KARLOS NAVARRO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO

III

LA CONFIGURACION HISTORICA Y LAS CONCEPCIONES CIENTIFICAS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EUROPA, ESTADOS UNIDOS Y NICARAGUA

PRÓLOGO
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA GRANADA-NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

KARLOS NAVARRO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO

III

LA CONFIGURACION HISTORICA Y LAS CONCEPCIONES CIENTIFICAS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EUROPA, ESTADOS UNIDOS Y NICARAGUA

PRÓLOGO
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIO SUPERIORES IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODIA GRANADA - NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía

Rector
Dr. Roberto Ferrey

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autor	:	Karlos Navarro
Cordinación editorial	:	Karlos Navarro
Diseño de interiores	:	Freddy Aviles C.
Diseño de portada	:	Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-31-4

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una instutución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas areas del conocimiento.

iiescontrolacademico@gmail.com

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

INDICE

PROLOGO 9

INTRODUCCIÓN 13

I.
LA CONFIGURACION HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 19

1. La inicial articulacion privatista de las relaciones de poder en el Estado patrimonial y los origenes de la institucionalizacion del poder público en la Edad Media 23
2. La limitada estructura organizativa del poder político 23
3. Inexistencia de un derecho público que regimente al poder político 26
4. Raíces de la institucionalización del poder público y su derecho en la transición al Estado moderno 28
5. La expresión administrativa del estado absoluto: el Estado-policía 31
6. La policía como titulo abstracto y general de intervención del poder público 32
7. Instituciones de garantía de los derechos de los particulares. La distinción entre asuntos de Policía y asuntos de Justicia 35
8. La sumisión de la Administración al Derecho a través del Fisco 37

II.
EL ESTADO DE DERECHO 39

1. Claves históricas y principios definidores 39
2. Relación entre la Administración y la Ley 41
3. La configuración del "regime administratif" 44

4. La relación entre Administración y Justicia 48
5. Los origenes del derecho público en España. Tradición y constitucion. La recepcion del regimen administrativo 53
6. La legitimidad del poder soberano y su necesaria vinculación en la construcción de la Monarquía hispánica a lo largo de la Edad Media 54
7. Derecho público y Estado absoluto 60
8. El constitucionalismo y el régimen administrativo 63

III.
LOS ORIGENES DEL DERECHO PÚBLICO EN NICARAGUA. LA RECEPCIÓN DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO 68

1. La consolidación del Estado moderno y el concepto de soberanía 72
2. Ilustración en España y su influencia en Centroamérica. 73
3. Ilustración y las reformas borbónicas en Centroamérica. 80
4. El concepto de soberanía y los primeros servicios público en la Constitución de Cádiz 85
5. Constitución Federal de Centroamérica de 1824, y la ruptura con España 91
6. La revolución liberal, las reformas institucionales y la ley de amparo 95
7. La intevención norteamericana y la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua 98
8. Ildefonso Palma Martínez y el desarrollo del derecho administrativo nicaraguense 106

IV.
LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACION AL DERECHO EN EL SISTEMA ANGLOSAJON: PROGRESIVA Y TARDIA CONSTRUCCION DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA LA CONFLUENCIA DE SISTEMAS 111

V.
LAS CONCEPCIONES CIENTIFICAS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO 124

1. La Administración pública como referente: el perenne dilema de su conceptuaron organico-subjetiva o funcional 124
2. La inicial noción subjetiva de la administración y del derecho administrativo: la supuesta identificacion de su objeto con la funcion propia del poder ejecutivo y su organificacion en la primera doctrina española 126
3. Las concepciones del derecho administrativo según un criterio material u objetivo: el derecho de la administracion como función 130
4. La teoría de las funciones del Estado y la definición de una "función administrativa" 130
5. Deslinde de la "función administrativa" 132
6. Las objeciones a la teoría funcional 134
7. Critica a estas objeciones 135
8. El concepto negativo o residual de la Administración Pública: Otto Mayer 137
9. Critica de esta tesis 139
10. La actividad de la Administración en la Escuela francesa del Servicio Público 140
11. Crítica 143
12. La función administrativa como actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines: de ORLANDO A ZANOBINI 146
13. La Administración Pública como actividad de conformación en el Estado Social: FORSTHOFF 149
14. Recapitulación en este punto 155
15. Las concepciones del derecho administrativo según un criterio subjetivo: el derecho de la administracion como sujeto 157

    15.1 El Derecho Administrativo como Derecho de la acción del Poder Ejecutivo a través de la "puissance publique": de HAURIOU A VEDEL 157

16. El Derecho Administrativo como Derecho del complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo: GARRIDO FALLA 163

17. La Administración, sujeto personificado, y el Derecho Administrativo como un Derecho estatutario: E. GARCIA DE ENTERRIA. Elementos básicos de esta formulación..... 169

18. El concepto de derecho administrativo a partir de la Constitución Española 175

19. Tesis mixtas 178

VI.
AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 182

1. La Administracion pública y el derecho administrativo: criterio de deslinde y concepto que se proponen: la actual complejidad del orden de lo jurídico público y la delimitación de la Administracion pública y su regimen 184

2. La incidencia del Estado social de derecho sobre el orden de lo jurídico administrativo..... 185

3. La interpretación entre Estado y Sociedad en el Estado Social de Derecho: consecuencias 186

4. La expansión policéntrica de la Administración Pública..... 189

VII.
NUEVAS TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 191

1. Privatización, liberalización y desregulación. el repliegue de la administración pública a favor del sector privado..... 192

2. La huida del derecho administrativo 206

3. La Administración neutral: las administraciones independientes..... 212

4. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la administración. 220

VIII.
EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACION CENTROAMERICANA 229

1. Introducción 229
2. Admiistracion pública en el administrativo comunitario 233
   2.1 Administración central comunitaria 236
   2.2 Concepto de Administración pública europea 239
3. Administracion publica en el sistema de integración centroamericana y el derecho comunitario 241
4. A modo de conclusión 247

PROLOGO

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA,
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha (España)

No hagas muchas pragmáticas; y si las hicieres,
procura que sean buenas, y, sobre todo,
que se guarden y cumplan"

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA
(1547-1616)

Carta de don Quijote a Sancho Panza,
gobernador de la ínsula Barataria (capítulo 51,
El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha)

El magnífico trabajo del Profesor Dr. Karlos Navarro desarrollado a través de muchos años en pro del desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo en Nicaragua pone de manifiesto el acierto de las sabias llamadas de D. Quijote que encabezan esta introducción.

Constituye un honor poder escribir unas palabras sobre un gran administrativista y amigo, como es el Dr. Karlos Navarro, sobre cuya obra ha señalado el Maestro del Derecho Administrativo Dr. Jesús González Pérez que ha llevado de la adolescencia a la madurez el Derecho administrativo de Nicaragua; y, "es de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española".

Conozco ya desde hace muchos años al Dr. Karlos Navarro, y puedo dar fe de su enorme capacidad de trabajo e ilusión por desarrollar el Derecho Administrativo en su país, lo que sin duda ha conseguido con la redacción de normas tan ejemplares y de tanta calidad como los proyectos de Ley General

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de Nicaragua y el proyecto de Ley de justicia Contencioso Administrativa.

El libro que se presenta analiza con acierto las piezas claves del Estado de Derecho y del Estado social de Derecho, que establece el artículo 130 de la Constitución Política de Nicaragua; y estudia con gran profundidad jurídica las grandes cuestiones que plantea en la actualidad el Derecho aplicable a la Administración Pública y sus retos respecto de los derechos de los ciudadanos, la adecuada satisfacción del interés público y la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la potestades administrativas.

En palabras muy expresivas palabras del Profesor ALEJANDRO NIETO:

> "El Derecho Administrativo vive angustiado por su falta de identidad... El Derecho Administrativo ha dejado de pronto de ser una disciplina cómoda y estamos de nuevo casi en cero. Primero fue la Constitución, que obligó a replantear, desde abajo, los presupuestos teóricos tradicionales imponiendo un cambio total en la ideología y en la técnica; a lo que hay que añadir el impacto producido por la nueva reestructuración del Estado..."[1]

Aspectos consustanciales al Derecho Administrativo, como es toda la teoría del servicio público, la de la contratación administrativa, la de la responsabilidad administrativa, la de las empresas públicas y, de un modo más genérico, la intervención de la Administración en la economía, se han visto profundamente alterados en los últimos años, como bien analiza el Profesor Karlos Navarro en la última parte del libro al plantear la huída del Derecho Administrativo.

En nuestros días se plantea además la existencia de un Derecho administrativo global, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales[2], que está advirtiendo la doctrina administrativista[3].

---

1 NIETO GARCIA, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Colección Estudios de Historia de la Administración, INAP, Madrid, 1986, págs. 8 y 9.

2 Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL.M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf. Fecha de consulta, 2 de mayo de 2009.
Más recientemente se ha publicado el texto en la *Revista de Derecho Público* nº 24, 2010 (Kingsbury, Krisch y Stewart, "El surgimiento del Derecho administrativo global").

3 MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., "El futuro del derecho administrativo

El Derecho administrativo global ha sido definido como "aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban"[4]. KINGSBURY recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares[5].

Desde la perspectiva europea se ha puesto más el acento sobre la influencia de las normas y disposiciones de origen internacional sobre el Derecho administrativo nacional[6].

Uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública. En efecto, los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa[7].

---

en la globalización: entre la americanización y la europeización, *RAP* nº 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

4 KINGSBURY, B., "The Administrative Law Frontier In Global Governance", *ASIL proceedings 2005*, págs. 1 y ss.

5 KINGSBURY, B., "The Administrative Law…", *op. cit.,* págs. 4 y ss.

6 Véanse AUBY, J.-B. "Globalización y descentralización", *RAP* nº 156 (2001), págs. 7 y ss. y "La théorie du droit administratif global: brève présentation critique", en http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/Papier_JBA.pdf (fecha de consulta 19 de abril de 2011); y HARLOW, C., "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *The European Journal of International Law*, vol. 17 no.1 (2006), págs. 187 a 214.

7 Todos ellos elementos caracterizadores de la "gobernanza global", véase Stewart, R. B., "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).

En este sentido, puede destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[8], la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras[9] y las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial[10] y la OCDE[11].

No me queda por tanto sino recomendar vivamente la lectura de este libro. He sido testigo de cómo el Profesor Dr. Karlos Navarro ha participado en numerosos Congresos Internacionales de la máxima relevancia jurídica, tanto en Europa como en América; conozco mucha de su producción científica publicada a través de numerosos artículos en Revistas especializadas y en diversos libros; he analizado los proyectos de ley que con tanta calidad ha elaborado y puesto a disposición de su país al que tanto ama... Y por ello creo que estamos ante una obra que marca un antes y un después del Derecho Administrativo en Nicaragua.

---

8 El Acuerdo sobre Contratación Pública se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1996. Fue revisado en 2006. Se trata de uno de los acuerdos "plurilaterales" que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.
Véase ARROWSMITH, S., *Government Procurement in the WTO*, La Haya (Holanda), Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law, volumen 16, 2003 y acerca de la renovación del acuerdo ANDERSON, R. D., "Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

9 El texto de la "Ley Modelo" fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993. Los trabajos de revisión de la norma se pueden consultar en los párrafos 8 a 89 del documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.I/WP.67. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo completó la primera lectura del texto revisado propuesto de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1-4).

10 Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf, fecha de consulta 18 de abril de 2011.
Adquisiciones y el Manual sobre consultores

11 En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es www.oecd.org/daf/nocorruption/ (fecha de consulta 19 de abril de 2011).
Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudirse a AAVV, "Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, Nº 6, 2006, páginas NA 161 a 204.

INTRODUCCIÓN

La formulación de un concepto de derecho administrativo, no es una cuestión pacífica. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO a escrito: "Es difícil encontrar una disciplina científica en la que, como en el Derecho Administrativo, el tema del concepto se haya resistido más a una comprensión pacifica por parte de los autores"[12]. No es este dato, en todo caso, un "a priori" determinante para quien, como nosotros, se compromete con el intento de lograrlo. Lo realmente abrumador es el enorme esfuerzo llevado a cabo a tal fin por la doctrina científica, (condicionada, sin duda, por la recurrente pretensión de encontrar un "criterio único" de sistematización)[13], así como la intrínseca complejidad del empeño que el mismo revela.

En efecto, aun partiendo -como eventual postulado- de una identificación preliminar del Derecho Administrativo con el "Derecho de la Administración Pública", al quedar así remitida la cuestión a la previa definición de esta[14], nos encontramos con la primera dificultad, pues por Administración puede entenderse, bien una actividad característica, bien el sujeto o sujetos, el apa-

[12] MUNOZ MACHADO, S. "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", RAP, 84, 1977, p. 519.

[13] Señala JEAN RIVERO: "Ninguna rama del Derecho ha sido objeto del mismo esfuerzo de síntesis que el Derecho Administrativo; ni el civilista ni el criminalista, ni el mercantilista, ni el especialista del Derecho del Trabajo, han acariciado el osado designio de reconducir a unidad las reglas que estudian y de sistematizar alrededor de una sola idea maestra toda la materia de la disciplina". En "Existe-t-il un critére du Droit Administratif?", R.D.P., 1953, pp. 279 y ss. En similar sentido en Droit Administratif, 68 ed., Dalloz, 1973, p. 34. Ciertamente, la búsqueda del "criterio único" aparece como dato inexcrutable de esta disciplina, que trata así, de lograr la clave para Ia identificación de la relación o actuación normada, y, por ende, del propio Derecho Administrativo (la distinción actos de autoridad -actos de gestión; la "puissance publique"; el servicio público; el acto de administración; la Administración-sujeto, etc.). L. MARTIN REBOLLO ha identificado en esa búsqueda la de una idea fuerza de la que derivar consecuencias decisivas". En "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", RAP, 100-102, 1983, p. 2475.

[14] "Como es obvio, desde nuestro horizonte, la consideración de la Administración debe quedar limitada a la perspectiva jurídica, campo en el que la Administración Pública ofrece diferencias formales definitivas respecto de la Administración privada.

rato organizativo, que lleva a cabo determinadas tareas, doble consideración esta (material-funcional) que, como es sabido, está en la base de cualquier definición del Derecho Administrativo[15]. Pero, aún así, la elucidación de esta cuestión no resuelve, sin más, el problema, pues, una vez delimitada la Administración como realidad o fenómeno de partida, habrá que descifrar el significado del Derecho que la regula, el Derecho Administrativo[16]. En fin, tanto una como otra definición se encuentran ante una intrínseca dificultad añadida: la historicidad de la Administración Pública y del Derecho Administrativo.

La construcción del edificio iusadministrativo (de ese especial entramado normativo), como también la de sus claves lógicos-jurídicas de explicación y sistematización (de ese metalenguaje en qué consiste la ciencia del Derecho Administrativo), vienen, en efecto, exigidas -y condicionadas- por la historia y la evolución de las instituciones políticas[17], a cuyo paso va a surgir el Derecho Administrativo como adecuada tecné social que trata de articular su construcción con fines utilitarios: tanto desde el punto de vista histórico-político (sujetar el poder al tiempo que impulsar su dinamismo, en Francia; encontrar una clave de distinción de las funciones del Estado que permite el reparto del poder entre Parlamento y Gobierno monárquico, en Alemania), como técnico-jurídico (lograr un criterio para decidir la distribución de competencias jurisdiccionales entre el juez ordinario y el juez administrativo).

Es esa historicidad y consiguiente relatividad del Derecho Administrativo (al tiempo, producto y factor coadyuvante de la evolución de las organizaciones Políticas) la que explica, además de su auténtico significado, la dificultosa construcción de su concepto y ese incesante fluir de teorías formuladas al hilo de las vicisitudes históricas y de su traducción ordinamental.

Ante esa continua sucesión de teorías[18], nos tienta de inmediato la idea de esa reedición del mito de Sisifo que evocan las palabras de JEAN RIVERO:

---

[15] Como sintetiza GARRIDO FALLA, "se trata de saber si el Derecho Administrativo es 1) el ordenamiento jurídico de la acción administrativa del Estado (cualquiera que sea el Órgano estatal de que emane); ó 2) el ordenamiento jurídico que regula la actuación que desarrolla la Administración en sentido subjetivo". Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 32-33.

[16] J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, p. 33.

[17] No en vano, el Derecho Administrativo, como ha escrito VILLAR PALASI (Introducción y teoría de las nomas, Madrid, 1968, p. 92), es "resultado de la incesante y eterna polémica del poder con la sociedad, como un producto -ingente pero derivativo- de la política".

[18] S MUNOZ MACHADO, se ha referido a ella como "la pequeña historia de sucesivas frustraciones", en "Las concepciones..", cit., p. 520. Cfr., por ejemplo, el clima de desconcierto anejo a la reformulación de teorías evidenciado por el comentario de 0. MORENO GIL a la valiente revisión de sus tesis por GARRIDO FALLA, en "En torno a un nuevo intento de reconstrucción del Derecho Administrativo", DA, 198, 1983.

