

Investigación de las instituciones de Derecho administrativo ⁽¹⁾

I. CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

A poco que se profundice en el Derecho administrativo positivo se observa la influencia de los principios, normas y procedimientos de los derechos sustantivos anteriores. Las aportaciones de tales ramas al Derecho administrativo, si bien originariamente pudieron darle el aspecto de un conglomerado falto de ordenación, han servido para crear, con el transcurso del tiempo, una sistemática propia, no ultimada todavía, pero sí lo suficientemente elaborada para que podamos afirmar que el Derecho administrativo de hoy no es el mismo que vivía oculto en la época del poder absoluto, y salió a la superficie al crearse el Estado moderno; el que vivificadas sus fuentes se hizo accesible a los particulares, y alcanzó la garantía de su recta aplicación por la creación de los Tribunales administrativos. Con tales elementos, el Derecho administrativo ha conseguido una sustantividad, y sin perder su campo primitivo, antes al contrario, ampliándolo, ha ido asimilando principios de las demás ramas del Derecho en forma tal, que hoy algunos parecen haber sido creados por él, haciéndose científico a través de las resoluciones administrativas y de las de su jurisprudencia específica.

Sin duda, por ello muchos tratadistas de Derecho administrativo vienen reclamando el establecimiento de una parte general, en la que

(1) Fragmento de la primera parte de la obra del propio autor: *El enriquecimiento sin causa, origen de instituciones administrativas.*

se afirmen los principios generales que informan sus instituciones. Difícilmente, como dice Spiegel, podrá alcanzarse tal aspiración hasta tanto que, en virtud de un detenido estudio de todas y cada una de las variadas ramas de la Administración pueda llegarse a la síntesis precisa para conseguir aquellos principios generales (2). En el actual proceso de elaboración no es posible concretar más que unos pocos principios generales del Derecho administrativo, como no sea que tomemos por tales los que los Tribunales vienen aplicando en toda clase de negocios jurídicos como supletorios o interpretativos del Derecho civil, así los de origen romano como los creados por el Derecho medioeval. Porque algunos de éstos son los únicos principios que, habiendo sido presentados hasta hoy como exclusivos del Derecho civil, tienen la generalización y el fundamento fisiológico necesario para ser aplicados y considerados como normativos de toda rama del Derecho y aplicables, por lo tanto, a todas y cada una de las instituciones jurídicas, fuere cual fuere la parte del Derecho a que pertenezcan.

Apoyándose en esta visión general, Otto Mayer establece la conclusión de que la Administración, para producirse conforme a derecho, debe estar vinculada a reglas jurídicas (3).

Tal vinculación da origen a la creación de los derechos administrativos subjetivos, al producirse determinada relación jurídica entre un súbdito y el Estado, la que corre parejas con la que en Derecho civil se crea entre dos o más personas por el nacimiento de la obligación, dando lugar a la aparición de deberes y acciones mutuas. De la capacidad del Derecho administrativo para crear tales situaciones hemos de deducir la de alcanzar su consecuencia última, o sea la irrevocabilidad de las decisiones de la Administración, o en su defecto la reparación consiguiente, siempre que la necesidad pública o el interés general obligue al Estado a vulnerar el derecho creado.

Concebido en estos términos el Derecho administrativo, es posible, mediante el estudio de sus instituciones, llegar al origen de

(2) LUDWIG SPIEGEL: *Derecho administrativo*. (Buenos Aires, 1933), página 65.

(3) OTTO MAYER: *Derecho administrativo alemán*. (Buenos Aires, 1949). Tomo I, pág. 80.

las mismas como en cualquier otra rama del Derecho, para inferir de aquél los principios que las gobiernan. La actualidad del Derecho administrativo y su enorme trascendencia en la vida moderna dan la medida de la necesidad de ejercitarse, con apremio, en tal labor técnica, indispensable para la recta aplicación de la legislación administrativa.

Para llevar a cabo tal empresa es preciso la colaboración del hombre de ciencia y del práctico, como en la época de formación del Derecho romano lo hicieron el jurista y el pretor. Spiegel hace resaltar la importancia de la labor del práctico en tales tareas, en comparación con su misión actual en el Derecho privado, reservada exclusivamente al técnico, diciendo: «En el Derecho privado el teórico conserva su papel directivo. Su mirada se dirige a lo abstracto, la del práctico a lo concreto. El teórico consigna sus conocimientos fundamentales y sus concepciones científicas; el práctico su experiencia profesional y su ojo práctico. Aquél trabaja más bien sintetizado; éste más bien de un modo casuista; el teórico aspira a promover un progreso constante; el práctico a vencer las dificultades del momento. En el Derecho administrativo, por el contrario, ocupa el práctico anchos campos, que el teórico no pisa nunca, o cultiva tan sólo de un modo extensivo. El teórico se suele deslizar aquí sobre la superficie, en tanto que el práctico, que no puede conformarse con un estudio superficial de la materia, emprende estudios detallados, profundos y esmerados. Por eso, el teórico pierde aquí su papel directivo, y en vez de servir de maestro de la práctica, busca en ella sus mejores sugerencias» (4).

