y otros miembros llamados simplemente consejeros. Se empleó como tribunal y se sabe que cumplía tareas administrativas y ejecutivas.

A partir de Enrique III el Consejo Privado siguió ensanchando sus facultades y multiplicando sus funciones; eclipsado durante los reinados de monarcas enérgicos y en primer término bajo los reyes débiles, pero en definitiva creciendo progresivamente su influencia hasta llegar a ser reconocido como poder casi coordinado con la Corona, cuyos actos acabó, finalmente, por fiscalizar (45). De otra parte, el hecho de que a partir de un determinado momento los consejeros hubieran de contar con la confianza del Parlamento, puso prácticamente en manos de este organismo el control de las funciones legislativa y ejecutiva.

(44) ANSON: *Loc. cit.*, páginas 27, 50, 109 y siguientes; 120 y siguientes para la exposición de cómo llegó a obtener la Cámara de los Comunes el control sobre los consejeros del Rey.

(45) STUBBS: *Ob. cit.*, volumen II, páginas 307 y siguientes.

Gracias a este estado de cosas pudo mantenerse en Inglaterra, al advenimiento de la idea del Estado de derecho, la organización tradicional del aparato público, y, por tanto, como señala Hauriou (46), la adaptación de los organismos existentes al régimen de legalidad sin precisar de transformación alguna. Puesto que superada a través de un largo proceso la antítesis entre la Corona y el Parlamento, no se planteó, como ocurriera en los pueblos continentales, el problema de la concepción del Estado jurídico para resolver y armonizar el conflicto entre el poder legislativo y el ejecutivo. En Inglaterra no se precisó de ninguna entidad jurídica superior al Parlamento, y no siendo así no fué necesaria la existencia de un derecho especial para ese poder público. De aquí la inexistencia de normas jurídicas diversas a las de derecho común para regular la actuación de las autoridades centrales y locales; que no surgiese una legislación propia para el Estado en actividad, es decir, una legislación administrativa especial.

Efectivamente que el Rey es soberano y no podría concebirse sometido a las normas de derecho común, pero él no cuenta puesto que es irresponsable y no actúa directamente. Y como los ministros responsables que lo hacen en su nombre dependen del Parlamento, no hay entidad pública superior a éste. No se manifestó el ejecutivo plenamente diferenciado ni la administración independiente, en consecuencia. Ni se precisaba, por tanto, de preceptos jurídicos especiales que reglaran su vida. Normas de tipo administrativo, por su consideración teleológica no pueden dejar de existir, pero nunca concebidas con el carácter excepcional y de privilegio del continente.

El sistema administrativo inglés clásico presenta las características propias del derecho común, inserto en un sistema único e indiferenciado. Falta el elemento primario del régimen administrativo: la duplicidad de legislación; no hay más que una clase de leyes; no hay leyes administrativas en el significado del régimen de la Europa continental.

2.º Los tribunales administrativos nacen al calor de una

(46) *Loc. cit.*, página 6.

doble tendencia: de una parte, a virtud de la desconfianza que al derecho posterior a la Revolución francesa inspiraran las autoridades judiciales. De otro lado, consecuencia del nacido régimen de legalidad era que los poderes del Estado tuvieran controlada su actuación, y como el principio de la separación de poderes impedía que el ejecutivo quedase subordinado al judicial y sometido a su control, de ahí la necesaria instauración de una jurisdicción independiente.

En Inglaterra el problema presentaba distinto aspecto. A falta de organismo y legislación especial el control de los tribunales ordinarios no implicaba subordinación alguna de un poder a otro, sino simplemente sometimiento al derecho común. La Administración estaba organizada sobre la base del imperio general de la ley, pública o privada, con su correlativa consecuencia de que todo acto administrativo quede sometido a la ley común. Por tanto, los jueces ordinarios poseen competencia para entender de la legalidad administrativa (47).

Algunos autores ingleses consideran que durante los reinados de Enrique VIII y de sus hijas María e Isabel se produjeron tentativas para organizar tribunales administrativos, citándose como ejemplo el llamado Tribunal de los Pobres, organización de asistencia que funcionara con reglas especiales bajo la autoridad del Consejo Privado (48).

Además, en el Consejo Privado existía un Comité —Cámara Estrellada— al que, a partir de Enrique IV, habían sido atribuidas funciones judiciales, y que los Estuardos utilizaron con miras a conseguir la centralización administrativa. Pero contra este Comité se dirigieron los ataques más poderosos de los hombres de leyes y de los jefes de la revolución puritana, siendo abolido en 1640 (49). A partir de Cromwell no se producen más intentos de centralización ni de independencia administra-

(47) V. DICEY: *Loc. cit.*, páginas 161 y siguientes.