"Los especialistas del Derecho Administrativo merecen cierta compasión; tan pronto creen haber comenzado a construir, sobre el, el edificio coherente con el que suenan, el suelo se manifiesta inestable, incapaz de soportar una gran arquitectura. No les queda más remedio que reemprender la buqueda".[19]

Tentación que podría conducirnos al escepticismo, mas o menos explicito, de una de estas dos posturas: o la renuncia a la misma posibilidad de dicho concepto o, bien, la no menos negativa posición de añadir, a sabiendas, una pieza más a un pretendido (y malentendido) inventario sofístico. Por ello mismo es necesario tener claro desde el principio, tanto el significado de tal empeño dogmatico, como la servidumbre que ese camino de renovada formulación y revisión conlleva.

Sin duda alguna, por las razones expuestas (historicidad, apego a la realidad social, consecuente mutabilidad y relatividad del Derecho Administrativo), estaría fuera de lugar pretender un concepto indiscutible del mismo. Así han llegado a confesarlo insignes figuras de esta disciplina: "Le critére du Droit Administratif n'existe pas", concluía el mencionado J. RIVER0[20]; "No se trata de un error superable de la teoría; se hace imposible toda formulación unitaria", escribió E. FORSTHOFF[21]; "El Derecho Administrativo, ni ha llegado ni quizá llegue nunca a consolidarse en una formulación definitiva", suscribe el ya citado MUNOZ MACHADO"[22].

Añadamos, que este tipo de pretensiones absolutas han sido excluidas de los saberes propios, no ya de un ámbito tan relativo como el de las "leyes jurídicas", sino también del pretendidamente inmutable campo de las "leyes de la naturaleza" (puesta en cuestión de la Física de Newton, principio de indeterminación de Heisemberg, doble naturaleza onda y partícula de los fotones, etc.).

Ahora bien, ello no puede conducir a una resignada renuncia a la búsqueda de dicho concepto, pues la dificultad del intento o la asumida relatividad de todo fruto del mismo no significan, ni mucho menos, que esa búsqueda sea irrelevante; sobre todo cuando en este ámbito, lo que se juega fundamentalmente es el logro de conceptos técnicamente funcionales[23]. Pues bien, desde

[19] "Existe-t-il?...", cit. p. 279.

[20] Ibidem, p. 291.

[21] FORSTHOFF, E. Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp. IEP, Madrid, 1958, p. 11-12.

[22] Las Concepciones...", Cit., p. 521

[23] Como ha recordado J. RIVERO, "el Derecho Administrativo no puede cumplir su función social más que si es inteligente y cognoscible; ello exige, contra el existencialismo jurídico y a pesar de las dificultades de la tarea, proseguir en el esfuerzo para organizarlo de manera sistemática": RIVERO, J. Droit Administratif, cit. p. 34. Con el calificativo de "existencialismo jurídico" se refiere este autor a las posturas que descartan, por intelectualismo estéril y poco realista, todo intento de sistematización.

esta convicción, creo que gran parte del problema de la definición del Derecho Administrativo radica en una cuestión de perspectiva y de objetivos.

Cuestión de perspectiva, en primer término, en lo que se refiere, dada la equivocidad del término, al necesario distingo en el análisis, entre el significado del Derecho Administrativo, como ordenamiento y sistema normativo (el Derecho Administrativo como "ius"), y como sistema científico (el Derecho Administrativo como saber científico y disciplina académica) (por más que nuestras conclusiones, una vez delimitada sistemáticamente una construcción a partir de esa dicotomía, finalmente constaten la tendencia al encuentro de los criterios de deslinde de ambos planos).

Cuestión de objetivos, en segundo lugar, para, rehuyendo la pretensión más que dudosa[24] de lograr sin matices el citado "criterio único" que solucione todas las incógnitas, acercarnos, por el contrario, al Derecho Administrativo como un concepto polimórfico susceptible de aparecer ante nosotros con diversas facetas[25]. Si en gran medida y como ha escrito ARIÑO ORTIZ, lo relevante en el cultivo del Derecho Administrativo, producto histórico e intrínsecamente mutable, no es otra cosa que hallar e identificar la unidad de sentido, las claves explicativas del ingente volumen de normas que recogen los Diarios oficiales y los repertorios legislativos[26], con la búsqueda de esa unidad de sentido como Norte, entiendo que el concepto del Derecho Administrativo puede venir dado, como en la luz, por la conjugación de la que propician las diversas facetas del prisma, y el "éxito" (salida) de cada nuevo intento de definición radicar en su potencialidad para iluminar una nueva faceta, hallar el tono justo de las ya descubiertas, o, en fin, lograr la ajustada integración de los distintos tonos del espectro.

Sobre esta base decae también el escepticismo ante el desfile de teorías y criterios de definición, y cobra sentido la tarea de intentar añadir o ese rico sedimento una aportación personal, por modesta que sea. No se trata con ello, por lo demás, de seguir un camino más o menos conformista derivado del tenido por discutible estatuto epistemológico de la ciencia del Derecho; sino de aplicar también a ésta un planteamiento de fondo que conviene recordar con las palabras -la larga cita es obligada- que resumen la tesis capital

[24] Recogiendo la conclusión de RIVERO, postula SANTAMARIA PASTOR la delimitación a partir de múltiples criterios, de modo empírico, sobre el caso y las normas concretas, porque tales límites no son estables. Fundamentos, cit., p. 54.

[25] La idea del concepto polimórfico aplicada al Derecho Público es sugerida por J.L. VILLAR PALASI.

[26] ARINO ORTIZ, G. El estudio del Derecho Administrativo, Prelección a su Programa de la Asignatura, Madrid, Facultad de Derecho, 1972, p. 29.

de uno de los más lúcidos cutivadores contemporáneos de la filosofía de la ciencia, KARL POPPER:

"El conocimiento, especialmente el conocimiento científico, progresa a través de anticipaciones injustificadas (e injustificables), de presunciones, de soluciones tentativas para nuestros problemas, de conjeturas. Estas conjeturas son controladas por la crítica; esto es, por intentos de refutaciones, entre las que se cuentan test severamente críticos. Ellas pueden sobrevivir a estos test, pero nunca pueden ser justificadas categóricamente: no se las puede establecer como indudablemente verdaderas, ni siquiera como "probables" (en el sentido del cálculo de probabilidades). La crítica de nuestras conjeturas es de importancia decisiva: al poner de manifiesto nuestros errores, nos hace comprender las dificultades del problema que estamos tratando de resolver. Es así como llegamos a adquirir un conocimiento más profundo de nuestro problema y a estar en condiciones de proponer soluciones más maduras: la misma refutación de nuestra teoría -es decir, de una solución tentativa seria para nuestro problema- es siempre un paso adelante que nos acerca a la verdad. Y es esta la manera por la cual podemos aprender de nuestros errores".

"A medida que aprendemos de nuestros errores, nuestro conocimiento aumenta, aunque nunca podemos llegar a saber, esto es, a conocer con certeza. Pero dado que nuestro conocimiento puede aumentar, ello no puede suministrar razón alguna para desesperar de la razón. Y puesto que nunca podemos llegar a saber con certeza, tampoco hay lugar para ninguna apelación a la autoridad, para el engreimiento por nuestro conocimiento o para la vanidad".

"Aquellas teorías que resultan más resistentes a la crítica y que parecen, en una cierta época, mejores aproximaciones a la verdad que otras teorías conocidas, pueden ser descritas -juntamente con los informes acerca de sus tests- como "la ciencia" de esa época. Puesto que ninguna de ellas puede ser justificada de manera categórica, lo que constituye fundamentalmente la racionalidad de la ciencia en el carácter crítico y progresivo de la misma, el hecho de que podamos presentar, en defensa de su pretensión de resolver nuestros problemas, mejores argumentos que sus opositores"[27]

[27] En Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia, Conferencia Filosófica Anual leida ante la Academia Británica el 20 de Enero de 1960, y recogida en su libro Conjectures and Refutations. The Grow of the Scientific Knowledge, 1963, trad. esp. BARCELONA; Paidos, 1983, págs. 13 y 14. Otras obras de K. POPPER donde expone sus inteligentes tesis sobre la filosofia de la Ciencia y la metodologia de las Ciencias Sociales: The Logic of the Scientific Discovery; The open Society and its enemies; y The misery of Historicism. Este mismo planteamiento es, por lo demás, el de naturaleza "dialéctica -opuesto al "apodictico"- que sustenta el conocimiento "tópico" propuesto para la Ciencia del Derecho por THEODOR VIEHWEG Topik and Jurisprudenz, 1963, ,trd. esp. Taurus, Madrid, 1964. Volveremos en su momento sobre este planteamiento.

Desde este planteamiento, abordamos a lo largo de las páginas que siguen, un intento de delimitación del Derecho Administrativo, cuyos ejes expositivos conviene anticipar ya en esta introducción.

Tras una aproximación a la configuración histórica del Derecho Administrativo como ordenamiento jurídico, he considerado obligado resumir las concepciones fundamentales sobre su significado y definición. En algún caso, especialmente las clásicas, su valor actual directo puede ser solo referencial, pero la incidencia profunda de tales construcciones originarias permiten abordar el problema de modo "radical" (a partir de las raíces): no solo en lo dogmatico, sino también porque la savia de las instituciones sobre las que aquellas cobraron cuerpo nutre muchas veces a las actuales. No en vano dice X. ZUBIRI que "el pasado vive en el presente no en forma de recuerdo, sino en forma de realidad"[28].

Pretendo con ello que mi posterior formulación personal este debidamente contextualizada. Por ello mismo, he procurado también que el análisis este presidido por la referencia española y nicaragüense. La necesidad de esta perspectiva -sobre las que ya aviso, frente al riesgo del mimetismo con lo foráneo, VILLAR PALASI[29]- resulta obvia.

De un lado, España ofrece una historia institucional del Derecho Público no desdeñable, y, de otro, es evidente que por el pasado colonial, y posteriomente la doctrina española, más que la francesa, italiana o alemana ha tenido una gran influencia en Nicaragua y centroamerica.

[28] ZUBIRI, X., Naturaleza, historia, Dios, Madrid, 1944, 98 ed. Alianza Editorial, 1987, p. 36.

[29] VILLAR PALASI, J.L. Prólogo al libro de MEILAN, J.L. La clausula de progreso en los servicios públicos, Madrid, lEA, 1968.

I.
LA CONFIGURACION HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo, como todo fenómeno jurídico, pero quizá de manera característica, no es una mera construcción lógica, sino también un producto de la historia[30].

No podía ser menos: si la Administración Pública y el Derecho Administrativo se implican recíprocamente y si, como recuerda FORSTHOFF, "cada época de la historia de los Estados produce un tipo de administración caracterizada por sus fines peculiares y por los medios de que se sirve"[31], esa conformación histórica de la Administración condiciona también el perfil de esa su sumisión al Derecho que va a dar pie, a partir de un momento histórico (el siglo XVIII), a nuestra disciplina.

Es más, desde una realista percepción del significado del Derecho Administrativo como fenómeno y saber del campo social, el mismo constituye ciertamente, como ha escrito SANTAMARIA PASTOR, "un producto contingente, un subsistema cultural históricamente limitado, exclusivo de un cierto ámbito geográfico y de un determinado nivel de civilización"[32].

[30] VILLAR PALASI, J.L. Derecho Administrativo. Introducción v teoria de las normas, Madrid, 1968, p. 91-92. En términos más rotundos, si cabe, SANTAMARIA PASTOR: "El Derecho Administrativo y la Administración son, ante todo, un producto histórico, y solo desde una perspectiva histórica pueden ser comprendidos". Fundamentos.., cit., p. 69; "el examen de las instituciones desde la perspectiva de su gestación y evolución hasta nuestros días me sigue pareciendo capital: el paso de los años no ha hecho sino ratificarme, día y día, en la creencia de que el Derecho Administrativo no es sistema, sino historia", Ibidem, p. 10.

[31] FORSTHOFF, E. Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp. Madrid, IEP, 1958, p. 35.

[32] SANTAMARIA PASTOR. J.A., Fundamentos.., cit., p. 48

Por todo ello, el análisis de la formación histórica -al paso de la Administración- del Derecho Administrativo, es decir, del proceso de sumisión de aquella al Derecho, resulta indispensable para su comprensión[33]. Vamos, por tanto a delimitar ese proceso de configuración. Bien entendido que no pretendemos profundizar, obviamente, en el análisis propiamente histórico, sino tan solo efectuar una aproximación a las claves de nuestra disciplina desde esa perspectiva imprescindible.

En esa evolución pueden distinguirse tres etapas fundamentales: Estado Patrimonial, Estado Policía, y Estado de Derecho. De esta tipología, establecida por la Escuela alemana de Derecho público a partir de LABAND (Patrimonial Staat, Polizeistaat, Rechtstaat)[34] y que, en general, podría extrapolarse a la Europa continental, a América Latina y particularmente a Nicaragua.

Sin embargo, es preciso aclarar que esta periodificación tiene mucho de arquetípica. Por lo que el exceso de simplificación[35] que la misma pueda conllevar deberá ser corregido a la vista de las peculiaridades de la historia de cada país, sin que ello impida, no obstante, constatar en todo caso un trasfondo de similitudes en una común trayectoria histórica. Por otra parte, quiero precisar dos criterios metodológicos en los que fundó mi opción por esa periodificación.

En lo que se refiera al amplio horizonte histórico contemplado creo que aunque, en verdad, solo con el Estado de Derecho surgido de la Revolución francesa puede hablarse de un Derecho Administrativo suficientemente conformado[36] y autónomo (es decir, superador de los títulos excepcionales

[33] Señala VILLAR PALASI: "Es parcial e inexacta la afirmación de que el Derecho Administrativo, como conjunto de técnicas propias, nace de la Revolución francesa. Lo que si aparece 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" (Introducción.., p. 97).

[34] Esta división propone OTTO MAYER, Deutches Verwaltunqsrechts, 8a ed. 1923; FLEINER, Institutionen des Deutcheu Verwaltunqsrechts, 8a ed., 1928; y FORSTHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp., Madrid, 1958.

[35] Se ha señalado, por ejemplo, que el concepto de Polizeistaat no es trasladable a todos los países europeos, por corresponder a una fase del despotismo ilustrado alemán del siglo XVIII. SANTAMARIA, Fundamentos..., cit., p. 118.

[36] Señala ENTRENA: "Para que pueda afirmarse la sustantividad de una rama del Derecho no basta con la existencia de una serie de normas relativas a un mismo objeto...es necesario además que esas normas obedezcan a unos principios propios y distintos de los que informan las demás ramas del Ordenamiento". Entrena entiende que son dos los "presupuestos" de la aparición del Derecho Administrativo, uno político (la división de poderes) y otro jurídico (El Estado de Derecho). Cfr. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 1979, p. 25.
A estos elementos habría que añadir, por lo demás, al menos en la configuración clásica del mismo -en mi opinión hoy en crisis-, la incidencia histórica de la interpretación de la división de poderes por los revolucionarios franceses y la construcción napoleónica de la Administración contemporánea. Vid., por todos, E. GARCIA DE ENTERRIA, Revolución francesa y Administración contemporánea, 2a ed., Madrid, 1981.

de intervención del Fisco y del "ius singulare" del Derecho regio o del Estado Policía, resulta obligado considerar en su mutua implicación las tres etapas históricas citadas.

En primer lugar, al menos, por la clarificación del significado de la última que se desprende de su concatenación con las precedentes (en el sentido con que GIANNINI se refiere a las "premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo")[37]. En segundo lugar, porque como ha escrito SANTAMARIA PASTOR, "el análisis no puede ni debe limitarse a la evolución histórica de la Administración, la cual debe contemplarse en el marco general de la evolución del Estado y del Derecho Público en general"[38]. Efectivamente, si como a lo largo de estas páginas se advertirá, el elemento explicativo último del sistema de sumisión de la Administración a un Derecho Público no es, al cabo, otro que el de la regimentación jurídica de aquella como expresión del Estado (y de su poder)[39], dicho análisis no es un mero prolegómeno explicativo, sino tarea obligada para derivar su auténtico significado[40].

Por último, y desde la perspectiva dogmática, por una idea y un dato de VILLAR PALASI. Una idea: que "en el derecho, como en cualquiera de las manifestaciones culturales o sociales, los procesos no se verifican saltuariamente como creaciones ex nihilo de sistemas cerrados ...antes bien son el producto de sedimentos progresivos en el transcurso de la historia... lo que si cambia saltuariamente es la concepción política y muchas veces doctrinal de este proyecto"[41]. Y un dato: la interconexión sustitutiva que tiene lugar, a lo largo de la historia, entre los títulos "políticos" de intervención del poder público y las "técnicas" jurídicas en que finalmente devienen aquellos"[42].

---

37 GIANNINI, Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo. Trad. Español, 1980

38 SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos.., p. 70.

39 La Administración Pública no es sino la palestra de lucha entre una incesante creación y expansión del poder y un constante crecimiento de las técnicas de garantía contrapuestas" (VILLAR PALASI, Introducción..., cit., p. 5).

40 Sobre todo, por el fenómeno de inercia que explica la pervivencia de técnicas jurídicas a lo largo de la historia. Como ha escrito VILLAR PALASI, "seguir la pista a las técnicas jurídicas que hoy forman parte del Derecho Administrativo es más que un ejercicio de erudición, es un requisito indispensable para su comprensión", conclusión cierta si, como este mismo autor ha demostrado, el Estado liberal conservó técnicas del Estado absoluto y este último técnicas administrativas procedentes del siglo XVIII. Lo que nos llevaría a constatar con al que "la apariencia de que el Derecho Administrativo es una criatura de la Revolución, engendrado ex novo por esta...es el sino y ventura de toda revolución que pretende instaurar un orden nuevo, pero ha de mantener a la fuerza malgré lui, gran parte del viejo tinglado". Cfr. Introducción.., cit. passim. pp. 93-98.