Ello es debido a dos razones: a la extensión del Derecho administrativo, que obliga forzosamente a la especialización en cada una de sus partes, y a la presión que el Derecho administrativo ejerce en la integridad y en la plenitud de la vida de toda nación. El teórico, que vive de los principios y se alimenta del examen individualizado de una institución, se ve obstaculizado en su labor cuando no tiene a mano aquellos principios y se le hace difícil separar la institución del proceso administrativo en que se halla prendida, similar a una enorme cadena, de la que aquélla es tan sólo un eslabón.

(4) LUDWIG SPIEGEL: *Obra citada*, pág. 53.

Por otra parte, el teórico vive fuera del ambiente cambiante del Derecho administrativo, característica del mismo, que no puede ser olvidada en el proceso de la investigación.

El práctico, en cambio, con dominio de la especialidad, pretende alcanzar los principios que sirven de sustento a las instituciones administrativas, con el doble fin de facilitar su propia labor futura y promover el perfeccionamiento del Derecho administrativo, coadyuvando así a la labor del técnico, el cual encuentra en el funcionario público, que no otro es el práctico, al hombre que a pesar de llevar sobre sí el peso de la administración y el agobio de la labor de cada día, le facilita sin regateos, y muchas veces con entusiasmo, los elementos precisos para la justa aplicación del Derecho administrativo, y los más oportunos para promover su constante mejora y progreso.

Al aparecer cualquier institución de Derecho, tanto quien le dió vida como quien deberá aplicarla, precisa tener conocimiento de su principio u origen filosófico y de su encuadramiento en el campo del Derecho. De aquí nace la mayor facilidad que para su estudio tiene el práctico, el cual suele conocer *a priori* la razón de ser del texto, y precisa más que nadie de desentrañar su antecedente para su acomodamiento en la cadena sucesiva que constituye el Derecho administrativo.

Este apremio, compartido por el técnico y por el profesional, constituye la base de su colaboración en el proceso de elaboración del Derecho administrativo, indispensable hoy más que nunca, en que con enorme pujanza irrumpe en la vida privada de todos y cada uno de los ciudadanos, rigiendo sus diarias actividades desde el momento en que nace, en que le facilita su cartilla de lactancia, hasta en el que muere, pasando por todos y cada uno de sus quehaceres, en los que constantemente le envuelve la norma administrativa, que entorpece, regula o a veces (más de las que quisiera) prohíbe sus actividades.

No es raro, pues, que el corto espacio de tiempo transcurrido desde la iniciación de este proceso, poco más de cien años, que además ha sido muy vivo en las dos últimas décadas (en el 1929 por la crisis económica mundial, y en 1940 por el desencadenamiento de la segunda guerra mundial), haya sido insuficiente para que los

estudiosos dieran con el origen y esencias de todas y cada una de las innumerables instituciones nacidas y crecidas en el seno del Derecho administrativo. Cuando en el refluir de la vida de la Humanidad el Derecho administrativo entre en la depresión de su ciclo, todavía no habrán podido los técnicos y especialistas agotar el tema ni alcanzado la entraña de cada una de esas nuevas creaciones.

La culminación de la labor de investigación es sólo posible *a posteriori*, no sólo por la viveza del desarrollo antes expuesta, sino porque su madurez sólo se logra al analizar la aplicación repetida de los preceptos sustantivos, que da lugar a la exégesis necesaria para desentrañar el concepto fundacional de la institución, que originariamente aparece casi siempre deformado.

Con estos antecedentes, y teniendo en cuenta tales principios, pretendemos no iniciar, pues en variedad de trabajos fragmentarios y diversidad de artículos de revistas científicas el camino ha sido desbrozado ya en cuanto a algunas instituciones de Derecho administrativo; pero sí ser de los primeros que, como fruto de experiencias y como consecuencia de hondas meditaciones y detenida labor, abramos el camino para poder establecer los orígenes o fundamentos jurídicos de instituciones administrativas, sin pretender ni agotar el tema, ni abarcar la totalidad de una abstracción, a lo que se opone la amplitud del campo y lo reducido de las experiencias de cada caso. Vamos a intentar demostrar que es posible establecer ya ahora para un conjunto de instituciones administrativas una idea o principio general, del que hayan partido las disposiciones que las crearon, ya emanaran de la Administración o de los poderes legislativos, autores conjuntos de esa frondosa selva a que venimos haciendo referencia.

Comenzaremos por observar que estos principios son desconocidos, en muchas ocasiones, por la norma creadora de la institución, la cual incluso contraviene a veces los de las leyes fundamentales, así económicas como jurídicas, y aun en algunos casos los de las ciencias naturales. Razones de emergencia, situaciones de extrema gravedad, llevan a la publicación de disposiciones en contraposición a tales leyes básicas, obedeciendo a imperativos circunstanciales; su carácter transitorio y deleznable, por ser contrarias a principios inmutables, hace que no alcancen supervivencia, pasando a ser epi-

sódicas, por lo que escapan a la investigación, aunque pueden ser útiles como antecedentes y justas u oportunas en el momento en que se publicaron.

Otras normas, obedeciendo y respetando los dictados de aquellos principios inmutables, establecidos por la naturaleza o por las ciencias, aparecen con un fundamento ficticio, que sólo la investigación puede esclarecer y centrar.

Y otras, por fin, nacen a la vida jurídica claramente tipificadas, emergiendo de los principios generales del Derecho o de los que informan las ramas de aquél que más han influido en la creación del administrativo.