(48) REDLICH y HIRST: *The local government in England*, en STATIS ANDREAS, *Le contentieux administratif des Etats modernes*, pág. 299; y ANSON, *loc. cit.*, volumen I, página 114.

(49) ANSON: *Loc. cit.*, página 119.

tiva frente al juez ordinario (50), y desde entonces el principio constantemente seguido por la Monarquía constitucional fué el de someter en todo caso la acción administrativa a la fiscalización de la jurisdicción común.

El Derecho tradicional inglés consagra esta competencia en las mismas condiciones de fondo y forma que cuando se juzga a los particulares. Tal sistema se facilita en razón de la consideración general de la responsabilidad personal del funcionario por sus actos de administración.

En el sistema clásico del Derecho inglés los funcionarios tienen, de una parte, facultades potestativas o discrecionales (51), de cuyo incumplimiento no deriva responsabilidad alguna. Se trata de una competencia legal pero no reglada, en la que cabe la abstención. Otro género de materias implican la existencia del deber de actuación del funcionario, que si se incumple origina su responsabilidad (*breach of duty*), civil o criminal.

Responsabilidad civil.—El particular a quien se origine un perjuicio como consecuencia de la abstención de un funcionario que no cumplió con su deber, puede obtener, por medio de la correspondiente acción de daños y perjuicios, reparación de la lesión causada; siendo los tribunales ordinarios quienes apreciarán esta responsabilidad (52). En la práctica, sin embargo, señala Chaster, y no obstante admitirse en términos generales el ejercicio de la pertinente acción de daños y perjuicios, tal responsabilidad del funcionario no se da sino con respecto a los encargados de la llamada ejecución civil (53).

Responsabilidad criminal.—Referida ésta al caso de *breach of duty* rige los siguientes principios: 1.º Que el fundamento de la acción radique en la existencia del daño sufrido por el particular; la demanda no prosperará sino a condición de probar ese daño actual y presente. 2.º La imposición de la pena se hace de conformidad con el estatuto del empleo, en el que, en la mayoría de los casos se ha previsto la determinación de la misma a tenor de la violación del deber respectivo. 3.º La norma general de que el funcionario que por negligencia incumple su deber incurre en delito, no rige sino

(50) Idem, id., página 116.

(51) V. CHASTER: *The Law relating to public officers*. Londres, 1909, páginas 641 y siguientes.

(52) DICEY: *Loc. cit.*, página 303.

(53) CHASTER: *Loc. cit.*, páginas 646 y siguientes.

cuando dicho incumplimiento no deriva de la consideración de peligros superiores a los que comúnmente se estiman pueden ser arrojados por un hombre de entereza ordinaria (54). Remedios extraordinarios, para los casos de notoria ineficacia de las referidas acciones civil y criminal, son los *writs* dirigidos a los funcionarios por el alto Tribunal de Justicia.

Mas supongamos, desde otro punto de vista, que el funcionario actúa, y que de su acción se derive un perjuicio para el particular. Dos posibles casos son de considerar: que la acción se hubiese ajustado a la competencia legal o que no. En el segundo supuesto, el problema halla análoga solución a los casos, y las acciones conferidas al perjudicado tienden a reparar el daño o hacer cesar la situación producida (55). Pero también en la primera hipótesis existe responsabilidad para el funcionario, siendo en esto donde se presenta la particularidad del Derecho inglés con respecto a los sistemas de régimen administrativo, debido a que: 1.º es responsabilidad puramente civil; 2.º la apreciación de la falta se hace de forma mucho más rigurosa, y 3.º la orden del superior jerárquico no exime al funcionario si del cumplimiento de la misma ha de derivar su responsabilidad.

En cambio, como sabemos, en los países de régimen administrativo propiamente dicho, suelen regir los siguientes principios: 1.º la responsabilidad directa del funcionario, frente a los administrados a quienes sus actos perjudicasen, sólo se producen ante los casos de falta personal; la cual exige: A) intención maliciosa; B) que sea grave. Gravedad que puede derivar: a) de la violación de la ley penal; b) del error inexcusable en la apreciación de sus facultades o c) de error inexcusable en la apreciación de los hechos (56). En ningún caso puede existir responsabilidad directa, por las llamadas faltas del servicio, frente a los particulares.