41 VILLAR PALASI, Ibidem, p. 92.

42 VILLAR PALASI, Ibidem, p. 145 y ss.

En efecto, como señala FLEINER, "en cada periodo se observan vestigios jurídicos de antiguas concepciones ya superadas; pero en todos los periodos se determinan nuevas maneras de concebir la posición del poder público respecto de sus súbditos y del derecho distintas de las anteriores" porque "de una época a otra varían las concepciones sobre el alcance de los fines del Estado"[43]; la acomodación de técnicas antiguas a un nuevo periodo, la creación en este de nuevos títulos jurídico-políticos de intervención pública, y la conversión posterior de éstos en técnicas jurídicas de significado especifico, resuelven en lo jurídico-institucional esa dialéctica entre la extensión de los fines del Estado, de una parte, y su sumisión a norma, de otra, en la que se resume el Derecho Administrativo. La evolución de, por ejemplo, la policía, el fomento y el servicio público evidencia claramente ese hilo histórico-institucional.

Como segundo criterio metódico, entiendo que el tríptico de etapas históricas citado es suficientemente significativo. Ciertamente un análisis más pormenorizado y detallado podría abonar alguna mayor especificación dentro de cada una de ellas"[44] o la adición de algunos otros cortes históricos posteriores[45].

Pero, de un lado, tales especificaciones internas -a las que, por lo demás, haremos las oportunas referencias- no modifican las claves histórico-jurídicas definitorias de cada una de ellas como un todo; y, de otro, en gran medida, toda periodificación posterior se subsume en la propia problemática actual del Estado y de la Administración, no siendo pues, tanto historia sino presente. Es por ello que pasaremos revista a sus implicaciones al hilo de nuestro posterior análisis de la Administración y el Derecho Administrativo en nuestro tiempo.

---

[43] FLEINER, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Labor, 1933, p. 25.

[44] Asi SANTAMARIA PASTOR, que dentro de la etapa medieval analiza separadamente las caracterizaciones de la Alta y la Baja Edad Media, Fundamentos..., cit. p. 71 y ss.

[45] Ibidem, distingue, tras la Edad Media (s. VI al XV), el Estado absoluto y el Estado liberal, la del Estado providencia (de fines del s. XIX a nuestros días) y la etapa de crisis (la actual). Es la de SANTAMARIA una interesante interpretación que, partiendo de "la perspectiva de los caracteres generales y formas de ejercicio del poder" (p. 71) -lo que, desde el criterio que sostendremos es muy sintomático-, las identifica con un proceso en el que el poder público pasa sucesivamente por las fases de reconstrucción, concentración, racionalización, intensificación y crisis. Por lo que en su momento expondremos, resulta oportuno este excurso histórico cuyo trasfondo no es sino la "juridificación del poder". Cfr. al respecto, J. M. DE LA CUETARA, "Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder", REDA, 38 (1983).

1. La inicial articulacion privatista de las relaciones de poder en el Estado patrimonial y los origenes de la institucionalizacion del poder público en la Edad Media

La organización política de la Edad Media, que en Europa se extiende desde el siglo VI al siglo XV, está presidida durante toda esta larga etapa por el intento de reconstruir el poder disperso entre los diversos reinos resultantes de la desintegración del imperio romano y fragmentado en el interior de éstos. Este intento oscilara entre el empeño -típicamente medieval- de la restauración del Imperio y la institucionalización del poder público en cada reino, solución esta última que finalmente triunfara con la construcción del Estado moderno.

En cualquier caso, en este periodo, y precisamente por ello, resulta característica la limitada institucionalización del poder político en su expresión organizativa y la desvanecida configuración del orden jurídico como un orden connotado por esa referencia "pública". No obstante, cabe destacar en el periodo dos fases distintas desde esta perspectiva.

Durante la Alta Edad Media (y en lo que, por ello mismo podemos calificar de "Estado patrimonial", es decir, la organización política típica del régimen feudal), la naturaleza agraria de su sociedad, los limitados fines asumidos por la organización política (prácticamente, la guerra), así como una característica estructura social (un feudalismo que impregna hasta la propia institución real, cabeza de dicha pirámide) hacen que la articulación del poder se funde sobre el derecho de propiedad: el poder sobre el territorio se explica no por un titulo abstracto de dominación, sino por la propiedad de la tierra, y el poder sobre las personas por los pactos del señor de la tierra con los que la trabajan (aquel ofrece protección a cambio de la fidelidad de éstos).

Este esquema se ira, sin embargo, resquebrajando progresivamente (al paso de la eclosión de la sociedad pre-burguesa) en la Baja Edad Media afianzándose (sobre factores de orden político e ideológico, en concreto, la aplicación a los reyes territoriales de los títulos de potestad imperiales) un nuevo sentido tanto del poder político, como poder público, como del Derecho, desvinculado este ya de su soporte patrimonial.

2. La limitada estructura organizativa del poder político

En la Alta Edad Media, los Reyes, cuyas funciones en cuanto tales se restringen a la jefatura de un incipiente ejercito -formado con los contingentes armados de la nobleza- y a la suprema potestad judicial, articulan su poder sobre la base de una organización rudimentaria, sintetizada -haciendo el pa-

ralelo con los actuales esquemas de organización central y territorial, y por lo que respecta a la monarquía visigoda- en los siguientes términos.

A nivel central, el Rey es asistido en sus decisiones fundamentales por un Consejo de notables (el Aula Regia u Officium Palatinum), a través del cual consigue agrupar en torno suyo a los principales nobles, derivando en su provecho la fuerza de que estos disponen[46]. Compuesta por los principales oficiales de la Corte, los magistrados superiores del Gobierno, civiles y militares, y aquellos otros elegidos por el Rey, reunía en torno al trono a dos aristocracias: la burocrática de los romanos y la militar de los godos, ejerciendo en sus funciones, estrictamente consultivas, un influjo activo y permanente sobre las decisiones del rey[47].

Colocada la Monarquía entre el poder del Aula Regia y el de los Concilios (en todo caso, ambos de carácter consultivo), y haciendo pesar sobre ellos - dominándolos y aprovechándose de sus conflictos y reciproca tensión- el fundamento de su autoridad que pretende soberana, disponía -como embrión de Administración central- de un Consejo Permanente compuesto por los oficiales de la Casa del Rey[48], que, conforme a la comentada confusión de poder político y poder doméstico patrimonial, administraba al tiempo el ámbito patrimonial del Rey, y el poder político sobre el territorio.

Más arquitrabada resultaba, no obstante, su "Administración" territorial. Sin duda porque al sistema centralizador y el régimen semimilitar de la época del antiguo lmperio, se une ahora, reforzándolo, la aristocracia militar que preside la sociedad goda. Así, y a partir del reinado de RECAREDO (586-601) aparecen confiadas las fronteras de España a los duques, los duces limitani (semejantes a los antiguos legati augustales), gobernadores que reúnen en si la autoridad civil y militar[49]. Por su parte, la Administración civil se confiaba a los Condes (Comes civitatum) bajo la autoridad superior de los duques. A su vez, el conde nombraba a los vicarios o jueces, y a los vilicos o regidores de las aldeas (pagi)[50].

---

[46] El Aula Regia u Officium Palatinum fue creado en el Imperio romano por Diocleciano, y del Imperio recibieron los godos esta institución, conservando su carácter e incluso su nombre. Vid. J. P. OLIVEIRA MARTINS. Historia de la Civilización lbérica, Buenos Aires, 1944, p. 110.

[47] Ibid.

[48] Entre ellos, el Comes Thesaurum (al tiempo almojarife y especie de Ministro de Hacienda), el Comes Patrimoniorum (una especie de Ministro del Imperio), el Comes Spathiorum (General en jefe de la Guardia del Rey, institución distinta del ejercito, formado, como decimos, con los contingentes de la nobleza), el Comes Scanciorum, (especie de mayordomo real) y el Comes Exercitus (a modo de Ministro de la Guerra). Vid. OLIVEIRA MARTINS, cit., p. 111.

[49] Eran 5: de Cantabria, Cartagena, Merida, Lusitania y Narbona.

[50] Vid. OLIVEIRA, cit., p. 111. El esquema, por lo demás, no variaría con los árabes, a través de figuras análogas: los Walies o gobernadores de las provincias, y los Alkaides, análogos a los antiguos condes. Ibid., p. 134.

Posteriormente, en la Baja Edad Media, este cuadro adquiere un grado de mayor complejidad, en la medida que el Rey robustece su poder con un reforzamiento del aparato militar, la ampliación cuantitativa y cualitativa (más allá de sus oficios domésticos) de los oficiales regios, la evolución de las Curias Regias (la ordinaria hacia Órganos estables de asesoramiento como el Consejo Real; y la extraordinaria -que incluía a los notables del reino y a representantes de las ciudades- como origen de las Cortes medievales); la variedad de instituciones territoriales (Condados, Veguerías) y la eclosión fundamental de los municipios y su organización en Consejos o asamblea de los vecinos[51].

Precisamente este hecho (las condiciones de la población crearon en España lo que no se conocía entonces en la Europa central: esa vasta red de Concejos y una clase media numerosa y rica) impidió que en España existiera un feudalismo puro y generalizado, lo que hizo que los reyes peninsulares dispusieran de una fuerza característica, sobre la que de modo incipiente empezó a tomar cuerpo la vieja tradición de la soberanía personificada o simbolizada en el monarca -como príncipe-, y que totalmente extraña a los reyes de los primeros tiempos comienza a definirse a partir del siglo XIII[52] tal y como abundaremos más adelante[53].

En cualquier caso, en el Rey siguen dándose dos facetas (política, patrimonial): la de máxima autoridad política y la de señor de señoríos mas vastos que los de ninguno[54], afincándose dicha autoridad a caballo entre esta ultima legitimidad y la búsqueda del afianzamiento de la primera en una soberanía que, como titulo del máximo poder, progresivamente ira vinculándose, despersonalizada del Rey, a la Corona, y con esta a la comunidad[55]. La institucionalización política del poder y su limitación[56] hallan así, en la Baja Edad Media sus orígenes remotos.

[51] Vid. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos, cit.

[52] OLIVEIRA, cit., p. 203.

[53] Vid. el epigrafe posterior dedicado a los orígenes del Derecho Administrativo en España.

[54] OLIVEIRA, cit., p. 204.

[55] "El rey era, a su vez, el primero de sus nobles vasallos y en cierto modo, vasallo de la Corona", OLIVEIRA, cit., p. 203.

[56] Como máxima expresión, las Cortes Medievales, aunque limitaran su función a la consultiva -sin poder legislativo- y al reparto de los tributos establecidos por el rey, en cuanto forma de comunicación de la comunidad con este, la representaban aunque de modo imperfecto y sin traducir en actos su voluntad. Vid. OLIVEIRA, cit..pág. 224.

3. Inexistencia de un derecho público que regimente al poder político

En todo caso, el Derecho no tiene el significado ni el sentido funcional que tendría más adelante. Bajo una concepción teocéntrica y consuetudinaria (vale en cuanto viejo y bueno) del mismo[57]. El Derecho es algo dado, preexistente que no cabe sea alterado de modo voluntarista por el Rey. Sujeto el Rey al Derecho -a ese Derecho- no, puede sin embargo, modificarlo.

J. A. MARAVALL resume -como expresiva de la concepción, de la monarquía visigótica- y evocando a San Isidoro, artífice principal de esa concepción, el alcance de este hecho: "El poder de los reyes es establecido por Dios. El lo concedió a los príncipes, sobre aquellos que, no obstante, son iguales a ellos por su origen y su fin (...) Los príncipes se instituyen para imponer el bien sobre el mal. Su misión es por tanto obrar rectamente y de ahí que se dijera: Rex eris si recta facias: si non facias no eris. No hay cosa más contra Dios que aprovecharse arbitrariamente del poder, torciéndolo de su fin y obrando sin norma ni temor, incurriendo en abusos, en injusticia y crueldad. Frente a esto, el rey a de gobernar de manera que con la ley los pueblos vivan honestamente. Para ello no solo pone la fuerza de la ley, sino la del ejemplo. El ejemplo de los príncipes ordena o trastorna la vida de los súbditos -toda la literatura medieval de espejos se basara en esta idea-. Como espejo supremo de rectitud, el rey debe acatar las Leyes, lo mismo que las tienen que acatar los que le estén sometidos"[58].

"Justicia y paz, en su doble sentido civil y religioso, forman la misión del poder político, que se cumple aplicando la ley. Pero esta ley no es, propiamente, obra suya. Aunque el príncipe la promulgue, más que dada por el, es reconocida obra suya. Aunque el príncipe la promulgue, más que dada por él, es reconocida o descubierta por él. La Ley humana se funda, no en la voluntad del legislador, sino en la costumbre de los pueblos, de ahí que hayan leyes diferentes, como diferentes son las costumbres de los diversos grupos. La Ley toma su fuerza de obligar de ser practicada por los antepasados y de ser tenida como costumbre propia por el pueblo"[59].

---

[57] Según el Decreto de Graciano (1.140), dos normas rigen el género humano: el Derecho natural (identificado con el Derecho divino, no la Ley humana, como producto de un legislador) y las costumbres (el Derecho distingue entre "Costumbres" y "Constituciones", pero estas apenas son otra cosa que costumbres escritas). Vid. J. A. MARAVALL, Estudios de Historia del Pensamiento Español, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1967, p. 38.

[58] J. A. MARAVALL, Estudios de Historia del Pensamiento Espanol, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1967, p. 21.

[59] Como recuerda MARAVALL, cit., p. 38-39 y 109, "El proceso de estatalización del Derecho y de su producción por un poder político legislativo esta lejano. El príncipe no crea el Derecho, sino que esta puesto para reconocerlo y aplicarlo, para servirlo: lequm servare, hoc est reqnare, dice un aforismo del Policrátiens, conocido en toda Europa", tan lejano del posterior, ya en la Baja Edad Media, quod volunt reqes, vadunt leqes.

Por otra parte, el rey no dispone de un poder genérico de dominación sobre los particulares, sino de un conjunto diverso de derechos singulares y concretos (derivados del pacto feudo-vasállico o del derecho de propiedad sobre la tierra) de naturaleza patrimonial, e idéntica a la de los derechos -también diversos, singulares- de los particulares (de personas físicas, estamentos, corporaciones, municipios, etc.). No podía ser de otra manera: si los derechos de estos no derivan de un Derecho legal (que no existe), tampoco el Rey puede crearlo (y, eventualmente, mediante el atribuirse potestades).

Así pues, puede decirse que lo característico de toda esta etapa es que el poder del rey se confunde con el derecho de propiedad. Se trata -señala FORSTHOFF- de una "potestad domestica"[60], integrada por un conjunto de facultades singulares (regalías, "iura regalia") derivados de su "derecho de dominio" sobre la tierra, y que finalmente, se acotaran por referencia a dos lindes. De un lado, los derechos de los estamentos (Stände), situados en un mismo plano que los del príncipe conforme a la final configuración estamental de este periodo histórico. De otro, los derechos de los súbitos, derechos adquiridos (iura quaesita, wholerwobene Rechte) sobre la base del Derecho Común[61].

En principio, pues, en la relación príncipe-súbdito, no hay diferencia de origen y fundamento entre las facultades jurídico-públicas y las privadas; ambas derivan de un mismo título: la propiedad. Por ello mismo, aunque desde otra perspectiva (la progresiva personificación del poder público), ha podido decir GARCIA DE ENTERRIA que una de las características de esta época, la del mundo medieval, es "la confusión de lo público y lo privado, del dominium y el imperium"[62]. Consecuentemente, tanto la decisión imperativa del Príncipe como el derecho adquirido del súbdito se sitúan en un mismo plano de legitimidad y protección jurídica: uno y otro se someten, por ejemplo, en Alemania a los mismos tribunales imperiales (Reichgerichte)[63] -a los que, por lo demás, el súbdito puede apelar frente a los actos del príncipe que hubieran lesionado sus derechos-, y el príncipe, salvo la invocación,

[60] FORSTHOFF, Tratado, cit., p. 56 y ss.

[61] En un principio el "ius quaesitum" es "un derecho fundado en un titulo especial" (0. MAYER, cit., p. 21), no un derecho inherente a la persona y oponible frente al poder (estos derechos solo seran afirmados más tarde con el iusnaturalismo racionalista, los Ilamados "iura connata"; Cfr. NIETO, "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa". RAP, n° 38, p., 78), sino Ia titularidad de un interés concreto atribuida por un hecho jurídico determinado, testamento, contrato, prescripción adquisitiva, concesión o privilegio real, etc." (0. MAYER, cit. pp. 36-37).

[62] GARCIA DE ENTERRIA, E. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1990, p. 304.

[63] FLEINER, Instituciones..., cit., pp. 25-26.

excepcional en este periodo[64], a su "ius eminens", en nombre del supremo interés de la comunidad, no puede desconocer los "iura quaesita".