A esclarecer y aclarar aquéllas y a confirmar éstas ha de tender la investigación científica del Derecho administrativo actual, pues por este camino puede acrecentar su individualidad o independencia del Derecho político, que tanta vitalidad le infunde. Cuando la Administración actúa, improvisando disposiciones de emergencia, se mueve en el ámbito político, aunque sus actos produzcan efectos administrativos; cuanto más se reduzcan aquellos campos, más ganará el Derecho administrativo, y más posible será su generalización.

Cuando Brunialti quiere definir la ciencia de la Administración, confundiéndola con la del Derecho administrativo, distingue «el poder y la ordenación del Estado» (materia política) y «la materiale attività in rapporto a l'Amministrazione», y añade que «la diferencia entre el Derecho constitucional y el administrativo radica en el distinto momento en que es considerada la actividad jurídica del Estado» (5). Y siguiendo a Stein, estudia, separadamente, la organización del Estado y la que llama «administración interna», la que define: «la parte de la administración general, que estudia y regula la acción positiva y directa del Estado, dirigida a facilitar y promover el desenvolvimiento de las personas singulares, en armonía con la personalidad universal» (6).

Sin que aceptemos tal principio en su integridad, podemos ad-

(5) ATTILIO BRUNIALTI: *La scienza della amministrazione secondo L. von Stein*. (Torino, 1897), prefacio, pág. XI.

(6) ATTILIO BRUNIALTI: *Obra citada*, pág. 147.

mitir que en el campo de nuestro trabajo comprendemos tan sólo las instituciones creadas por el Estado y dirigidas a facilitar y promover el desenvolvimiento de la vida y actividades individuales, sin que nos preocupe cuál sea la organización estatal y *con independencia de ella*. La relación entre el Estado y el individuo viene regulada, en tal clase de instituciones, por el Derecho administrativo subjetivo, frente al arbitrio administrativo. Merkl define el Derecho administrativo subjetivo como el integrado por «obligaciones y derechos subjetivos, instituidos por preceptos jurídico-administrativos, esto es, preceptos aplicables por órganos administrativos, sea cualquiera su categoría» (7). Estos derechos subjetivos presentan, según Jèze, la característica de ser particulares, temporales, inmodificables y renunciables (8), y en su consecuencia, añadimos nosotros, susceptibles de ser sometidos a investigación, pese a la falta de paridad entre el Estado y el individuo, cuya nivelación se alcanza mediante la aplicación de estos principios, que dan lugar al nacimiento de obligaciones y deberes, y, por tanto, de acciones mutuas entre la Administración y el individuo, base del moderno Derecho administrativo y punto de partida de su ciencia.

Esos inicios de la ciencia del Derecho administrativo presentan un vivo contraste con la solidez del Derecho privado, a pesar de que siglos de discusión no hayan conseguido una absoluta unanimidad de criterios. Esta disparidad científica da la medida de la profundidad que puede alcanzar la investigación jurídica. El más antiguo de los Derechos, reciamente elaborado, el Derecho romano, en el que predomina el Derecho privado, cuando alcanzó la madurez de su codificación comenzó a ser objeto de investigación a través de los glosadores, que en definitiva fueron los que iniciaron la sistemática de la investigación jurídica, continuada durante siglos, en los que sin interrupción las instituciones más típicas del Derecho privado vienen siendo objeto de estudio por diversos sistemas, no agotados todavía, como lo demuestra el que en uno de los últimos

(7) ADOLFO MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*. (Madrid, 1935), pág. 184.

(8) GASTON JÈZE: *Los principios generales del Derecho administrativo*. (Madrid, 1928), pág. 42.

números de la revista *Información Jurídica* (9) aparezca un artículo, en el que se estudian nuevos caminos y maneras para conseguir un mejor rendimiento de la investigación de las instituciones de Derecho romano.

Ello demuestra la fuerza y la pujanza de aquel Derecho, el grado de madurez y plenitud que había alcanzado, del que se desprende la sazón y la vitalidad actual de las instituciones de Derecho privado. Si parangonamos esa elaboración y supervivencia de siglos del Derecho romano con la incipiencia del Derecho administrativo, hemos de quedarnos perplejos ante la dificultad que representa querer hacer hoy con las instituciones de éste lo que sobre el Derecho privado están haciendo desde hace siglos los mejores juristas. Ello nos obliga a tener presentes sus métodos y sus enseñanzas, las que unen a la técnica la experiencia histórica; las dos formas en que puede ser hecha la investigación. En nuestro caso, la experiencia histórica tiene poco valor, y deberemos valernos casi exclusivamente de la técnica, la que, como hemos visto, está aún en período de elaboración.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA INVESTIGACIÓN

Si el Derecho administrativo, desde el punto de vista científico, «no es una suma de ideales jurídicos apositivos, que anhelan su realización por el Derecho positivo, sino un sistema de abstracciones teóricas, edificado sobre la realidad del Derecho administrativo positivo, sólo la materia jurídica-positiva puede ser empleada para alcanzar un conocimiento que trascienda del campo fenoménico de ese material jurídico-positivo, logrando validez jurídico-teórica. No es solamente en la ciencia del Derecho donde las verdades de carácter general se funden en una experiencia, a menudo muy limitada» (10). Y como nuestro fin es alcanzar un conocimiento jurídico científico, no ideal, sino condicionado y posibilitado por la coexistencia de una

(9) FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO: *Orientaciones para el estudio del Derecho romano*. Revista de «Información Jurídica». (Madrid, enero de 1951), pág. 43.