La especial reglamentación del Derecho inglés, dice Goodnow (57), es debida a que en el primitivo Derecho germánico todos los funcionarios estaban sometidos a la ley común, del mismo modo que los particulares, y los tribunales podían exigirles responsabilidad por sus actos lesivos para con aquéllos. Principio que se conservó en Inglaterra en razón al carácter del sistema allí adoptado de funcionarios no profesionales. Si bien en teoría, y a causa de la fugaz centralización normanda, esos funcionarios lo fueron de la Corona, como quiera que desde bien antiguo su relación con respecto a la

(54) Idem, id. página 647.

(55) Idem, id., página 649.

(56) V. JÈZE, en *Revue de Droit Public*, 1909, páginas 263 y siguientes.

(57) *Loc. cit.*, volumen II, página 157.

misma no era lo bastante estrecha para que estuviesen investidos de la irresponsabilidad de aquélla, sino que, al contrario, se les miraba como particulares que temporalmente ejercían funciones públicas y a los que había que aplicar las mismas reglas y jurisdicción que a todo ciudadano; estimando sus actos dañosos como actos puramente privados y personales. De aquí que diga Dicey que el Derecho inglés no conoce protección especial para el funcionario en materia de responsabilidad, al menos para los que ejercen competencias administrativas (58).

El clásico sistema inglés consagra su obligación de responder no ya por el uso malicioso de su poder discrecional, sino también por la simple negligencia o error en el cumplimiento de sus deberes; lo cual, si se combina con la inexistencia de la eximente de obediencia debida a las órdenes de los superiores (59), y con el principio tradicional de estimar delito toda desobediencia por acción u omisión en los asuntos que interesan al público (60), comprenderemos que no sólo en el sistema clásico carece el funcionario inglés de protección especial, sino que su situación, en estricta legalidad, es altamente comprometida, se le impone la apreciación de la legalidad de las órdenes de sus superiores para no incurrir en responsabilidad por su cumplimiento, pero siempre con el temor de que el retraso en la ejecución de lo ordenado pudiera dar lugar a sanciones y responsabilidades incluso penales. Por demás insuficiente ante esta situación, habría de resultar la práctica seguida, que señala Tood (61) de que cuando se condene a un funcionario al resarcimiento de los daños inferidos por cumplir la orden de su superior, el Gobierno estuviese *moralmente* obligado a indemnizarle.

Aparte de la falta de una legislación administrativa especial, influyó en la inexistencia de una jurisdicción propia la tradicional confusión inglesa entre órganos de administración y de jurisdicción.

En sus orígenes no hubo en Inglaterra, como es común en todos los países, diferenciación orgánica en orden al ejercicio de las funciones públicas; sin embargo, allí quizá antes que

(58) *Loc. cit.*, página 303.

(59) V. GOODNOW: *Loc. cit.*, volumen II, página 79.

(60) V. GNEIST: *Das Englischest Verwaltungsrecht*, edición italiana, Torino, 1896, volumen I, páginas 385 y siguientes.

(61) TOOD: *Parliamentary Government*, 2.^a edición, página 496.

en ningún otro país adquirió consistencia la separación de la actividad legislativa, a virtud del desarrollo, y de la atracción de facultades que se produjo, del *Commune Council* que sustituyó a la *witan*; mas durante una dilatada época posterior no existió ni siquiera indicio de separación entre los funcionarios de la administración de justicia y los de administración de gobierno o ejecutiva.

A los miembros del Tribunal del Banco del Rey, creado por Enrique II en 1178 y que tenía cierta preeminencia porque a virtud de una ficción se suponía que la Corona estaba siempre presente en él, se le confería jurisdicción suprema sobre todas las otras autoridades; y toda persona que se considerase agraviada por cualquiera de ellas tenía derecho de apelar ante el Banco del Rey. Sin embargo, la Corona al establecer la amplia competencia de aquél se reservó el conocimiento de los asuntos difíciles (62), de cuya jurisdicción retenida hubo de nacer posteriormente el Tribunal de la Cancillería. Para evitar que el resto de las cuestiones quedara sin apelación, fué para lo que se creó la aludida sección del Consejo Privado conocida con el nombre de Cámara Estrellada, a la que concedió el Rey parte de su jurisdicción retenida, y que, a la vez, actuaba como superior administrativo de las autoridades reales de las localidades. Podía por tanto juzgar en apelación lo mismo cuestiones de hecho que de derecho.