En definitiva, la postestad del príncipe, que se fundamenta en la propiedad y el ius commune, tiene también en este el fundamento de sus límites. Consecuentemente, no existe en esta etapa un Derecho Público, como Derecho especial, que regule la organización y actuación del Estado, del rey y su organización, o que garantice a los particulares. Hay, si, poder público, pero el mismo se ejerce y rige a partir de los títulos y las formas del Derecho privado, Derecho Común. Así que, en esta etapa (y hasta el advenimiento, con el Estado moderno, del Derecho regio propio del príncipe) no existe "un Derecho Publico dirigido a regular el orden político en sí y en relación con los súbditos", sino una sociedad iusprivatizada, patrimonializada[65].

4. Raíces de la institucionalización del poder público y su derecho en la transición al Estado moderno

La aparición de ese Derecho regio, (nítidamente desenvuelto en el Estado moderno) no se va a producir de manera repentina. Ya en la Alta Edad Media se conforman unos rudimentarios títulos jurídicos específicamente justificativos de la actuación del poder. Así el Bann o Bannus (mandato o prohibición de la autoridad) o la pax publica, titulo este habilitante de la intervención pública dirigida a impedir el abuso en el ejercicio de la Fehde (la venganza privada), cuyos tintes violentos caracterizaron a toda la Edad Media. La importancia histórica de este último título es destacada por SANTAMARIA PASTOR, para quien "la construcción del Estado moderno tendrá lugar, justamente, como un proceso de concentración de poder tendente a la eliminación de la Fehde o autodefensa privada"[66].

Sobre estos antecedentes, pero con nuevos títulos, la Alta Edad Media va a conocer un refuerzo de la posición de los reyes y una nueva concepción sobre el Derecho. Es el proceso de institucionalización del poder real, tanto "ad extra" (frente al emperador y el Papa) como "ad intra" (frente a los señores feudales) que finalmente se saldara en favor de los reyes. Estos se convertirán inicialmente en cabeza del sistema feudal y luego en "Maior et sanior pars"

[64] VILLAR PALASI, J.L., Derecho Administrativo, cit., p. 119.

[65] GALLEGO ANABITARTE, A., Administración y Jueces: qubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiquo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo español, Madrid, ENAP, 1971.

[66] SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos, cit., p. 82.

del Reino frente a las restantes fuerzas sociales -nobleza e incipiente burguesía-, vinculadas institucionalmente al gobierno a través de la asamblea estamental[67], conforme al régimen "corporativo" propio de la última Baja Edad Media, que anticipa la posterior organización propiamente estatal.

Entre los factores determinantes del nuevo panorama, resulta especialmente relevante la progresiva utilización por los monarcas (y la construcción por los juristas a su servicio) de una serie de títulos jurídicos legitimadores de su poder supremo. En especial, la consideración del origen divino del poder y la aplicación por la doctrina a los monarcas nacionales de título de "imperium" o una posición análoga al emperador (peremne referencia esta de la Alta Edad Media), con la formula de origen francés (pero extendida por toda Europa antes del siglo XIII) del rex est imperator ni regno suo o la del rex superiorem non recognoscens est imperator ni regno suo[68], y consecuentemente la atribución al rey nacional de la plenitud o potestatis[69] que ya los glosadores habían predicado del emperador germánico[70].

Este título, supremo y general, de potestad, superador del título singular que implicaba la potestad de hacer leyes ("solus conditor legis es imperator"), permite que el rey asegure su preeminencia tanto frente a emperador como en su reino, y que, consecuentemente, la doctrina desligue el poder real de su fundamento patrimonial. El rey, a partir de aquí, será "dominus" no "quoad proprietatem", sino "quoad iurisdictionem et defensionem", y su poder un "dominium universale, maius, politicum" (Bartolo)[71]. Quedaban así puesta las bases para que el monarca asegurara su dominio sobre la sociedad y está disposición sobre el Derecho, entendido este en sentido funcional (instrumental para unos fines), y, en suma, se convirtiera en "señor del Derecho", y en creadorde este, del "Derecho nuevo" frente al viejo Derecho exclusivamente consuetudinario de la Alta Edad Media.

Son diversos los factores que explican este cambio fundamental (que conecta íntimamente el reconocimiento al rey de la plena potestad y su poder creador del Derecho). En primer lugar, la idea de la particularización -más allá

---

67 Ibid.

68 A. MARAVALL, Estudios de Historia del Pensamiento Español, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1967, p. 91.

69 CALASSO, Gli ordinamenti oiuridici del Rinascimento medioe vale, Milan, 1953.

70 En una primera fase, dicho poder de "imperium", de origen romano, implicaba la "plena e rotunda potestas", la "iusdisdictio plena" del emperador frente a la "no plena" de los demás príncipes.

71 Posteriormente recibirá otras calificaciones ("supreme et plena potestas", "superior autoridad" "poderio real absoluto") hasta su subsunción en la "soberanía" de Bodino.

72 Vid. el posterior epígrafe dedicado a los orígenes del Derecho Público español.

del universalismo del imperio- del poder temporal, y la voluntad racionalizadora de su ejercicio, que curiosamente tienen su origen en la reforma gregoriana de la Iglesia en el siglo XI (cuyas soluciones laten como trasfondo de este proceso), a la busca esta de una nueva organización bajo el absolutismo papal que propicia el Dictatus Papae de 1075. Este texto reconoce al Papa la potestad de innovar las leyes, posteriormente atribuida al emperador por los glosadores, y, más tarde y finalmente extrapolada a los reyes nacionales.

Ligada en efecto la legislación real a su suprema potestad, esta construcción (en la que, como veremos, se anticipan los glosadores y los reyes españoles del siglo XIII)[72] cristaliza en los juristas del siglo XIV, para los que la creación del Derecho humano (el ius positivum, como lo denominaba uno de esos glosadores españoles, VICENTIUM HISPANUS), manifestación de la voluntad de un supremo gobernante, se atribuye a la voluntad del rey y no a la del pueblo. Se reconoce así que, cualquiera que sean los limites que se señalen a su poder de legislador (así, la ley ha de ser "recta ratio", "summa ratio")[73], la fuerza de la ley viene del principe y no de la costumbre de los hombres en obedecerla[74].

Por cierto que esta emancipación del "ius proprium" de cada reino del "unum ius" del Imperio, no se produjo de manera repentina, sino como consecuencia de una esforzada tarea de los juristas y a través de diversas soluciones conceptuales sucesivas[75]. Pero, en todo caso, y en coherencia con el nuevo contexto económico y cultural de la sociedad preburguesa propia de la última Baja Edad Media[76], el conflicto entre el "ius vetus" y el "ius novum", se va a saldar a favor de este último, como instrumento secularizado para la consecución de fines y bienes de la vida en común puramente terrenales[77] conforme al designio del rey, del monarca.

---

73 ULLMANN, The Medieval Idea of Law, Londres, 1946, cit. por MARAVALL, cit., p. 106.

74 MARAVALL, cit., p. 107.

75 La de que el Derecho propio de los reinos es admisible con fundamento en un permiso imperial; luego, el ejercicio de una "iuris dictio" que pertenece en grados diferentes y superpuestos, a cada ordenamiento, desde el de un pequeño grupo hasta el del imperio universal (según la tesis de BARTOLO); finalmente, la de que los pueblos, según BALDO, existen, con sus propias jurisdicciones "de iure gentium", presuponiendo un propio sistema de leyes y estatutos. Cfr. CALASSO, Ordinamenti giuridici.., cit. por MARAVALL, cit., p. 108 y ss.

76 Si en una sociedad estática, como la de la Alta Edad Media, el saber no se inventa, sino que se recibe, la economía se orienta a necesidades ya establecidas, y el Derecho no se crea, sino que se reconoce, del dinamismo de la Baja Edad Media se derivó la consciencia de que en la vida de los pueblos se presentaban casos imprevistos que hacían necesaria nuevas leyes. MARAVALL, cit., p. 110-111, por cita de VON MARTIN, Sociología de la Edad Media, Madrid, 1954, y CALASSO, Medievo del Diritto, cit.

77 MARAVALL, cit., p. 107.

5. La expresión administrativa del estado absoluto: el Estado-policía

Entre los siglos XV y XVI y al paso de la afirmación del poder de las monarquías europeas, se inicia, bajo las pautas del absolutismo, la construcción del Estado moderno[78]. El príncipe va a constituir la fuente de todo poder, un poder no condicionado ya ni siquiera por las antiguas formulas de origen feudal o estamental, y que si estructuralmente se concentra en la persona de aquel, funcionalmente progresa en su incidencia social. Consecuentemente, este Estado necesita -edificándose sobre ella- una organización más estable (ejércitos permanentes, aparato fiscal, estructuras burocráticas, etc[79]) que, como expresión de ese creciente poder estatal, empieza ahora a conceptualizarse como Administración Pública[80].

Este Estado absoluto halla su fundamento doctrinal en el concepto de soberanía de BODINO, pero asimismo en un nuevo título, una nueva justificación jurídico-política del intervencionismo del príncipe que supera tanto los títulos singulares basados en el Derecho Común como los títulos jurídico-públicos posteriores. Es la Policía, el ius politiae[81]. El uso generalizado de este titulo da pie a la denominación con que se conoce al Estado que culmina en esta etapa: Estado-policía, Polizeistaat.

---

78 Culminando -pero dando lugar a otra forma de organización política- las tendencias del anterior régimen "corporativo " europeo (en que desemboco el feudal). Si el régimen "corporativo" se basó en el orden corporativo del reino como cuerpo del rey, cabeza de este, y al tiempo en una nueva concepción de la "tierra" como asiento de la comunidad política (y no mero ámbito donde ejercer el vinculo vasállico del feudalismo), con el Estado moderno se disocia la vida corporativa, de un lado, y se concentra la soberanía territorial, de otro, triunfando finalmente la tendencia de concentración territorial y administrativa sobre Ia tendencia pluralista del "Corpus". Cfr. MARAVALL, cit., p. 119.

79 Elemento clave para la construcción de ese Estado y la consecuente afirmación de su poder es Ia creación de los ejércitos permanentes. En la Baja Edad Media, la más importante de las facultades del rey cercanas a las de la soberanía, era el llamamiento a los nobles para ir con el en hueste, acompañados de sus mesnadas (las cuales podían volverse contra el rey). Por ello la monarquía solo fue soberana a partir del momento en que pudo crear para si ejércitos permanentes tomando como base los contingentes municipales. Vid. OLIVEIRA MARTINS, cit., p. 204

80 L. PAREJO refiere a ese momento la aparición de la Administración Pública y su conceptualización, trayendo a colación la utilización por vez primera, del término en una declaración de Francisco I de Francia, de 15 de julio de 1515, que confía a su madre regente, "le regime, gouvernement et tottale administration des affaires du royaume". Cfr. PAREJO, El concepto, cit., p. 26, por cita de OLIVIER MARTIN.

81 VILLAR PALASI, Derecho Administrativo, Introducción..,cit., p. 117.

El poder absoluto del príncipe, consecuencia de la soberanía de la que es titular, se afirmará en su no vinculación por las leyes que el dicta: autor de la ley, es superior a ella, y, por tanto, no puede quedar vinculado por sus propios mandatos[82]. Aún así, y como recuerda SANTAMARIA, esta desvinculación del príncipe es cuestionada, al menos doctrinalmente, en diversos planos: la inalienabilidad de los bienes y derechos del reino, consideración de la realeza como un oficio a cuyo ámbito se restringen los poderes del rey (dos aspectos resaltados en la historia española por J. A. MARAVALL), la barrera infranqueable de los "iura quaesita" de los súbditos, y, sobre todo, la vinculación del rey por el Derecho natural y de Gentes[83].

De ahí, la tipicidad en está época, del titulo de la "policía". La soberanía constituye un titulo general, político, del poder real; pero su expresión concreta, expansiva, en intervenciones sociales, forcejea con el uso basado en su reconocida legitimidad, de los antiguos títulos singulares (regalias, pax publica, etc.). De ahí la potencia histórica del nuevo título característico -aunque abstracto- de la policía, como expresión jurídico-administrativa de la soberanía, que se va a imponer a los institutos que otrora limitaban al príncipe, sirviendo también como nuevo criterio delimitador de los reductos exentos frente al poder. De ahí su importancia en esta etapa histórica caracterizada por la progresiva separación institucional de las esferas de lo público y lo privado, antes confusas en el sesgo hacia la última.

6. La policía como titulo abstracto y general de intervención del poder público

Si desde la perspectiva de la institucionalización del poder, es ahora cuando se perfila por los juristas regios, recuerda E. GARCIA DE ENTERRIA, el concepto de "Corona", ente místico del que el rey es solo curator y no dominus, y a la que se imputan los actos jurídicos-políticos[84], desde la perspectiva del ejercicio del poder, el príncipe va a actuar para la realización de la policía ("gobierno y policía de los Reynos"), titulo abstracto y general de intervención.

[82] El rey, titular de la soberanía, no está sujeto a leyes, puede darlas y anularlas, no está sujeto a ellas, pues es imposible sujetarse a algo que depende de la propia voluntad. En la interpretación de Bodino, la soberanía es incompatible con la sujeción a la ley del propio soberano. Se consolida, así, el principio del "princeps legibus solutus". Sobre esta "Iegibus solute potestas", vide. asimismo J. M DE LA CUETARA, cit., p. 393 y ss.

[83] SANTAMARIA PASTOR, cit.

[84] GARCIA DE ENTERRIA, Curso, cit.

En ese marco, y frente a la etapa anterior, el príncipe, de un lado, refuerza su autoridad frente a señores y estamentos, al añadir a su poder personal el que encarna la Corona, y, de otro, extiende el ejercicio de su "ius eminens"[85], frente a los "iura quaesita", con el use expansivo del ius politiae. Precisamente, cuando, a fines del siglo XVII, se acepte que el poder de policía del príncipe puede, si lo exige la necessitas pública o la salud pública, desconocer los derechos adquiridos, queda consagrado, señala FLEINER, el Estado Policía[86]. La Policía, como titulo abstracto y genérico de intervención del poder público, producto de la progresiva ampliación de la idea medieval de la "pax publica", va a permitir así que el poder público se libere ya de su originario fundamento patrimonial, objetivándose con carácter finalista en la realización por el príncipe de actividades tendentes a la conservación de dicha "pax pública"[87].

En todo caso, no constituye un concepto univoco, sino que ofreció acepciones diversas[88]. Aunque desde el primer momento hasta el siglo XVIII se identificó con el gobierno, la administración y el orden interiores, pronto se interpreto también como "buen orden y bien de la colectividad", momento en que pudo comprender no solo el orden sino también el bien general de la sociedad (e incluso, en la última fase ilustrada del Estado Policía, la búsqueda del progreso

---

[85] El "ius" eminens, como idea legitimadora de Ia soberanía administrativa, unificaba dos conceptos elaborados por el iusnaturalismo: el "dominium eminens", título excepcional de intervención sobre la propiedad, y la "potestas eminens", referida al ámbito de la libertad de los súbditos, si bien estos títulos se usaron de modo indistinto (cfr. J. L. CARRO, "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el estado preconstitucional", REDA, 29 (1981, pp. 299).

[86] FLEINER, Instituciones..., cit., p. 27. Vid.,

[87] Cfr. VILLAR PALASI, J.L. Derecho Administrativo. Introducción.., cit. p. 97 y 116.

[88] En una breve reseña de los tratadistas de la "Policía" de los siglos XVI a XVIII, para el francés DOMAT, la "Police universelle de la societe" legitima una acción general del Estado y, como señala L. PAREJO, "una capacidad prácticamente ilimitada de expansión de los cometidos públicos...desarrollada por la Administración...cuya actividad se cifra precisamente en la policía" en términos similares al significado que le otorga en el siglo XVII LEYSEAU.
En los países germánicos, en el marco de la gran amalgama de doctrinas filosóficas, económicas y hacendísticas de la "Cameralistica", y tras los precedentes de ORDENDORPYOSSE, y de BECHER, SCHORODER, HERNICK Y SECKENDORF (antes de los siglos XVI y XVII, respectivamente), JUSTI Y SONNENFELS, nos dan, en el XVIII, el autentico doble significado de la Policía. Para el primero, que independiza la Ciencia de la Policía del resto de las cameralísticas y sobre todo de la política, la Policía busca la consecución del equilibrio entre el bien de los súbditos y el bien público o general, en suma el bien común) ("todo aquello que pueda contribuir al bien de los ciudadanos"), mientras que para el segundo, la Policía no tiene un fin singular respecto de los generales del Estado.
Esas influencias se advierten, por lo demás, en los tratadistas españoles de esta apoca: FRANCISCO ROMA Y ROSSEL, ANTONIO FRANCISCO PUIG Y GELABERT, TOMAS VALERIOLA RIAMBAU DE CORELLA Y VALENTIN DE FORONDA.
Cfr. en relación con lo expuesto. L. PAREJO, El concepto..., cit., pp. 43-70, y L. JORDANA DE POZAS, "Los cultivadores españoles de la Ciencia de la Policía", en Estudios de Administración Local y General, T. I., lEAL, Madrid, 1961. y J.L. CARRO, cit.

y de la civilización)[89]. No obstante, y teniendo en cuenta ese triple significado evolutivo de la Policía (orden público; acción general del Estado; objetivos de bienestar público), conviene destacar, no obstante, en lo que nos importa ahora, su noción estricta (algo no ocioso, ya que esta enmarca el ámbito de actuación legitimado por dicho título del príncipe frente al etéreo campo de la noción cameral de la Policía) como la misma queda perfilada por la formula de PUTTER: "Ea suprema potestatis pars quae exercetur cura advertendi mala futura dicitur politia, promovendae salutis cura propie non est politia". Como comenta VILLAR PALASI, "policía es todo aquello que tiene por finalidad el apartamiento de los perturbadores de la paz pública. Por el contrario, aquella actividad que mira a promover la salud pública, el bienestar o a fomentar la actividad particular, ya no es policía administrativa"[90].