(10) ADOLFO MERKL: *Obra citada*, pág. 130.

pluralidad de ordenamientos jurídico-administrativos, en cuyo proceso la experiencia histórica poco puede ayudarnos, como no sea mediante el Derecho comparado, sólo el examen del Derecho positivo puede servirnos de guía en el camino emprendido.

La visión del Derecho positivo administrativo no es, empero, sencilla, sino doble: una, meramente política, y otra, que es la que nos ocupa, jurídica (11). La necesidad social, política y económica de una institución, las bases de tal entidad de un servicio público o su rendimiento práctico, son materias de carácter meramente político. Las reglas jurídicas, mediante las cuales se alcanza la finalidad que persigue la institución, constituyen, en cambio, el punto de vista de la técnica jurídica, que debemos investigar, por integrar el campo del Derecho positivo en que hemos de movernos y del que deben sacarse las abstracciones de tipo jurídico-administrativo, distintas de las de índole jurídico político, que constituyen la primera visión. Del Derecho positivo, considerado como mera regla o norma, independiente de su necesidad, condiciones o rendimiento en el terreno social o político, no pueden desprenderse más que consecuencias de carácter jurídico-administrativo, que constituyen la segunda visión, que es la propia de nuestro trabajo.

Este Derecho positivo se forma, según Fleiner, como también Mayer, tratadistas alemanes; como de Zanobini, de la moderna escuela italiana, con la ley, los reglamentos, las ordenanzas y las disposiciones de carácter general de la Administración en sus diversas acepciones, estimadas como únicas fuentes del Derecho administrativo. Las distinciones de Merkl o de Brunialti, siguiendo a Stein, obedecen a aquella diferencia de las actividades del Estado hasta que se encuentra en funciones la Administración, la que, en definitiva, cuando llega la hora de operar, reconocen, actúa bajo la presión de la ley, del reglamento o de las instrucciones generales.

En el concepto de estos enunciados intervienen dos elementos de valoración de positivo interés, cuyo alcance conviene aquilatar, no sólo por la influencia que en el ámbito y preeminencia de aquéllos ejercen, sino por la diversa forma en que actúan al calificar las leyes, los reglamentos o las instrucciones generales. Lo discrecional

(11) GASTON JÈZE: *Obra citada*, pág. 31.

y lo autónomo son calificaciones de Derecho positivo, que hay que saber aplicar y valorar.

Lo discrecional puede ser creado por la ley, cuando ésta deja al arbitrio de la Administración la adopción de cualquier medida, o el tiempo de vigencia de la misma, o su extensión; este arbitrio puede ser condicionado o reglado por la propia ley o ilimitado. En el primer caso, la Administración deberá acomodarse a lo establecido, y su libertad reglamentaria no podrá rebasar el límite de libertad otorgado. Otras veces, lo discrecional nace de la necesidad del momento o del imperio de obrar que siente la Administración para cubrir un vacío de la ley. En tales casos, los preceptos que dicta la Administración son verdaderas fuentes de Derecho administrativo, más por tolerancia de la ley que por su imperativo, pero su texto no puede ir nunca contra la ley: «todas las disposiciones jurídicas contrarias a la ley se estrellan contra la *rocher de bronze* de la ley» (12). En ambas acepciones, lo discrecional tiene con la ley el contacto doble de su origen y el límite de su texto, conceptos ambos que implican subordinación, la que será tanto más estrecha cuanto más rígida sea la vinculación del poder ejecutivo al legislativo exigida por la organización política imperante en cada país y en cada momento. Los preceptos de carácter discrecional pueden, a pesar de su origen, ser objeto de examen desde el punto de vista jurídico, pues son preceptos de Derecho positivo, integrados por reglas que instituyen o crean derechos individuales; o los vulneran o desconocen cuando no se acomodan a los preceptos superiores. No en balde Presutti (13) refiriéndose a la elaboración de los preceptos administrativos de emergencia, generalmente de tipo discrecional, dice: «Cuando un nuevo problema administrativo se presenta, se resuelve no ya aplicando la norma, aún ignorada, que la ciencia de la Administración debería haber previsto, pero que desgraciadamente no ha encontrado todavía, sino más bien aceptando la solución que al problema referido ha sido dada en otro país, o si falta tal ejemplo, procediendo a tientas, por intuición o por inducción analógica con

(12) FRITZ FLEINER: *Les principes généraux de Droit administratif allemand*. (París, 1933), pág. 48.

(13) ENRICO PRESUTTI: *Principii fondamentali di Scienza dell'Amministrazione*. (Milano, 1910), pág. 53.

el concurso más o menos inconsciente de mil y mil fuerzas oscuras e ignoradas.» Siguiendo el camino a la inversa, conforme hemos de ver, tales preceptos no pueden escapar al examen técnico jurídico, pues desde el punto de vista de la técnica jurídica, en su elaboración se han sujetado a unos principios.