Dicha Cámara Estrellada, establecida, en tiempos de Enrique VII, para frenar a la nobleza cuya turbulencia había crecido durante la guerra de las Dos Rosas, sirvió en un principio para proteger a las clases débiles contra la arbitrariedad de las autoridades locales, mas como más tarde se convirtiera en instrumento del absolutismo real, y principalmente en forma desmesurada durante la época de los Estuardo, fué suprimida, como se ha dicho, en ocasión de la Revolución de 1640.

Para ofrecer un recurso análogo al que desaparecía con su abolición, se dispuso que el Tribunal de sesiones de los jueces de paz, que venía siendo una autoridad administrativa para los

(62) STUBBS: *Loc., cit.*, volumen I, página 720.

finés de la administración de los condados, conociése en apelación, sobre ciertas materias, de las decisiones de los jueces de paz. Tribunal que acabó por ejercer una amplia intervención en los actos de los funcionarios administrativos, porque sus componentes poseían especial conocimiento del Derecho que tenían que aplicar, ya que actuaban en otros casos como autoridades administrativas (63).

Hasta el advenimiento al trono de los Orange-Estuardo, la jurisdicción retenida de la Corona facilitaba la intervención de los tribunales en la administración, por ser este procedimiento una poderosa arma del monarca para arbitrar, con vías de apariencia legal, la acción administrativa, a virtud de la decisiva influencia que en cualquier momento podían ejercer sobre los jueces de los tribunales mediante su jurisdicción retenida.

El Acta de Establecimiento hizo a los jueces independientes del poder real, y la corriente efectiva tendía a ampliar esta independencia a los jueces de paz, que en un principio eran órganos esencialmente administrativos (64), y que conservaron dichas funciones al hacerse, como organismos jurisdiccionales, plenamente independientes de la Corona.

La teoría de la división de poderes no impidió en Inglaterra que los jueces administrasen, en el sentido estricto de la palabra, mas idea base del sistema inglés fué que la protección de los derechos de los administrados no se da sino cuando se ejerce por las autoridades judiciales. Esto y las peculiaridades del sistema originan la inexistencia de la jurisdicción administrativa especial, y el pleno monopolio jurisdiccional del poder judicial (65).

Las razones de cuanto queda expuesto repetimos que son históricas. Inglaterra apenas conocía la Monarquía absoluta, al haber interrumpido su desenvolvimiento la Revolución del siglo XVII, aparte de que de mucho antes el poder real venía refrenado por instituciones de eficacia desconocida en los países continentales, en términos generales. El régimen adminis-

(63) GOODNOW: *Loc. cit.*, volumen II, página 190.

(64) V. LOWELL: *Loc. cit.*, volumen I, página 132.

(65) BONNARD: *Le controle juridictionnel de l'Administration*, página 130.

trativo inglés no se originó como consecuencia de la reacción violenta contra el absolutismo, sino que deriva de la acomodación de instituciones de secular tradición.

La victoria del Parlamento, consagrada plenamente en el siglo XVII, fué la culminación de una lucha de antiguo sostenida, lo que prueba que el absolutismo no gozó de la libertad de movimientos que en otros países tuviera durante dilatados tiempos.

La preponderancia del Parlamento determinó la ausencia de un poder central fuerte y la indistinción entre el judicial y el ejecutivo. En Inglaterra los órganos centrales de la Administración son servidores directos de la Corona, pero dependientes del Parlamento, a partir del momento en que como punto final de un duelo iniciado en 1371 y revivido en 1422, Guillermo de Orange aceptara aquélla bajo condición de codificar en el *Bill of Rights* los límites de la prerrogativa real. El Acta de Establecimiento consignó la necesidad de que los organismos ejecutivos contaran con la confianza de la mayoría parlamentaria, y como, al propio tiempo, se consiguiese la emancipación del poder judicial, sin merma de sus funciones administrativas, Parlamento y Magistratura ejercen su único control sobre toda la administración, tanto central como local, y no ha habido necesidad del nacimiento de una jurisdicción administrativa especial.

Considerar si esta diferenciación de sistema y régimen implica o no la inexistencia del Derecho administrativo en los países anglosajones, así como las rectificaciones que en aquéllos puedan haber sido recientemente introducidas, es cosa que queda al margen de nuestros propósitos (66), y que, además, ha dado lugar a abundante literatura (67). No pretendemos sino

(66) V. TREVES: *Lo sviluppo del diritto amministrativo inglese*, en «Rassegna di Diritto Pubblico», 1946, página 177.