Desde la perspectiva del uso histórico de dicho titulo de intervención, conviene reseñar sus consecuencias institucionales para la configuración del Derecho Administrativo.

En primer lugar, como titulo abstracto legitimador del intervencionismo del príncipe, la Policía es un concepto antinómico con los "iura quaesita", y, consecuentemente, el Derecho regio construido a su paso responde a pautas antagónicas de la institución de los derechos adquiridos. La incidencia de la Policía sobre el anterior equilibrio diseñado por el reconocimiento privatista de tales derechos adquiridos era obligada, y ese reforzamiento del poder del Príncipe va a articularse a través de ese citado Derecho regio, un incipiente Derecho que surge como "ius singulare", de excepción, de prerrogativa, frente al Derecho Común propio de los particulares, mediante una progresiva construcción de reglas exorbitantes de éste[91] y rompe el límite de los "iura quaesita" a partir de la decisión institucional del poder real basada en razones de interés público, de la "necessitas publica". Con toda su peculiaridad (pues este Derecho de lo público, Derecho Público incipiente, lo es solo en el plano de la prerrogativa, no en el de las garantías públicamente instrumentales), su aparición funda históricamente la posterior construcción de un ordenamiento separado y distinguible del común.

En segundo lugar, la incidencia de los objetivos finalistas de la Policía sobre el aparato estatal va a dar lugar a la aparición de un "ordenamiento" carac-

[89] Este dato en el orden de los fines y las técnicas jurídicas correspondientes ha dado pie a una interpretación del Estado-policía menos simplista y tópica del mismo como Estado absoluto. Puede verse la coincidencia al respecto de L. PAREJO (cit., pp. 60-70) y A. GALLEGO (cit., p. 34).

[90] VILLAR PALASI; Derecho Administrativo. Introducción.., cit., p. 118.

[91] Ibídem, pp.97 y ss. Recuerda, sin embargo, J. L. CARRO, cit., p. 299, que los ámbitos de los "iura quaesita" exentos frente a la Policía fueron cubiertos por el titulo del "dominio eminente".

terístico de la Administración Pública, aunque el mismo no tenga estrictamente carácter "jurídico". En virtud de la Policía, la actuación del Príncipe no está subordinada a limites jurídico-formales.

Como dice, J. RIVERO, la Administración esta sometida a "Policía", o sea, a reglamentación, pero esta no tiene valor jurídico. Es así porque las normas a través de las cuales se ejerce la Policía (en tanto que decisiones gubernativas) constituyen Órdenes, instrucciones a los funcionarios, pero no normas jurídicas: obligan a los funcionarios, pero el particular no puede invocarlas para alegar derecho alguno fundado en ellas[92]. Este es el dato característico de un Estado como el de esta fase, cuya critica histórica quizá no puede hacerse tanto sobre sus criterios teleológicos, sino mas bien sobre sus formulas instrumentales ancladas en el despotismo, en el sentido estricto del término. De ahí que ese ordenamiento, que no ordenamiento jurídico, haya sido calificado de "codificación escrita de las reglas del despotismo ilustrado" (GIANNINI)[93].

En todo caso, la configuración histórica, primero como Derecho regio, luego como ordenamiento de Policía, de ese anticipo difuso de un Derecho Público de la Administración no se produce, obviamente, de golpe. El viejo esquema del Estado patrimonial y la institución de los derechos adquiridos perviven en tensión con el progresivo reforzamiento del Poder Público y la conformación de un ordenamiento propio. En ese contexto se sitúa, una vieja distinción, que se perpetua e incluso refuerza en el Estado Policía: la de asuntos de Policía y asuntos de Justicia.

7. Instituciones de garantía de los derechos de los particulares. La distinción entre asuntos de Policía y asuntos de Justicia

Aunque en una primera fase, al menos en Francia[94], del Estado absoluto, la Policía engloba todo tipo de poder, tanto el judicial como las demás actividades públicas, las características citadas de la noción de Policía van a dar lugar a un distingo de alcance: la separación establecida entre los "asuntos de Justicia" (donde la actuación del príncipe queda sujeta a norma) y los de "Policía o Gobierno". Es así porque el "ius quaesitum" seguía siendo protegible conforme al Derecho Común que el príncipe debía respetar: la existencia o no de un "derecho" es lo que hace posible entonces la protección judicial -más o menos diferenciada esta dentro del conjunto de la actividad real, más

92 FLEINER, cit., p. 27; VILLAR PALASI, Derecho Administrativo. Introducción.., cit., p. 119.
93 Cit. por GARRIDO FALLA, F., Tratado.., cit., p. 68.
94 Cfr. OLIVIER-MARTIN, cit. por PAREJO, cit., p. 31

o menos limitada al respeto por el príncipe de procedimientos especiales. Esta distinción es común al Occidente Europeo: en Alemania, Justizsache y Polizeisache[95]; en Francia, voie de justice y voie d'administration",[96] o en España, contencioso y gubernativo[97]. Será contencioso lo que afecte a "propiedades" o "derechos" de los súbditos, a títulos jurídicos entre partes; será gubernativo lo referente a cuestiones políticas, económicas y administrativas de policía o gobierno de los pueblos por el Rey o sus Agentes[98].

Considerada la acción gubernativa, de Policía, como una intervención orientada e evitar males futuros (y, por tanto, no vinculada a los derechos individuales) y, sobre la base de su fundamentación en el ius eminens del príncipe, este gozare del privilegio de "non apellando" (que disfrutan, por ejemplo, los príncipes territoriales alemanes), consolidándose, finalmente, el principio de im Polizeisachen es gilt keine Apellation. En una primera fase, la idea del límite de los "iura quaesita" de los particulares -que persiste- hace que si el acto gubernativo lesiona los derechos privados de un particular, el asunto gubernativo (Polizeisache) se convierta en Justizsache, en tanto que "asunto gubernativo de carácter judicial" (FLEINER)[99]. Pero posteriormente la vinculación y dependencia de los tribunales respecto del Príncipe impedirá que los jueces admitan demandas contra este: el Príncipe no quedara, así, sometido a su propio poder judicial[100], ni siquiera, en los Justizsache. En definitiva, dada la distinción existente entre los asuntos de Policía (Gobierno) y Justicia, parcialmente la actuación privada del Príncipe y, en todo caso, sus actuaciones de poder no resultaban sujetas a Derecho.

---

95 Cfr. GALLEGO, A. Administración y Jueces..., cit., y PAREJO, L., cit. La separación de gobierno-justicia se inicia en Alemania con Federico II de Prusia y Ma Teresa de Austria, en especial a partir de 1749, produciéndose –señala GARRIDO FALLA- una separación definitiva y la contraposición de dos concepciones: la de los juristas y la de los Cameralistas. Vid. Tratado, cit., p. 38, en nota

96 Cfr. OLIVIER-MARTIN, cit., p. 31.

97 Los orígenes y alcance de esta dicotomía no son, ciertamente, pacíficos. Existe coincidencia en el distingo entre ambas esferas, que se remonta a la Edad Media en toda Europa. Mayor discrepancia existe en cuanto a su significado histórico. Para A. GALLEGO, por ejemplo, la distinción medieval entre "gubernaculum" y "iurisdictio" es una línea histórica permanente y casi trasunto anticipado de una división de poderes (de las autoridades del poder real que las ejercen), Vid. op. cit. Para GARCIA DE ENTERRIA, sin embargo, esta conclusión resulta desmesurada, dada la íntima conexión de ambas materias en las manos del Monarca y sus agentes. Vid. Curso, cit., pp. 410 y ss., y en "Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano", RAP, n° 85, p. 248.

98 Gubernaculum es el Gobierno, la Administración real, un campo en el que el Rey actúa libre y discrecionalmente. Jurisdictio es ley, derecho, y significa los límites impuestos coercitivamente al rey. Este podría actuar siempre y cuando no afectase a la jurisdictio, que venia a significar el derecho frente a la voluntad del rey": GALLEGO ANABITARTE, o. c.

99 FLEINER, Instituciones, cit., p. 27 y J. L. CARRO, cit., 291.

100 Ibidem, p. 28.

8. La sumisión de la Administración al Derecho a través del Fisco

Es precisamente en este momento del Estado Policía cuando se construye en Alemania la teoría del Fisco, que hace posible el sometimiento al Derecho de una parte de la actividad estatal. El artificio técnico es este: a veces, los actos del Estado, del príncipe, no se distinguen de los particulares, razón por la que se considera que dicha actividad -la de carácter patrimonial, distinta de la actuación de poder- puede quedar sometida al mismo régimen de los actos de los particulares. Para ello, esa actividad se imputa a una persona, el Fisco, que podre ser llevada ante los tribunales para responder de aquella. Señala FLEINER que "el patrimonio público no pertenecía ni al Príncipe ni al Estado soberano, sino a un sujeto jurídico distinto de ambos: el Fisco, o sea, una persona sometida al Derecho patrimonial como parte del Derecho privado; por tanto, no se encontraron dificultades para someter al Fisco, como un particular cualquiera, a la Justicia y a las normas jurídicas, es decir, al Derecho Civil". En suma, con la teoría del Fisco, se articula la posibilidad de demandar a la autoridad, a través, en la persona, del Fisco, permitiéndose, como indica GARCIA DE ENTERRIA, "el enjuiciamiento sistemático de las actividades patrimoniales del príncipe absoluto".

Pero lo realmente interesante de esta construcción, en lo que ahora nos importa -no lo es menos en lo que respecta a la personificación, si bien parcial, del Estado que la misma implica-, no es tan solo la justiciabilidad de la actividad patrimonial del Estado, sino que su actuación de poder fuera también justiciable a efectos indemnizatorios, a través de esta vía privatista, cuando la misma provocara la lesión del derecho adquirido de un particular. Es más, la progresiva extensión de este criterio privatista a las puras relaciones de poder, con el fin de lograr su residencibilidad judicial. Recuerda en este sentido FORSTHOFF, que con este fin "se interpretarían como de Derecho civil las relaciones de soberanía", (así la expropiación se concibe como venta forzosa, la relación funcionarial como contrato de servicios, etc.) una interpretación dogmatica esta que tendría una enorme influencia en el Derecho alemán hasta el siglo XX.

El interés que, sin duda, ofrece la teoría del Fisco como expresión del sometimiento del Príncipe absoluto al Derecho en esta etapa histórica, no puede desconocerse, sin embargo, en los países ajenos a la influencia alemana tiene lugar también, en paralelo, esa misma sumisión aunque con distinto signo técnico. No hay Fisco, el Príncipe es "legibus solutus", desvinculado de sus leyes, pero este sometido al Derecho Natural y al de Gentes (por eso, los "rescriptos contra ius" -contra ese Derecho- no se consideraran válidos, el Príncipe no puede faltar a los contratos con los súbditos o a la propiedad de

estos, instituciones ambas de Derecho Natural). Esta vía sirvió –concluye GARCIA DE ENTERRIA- de alternativa a la Fiskuslehre como medio de sometimiento del príncipe al Derecho en el ámbito patrimonial[101].

[101] GARCIA DE ENTERRIA, E., Curso. cit., p. 306.

II.
EL ESTADO DE DERECHO

El advenimiento del Estado constitucional va a suponer la culminación del sometimiento al Derecho por parte del poder político en cuanto tal, superando, así, la anterior reducción de aquel al mero plano de los aspectos patrimoniales. En el continente europeo, este hito histórico -marcado por la Revolución francesa-, si en lo político supone el repudio del Ancien Régime, en el plano jurídico-político va a determinar el periodo de configuración del Derecho Administrativo como un Derecho propio y autónomo.

1. Claves históricas y principios definidores

La expresión "Estado de Derecho" remite a una idea cardinal: el sometimiento del poder, del Estado, al Derecho, a las leyes, y la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes. Se trata, desde esta apreciación, de un concepto cuasi universal que, tanto como idea abstracta cuanto como expediente técnico-jurídico, solo puede explicarse desde la trayectoria histórica de la consagración del Estado constitucional (lo curioso es que, surgiendo dogmáticamente como construcción que mitigue las exigencias del constitucionalismo, fuera reelaborada técnicamente precisamente para su garantía[102]).

[102] La expresión "Estado de Derecho" es acuñada por Robert Von Mohl, Die Polizei wissenchaft nach den Grundsatzen des Rechtstaates, 1832. Pero históricamente, va a emerger, frente al Polizeistaat, precisamente como Rechtstaat, ligado al liberalismo conservador germano, que trata de contrarrestar el intento -derivado del proceso revolucionario de 1848- de implantación de un autentico Estado constitucional, con una fórmula que obvia los presupuestos fundamentales de este: reconocimiento de los derechos políticos subjetivos y el parlamentarismo.
En esa línea se enmarca R. GNEIST que liga el Estado de Derecho a un régimen de Derecho establecido por el Estado, con una supremacía del poder administrativo sometido a Justicia ("...El concepto de Estado de Derecho expresa no el fin ni el objeto del Estado, sino su carácter propio, el modo y el método de su actividad". Cit. por M. Bassols, p. 137). Sucederá sin, embargo, que la propia dogmatica alemana posterior -OTTO MAYER, GERBER, JELLINEK-, insertaren dentro de este esquema la teoría de los derechos públicos subjetivos y las demás características del régimen constitucional, convirtiéndolo en eje del Derecho Público. Vid. sobre lo anterior, BASSOLS, M., "Los principios del Estado de Derecho..", cit. RAP, 82, p. 135.

Como producto histórico, el Estado de Derecho surge en Europa como resultado de la crisis que el Estado absoluto sufre durante la segunda mitad del siglo XVIII y que culmina con la Revolución Francesa, producto y expresión de la prolongada dialéctica latente entre el Ancien Reégime y las exigencias históricas de la burguesía. Si el Estado absoluto suponía la sumisión de la sociedad al monarca, sin que aquélla tuviera otra dimensión política que la derivada de los estrechos moldes del régimen estamental, este estado de cosas va a ser puesto en cuestión por la burguesía con un objetivo definido: la libertad y seguridad frente al poder del Estado, cuya actuación debe quedar delimitada y sometida a la ley. La tensión alcanza su cenit en la Francia de fines del XVIII con ese enfrentamiento entre poder absoluto y sociedad burguesa que, al límite, estallará en la Revolución.

Esta afirmación histórica de la sociedad frente al Estado se apoya jurídico políticamente en dos ideas cardinales: los derechos innatos del hombre, anteriores y superiores a toda ley, otorgados al individuo por la naturaleza, que defienden en el siglo XVIII LOCKE Y PUFFENDORF, y la división de los poderes del Estado y sus titulares que auspician LOCKE (Two Treatises of Government, 1690) y MONTESQUIEU (De ('esprit des Lois, 1748), cuyo alcance histórico jurídico resulta determinante. Sin más, porque los derechos individuales exceden de los simples "iura quaesita", el derecho supera al Príncipe, y precisamente para garantizarlo deben separarse la legislación y la ejecución gubernativa. Consecuentemente, la construcción característica del Estado Policía (poder absoluto en manos del monarca, injusticiabilidad de su actuación en tanto que tal, responsabilidad limitada todo lo más -mediante el Fisco- al plano patrimonial) queda puesta en entredicho.

Pues bien, cuando aquellas ideas, junto a la del imperio de la ley, entendida esta como expresión de la voluntad general, y el principio subyacente de la Nación soberana, se consagran por la Revolución francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798 y Constitución de 1791[103]), cristaliza en el continente europeo el Estado de Derecho, y surge el Derecho Administrativo en nuestro ámbito cultural.

En efecto, las ideas clave del Estado de Derecho son las propias de todo constitucionalismo (y como tales bien se expresan en el "government by laws, not by men"de la Revolución americana y las formulas de la Declaration of

[103] El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación" (art. 3 de la Declaración de Derechos); "La soberanía es una, indivisible, inalienable, imprescriptible. Pertenece a la Nación, de la que emanan todos los poderes, que no pueden ser ejercidos más que por delegación" (art. 1 de la Constitución de 1791). "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la división de poderes no tienen Constitución" (art. 16 de la Declaración de Derechos).

Rights de 1776), pero va a ser su recepción por la Revolución francesa y su instrumentación postrevolucionaria la que permita la configuración del Derecho Administrativo como régimen propio y peculiar de la Administración pública en Europa continental. Fundamentalmente por la característica construcción institucional de la posición de la Administración Pública como organización del Poder Ejecutivo y de sus relaciones con la ley y la justicia, derivadas tanto de la interpretación revolucionaria de la separación de poderes como también de los peculiares rasgos que, por distintos motivos -históricos y políticos-, va a asumir el aparato estructural de la Administración en la Francia postrevolucionaria. Hasta tal punto es así que en los países anglosajones, donde los principios jurídico-políticos del constitucionalismo no fueron objeto de ese sesgo histórico, la plasmación institucional de los mismos asumió derroteros bien distintos[104].