El concepto de lo autonómico es, en cambio, meramente político. Al Derecho administrativo le es necesario conocer quién dictó la regla y si tuvo atribución para hacerlo; pero le es indiferente que tal facultad le corresponda por derecho propio o en virtud de reconocimiento legal. En una confederación de Estados como en Norteamérica, el poder legislativo aparecerá atribuido, en parte, a la Confederación, y en otra a los Estados miembros, y asimismo la facultad reglamentaria estará diversamente reconocida a favor de la Administración federal o de la estatal. La disgregación del poder legislativo de un país unitario en uno o varios poderes regionales, autonómicos, produce a nuestros fines el solo efecto de indicarnos dónde hay que buscar el precepto. El límite mayor o menor de autonomía de la Administración local repercutirá en la extensión de sus reglamentos y en su mayor importancia, cuanto más ampliamente haya sido reconocida su autonomía, porque tal sistema, a los fines de nuestro trabajo, no conduce más que a desplazar el órgano creador del derecho y aun dentro de los límites de la ley. Lo autonómico no influye, pues, en la técnica jurídica del precepto, sino sólo en su elaboración.

El orden de jerarquía de los preceptos se deduce del reconocido *a priori* a los autorizados para su elaboración. Aparece, en primer lugar, la ley constituyente, luego la ley en su concepto genérico de norma jurídica suprema y tras ella el reglamento, hijo de la facultad reglamentaria, propia de la Administración, y en un rango similar las disposiciones de tipo discrecional, que vienen a cubrir un vacío de la ley; por último, las instrucciones o normas de carácter general, que debidamente publicadas, se desarrollan o desenvuelven con aquel carácter, divergencias o consultas sobre la ley o los reglamentos.

No podemos dejar de referirnos a la costumbre, aunque su importancia sea mínima en Derecho administrativo, ya que el principio general de derecho, según el que la costumbre contra la ley no

puede prevalecer, es celosamente observado en la práctica administrativa y aun ampliado a la negativa de reconocer a la costumbre como creadora de derecho. Tan sólo las costumbres que Mayer llama de «observancia» y que más bien son normas internas de la Administración, son fuentes creadoras de Derecho administrativo, como ocasionalmente pueden serlo las ordenaciones o instrucciones de servicio dictadas por un superior jerárquico, ya sea con carácter general, o a una oficina determinada. Unas y otras adolecen siempre del requisito esencial de su falta de publicación, razón legal para ser rechazadas por la técnica administrativa.

Conocidos los preceptos de Derecho positivo sobre que hemos de operar, se hace indispensable establecer cómo hemos de actuar. «El jurista digno de este nombre se distingue del práctico, del manoseador de repertorios o del coleccionador de fichas, por su aptitud para utilizar los instrumentos propios del trabajo intelectual» (14). Esta acertada aseveración nos indica que no pueden olvidarse los procesos interpretativos comenzando por el gramatical, siguiendo por el lógico y terminando por el examen del fin del precepto, deduciendo de él su encuadramiento sistemático en la técnica del Derecho. Para completar la labor, y siempre que ello sea posible, con vendrá comprobar si el resultado obtenido obedece a los antecedentes históricos de la institución o al de similares instituciones de otros países, teniendo en cuenta el tipo político y administrativo del Estado que allí rige, y la verdadera analogía de la institución, pues tanto la falta de consonancia entre el sistema jurídico de los países que se comparen, como la especie diversa del principio en que se funde, han de conducir por la fuerza a resultados diversos, impropios de toda comparación.

En este proceso deberemos servirnos, asimismo, de la analogía que pueda establecerse entre los principios generales del Derecho y los que informan las restantes ramas del Derecho que han influido en la formación del Administrativo. Esta interpretación analógica deberá, empero, limitarse a los casos de un mismo género y que tengan por tanto un mismo origen o razón de ser.

(14) MARCELLO CAETANO: *Tratado elemental de Derecho Administrativo*. (Santiago de Compostela, 1946), pág. 88.

Los principios generales de derecho, por lo mismo, que son generales, han de reputarse comunes al Derecho público y al Derecho privado. Si consideramos que el Derecho es un todo, como lo confirma que sus diversificaciones se llamen ramas con origen en un mismo tronco y raíz, y con una sola savia, que es la vida; deberemos concluir que el origen último de las instituciones de Derecho privado son, no principios de Derecho privado, sino principios de derecho; del concepto genérico de derecho; de los fundamentos que lo crearon. Aunque éstos hayan aparecido en la vida jurídica y en los comentaristas como creadores o generadores del Derecho privado, son, en realidad, propios de todas las ramas del Derecho, y si bien han sido estudiados preferentemente como creadores del Derecho civil, por el mayor y prematuro desarrollo de éste, nada impide que unos mismos principios y axiomas informen todas y cada una de las restantes ramas del Derecho. Por ello, para hallar el origen jurídico de una institución de Derecho administrativo, hemos de ascender a los principios generales del Derecho y comprobar luego, descendiendo, por otra rama, como haríamos al examinar un árbol genealógico, su paridad de reglamentación para de tal estudio deducir la pureza del principio común y, por tanto, de nuestra labor o la imperfección de uno u otro Derecho positivo. No queremos decir que no existan principios de derecho exclusivos del Derecho civil, como dentro de éstos los hay especiales de la contratación o de la sucesión; como tampoco negamos la realidad de principios de derecho exclusivos del Administrativo, pero estimamos que tanto más valor tendrá la ciencia del Derecho cuanto más se generalicen los principios que informan cada una de sus ramas.