(67) Una bastante completa reseña bibliográfica puede hallarse en KARADGE IKSROW, *La letteratura inglese ed americana sul Diritto amministrativo del dopo guerra*, en «Revista di Diritto Pubblico», 1931, páginas 127 y sigtes. Para lo más moderno, aparte de la ya referida publicación de TREVES, CECIL THOMAS CARR, *Con-*

poner de relieve las distintas bases de orden orgánico y sustantivo que influyeron en el origen de la ordenación de la justicia administrativa en los países de clásico régimen administrativo, frente a los de tradición anglosajona, de unidad legislativa y jurisdiccional (68).

V I

Las circunstancias de orden jurídico sustantivo que, como estamos viendo, condicionan la posibilidad de existencia de una revisión jurisdiccional de la actividad administrativa, sufrieron, en los pasados años una fuerte alteración, al advenimiento de nuevas doctrinas políticas, las totalitarias, que tendían a suprimir el aparato jurídico construido sobre la concepción del Estado de derecho.

Sin embargo, en este punto concreto que nos interesa de lo contencioso administrativo, la mención a este respecto debe circunscribirse al nacionalsocialismo alemán (por carecer de elementos de juicio para referirnos a la U. R. S. S.), ya que, al menos en el campo estrictamente jurídico, la Italia de Mussolini no alteró el sistema de la justicia administrativa (69); delineado fundamentalmente por las leyes de 1865 y 1889. La reforma de 1923 con haber sido importante, no representó, en modo alguno, alteración de las esencias fundamentales de la doctrina tradicional, en general respetadas no sólo en éste sino también en los demás órdenes del Derecho.

Así lo confirma, respecto a lo contencioso administrativo, el proyecto elaborado por la Comisión Reformadora de la Ad-

cerning English Administrative Law, Londres. 1941 y WADE y GODFREY, *Constitutional Law*, 3.ª edición, Londres-Nueva York-Toronto, 1946, en las que se hallan buenas referencias de recientes trabajos.

(68) V. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, volumen II, 5.ª edición. 1946, página 20.

(69) V. ROYO VILLANOVA (Segismundo): *Lo contencioso administrativo en los Estados totalitarios*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941, páginas 307 y siguientes. GARCÍA OVIEDO, *Consideraciones acerca del recurso contencioso administrativo en el Estado totalitario*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1942.

ministración que desde 1944 viene funcionando en Italia, al mantener las directrices de la anterior legislación, pese a la virulencia política del momento respecto a aquélla.

Otra cosa fué Alemania; el III Reich realizó una renovación profunda de los conceptos primordiales de la vida, y el Derecho no hubo de escapar a ella.

Ligado aquél a las contingencias temporales del ordenamiento político, el principio de la existencia de preceptos jurídicos esenciales, no susceptibles de mutaciones, fué, en términos generales, abandonado por entero.

La obra de adaptación de las teorías del Derecho y del Estado con las directrices del nacionalsocialismo, fué iniciada a través de estudios fragmentarios, circunscritos en principio a puntos concretos, mas pronto recibió el impulso de los trabajos fundamentales de Ernest Rudolf Huber y Theodoro Maunz (70).

El interés de la obra de Huber estribó en fijar el sentido en que la palabra Constitución fué tomada por el nacionalsocialismo. No la acogió éste en su sentido formal, sino que le dió un valor material que sobrepasaba, a este respecto, las concepciones dominantes, puesto que comprendió en ella toda la gama de manifestaciones vitales del pueblo (Volk) constituido en comunidad (Gemeinschaft) popular (Volksgemeinschaft) (71). Dada esta amplísima concepción, no es de extrañar que Huber considerara en su libro cuestiones de siempre estimadas excedentes del marco de los estudios constitucionales.

Cuantas modificaciones sustanciales introdujo el nacionalsocialismo en el régimen del ordenamiento jurídico, y en el sistema de la Constitución y Administración, obedecieron a la influencia de sus postulados básicos —Volksgemeinschaft y Führung (conducción)— que determinaban su tesis del Derecho subordinado a las contingencias sociales y a las directrices políticas, sin la preexistencia de conceptos absolutos. Concepción

(70) MAUNZ: *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Hamburgo, 1934, y *Verwaltung*, Hamburgo, 1937. HUBER, *Verfassung*, Hamburgo, 1937, y *Verfassungsrecht des grossdeutschen Reiches*, Hamburgo, 1939.

(71) HUBER: *Verfassung*, páginas 50 y 279.

realista, que si tiene importancia para el Derecho político la tiene aún más, si cabe, para el administrativo (72).