2. Relación entre la Administración y la Ley

Bajo los citados principios jurídico-políticos del estado de Derecho, la relación entre la Administración, integrada en el Ejecutivo, y la ley se articula conforme a las siguientes pautas, por lo demás, concatenadas entre sí:

[104] E. GARCIA DE ENTERRIA lo ha reseñado magistralmente en Revolución Francesa y Administración contemporánea, Madrid, 1981. La idea del gobierno por y en virtud de las leyes frente al poder personal y arbitrario, la del imperio de la ley y la libertad (las leyes son leyes de libertad) como eje del orden social son comunes al momento histórico de ambos mundos históricos-culturales. También lo son los principios jurídico-políticos sobre la estructura del Estado -división de poderes- que formulan Locke (legislativo, ejecutivo, federativo) y Montesquieu (legislativo, ejecutivo y judicial), y que, superada su falta de correspondencia literal o semántica, coinciden en un significado general, muy distinto, por lo demás, del convencionalmente asignado a los mismos: tripartición en ley, tribunales y fuerza pública (orden publico) que garantice las decisiones de los anteriores.
En este común designio, de la parcela del orden público no cabria inferir ni mucho menos el complejo ámbito de poder de la Administración continental, sino todo lo contrario: una Administración no interventora y limitada a asegurar el orden, quedando remitido el uso del poder a la ley y a los tribunales. El sistema anglosajón -en los tiempos recientes la situación cambiaria- es el trasunto más exacto de ese planteamiento ideológico. En Francia, por el contrario, ese planteamiento, que en teoría los revolucionarios quieren poner en práctica, es distorsionado por estos, por distintos motivos que luego se verán. En todo caso, el resultado es el que GARCIA DE ENTERRIA nos describe con estas palabras: "(en los países anglosajones) desde el mismo núcleo de la realidad que inspiró el mecanismo de la división de poderes, y desde el mismo ideario político de la libertad propuesto como fin de esa construcción, he aquí que se llegá a idéntico esquema estructural de ley y tribunales, que es en definitiva la idea que trata de expresar el principio de "rule of law" y que efectivamente la Constitución inglesa realza en algún tiempo más o menos rigurosamente. Frente a esto, el Droit Administratif es visto como un residuo regresivo del antiguo régimen y sus construcciones esenciales como una verdadera negación del Derecho, como una traducción pura y simple del absolutismo gubernamental", lbidem, pp. 30-31.

a) El cuerpo legislativo es el depositario de la soberanía. Como ha dicho VILLAR PALASI, "el rey es cabeza del poder ejecutivo, como primer funcionario de la Nación; el cuerpo legislativo asume preeminencia sobre él y es el depositario de la soberanía"[105].

b) Primacía de la ley. A partir de la concepción de la ley como expresión de la voluntad general[106], el Rey, cabeza del Ejecutivo, queda reducido al papel de ejecutor de la ley[107]. Radicada -trasladada desde el Monarca- la soberanía en la Asamblea legislativa, aquél no hace, como dice GARCIA DE ENTERRIA, más que actuar la voluntad general del cuerpo colectivo[108], limitándose el Ejecutivo, como escribe J. RIVERO, a "asegurar la traslación de la ley a la realidad"[109].

En este sentido conviene señalar que en la medida "que el poder legislativo extrae de su origen electivo una primacía de la que participa el acto que el dicta"[110], la primacía de la ley significa, como recuerda VILLAR PALASI, no solo la primacía de la misma sino la del Órgano legislativo, de la Asamblea[111]. La cuestión tiene evidente importancia, pues refuerza la primacía de la ley de la Asamblea sobre la noción material de la misma, en tanto que expresión de la primacía del cuerpo representativo sobre el príncipe. En ésta una consecuencia lógica del planteamiento revolucionario y de la característica separación legislativo-ejecutivo que tiene lugar en Francia[112]. Un plantea-

[105] VILLAR PALASI, J.L., Derecho Administrativo. Introducción, cit. p. 131.

[106] La loi est l'expresion de la volonta generale" (art. 6 de la Declaración de Derechos).

[107] II n' y a point en France d'autorite superieure á celle de la loi. Le Roi ne regne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il pout exiger l'obeissance" (art. 3 de la Sección 1a del Cap. 1 del Tit. III de la Constitución de 1791).

[108] GARCIA DE ENTERRIA, E., "La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea", Estudios Pérez Serrano, T.I., pp 202-249.

[109] J. RIVERO, Droit Administratif, cit., p. 15. El art. 3 de la Sección 1a del Cap. 4, Tit. III de la Constitución de 1791 dice "Le pouvoir executif ne peut pas faire aucune loi memo provisoire.

[110] J. RIVERO, Ibidem.

[111] VILLAR PALASI, Introducción.., p. 144

[112] Esta connotación, ciertamente relevante desde el punto de vista del Derecho Administrativo, y su raíz es también histórico-política: la enemiga de los revolucionarios franceses hacia los Parlamentos judiciales del Antiguo Régimen da origen a la interpretación de la división de poderes como separación drástica del Ejecutivo respecto del Legislativo y del Judicial.
En el orden que ahora comentamos la separación Ejecutivo-Legislativo fundará el poder reglamentario de aquel, entendido pronto como poder reglamentario general inherente al Ejecutivo -y, en cierta medida, contrario a la autentica división de poderes-: si la Constitución de 1791 lo configura como reglamentación ejecutiva, la de Napoleón del año VIII, art. 44, reconoce al Gobierno la competencia para "asegurar Ia ejecución de las leyes". Entendida como ejecución, no de la ley, sino de la legalidad, quedaba abierta una potestad reglamentaria inherente al Ejecutivo, en suma el reglamento independiente.

miento bien distinto, por ejemplo, de la primacía de la ley material, de la norma como tal, propia de la posterior dogmatica alemana propicia a que en ese País (donde sus sistema de monarquía no parlamentaria, sino meramente "limitada" del XIX,establecía un reparto del poder normativo entre Parlamento y Monarca) el Parlamento asumiera progresivamente, frente al último, mes amplias cuotas de dicho poder normativo.

c) Principio de legalidad de la Administración. La Administración, integrada en el Ejecutivo, solo puede actuar subordinada a la ley. Es el mecanismo que garantiza la libertad frente al poder: "el dogma del legalismo formal de la actividad administrativa", que -señala GARRIDO- constituye la "reacción contra una de las notas que más rigurosamente perfilaban la anterior etapa del Estado Policía, su arbitrariedad"[113].

Este principio, capital e inseparable del Estado de Derecho[114], es el corolario de los de división de poderes y garantía de los derechos individuales, y, como tal, iba a tener una clara repercusión de doble signo en el perfil de la nueva Administración, que ha recordado FORSTHOFF: sustantivamente, consagra el principio de limitación de la Administración tan caro aldualismo Estado-Sociedad del naciente Estado liberal de Derecho; formalmente, da pie al principio de jerarquía de la norma administrativa, de las fuentes de un Derecho Administrativo que, con ello, se hace susceptible de una consideración científico sistemática[115].

d) Reconocimiento de los derechos públicos subjetivos. Como consecuencia de lo anterior, y frente al Estado-Policía, donde, como vimos, las ordenes o instrucciones del monarca a sus funcionarios vinculan a estos, pero no crean derechos a favor de los particulares, en el Estado de Derecho se afirmarán como derechos públicos subjetivos no solo los reconocidos en la Constitución, sino también los derivados de toda norma ordinaria o administrativa, que podrá a tal efecto ser invocada por los particulares.

e) Actuación administrativa condicionada por la previa permisión o habilitación legal. En consonancia con el armazón jurídico-político del inicial Estado de Derecho, la actuación de la Administración en el ám-

[113] GARRIDO FALLA, F., Tratado, cit., p. 70.

[114] El concepto de Estado de Derecho no puede adquirir unos contornos claros sin que previamente haya sido explicado debidamente el propio principio de legalidad de la Administración" (DIETRICH JESCH, Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad, Madrid, lEA, 1978., p.4).

[115] FORSTHOFF, E. Tratado, cit., p. 57.

bito de los derechos individuales (propiedad, libertad, etc.) está condicionada a una habilitación legal, expresa y concreta, que no admite los apoderamientos globales.

Es así porque en esta primera fase del Estado de Derecho, liberal (en el Estado-Social cambian las claves de fondo), y como señala GARCIA DE ENTERRIA, las leyes "en cuya proposición y sostenimiento agota su función el poder político, son en cuanto a su contenido, característicamente, leyes de libertad, leyes cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social"; y el Derecho, fin exclusivo del Estado, restringe su objeto a "asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos", pues "estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras, cuidando la autoridad únicamente de articular mediante sus limites recíprocos, aseguran sin más el óptimo orden colectivo, las Constitución ideal"[116].

3. La configuración del "regime administratif"

Sobre estas connotaciones de la relación entre Administración y ley, básicamente comunes, por lo demás, a todos los países del continente europeo cuando se consolide en ellos el Estado de Derecho, se edifica el régimen jurídico-administrativo frances (el "regime administratif'), modelo sobre el que se construirá el Derecho Administrativo en la mayoría de los países europeos (Alemania, Italia, Portugal o España y en América Latina).

El sistema de "regime administratif' -como síntesis definitoria- implica que el Estado, en cuanto poder, se va a someter al Derecho, y totalmente (no de manera parcial como sucedía en el Estado-Policía a través de la teoría del Fisco). Pero no a la ley común o civil (algo coherente si -lo que no sucederáse conceptuara, el Estado y la Administración en términos de igualdad con los particulares), sino a un Derecho especial que atienda, al tiempo, a la prerrogativa de ese poder, sin descuidar, por contra, la garantía del particular.

Resulta ser así porque ese modelo está determinado, además por los principios jurídico-políticos del constitucionalismo que hemos visto anteriormente, por una serie de fenómenos característicos de la historia de Francia que influyen en la construcción de ese nuevo orden jurídico, en gran medida por ello mismo paradójico.

Fundamentalmente porque si en el planteamiento ideológico que dio origen a la Revolución, el Derecho se concebía "directamente instrumento de

[116] GARCIA DE ENTERRIA, E., Revolución francesa, cit., p. 18-19.

la libertad", el Derecho Administrativo surgido de aquella va a resultar, por el contrario, un "Derecho habilitante de una supremacía general sobre la libertad en virtud de fines sustantivos"[117].

La explicación de este resultado es de carácter histórico. Y es que ese nuevo orden jurídico surge de la peculiar tensión revolucionaria frente al Antiguo Régimen al que -no podía ser menos- tiene como referente: para impugnarlo, pero también, y "malgré tout", para secundarlo. Recuerda por ello L. PAREJO, haciéndose eco de GIANNINI, que la asunción revolucionaria de la división de poderes y de la necesaria garantía de los derechos y las libertades no nos explicaría necesariamente el surgimiento del Derecho Administrativo (la prueba es la distinta evolución política de Inglaterra y del continente europeo) si no tenemos en cuenta "la persistencia en el nuevo Estado surgido de la Revolución francesa, de la influencia del principio autoritario propio del Estado absoluto ilustrado que supera"[118]. Aunque conviene añadir, que esa persistencia del principio autoritario, tampoco podría entenderse cabalmente si no advirtiéramos que ese poder ilustrado se alineó también, "avant la lettre", con alguno de los objetivos revolucionarios ligados a la superacion de la antigua sociedad estamental y de la estructura institucional del Antiguo Régimen.

En efecto, señala J. RIVERO que la Administración del Antiguo Régimen en Francia se caracterizaba, al advenimiento de la Revolución, por la tensión entre su organización tradicional y la voluntad real que quería dotarla de coherencia a través de la centralización. "L' enchevetrement" expresión francesa traducible por "embrollo") entre lo público y lo privado (corporaciones y colectividades asumen, entremezcladas con sus propios intereses, parcelas de poder), así como la enorme diversidad de la organización territorial y administrativa, caracterizan, señala RIVERO, al sistema tradicional, caos en el que la monarquía, durante los siglos XVII y XVIII, intenta poner en orden. Pues bien, ante esa

[117] E. GARCIA DE ENTERRIA, Revolución francesa y Administración contemporánea, Madrid, 1981, p. 28. Para este autor, la idea de Administración como la de Derecho Administrativo, no resultan de la concepción política que intenta actuar la Revolución, y cuyo trasunto práctico lógicamente abocaba en la ley y en un aparato estatal mínimo a su servicio (tribunales y orden público) como sería el caso anglosajón. Cit., p. 29.

[118] L. PAREJO, El concepto del Derecho Administrativo, cit., p. 34. Añade L. PAREJO: "El Estado constitucional surgido de la Revolución francesa no es fruto tan solo de la asimilación (deformada) de los principios inspirados del modelo político inglés, sino de la asunción en el nuevo orden de elementos propios del régimen absolutista (en su variante ilustrada) y, en lo que nos interesa, del poder absoluto del Estado (ahora la soberanía de la nación y, por tanto, no radicante en la Corona) -solo que, naturalmente, juridificado y, por tanto, limitado desde y en la Constitución- y su manifestación a través de mandatos (generales y particulares) unilaterales exorbitantes del Derecho común o privado", Ibidem, p. 40. VILLAR PALASI lo ha señalado muy expresivamente: "La Revolución se limita en este sentido a destronar al rey y a coronar a la nación", Introducción, cit., p. 134.

situación, y confirmado la tendencia anterior, primero la Revolución y luego Napoleón tratan de edificar, tras una inicial labor destructora de la Administración del Antiguo Régimen, y al servicio de la construcción de un Ejecutivo fuerte, una "Administración racional, uniforme y coherente" (RIVERO).

A ese reforzamiento del Ejecutivo responderán las pautas que a continuación relacionaremos. Dejemos constancia, en todo caso, que la explicación (y el trasfondo histórico precedente) de esa circunstancia se inscriben en la sustancia profunda de la Revolución: configurar un poder que asumiera las transformaciones de la estructura social, en términos desconocidos, es decir, constante, gubernamental, general, en suma, una nueva Administración[119].

1) La concentración del poder y centralización uniformista de la Administración. Por eso mismo el proceso revolucionario y la postrevolución dieron lugar a un más intenso proceso de concentración del poder, surgiendo, como escribió TOCQUEVILLE, "un gobierno más fuerte, mucho más fuerte y más absoluto que el que la Revolución había derribado, que recuperó y concentro entonces todos los poderes"[120].

Acorde con ese proceso de concentración de poder, ya anticipado por el anterior despotismo ilustrado (y, no menos, con la pretensión de igualdad que como condición para la libertad late en el proceso histórico de la Revolución) afirmará ésta los principios de centralización administrativa, de estructura territorial uniforme y centralizada (que, a su vez, y en "feed-back" son motor de igualdad[121], y de organización de la función administrativa sobre la base del principio de jerarquía[122]. La acabada organización piramidal

[119] GARCIA DE ENTERRIA, Revolución.., cit., p. 43.

[120] Recuerda TOCQUEVILLE el texto de una carta de Mirabeau al Rey: "La idea de no constituir más que una sola clase de ciudadanos le hubiera agradado a Richelieu; esta superficie igual facilita el ejercicio del poder. Varios reinados de gobierno absoluto no hubieran hecho tanto por la autoridad real como este solo año de Revolución". En El Antiguo Regimen y la Revolución, cit. p. 33, cit. por ENTERRIA, Revolución.., cit., p. 53.

[121] Este trasfondo fue explicado por TOCQUEVILLE y recordado por ENTERRIA como uno de los factores determinantes de la concentración del poder y de la centralización administrativa francesa: "la sustitución de la estructura de los poderes secundarios por la estructura de la Administración centralizada venia impuesta precisamente así por la dialéctica de igualdad social", en Revolución.., cit., pp 50-52.

[122] La superación de las antiguas provincias y su sustitución por los Departamentos se proclama el 17 de agosto de 1789, afirmándose el principio uniformista y jerarquico en la intervención legislativa de 8 de enero de 1789: "El Estado es uno. Los Departamentos no son más que secciones de un mismo todo. Una Administración uniforme debe, pues, abrazarles a todos en un régimen común. El principio constitucional sobre la distribución del poder administrativo es que la autoridad descienda del rey a la Administración de los Departamentos, de éstos a las administraciones de los Distritos, y de estos últimos a los municipios en los que podían delegarse algunas funciones relativas a la administración general", Cit. por LAFERRIERE. Traitê, T.I, p. 183.

de prefectos y subprefectos y del régimen local de nueva planta instaurado por Napoleón constituyen -en lo estructural- del nuevo sistema, el armazón, y la subordinación jerárquica el fundamento de un reforzamiento de la Administración que -en lojurídico- halla su trasunto en el sistema de recursos administrativos (el particular que quiera protestar contra la decisión de un funcionario, no podre acudir directamente al juez, sino que normalmente tendrá que dirigirse al superior de aquel).

2) Personificación y organización de las Administraciones Públicas. "El gran impacto de la Revolución -ha descrito VILLAR PALASI- y, más concretamente, la gran consolidación administrativa de Napoleón, estriba en el sentido de la unidad que dan al conglomerado de técnicas administrativas con la creación de una Administración personificada, con el conjunto jerarquizado y unificado de la burocracia[123] y la afirmación progresiva de la organización y racionalización del poder dentro de la unidad de la persona jurídica[124] a través de principios como la jerarquía, tutela, especialidad de la competencia, etc.