Los principios exclusivos del Derecho civil tendrán también su utilidad según la índole de la materia administrativa que en cada caso nos ocupe, como los restantes preceptos de toda índole que han contribuido a la formación del Derecho administrativo; como el Derecho penal y sus principios nos serán indispensables si queremos estudiar las multas y restantes sanciones administrativas.

La importancia del Derecho civil en la formación de las instituciones de Derecho administrativo, impone dedicar un último apartado a la relación entre el Derecho civil y el administrativo.

III. EL DERECHO CIVIL EN LA FORMACIÓN DEL ADMINISTRATIVO

Sabido es cuán grande ha sido la preocupación del Derecho francés para sustraer el conocimiento de los asuntos administrativos del poder judicial, y cómo la creación de jurisdicciones especiales administrativas encaminadas a tal fin trascendió a toda Europa, incluso a Alemania, en donde los Tribunales civiles tenían una arraigada tradición administrativa a través del Fisco. Consta, asimismo, cómo en Francia la jurisdicción administrativa ha sentido una verdadera aversión por la aplicación del Derecho civil. Estos dos enunciados constituyen el punto de partida del presente capítulo.

No tratamos, empero, de examinar aquí la conveniencia de la sumisión de la Administración a los Tribunales civiles; ni siquiera si procede o no aplicar el Código civil a los actos de la Administración, sino que pretendemos algo más simple: dilucidar la importancia que el Derecho civil haya tenido en la formación del Derecho administrativo, en el proceso de su desintegración del político hasta su sustantividad y la que continúa ejerciendo en su vida actual.

Nadie niega la influencia del Derecho civil en la creación del Derecho administrativo y su subsiguiente desarrollo; todos los tratadistas lo reconocen, y las propias jurisdicciones administrativas ceden de hecho a ese influjo. «El Derecho civil tiene por objeto el estudio de las instituciones jurídicas que rigen las relaciones de los hombres considerados como tales en la sociedad civil, y estas relaciones, como hace notar Capitant, tienen dos fundamentos diferentes, que surgen de la comunidad de sangre (derecho de familia) y de la facultad o poder que el hombre ejerce sobre las cosas del mundo exterior que él domina y somete a su voluntad» (15). Cuando el Estado moderno quiere ejercer o se ve forzado a ejercer dominio sobre las cosas materiales de su territorio, entra en conflicto con las regulaciones civiles, secularmente consagradas en todas las legislaciones y dirigidas a solventar las colisiones de intereses entre particulares; y como no puede desconocerlas, establece con ellas el ne-

(15) RAFAEL BIELSA: *Estudios de Derecho público*. (Buenos Aires, 1950.) Tomo I. «Derecho Administrativo», pág. 151

cesario contacto, a través de sus principios, sin atreverse a su derogación o flagrante infracción. De ahí nace una constante inclinación del Derecho administrativo, no a romper, a arrinconar el Derecho civil, sino al contrario, a acercarse a él y a tomar de sus principios cuanto le sea utilizable para su fin, procurando alcanzar una interpretación administrativa del Derecho civil. Ello explica tanto la falta de concreción de muchos tratadistas al estudiar este punto, como el origen de la técnica de los Derechos públicos subjetivos, la aparición y estructura del acto administrativo y el régimen de garantías jurisdiccionales que constituyen el más moderno armazón del Derecho administrativo, que la legislación actual está llenando de contenido sustantivo.

Ante esta realidad, las disquisiciones de Mayer sobre la determinación de si una institución es civil o administrativa, carecen de virtualidad, porque lo que realmente interesa, desde el punto de vista de la teoría del Derecho administrativo, no es aquilatar a qué rama pertenezca y si debe aplicarse el Derecho civil o el Derecho administrativo (16), sino de dónde se extrajo el principio que lo informa, aunque sea para llegar a la misma conclusión: «todo lo que es igual por naturaleza debe ser también regulado igualmente», aceptado por todos los tratadistas alemanes.

Asimismo opina Hauriou cuando, examinando las relaciones de la Administración con el Derecho civil, dice (17): «Los artículos del Código no serán aplicados a la letra, de pleno derecho, a las materias administrativas; pero la jurisdicción administrativa es libre de aplicarlos a la letra o conforme a los principios de justicia o de razón contenidos en sus artículos.» Para llegar a esta conclusión es forzoso aceptar que en la elaboración del Derecho administrativo, ya en el proceso legislativo, ya en el ejercicio de la potestad reglamentaria y aun en el terreno discrecional, la Administración ha ido asimilando, como decíamos, los principios, y aun los textos podríamos añadir ahora, del Derecho civil.

Y es natural que así haya ocurrido. En tanto, a raíz de la revolución francesa, se inicia el proceso de elaboración del Derecho admi-

(16) OTTO MAYER: *Obra citada*. Tomo I, pág. 187.