La base del sistema jurídico político del nacionalsocialismo era la comunidad del pueblo, a cuyo servicio, para tutelar su existencia y facilitar su desarrollo, debían preordenarse todas las actividades y subordinarse todos los intereses. Además, en la concreción del elemento pueblo fué fundamental el factor raza (73), que se intentó conjugar con las concepciones objetivas de la integración de toda comunidad sobre bases espirituales (74).

El pueblo organizado en comunidad constituía la comunidad popular (Volksgemeinschaft), sobre la base del sentimiento de coordinación que ha de inspirar a los individuos de la misma sangre y del mismo espíritu objetivo. De aquí la derivación de la personalidad de la comunidad (Gemeinschaftpersönlichkeit) como término contrapuesto a la personalidad individual, que basa las concepciones de los sistemas jurídicos tradicionales (75).

De ello las siguientes consecuencias:

1.º Que la consideración del individuo en la vida social sólo se producía en cuanto miembro de la comunidad, y que, por tanto, no poseía los derechos subjetivos consustanciales a la personalidad individual, sino una situación jurídica dimanante de su condición de miembro de la comunidad (76).

2.º Que el Derecho es simplemente el ordenamiento vital del pueblo, preordenado para el buen desenvolvimiento de la

(72) V. las dispares opiniones de KOELLREUTER, *Führung und Verwaltung*, en «Festschrift Hedemann». Jena, 1938, y de HOHN, *Rechtstechnik und Rechtswissenschaft*, en «Deutsche Rechtswissenschaft», 1938, páginas 327 y siguientes.

(73) V. REINHARDT: *Vom Wesen der Volksgemeinschaft*, en «Verwaltungsakademie», Berlín, 1939.

(74) HOHN: *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hamburgo, 1935, páginas 48 y siguientes. HOHN-MAUNZ y SWOBODA, *Grundfragen der Rechtsauffassung*, Munich, 1938. V. también, para la matización de ambos puntos de vista. DEL VALLE PASCUAL, *El Estado hispánico*, Zaragoza, 1943.

(75) HOHN: *Staat und Rechtsgemeinschaft*, en «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 1935, página 679.

(76) V. LARENZ: *Rechtsperson und subjektive Recht*, Berlín, 1935, y FRANK, *Deutsches Verwahrungsrecht*, Munich, 1937, páginas 82 y siguientes y 89 y siguientes, con la bibliografía allí citada.

comunidad antes que para el bienestar del individuo, no estimándose como tal sino cuanto convenga a aquélla, y desterrándose los postulados de esencial valor normativo.

3.º Preferencia absoluta del interés de la comunidad a cualquier consideración individual.

4.º Coexistencia en los orígenes del Derecho y de la integración del pueblo en comunidad, de donde nace aquél y sobre la que reposa el principio de su objetividad.

5.º Que el poder político reside en la comunidad y no en el Estado, simple medio de organización de aquélla.

La concepción nacionalsocialista no vivió del Estado, sino de la comunidad. Los problemas al mismo relativos, como el de la personalidad, eran frecuentemente soslayados. La piedra angular de la existencia política era el pueblo, organismo viviente, sustancia del Reich, como unidad volitiva; por ello el partido no era una institución estatal ni el Führer soberano. El pueblo se estimaba como el organismo, el Estado la organización, y el Movimiento (*Bewegung*) el portador del pensamiento del Reich para la organización del Estado germánico (77).

El poder político en la *Volksgemeinschaft* residente hallaba su expresión en la conducción del pueblo por parte del Führer, siendo en estas nociones donde se halla la mayor originalidad de la doctrina nacionalsocialista.

En efecto, para establecer la conciliación entre el Führer, con su voluntad autónoma e incondicionada, y el pueblo, así como la conexión entre aquél y el Estado, y la determinación de la naturaleza de los poderes del primero, Huber sostenía que la voluntad del Führer encerraba, no ya sus propias decisiones personales, sino la voluntad objetiva del pueblo (78). Lo cual explica apelando a la especial aptitud de aquél para expresar y desarrollar la voluntad colectiva. Es, pues, una concepción de predestinación sumamente peligrosa y de todo punto inadmisibile.

Insiste ser forzoso distinguir en la manifestación de la vo-

(77) V. SCHMITT: *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburgo, 1933.