Sobre estas bases se articula por obra de Napoleón un sistema administrativo cuasi inalterable por siglos, al punto que se ha podido hablar de una "constitución administrativa" permanente y estable por encima de la variabilidad de las Constituciones políticas[125]. Sistema que si en lo funcional se asentó en una inteligente y pragmática organización distintiva entre Organos monocráticos y colegiados (activos y consultivos, respectivamente), en lo estructural se basó en la consagración de la autonomía jurídica de la Administración (como producto de la comentada separación de poderes establecida por los revolucionarios).

3) Consagración de la Administración como un Poder Jurídico con prerrogativa. Constituye, sin duda, la connotación típica del "regime administratif". La Administración se configua como un poder jurídico. Por ello, en primer término, los Reglamentos administrativos no son meras regulaciones organizatorias internas (como las de una empresa, o incluso las de la Administración en el Common Law), sino propiamente fuertes del Derecho, normas jurídicas (y por ello invocables no solo por la Administración sino también por los particulares).

[123] VILLAR PALASI, lbidem, p. 144.

[124] La personalidad jurídica de la Administración -tomada a préstamo del Derecho común- va a ser una característica del "regime administrate frente al Common Law, donde ni el Estado ni la Administración van a ser persona jurídica, sino que el problema de la continuidad y la imputabilidad de aquellos se articulará a partir de técnicas canónicas medievales de ficción jurídica. Así, la Corona no es persona sino Corporation sole (si los reyes mueren sus actos permanecen) y los Ministerios Trustees del público.

[125] GARCiA DE ENTERRIA; Revolución.., cit., p. 55.

Concebido como poder jurídico, la Administración no actúacomo un particular, sino que este investida de potestades exorbitantes del Derecho común; es más, frente a la situación jurídica de los particulares, su actuación, en primer término, se va a presumir válida y legitima, y, en segundo lugar, y consecuentemente, la Administración podrá ejecutar sus actos sin la necesidad de demandarlo del juez (acción de oficio). La Administración gozará, en fin, de inmunidad frente a los mandamientos judiciales (inembargabilidad, inejecutabilidad, prohibición de interdictos salvo en casos especiales -vía de hecho-. etc...)[126] y de una responsabilidad civil derivada de sus actos que estará sometida a reglas especiales distintas de las del Derecho Civil (en especial, tras el arret Blanco de 8-2-1987, del Tribunal de Conflictos).

Junto a todos estos rasgos esenciales del Estado -y consecuentemente del Derecho Administrativo que trajo consigo la Revolución- debemos prestar atención, por último, a una nota institucional característica del "regime administratif, determinante para la construcción de ese Derecho en Francia, como es la creación de Tribunales administrativos especiales. Pero la importancia de este dato, así como la solución dada a este respecto en otros países continentales, abona lo consideremos específicamente, al hilo de los distintos modos con que al advenimiento del Estado de Derecho se configure en Europa la relación Administración-Justicia, en particular -por su especial significado descriptivo- en Francia y Alemania[127].

4. La relación entre Administración y Justicia

Ya dijimos antes que la separación del Poder Judicial no tuvo en los inicios del Estado de Derecho la misma importancia dogmática o histórica que la del Legislativo y Ejecutivo (y, como veremos, mucho menos en Francia, donde la división de poderes de Montesquieu fue falseada e interpretada como inmunidad del poder ejecutivo frente al poder judicial)[128]. Esa separación e

[126] VILLAR PALASI, J. L. , Derecho..., cit., p. 139

[127] Digamos, por lo demás, que salvo en este importante asunto de Ia jurisdicción contenciosa administrativa, la comparación del sistema administrativo y su régimen jurídico entre Francia y Alemania, no ofrecería finalmente grandes diferencias. No hay duda de que en esa similitud entre el Derecho Administrativo alemán (también un Derecho especial frente al común) y el francés ha podido tener notable repercusión -como señala GARRIDO FALLA- la influencia de la obra doctrinal de OTTO MAYER (Doutsche Verwaltungsrecht, 1895-96) inspirada en los principios de la literatura francesa. No puede descartarse, pese a todo, las notables diferencias conceptuales entre ambos Derechos: conceptos tan determinantes en el Derecho francés como el dominio público o el servicio público (cuya cercanía han destacado, con añoranza o no, E. KAUFMANN o E. FORSTHOFF) quizá porque frente al último concepto, en Alemania el concepto clave fue el de offentliche Gewalt (orden público). Cfr. GARRIDO FALLA, Tratado, cit., pág. 84.

independencia del poder judicial no tiene lugar sino posteriormente en la marcha del constitucionalismo, expresándose el control jurisdiccional de la Administración endos vías distintas que dan lugar a dos versiones del Estado de Derecho: el Common Law, donde la Administración está sujeta al control de los tribunales ordinarios, y el regime administratif, en el que lo está a tribunales distintos de los ordinarios (casi un autocontrol de la Administración mediante tribunales administrativos).

En efecto, en Francia, en virtud de las propias leyes revolucionarias, la división de poderes -que determina la subordinación del poder ejecutivo a la ley, a la legalidad y, en todo caso, a la Asamblea- se interpretó, sin embargo, en lo que respecta a la relación entre el Ejecutivo y el Poder Judicial, en términos absolutos, como rígida separación, afirmándose consecuentemente la independencia de la Administración respecto de la Justicia (cuando lo que, en puridad, dicho principio de división de poderes postulaba no era eso, sino la independencia de los jueces frente al Ejecutivo), así como la prohibición a los tribunales de juzgar la actividad de aquella. "Las funciones judiciales -rezaba el art. 13 de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, recogida después en la Constitución de 1791 y de aquí en las posteriores- son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán interferir de ningún modo la actividad de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a juicio a los administradores por razón de sus funciones"[129].

Esta solución no se debió, en este caso, a las ideas de Montesquieu o a un planteamiento jurídico-dogmático definido, sino a razones de carácter histórico y politico[130]. De un lado la preexistente separación, ya en el absolutismo, de "lo judicial" y "lo administrativo" o "policial"[131]; de otro, y fundamentalmente, el recelo revolucionario frente a la frecuente intromisión y entorpecimiento de la política reformista de los últimos monarcas absolutos por parte de los Parlamentos Judiciales[132]. Estos, por lo demás, se alinearon

[128] Por lo demás, el propio MONTESQUIEU definió a los jueces como "mére bouche qui prononce les paroles de la loi, comme des etres inanimés qui ne peuvent moderer ni la force ni la rigueur de la loi".

[129] El Decreto de 16 Fructidor an III lo vuelve a recordar en su artículo único: "Défenses iteratives son faites aux tribunaux de connaitre des actes d'administration de quelque espece q'ils soient".

[130] Muy significativa a este respecto es la frase de ROBESPIERRE en el Terror: "Toute institution qui en suppose le peuple bon et le magistrat corruptible, est vitieuse".

[131] Cfr. L. PAREJO, El concepto.., Cit., p. 39.

[132] Los Parlamentos integrados por miembros de la nobleza, además de facultades judiciales, gozaban de las de enreqistrement (registro de las Ordenanzas reales como requisito previo para su aplicación) y rémontrance (veto devolutivo de las mismas antes de inscribirlas), facultades éstas que, ciertamente, utilizaban en defensa de sus privilegios frente al rey. Desde esta perspectiva, la tesis de Montesquieu, Presidente del Parlamento de Burdeos, fue

claramente en la resistencia final que al hilo de las reformas de Necker suscitaría, consecuentemente, en tales Parlamentos la idea de la convocatoria de los Estados Generales en 1787 (lo que no paso desapercibido a los revolucionarios una vez instalados en el poder). Ciertamente, pues, la voluntad de que el Ejecutivo revolucionario no estuviera políticamente condicionado, si no imposibilitado de gobernar, por dichos Parlamentos integrados por hombres del Antiguo Regimen[133] fue un elemento decisivo al respecto.

Ante esa tesitura y para garantizar el sometimiento de la Administración al Derecho, se van a crear Tribunales Administrativos especiales, distintos de los civiles y además integrados dentro de la propia Administración. Esa dualidad de jurisdicciones y el control de la Administración por una especial jurisdicción administrativa, al tiempo órgano consultivo de la Administración y juez de la misma, (Conseil d'Etat y Conseils de Prefecture) va a constituir el rasgo más característico del Derecho Administrativo en Francia y determinante de su sistema tanto aquí como en los demás países que siguieron este modelo[134]. Y es así porque la exclusión de lo jurídico-administrativo del conocimiento de los tribunales civiles iba a conllevar que a aquella parcela no le fuera aplicable el Derecho común (salvo cuando el Estado se sometiera expresamente al mismo) y, consecuentemente, que el Conseil d'Etat -has-

argumentada por estos Parlamenta en orden a la conservación de su autonomía; lo que de soslayo implicaba nada menos que la defensa del principio político de preeminencia de los poderes intermedios y una articulación, a través del depósito de las leyes, de un "gobierno" de dichos Parlamentos como guardianes de las leyes fundamentales del país frente a la voluntad "momentánea" del príncipe. Vid. sobre esto, GARCIA DE ENTERRIA, Revolución francesa, cit., pp. 35-37.

133 Señala J. RIVERO que los constituyentes y sus sucesores pensaron más que en la protección del individuo en "la protección del poder frente a las censuras del juez", Droit Administratif, cit., pp. 18-19. Repárese, en este sentido, que el Decreto de 3 de noviembre de 1789 declaró a los Parlamentos judiciales "en vacances indefinies". Cfr., asimismo, B. LOZANO, "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales", RAP, 118 (1989). pp. 75 y ss. Para un analisis histórico de primera mano, A. DE TOCQUEVILLE, El Antiquo Regimen y la Revolución, cit.

134 La doctrina, aún con discrepancias, ha señalado como esta solución es también tributaria del antecedente histórico. A. GALLEGO evoca (Administración y Jueces, cit. p. 30) L'Ancien Regime et la Revolution de Tocqueville, cuyo Capitulo IV reza "que la justice administrative et la garantie des fonctionaires sont les institutions de L'Ancien Regime", para afirmar que la jurisdicción de autoridades reales (des Intendents) de la Monarquía tradicional francesa es un precedente de la posterior diferenciación en el siglo XIX entre tribunales ordinarios y administrativos. Por su parte, E. GARCIA DE ENTERRIA señale: "El desarrollo en Europa de una potente Administración real determinó ya en el Antiguo Régimen el reconocimiento a esa Administración de poderes decisorios en asuntos materialmente contenciosos. La Administración que sale de la Revolución francesa hereda intacta esa facultad que refuerza y justifica aún, generalizándola sobre el dogma de la inmunidad judicial del ejecutivo", en "Reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano", RAP, 85, pág. 249.

ta la reforma de 1953, como recuerda GARRIDO FALLA, "juez común del Derecho Administrativo"[135] y, en palabras de HAURIOU, "juez pretoriano", dada la ausencia de codificación del Derecho Administrativo, edificara, a través de sus arrets toda la construcción del Derecho Administrativo francés como fórmula original de sometimiento de la Administración al Derecho, diferente de las del puro sometimiento al control judicial general propio de los países anglosajones.

Construcción típicamente francesa, este modelo "jurisdiccional" se ha mantenido hasta nuestros días en ese país, tanto en lo atinente a sus bases orgánicas (aparato "jurisdiccional" intraadministrativo, no perteneciente al Poder Judicial, a cuya cabeza se sitúa el Conseil d'Etat[136], como a los elementos del propio sistema "jurídico-administrativo" creado en gran medida por dicho Conseil al hilo de la justiciabilidad de los actos de la Administración: la decisión ejecutoria de la Administración como apertura requerida al contencioso; el recurso por exces de pouvoir articulador del control contencioso basado en un "proceso al acto" y no en la tutela de los intereses de las partes (Administración y administrado), etc. Aunque hay que señalar que en los años recientes, y en ambos planos (el último mucho más relevante porque, de carácter sustantivo, ha sido el que se ha extrapolado a los países continentales), ha entrado en crisis. Es lo que revela la acerba critica del mismo efectuada al hilo de la reforma del sistema contencioso-administrativo francés (Ley de 31 de Diciembre de 1987) por la propia doctrina francesa, queno dudo en descalificarlo con agrios comentarios: en lo orgánico ("El ciudadano o administrado no puede dejar de ver con una cierta extrañeza el

[135] GARRIDO FALLA, F., Tratado, cit., pág. 83.

[136] El diseño orgánico se ha mantenido sin modificaciones sustanciales. En 1953 los Consejos de Prefectura fueron sustituidos como 1ainstancia por Tribunales Administrativos cuyos miembros proceden de la Administración y no de la magistratura. La gestión de estos Tribunales Administrativos fue encomendada por ley de 6 de Enero de 1986 al Ministerio del Interior (todo ello revelador de la pervivencia del viejo dogma de separación de la Administración -incluida aqui la jurisdicción administrativa- y los jueces, el Poder Judicial). En fin, por ley de 31 de Diciembre de 1987 (J.0. de 1 de Enero de 1988, vigor en 1 de Enero de 1989), se reestructura el contencioso francés, aunque ciertamente (la causa inmediata fue el atasco en la resolución de los recursos) no en los aspectos sustantivos de este proceso, sino exclusivamente en la competencia de los Órganos correspondientes, por lo demás siempre incluidos en el orden interno del aparato de la Administración: se crean, como orden jurisdiccional nuevo, Tribunales Administrativos de Apelación (5, de carácter interregional) que, en sustitución del Conseil d'Etat conocen de las apelaciones frente a los Tribunales Administrativos, con competencia universal (restan como competencia directa del Conseil los recursos electorales y frente a reglamentos). El Conseil d'Etat, además, extiende su competencia a un recurso de casación y a una técnica de "cuestión prejudicial" universal en la materia, sin perjuicio de su tradicional función consultiva y la administrativa de estos Tribunales Administrativos de Apelación que dependen del Secretario General del Consejo de Estado.

sistema que no distingue de una manera rigurosa el juez del Consejero del Gobierno", "situación de subdesarrollo del contencioso francés en relación con sus vecinos o los Estados Unidos...." C.LEPAGE JESSUA y C. HUGLO); y en lo sustantivo ("herencia del siglo XIX", "edificio lleno de la poussiere du passé, CHABANON). Una crisis y sus implicaciones a la que nos referiremos más adelante.[137]

En Alemania, sin embargo, el advenimiento del Estado de Derecho y del principio de legalidad no implicó la creación de Órganos especiales para la jurisdicción contenciosa-administrativa, sino que durante una larga fase (hasta el último tercio del siglo XIX) perdurará la situación anterior. Hasta ese momento, el control de la Administración se articula a través de una doble vía: el control interno, por diversas instancias, de la propia Administración en las materias de exclusiva aplicación del Derecho Administrativo; y, por aplicación de la teoría del Fisco, la jurisdicción de los tribunales civiles en las relaciones de carácter patrimonial o incluso en los aspectos patrimoniales de los actos de poder.[138]

---

[137] La inadecuación del contencioso francés a las exigencias de la actual sociedad de libertades resultaba ser el "quid" del problema. La petición de un sistema contencioso efectivamente protector de las libertades públicas, y la comparación con los logros del Consejo Constitucional o el Tribunal de Justicia de la CEE se ha repetido en la doctrina, frente al "conservadurismo inercial del sistema" (ENTERRIA) que no ofrecía soluciones por estar anclado en viejos dogmas a punto de ser superados.
Sobre toda esta problemática, vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, "La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma", REDA, 58 (1988) y "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares" REDA, 59 (1988), articulo este ultimo donde el autor español reseña la positiva reacción del ordenamiento francés ante el problema: el Decreto de 2 de Septiembre de 1988 que introdujo, como nuevas medidas cautelares en el proceso contencioso, el referé expertise (el juez puede pedir cualquier medida de estimación pericial o de instrucción aunque no haya decisión administrativa previa), el referê provission (el juez puede acordar Ia provisión al acreedor que ha acudido al Tribunal con una demanda de fondo cuando la obligación no es discutible) y una clausula cautelar general abierta a cualquiera medida jurisdiccional del Conseil d'Etat, en caso de urgencia, para solucionar un litigio, que en el caso de los Tribunales administrativos se limita por la necesidad de que "no cause perjuicio a la cuestión principal" y "no haya obstáculo a la ejecución de ninguna medida administrativa". Otro Decreto de 2 de Septiembre de 1988 (n° 88¬905) otorgó facultades reforzadas al Conseil d'Etat como juez de ejecución de las Sentencias; o la Circular Rocard de 13 de Octubre de 1988 recordando la debida ejecución de las Sentencias administrativas y anunciando nuevas medidas legislativas a dicho efecto, etc

[138] Resulta explicable: en Alemania no tuvo lugar la pugna histórica precedente entre Monarcas y Parlamentos judiciales: la teoría del Fisco había permitido ciertamente un amplio control de la Administración; y la inicial doctrina publicista estimó que, sujeta la Administración a la norma legal, el control de aquella podía ser Ilevado a cabo imparcialmente por autoridades administrativas que como los jueces, también estaban sujetas a la imparcialidad y a la ley. Como excepción, solo en la Carta Constitución del reino de Wuttemberg se estructuró un Órgano colegiado, con participación judicial, con competencias jurisdiccionales sobre las decisiones de los ministros. Cfr. sobre todo esto FLEINER, cit..p. 190-191.