(17) MAURICE HAURIOU: *Précis élémentaire de Droit Administratif*, (París, 1943), pág. 19.

nistrativo, aparece en el Código civil de Napoleón, que tanta influencia debía ejercer en toda Europa. La legislación civil puede decirse que ha quedado estática, en tanto que la administrativa no ha cesado de desarrollarse y ampliar su campo de acción. Los conceptos de Derecho público contenidos en aquel Código, tales como la clasificación de los bienes, en públicos y privados; servidumbres, calificadas de públicas; campo de acción de las leyes en general, normas interpretativas de igual entidad, principios de nulidad, etc., de evidente sabor administrativo en la actualidad, si bien han sido respetadas, precisan de modernización, pues a su alrededor el Derecho administrativo ha debido construir las nuevas concepciones con un evidente tono civilista, con el que asimismo ha creado las limitaciones a la propiedad, la contratación administrativa y un sin fin de instituciones fiscales al llevar la preocupación por lo social a la vida del Derecho.

Esta influencia del Derecho civil en la formación del administrativo, y el concepto civilista del Derecho alemán, encarnado en Mayer, lleva a Spiegel, en su famosa controversia con él y en su proselitismo administrativista, a afirmar que la concepción civilista del Derecho administrativo equivale a su negación, aunque no deja de reconocer que la «teoría no puede trazar un corte en las instituciones jurídicas y decir: del lado de acá de ese corte está el Derecho privado, del otro lado, el Derecho público, sino que ha de respetar la conexión y el enlace que existe entre el Derecho privado y el Derecho administrativo» (18). Es esto, precisamente, lo que interesa para nuestro fin: dejar sentado que existe conexión entre uno y otro, y como conexión equivale a interdependencia, no será posible aislar el estudio de ambos Derechos en departamentos estancos.

Zanobini admite la influencia del Derecho civil, pero con un tanto de optimismo termina por concluir que «la doctrina formada en torno de la legislación administrativa ha podido demostrar que hoy en día constituye un completo sistema jurídico, con sus principios generales y su parte especial, sin que ninguna razón pueda hoy justificar la preeminencia, propia en otro tiempo, del Derecho

(18) LUDWIG SPIEGEL: *Obra citada*, pág. 154.

civil respecto al Derecho administrativo» (19). Ello no contradice, como fácilmente puede comprenderse, lo dicho hasta aquí, y es una prueba de cómo el Derecho administrativo ha sabido aprovechar los principios que ha recibido del Derecho civil, como con gran acierto dice García Oviedo: «El origen histórico del Derecho administrativo acusa la intimidad de esta relación; derecho de ayer frente al Derecho civil —derecho de todos los tiempos— brotó del Derecho civil, imbuído de su espíritu, influído por sus instituciones..., la obra crítica actual acabará por emancipar plenamente al Derecho administrativo, y mientras esto no ocurra se nutrirán sus raíces con la savia, todavía fértil, del Derecho civil, recibiendo de él inspiraciones y enseñanzas» (20).

En nuestra patria los tratadistas de Derecho administrativo, empero, olvidan en general esta materia, y tan sólo Gascón y Marín le da alguna amplitud, llegando a afirmar, en cuanto al Derecho español, que «muchos de los Derechos que están reconocidos por la Ley civil se hallan limitados por el Derecho administrativo» (21), expresión que denota cuán grande ha de haber sido la influencia que el Derecho civil, con su sazón y experiencia, ha de haber ejercido en el Administrativo, que éste se ha atrevido ya a enmendarle. Y admite, con Duguit, que el Derecho público y privado deben ser estudiados con los mismos métodos y espíritu, afirmando que la diferencia entre ellos estriba sólo en que la realidad de las situaciones jurídicas respectivas no pueden ser obtenidas del mismo modo.

Efectivamente es así; en Derecho civil, como dice Bielsa en la cita hecha anteriormente, se parte de la relación establecida entre dos individuos o por razón de sangre o por razón de trato. En Derecho administrativo se interfiere en la relación entre el Estado y el individuo, el imperio o soberanía. La progresión del Derecho administrativo aparece en razón directa a la disminución de la influencia del poder del Estado en aquellas relaciones. Cuantos medios se han

(19) GUIDO ZANOBINI: *Corso de Diritto Amministrativo*. (Milano, 1947). Volumen primero, pág. 27.

(20) CARLOS GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*. (Madrid, 1933.) Tomo I, pág. 23.

(21) J. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid, 1943), pág. 83.

utilizado para reducir el poder del Estado en el trato con cada uno de sus individuos han contribuido a dar sustantividad al Derecho administrativo; tanto, que pudiéramos decir que éste, en su evolución, no ha hecho más que acrecentar y mejorar los derechos individuales y constreñir o regular el poder policial de la antigua Administración. Ha cumplido así el fin que le asignó su creadora la revolución francesa al colocar en primer lugar y en plano superior los derechos absolutos que Laferrière, en términos hoy anacrónicos, en la décima edición de su obra, definía: «Les droits individuels sont les droits naturels et civils qui tiennent a la personne de tout Français, ils sont fondé sur la liberté et l'égalité de notre nature, sur les droits que nous avons tous a l'exercice de notre liberté dans les limites de la raison et de la loi» (22).

De esta limitación de la ley ha podido nacer la teoría del Derecho administrativo subjetivo que instituyó las situaciones jurídicas individuales que alimentan y dan vida al acto administrativo. Este proceso, en tanto va nutriendo de derechos la relación entre el Estado y el individuo, va estimulando paralelamente todo el sistema de garantías jurisdiccionales del Derecho administrativo, que en definitiva no son más que otra limitación de la soberanía de la Administración.