(78) *Loc. cit.*, página 90.

luntad colectiva, entre la expresión objetiva, representada por la voluntad del Führer, y la subjetiva. La voluntad objetiva —sostenía— es la voluntad del pueblo en cuanto comunidad, volición única y distinta de las voluntades individuales. La subjetiva es la voluntad común constituida por la suma de las voluntades individuales, en su totalidad o mayoría, tal cual se expresa en las elecciones o consultas populares. Ambos aspectos, objetivo y subjetivo, de la voluntad colectiva, pueden coincidir o no, y, aun cuando se estima preferible que coincidan, caso de divergencia la primacía se otorgaba a la voluntad objetiva expresada por el Führer.

Se discutió sobre la naturaleza de los poderes del mismo, y según una doctrina —que sostenía Huber— estos poderes correspondían a los del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial, concentrados en su persona (79). Según otra opinión, expresada por Maunz, que parece más en armonía con los principios del nacionalsocialismo, los poderes del Führer no correspondían a los del Estado, sino que eran más exactamente los de la conducción propiamente dicha. En efecto, se argumentaba, es esencial al principio del caudillaje que un pueblo integrado en comunidad sea dirigido por su Führer, con lo que aquél se convierte en el séquito (Gefolgschaft) del Führer; sus poderes son, pues, los que derivan de las relaciones con sus seguidores, estos es, poderes de dirección, no de mando y coacción.

El poder del Führer se concebía como originario, autónomo y autoritario (80). Y sin embargo, no se estimaba absoluto ni arbitrario, pues por el principio de la camaradería del pueblo (Volksgenossen), de la que el Führer era el máximo exponente, su acción en todo caso se estimaba inspirada en el espíritu popular (Volksgeist). El Führer, se decía, posee la más clara concepción de cuál debe ser el presente y el futuro de la comunidad

(79) Idem, id., página 118.

(80) V. STUEKART: *Der nationalsozialistische Führerstaat im Verhältnis zur Demokratie. Diktatur und Selbstverwaltung*, en «Deutsche Rechts», 1936, páginas 342 y siguientes; y ULE, *Herrschaft und Führung in nationalsozialistischen Reich*, en «Verwaltungsarchiv.», 1940, páginas 206 y siguientes.

y es, por tanto, el más idóneo para guiarla. Gobierna el pueblo a través del Führer en cuanto éste encarna el Volksgeist.

Análogamente en este sistema —según Maunz— la palabra administración es considerada en un sentido material de gran amplitud. Significa la actividad de la comunidad para el desenvolvimiento de su vida; actos y operaciones de autoridades y funcionarios, según el plan trazado por el Führer (81); quedando lejos de ella la idea del Derecho como límite de la actividad administrativa (82). En el pensamiento nacionalsocialista administración es la actividad que se realiza conforme a un plan; estando tan arraigado el aspecto teleológico que si bien el plan se considera como expresión jurídica de la voluntad del Führer, la función administrativa no se estimaba como mera ejecución de ley (83), sino que su esencia se veía en ser parte de la forma de acción de la conducción política (84). La idea política del nacionalsocialismo penetró profundamente en la esfera de la Administración.

Mientras que la Constitución tenía por finalidad la organización política de la comunidad, a la Administración correspondía la formación del ordenamiento de vida de la misma, a través del servicio público; de ahí la amplitud que se reconoció a su contenido, en todo caso referido a la totalidad de los fines de la comunidad, y siempre ligado a los principios de la conducción.

Con estas bases fácil es comprender el alcance que el ordenamiento jurídico habría de tener en el sistema del III Reich. La significación del concepto Estado de derecho sufrió en él una desnaturalización violenta. Menospreciando el valor de la ley natural, el nacionalsocialismo sostuvo que el Derecho nace del simple hecho de la existencia de la comunidad popular; que es creado para asegurar su vida y su progreso, y que surge no sólo de los preceptos promulgados, sino de las conve-

(81) MAUNZ: *Loc. cit.*, página 11.

(82) V. IDENE: *Loc. cit.*, páginas 51 y siguientes.

(83) MAUNZ: *Loc. cit.*, página 12.

(84) KOELLREUTTER: *Deutsches Verfassungsrecht*, 3.ª edición, 1938, página 179.

niencias de aquélla. Lo jurídico —dijo Frank— es lo que al pueblo conviene, lo antijurídico lo que le perjudica (85).

No se pretendía la conformidad de las acciones con la ley, sino con el Derecho entendido de este modo particular. Con ello, aparte de no haber garantía concreta respecto a lo que pudiera ser reprobable por atentar a la conveniencia del pueblo, que el Führer era el encargado de definir, cualquier acción podría ser revestida del ornamento purificador de la legitimidad conforme a la *Nützen des Volkes*. En consecuencia, la justicia nacionalsocialista podía ser ejercida no ya de conformidad con los principios de la ley, sino a tenor del conjunto de normas y principios no escritos que constituían la base de integración de la comunidad popular; garantía de su presente y de su futuro (86). En ella hubiera sido ocioso hablar de derechos individuales, puesto que el individuo en todo caso habría de subordinarse a los intereses de la comunidad. La tutela de aquél fué simplemente una circunstancia refleja de la defensa comunal. El daño producido al individuo por una determinada acción —rezaba una sentencia del Tribunal Supremo Administrativo de Sajonia de 18 de enero de 1935—, debe ser reparado no en interés de la parte lesionada, sino en cuanto este daño ha producido en la comunidad una alteración que en interés de ésta únicamente debe ser suprimida (87).

No obstante, lo dicho no supuso obstáculo para que se articulase un sistema, a su modo, jurídico, de la acción administrativa y de su control. En primer lugar, porque la ley expresaba parte del derecho del pueblo, y en segundo, porque en ella se manifestaba la voluntad del Führer, que dirigía la Administración. Pero como, según hemos visto, las normas de necesario cumplimiento no se agotaba con el Derecho escrito y positivo, sino que su primera y originaria fuente era el Volks-

(85) *Recht ist was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet.* (FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Berlín, 1935, página 14. V también, *Nationalsozialismus und Verwaltungsrecht*, prólogo a la *Deutsches Verwaltungsrecht*. Munich, 1937.

(86) KOELLREUTTER: *Verfassungsrecht*, página 182.

(87) V. en KRUGER: *Volksgemeinschaft staat subjektiver Rechte*, en «*Deutsche Verwaltung*», 1935, páginas 37 y siguientes.

geist manifestado por medio de su máximo receptor: el Führer, amplísimo resultaba el ámbito de la potestad discrecional, a la que en última instancia podía reconducirse toda la actividad de los instrumentos de la comunidad.

En orden a la justicia administrativa, el súbdito podía, en su condición de miembro de la comunidad, acudir ante las autoridades o tribunales en demanda de protección. Pero, ya queda expresado, la ausencia de derechos subjetivos individuales privaba a tales recursos de toda garantía eficaz en los casos de contraposición del interés individual frente al colectivo. En otra ocasión hemos dicho (88) que en ellos es necesaria una valoración basada en consideraciones no simplemente pragmáticas que en todo caso mantengan la prevalencia del interés colectivos, puesto que existe un patrimonio personal inviolable en el que no se puede poner mano.

No importa considerar las particularidades que en este orden pudiese ofrecer la reglamentación de tales cuestiones (89), aunque sí deba ser recogida la tesis que sostiene que el contencioso objetivo hubiera podido tener un amplio desarrollo en la justicia administrativa del nacionalsocialismo (90); mas hemos de indicar que ese pretendido contencioso no hubiera sido de legalidad, sino simplemente de conformidad a un derecho de creación arbitraria según la conveniencia popular del momento. La frase de Frank no deja lugar a dudas, y exime de entrar, desde el punto de vista doctrinario, en mayores pormenores.

La posibilidad de libre sustitución de la norma a aplicar, sin haberse de detener ante derechos individuales adquiridos, que no podían existir, en todo caso supone la ausencia de la garantía que lo contencioso, en su genérico sentido, envuelve; de análoga manera a como no puede estimarse jurídico el procedi-

(88) MARTÍNEZ ÚSEROS: *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, páginas 6 y 7.

(89) V. KOELLREUTTER: *Verwaltungsrecht*, páginas 158 y siguientes; y MAUNZ, *Neue Grundlagen des Verwaltungsrecht*, páginas 47 y siguientes.

(90) ROYO VILLANOVA (Segismundo): *Loc. cit.*

miento, que no es sino una consecuencia de aquel principio, de dictar la ley con posterioridad a los hechos que se han de enjuiciar. De otra parte, en verdad que resulta contradictorio hablar de contencioso objetivo no existiendo ni el derecho ni el contencioso subjetivo, en cuanto ambos, en última instancia, presuponen a aquéllos (91).

ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS

Dr. en Derecho.

Profesor adjunto de Derecho administrativo
de la Universidad de Sevilla.

(91) La creación, en 3 de abril de 1941, del *Reichverwaltungsgericht*, con jurisdicción semejante a la del Consejo de Estado italiano, no pudo alterar el sistema, sino en el exclusivo aspecto orgánico, dada la persistencia de los principios doctrinarios.