Ello no ha desvirtuado, empero, el concepto sustancial que diversifica el Derecho público del privado, o sea, el interés preponderante, que en el público es el general y en el privado el particular. Y decimos preponderante por cuanto esos intereses ni en una rama ni en la otra son absolutos; ni en el privado hay sólo interés particular, pues muchas de sus instituciones, como heredamiento forzoso, servidumbres y aun algunos contratos y cuasi contratos, obedecen a dictados de interés general; ni en el Derecho público el interés es exclusivamente general; cierto que el impulso de la Administración es de tal especie, pero con sus características modernas, el Derecho administrativo propende cada día más a la protección de los derechos individuales ante los generales, y muchas veces regula incluso los derechos de los particulares entre sí, aun-

(22) M. L. LAFERRIÈRE: *Cours de Droit Public et Administratif*. (Paris, 1841), pág. 23.

que sólo sea por razón de prioridad ante la Administración, con lo que tal vez pueda llegarse algún día a decir que el Derecho público se divide en político u organización del Estado, y jurisdiccional o regulador de las relaciones entre estos órganos del Estado y el particular, que no otra cosa es el Administrativo en el concepto moderno, muchas veces más cerca de lo judicial que de lo político.

Ello explica el deseo de imitar el vínculo civil del contrato mediante una relación administrativa similar entre la Administración y los administrados. Para ello se comenzó por mejorar la técnica de los contratos administrativos, y se terminó por crear el acto administrativo, vehículo por cuyo medio se establece la relación entre el particular y la Administración, en un todo pareja a la del contrato.

Al estudiar Merkl la conexión entre el Derecho y la Administración, lo sitúa en la juridicidad, en virtud de la cual «la Administración está condicionada por la existencia de un Derecho administrativo, y cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción». De esta premisa infiere las condiciones de legalidad o legitimidad y jerarquía de las funciones administrativas, en cuyo grado inferior, después de pasar por la ley y el reglamento, aparecen los actos individuales creadores del derecho (23).

Estos actos individuales de la Administración son los que dan lugar a las obligaciones y derechos subjetivos y crean las situaciones jurídicas individuales y subjetivas que estudia Jèze como precursoras del acto administrativo (24), a las que atribuye las características antes enunciadas de ser particulares, temporales, no modificables y renunciables. Estas situaciones son creadas unilateralmente o por manifestaciones bilaterales de voluntad o contratos. Ambas tienen, empero, el mismo contenido jurídico e idéntica naturaleza jurídica, distinguiéndoles tan sólo la forma, ya que creado el vínculo jurídico ha de aparecer una persona titular de un poder, al que corresponde un deber jurídico de la otra; porque existe relación jurídica siempre que, junto al deber jurídico de hacer alguna

(23) ADOLFO MERKL: *Obra citada*, págs. 212-228.

(24) GASTON JÈZE: *Obra citada*, pág. 42.

cosa, alguien pueda exigirlo, con independencia absoluta de cómo y quién lo haya originado.

En definitiva, estas son las características de todo acto jurídico, cuyo proceso resume Caetano en los siguientes términos: a) la expresión de una persona; b) un resultado material, y c) un resultado jurídico, con cuyo antecedente llega a la definición del acto administrativo en los siguientes términos (25): «acto jurídico público subjetivo, singular o unilateral, simple o intencional, que tiene por sujeto un órgano de la Administración», cuyo concepto coincide con el más asequible de Fernández de Velasco, concebido así: «Declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas» (26). Sus elementos integrantes: competencia; voluntad; objeto, forma y fin no difieren del contrato más que en la sustitución del consentimiento, por la competencia y la voluntariedad del órgano de la Administración, que aún desaparecen cuando el particular ha instado el acto, o el silencio administrativo le da el asenso del ente público.

Consecuencias de este modo de obrar de la Administración, acomodándose a una norma jurídica, han sido, además de la generalización y perfección de las garantías jurisdiccionales, el hacer asequibles declaraciones de nulidad e invalidación del acto administrativo, similares en su fondo y esencia a las de los contratos civiles, y su secuela la indemnización de daños por parte del órgano público al ser aceptada la responsabilidad de la Administración.

Estos modernos postulados del Derecho administrativo, últimos arrebatados al Derecho civil, son una prueba concluyente de la influencia de éste en las instituciones de aquél. Para poder afirmarla no ha hecho falta referirnos a la realidad de la vigencia del Derecho civil en la contratación administrativa, ni a la procedencia de la aplicación de aquél a la Administración cuando actúa como sujeto patrimonial u obra como un particular; porque lo que a nuestro fin ha de interesar no es dilucidar si una institución es civil o adminis-

(25) MARCELLO CAETANO: *Obra citada*, pág. 250.

(26) RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO: *El Acto Administrativo*. (Madrid, 1929), pág. 15.

trativa, o si al Estado hay que aplicarle la norma de Derecho civil en su función administrativa, sino simplemente si las instituciones administrativas han asimilado de las civiles similares sus principios y su doctrina. Y hemos podido constatar que el Derecho administrativo, en el proceso de su evolutivo desarrollo, ha obtenido del Derecho civil lo más fundamental: la estructura del Derecho de obligaciones. De ahí nace la necesidad de conocer a fondo el Derecho civil para poder desentrañar las esencias de las instituciones administrativas.

ENRIQUE DE JANER