Sin embargo, estas servidumbres del Derecho Administrativo alemán van a perder peso en el último tercio del siglo XIX, primero con la revisión de la teoría del Fisco y la construcción dogmática de la personalidad del Estado a partir de la obra de GERBER, 1865, que dará lugar a que la Escuela alemana de Derecho Público aborde una juridificación de la actividad del Estado como tal orientada al logro de un sistema de total responsabilidad de aquel, y, segundo con la creación en los principales Estados alemanes, a partir de 1863, de tribunales contencioso administrativos que permitan la revisión de la actuación de la Administración y el Gobierno por Órganos independientes de este.[139]

5. Los origenes del derecho público en España. Tradición y constitucion. La recepcion del regimen administrativo

El debate sobre los orígenes históricos del Derecho Administrativo español podría ser inacabable (raíces propias, mero trasunto de la formulación revolucionaria francesa, construcción al socaire de las formulaciones institucionales y dogmáticas importadas de Francia o Alemania, etc.). No pretendemos, pues, hacer, aquí ninguna referencia concluyente sobre la cuestión, cuando, por lo demás, es ya un lugar común aceptado -y no menos deplorado- la escasa investigación histórica-administrativa, aunque en los últimos tiempos existan ya estimulantes pruebas de preocupación en este terreno. Nos limitaremos, pues, a una breve pincelada sobre el proceso de configuración del Derecho Público y el Derecho Administrativo en España, ya que como es sabido ha tenido una gran influencia en el derecho Público y Administrativo de América Latina, y en Nicaragua.

En todo caso conviene subrayar que sería muy aventurado afirmar que el cuadro evolutivo que páginas atrás hemos expuesto sobre la configuración del Estado y la formación histórica del Derecho Público en Europa se replicó, sin más, en España. Por el contrario ofrece claros signos distintivos a ese respecto:

[139] La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania pasaría posteriormente por diversas vicisitudes. La Constitución de WEIMAR previó el establecimiento de Tribunales Administrativos en los Lander y, con carácter de Supremo, en el Reich; pero este último no se implantó hasta el III Reich (algo sorprendente, dada la puesta en cuestión por este de los derechos públicos subjetivos). Tras la Segunda Guerra Mundial, y diversos intentos de reconstrucción, la ley de 21 de enero de 1960 sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, el sistema es el siguiente: los Tribunales Administrativos y el Tribunal Superior Administrativo de cada Estado, y el Tribunal Supremo Federal, todos de competencia general, además de otros con competencia especial.

a) En primer lugar (y como clave ciertamente original), a lo largo de la Edad Media y hasta su configuración como Estado moderno, destaca por su peculiaridad en cuanto a la concepción y títulos jurídico-políticos que -frente al Estado feudal y patrimonial dominante en Europa- singularizan el refuerzo de la extensión del poder del monarca y al tiempo la génesis de las instituciones democráticas.

b) Por otra parte, y cuando ya el Estado absoluto, y sobre la base de la extensión de aquel poder, se generaliza en Europa, el mismo no va a tener España una plasmación tan rotunda.

6. La legitimidad del poder soberano y su necesaria vinculación en la construcción de la Monarquía hispánica a lo largo de la Edad Media

Una característica original de la España de la Edad Media frente a Europa, es la muy temprana convicción de la potestad suprema que corresponde a los reyes, como facultad que no deriva de su condición de tales sino de una especial "auctoritas" que con el tiempo tendrá el nombre de soberanía, y que muy pronto también -respecto a Europa- se reconoce ligada, junto al origen divino del poder, a su poder de hacer las leyes, como expresión mayéstica de la realeza.

De ahí el use ya en el siglo X por los reyes asturleoneses,en sus diplomas, de la condición deprinceps junto a -y como algo distinto- a la de rex, reservado aquélla "a quienes ejercen efectivamente la primera potestad sobre el reino", y más tarde, como veremos, y un tanto relativizado el titulo de rex, de la fórmula imperial bajo expresiones diversas (rex regum, rex magnus, imperator, o incluso -bajo la influencia oriental- basileus) demostrativa de su superioridad sobre los otros "reges vel principes Hispaniae". Con ello los monarcas hispanos ven reforzado su poder por una autoridad de origen divino (de ahí el use corriente de la fórmula gratia dei) pero de expresión laica (a través de la herencia y la elección) y no eclesiástica; y de ahí también la convicción de los reyes hispanos de disponer de un cuerpo legal propio, el Forum Indicum (frente a la primacía del Derecho romano, en general aplicado sin acto interno que le diera vigor), derivado de la potestad de sus precedesores y manifestación de su majestad, lo que explica el mayor predominio del Derecho legal escrito, creado por esa autoridad, y propio de cada reino, del que son ejemplo los Usatges o los Partidas[140].

[140] 142 J. MARAVALL, cit., p. 28, 35, 39 y 43, quien señala como en documentos catalanes de fines del siglo XII se declare como principio de derecho la máxima" quod principi plaenit legis habet viqorem".

"El rey español -escribe MARAVALL- según los datos doctrinales que podemos recoger, no es el representante de los grandes terratenientes feudales, como dice DOPSCH de otros reyes europeos. El rey español -y los condes de Barcelona entran plenamente bajo esta rúbrica- es autoridad pública que detenta una potestad de origen divino y base democrática, para gobierno y defensa del pueblo"[141].

MARAVALL que explica esta peculiaridad española, por "Ia presencia de un resto de tradición antigua", concluye, así, que la idea de preeminencia real es, pues, un dato del pensamiento político español con perfecta continuidad, mantenido desde los visigodos, hasta empalmar con la recepción del Derecho romano. Algo ligado al especial feudalismo español, que no está estrictamente determinado por los factores feudales, pues a las causas que lo impidieron (las condiciones económicas y el mantenimiento de una economía dineraria, según SANCHEZ ALBORNOZ y VALDE, AVELLANO), añade el propio MARAVALL la concepción de la realeza como una función pública, por lo que "esa relación política se establece, no sobre la base del vinculo contractual interindividual, de vasallaje, sino sobre el vincula común y objetivo de súbdito"[142].

Ahora bien, esa preeminencia de que se considera provisto al rey, no contradice una clara idea de la limitación del poder, expresa en las crónicas y en la organización institucional: asi las Cartas de Alfonso IX de León, de 1188, que establecen en España, por primera vez en Europa, y antes que en Inglaterra, la participación del Estado llano, del pueblo, en las Asambleas políticas. En las Cortes reunidas en Lean en 1188, aparecen, junto a los obispos y magnates, los ciudadanos elegidos en cada ciudad, el rey promete en adelante no tomar acuerdos sin reunir a los tres estados, legislando "cum archiperiscopo et episcopis et magnatibus regni mei et cum electis civibus et singulis civitatibus".

Declaraciones semejantes tienen lugar en Cortes subsiguientes (1189, 1202, 1208, 1255), pero lo relevante no es ya solo la presencia de los ciudadanos representantes de las ciudades, sino la declaración, efectuada en esas mismas Cortes de 1188, de que la ley se produce con el consentimiento general ("De universorum consensu hanc legem edidi mehi")[143], y la serie de garantías que las mismas reconocen al pueblo para defender su derecho frente a los poderosos y aun los propios reyes: procedimiento judicial según derecho con una última apelación al rey; derecho al propio juez; limitación legal de ciertas

[141] Ibid, p. 40.
[142] Ibid, p. 42.
[143] Ibid, p.46.

penas; derecho a un fallo legal; un incipiente derecho a la inviolabilidad de la propia morada; la defensa del derecho de propiedad, y el principio de la paz real del que deriva la imposición de la justicia pública a toda iniciativa de guerra o venganza privada[144].

Las claves del Estado moderno -y del posterior Estado constitucional están así anunciadas en la edad media española, al paso que la propia construcción de ese mismo Estado se decanta apoyada en la idea central de una Monarquía española (como unión de partes) opuesta a la precedente del lmperio (que, como tal, conlleva la de pluralidad de reyes: "Imperator regum et nationum", "rex regum omnipotens").

En efecto, el reconocimiento la idea de un rey preeminente y mayestático apoyado sobre una Comunidad política, que culmina en la Baja Edad Media, era -señala MARAVALL- difícilmente insertable en la idea de un Sacro Imperio universal, que, conocida en España, es, sin embargo objetada por canonistas españoles, que propician la inexistencia de una autoridad superior al rey[145].

Tras esta postura late una convicción latente en toda la edad media española: la idea de Monarquía frente a la de Imperio: de la unidad simple como principio de organización política, de un solo poder directo e inmediato sobre un espacio unitario, frente a la unidad compuesta -de varios reyes colocados bajo la jurisdicción del emperador- del Imperio.

A ese solo poder, ese solo rey, y para diferenciarlo de los otros reyes plurales, se le denomina según el frecuente uso medieval, "monarca" y a la organización política que encabeza "monarquía" que absorbe directamente el gobierno unipersonal de los varios reinos o partes que pudieran ser reinos[146].

---

144 MARAVALL, cit., p. 46, quien recuerda que las disposiciones de estas Cortes de León y las de muchos fueros de ciudades permitieron a los investigadores extranjeros (WEBSTER, BRUNNER VON KELLER, WHOLHAUPTER) señalar los decisivos antecedentes hispánicos en el desarrollo moderno de los derechos individuales, así como la relación entre el desenvolvimiento de algunas libertades en la Constitución inglesa y ciertos fueros pirenáicos (cita MARAVALL a WEBSTER, Influencia de los Fueros pirenáicos en la Constitución inglesa, 1883-1884; y WHOLHAUPTER, La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales, 1930).

145 Recuerda en este sentido MARAVALL a MOCHI ONORI, Fonti canonistiche dell' idea moderna dello Stato, Milan, 1951, quien subraya la importancia de los canonistas en la formación de la idea moderna de Estado, y en especial la de los españoles, en especial VICENTE HISPANO (siglo XIII). Hasta él los comentaristas de la Decretal Per Venerabilem de lnocencio III, al llegar a la afirmación de que el rey "superiorem in temporalibus non recognoscit", habian dicho: "de facto". Sin embargo, V. HISPANO, al llegar a ese lugar del texto citado apostilla asimismo "de facto", pero ariade de su propia autoridad: "immo de iure".

146 MARAVALL, cit., p. 59-61, que analiza los documentos donde el título de "monarca" aparece: el primero, en un diploma de Alfonso I, el Batallador, de 1110; posteriormente de Fernando I, al que Jiménez de Rada titula "Monarcha Hispaniae'y Gil de Zamora, "monarcha Hispaniae".

Monarca se asocia al poder máximo en un ámbito particular, y así, si inicialmente se articula con la equiparación de emperador y rey ("rex est imperator ni regno suo"), más tarde intensifica esos rasgos con la formula "monarcha in regno".

Es precisamente en esa evolución donde aprecia J. A. MARAVALL la génesis del Estado moderno ("Lo propio de la época moderna es reducir el titulo de Monarca al rey o príncipe único de un simple Estado en particular")[147], sobre la base de la construcción del llamado régimen "corporativo" medieval, como intermedio entre el feudal y el propiamente estatal posterior. Régimen "corporativo" (del reino como "corpus") que ofrece tres connotaciones básicas: la concentración territorial y jurídica del poder en manos de un príncipe superior, la sustitución o superposición generalizada del lazo común de "naturaleza" a lazo interindividual de vasallaje, y la aparición de un sentimiento de comunidad de base territorial que da lugar a un uso cada vez más difundido del término "patria".[148]

Expresión singular del régimen "corporativo", ideológicamente y en la práctica, Alfonso X El Sabio va a acrisolar tales rasgos en términos originarios y

147 MARAVALL, Cit., p.73.

148 Ibid., p. 91.

149 En el pensamiento de Alfonso X destaca como su gran tema el del gran "Corpus territorial del reino, en el se une la diversidad para lograr la "universitas" a través de la ley, en una unidad no física sino por un principio interno de vida que es el Derecho, y apareciendo el reino como "Communitas"o "Communio".
Conectando con la idea del cuerpo místico en España, antes que Erasmo, "el Rey es cabeza e comenzamiento de todo el pueblo" (Fuero Real, I, II, 28), que por tener esa cabeza única adquiere unidad corporative. Del Rey reciben los miembros "unidad para ser cuerpo" (Partidas). Esta idea se desarrollara ampliamente a partir del siglo XIII: "Corpus reqis regnum est" (PEDRO DE ARAGON, en su De reqimine principum); el rey es cabeza e coracon e alma del pueblo, e ellos son sus miembros" (Cortes de Olmedo de 1445, cit. por COLMEIRO).
Pero, por otra parte, ese "cuerpo" que es el reino se asocia a la "tierra": en las Partidas (II, XIX) se dice que el rey es cabeza del "cuerpo del reino" y que "reino es llamado la tierra que ha rey por señor". MARAVALL a quien sintetizamos (cit., p. 117-121) explica esta vinculación de la "tierra" al "reino" en los siguientes términos: en el feudalismo, tierra es la porción de espacio en que se ejerce el haz de facultades concedidas en feudo a un vasallo, pero no el asiento de una comunidad política definida por un ámbito. Ahora -con Alfonso X- "el territorio ha pasado a considerarse elemento esencial del grupo hasta el punto de que lo representa en unidad": si antes se era "hombre de otro hombre" (nexo feudal) ahora se es "hombre de una tierra". Es más, como dato revelador, subraya MARAVALL este texto de la Partida 1° (I, 2°): "El hombre está obligado naturalmente a loar a Dios, a sus padres y a su tierra, que llaman en latín patria", concluyendo MARAVALL: "Estamos ante la partida de bautismo de una forma política nueva. Es probablemente la primera vez en toda Europa que en un texto escrito en lengua romance, aunque sea refiriéndose al léxico latino, se escribe la voz patria" (Ibid. p. 121).

originales[149], en especial en lo que respecta al reforzamiento del poder real, pero también a la sujeción de este y de la institucionalización democrática, que anticipan (el primero como núcleo central, el segundo como excepción luego mantenida, según veremos, en España) el posterior Estado moderno europeo.

a) Bajo la impronta de los romanistas de la universidad de Salamanca, se recibe la idea de "corpus" o "universitas" aplicada a la sociedad, así como la de la "maiestas" real y la potestad pública diferenciada de su dominio privado, y sobre esta base aquellos trabajan en la reconstrucción de un Derecho público cada vez más estatal[150]. Un factor ideológico, común ya a la altura del s. XIII, en toda Europa, resulta determinante al respecto: la facultad de "imperar", como poder supremo, se proyecta, no sobre el orbe, sino sobre el ámbito limitado de cada reino; es la expresión "rex est imperator ni regno suo", del "rex superiorem non recognoscens est imperator ni regno suo", formula con dos elementos: 1) la idea de superioridad. 2) la atribución de la "plenitud potestatis", que, según el Derecho romano correspondía al emperador, a cada uno de los reyes exentos[151], recogidos con precisión en las obras de Alfonso X El Sabio.

La idea de superioridad, como "mayoría" (y sobre una concepción del origen divino del poder explícita en el Fuero Real, 1255), se la autoatribuye el rey Sabio en El Especulo[152] con un significado similar y antecedente a la de soberanía, pues "mayoría quiere decir que el rey no es solo superior en potestad sino en auctoritas"[153]. Por su parte, en cuanto a la plena potestas, Alfonso X considera lo que hasta entonces se veían como "iura reservata imperi", como regalías o facultades del rey en su reino y sin que a nadie correspondan en lo universal, especificando la Partida el contenido de esa plena potestas que corresponde por igual a reyes y emperadores ("dar la ley, hacer justicia, batir moneda, acordar la guerra o la paz, establecer tributos, otorgar ferias, nombrar gobernadores, señalar los términos de provincias y villas"), así como su inalienabilidad e indivisibilidad[154].

[150] Ibid., p.91.

[151] CALASSO, Gli ordinamenti qiuridici del Rinascimento medioevale, Milán, 1953, cit. por MARAVAL, p. 92.

[152] "Por la merced de Dios non avemos mayor sobre nos en lo temporal".

[153] Y análogo, aunque no a su sentido en J. BODIN, si a los textos franceses de la Baja Edad Media que emplean la palabra. Por lo demás, el termino "soberano" era conocido en España, y en catalán lo emplea PERE ALBERT en 1250 (el rey es "senyor sobira"), aunque en castellano no se usare políticamente hasta el siglo XIV. vid. MARAVALL, cit., p. 98-99).

[154] MARAVALLL, cit., p.104.

Como no podía ser menos, sobre esa base se construye una nueva noción de la relación entre el rey y el Derecho, y de este mismo como Derecho escrito. Hasta el siglo XIII, el rey aparece en las crónicas como "iudex", pero nunca como legislador (pues la "potestas condendi leges" se concebia transmitida por el pueblo al emperador -IRNERIO-, a su "auctoritas"). Pero a esa altura se impone ya la idea del rey legislador ("Leyy rey son dos cosas que han hermandad en uno", dice el Libro de los Cien Capítulos), pasando la función legislativa a ser atributo real. Pero lo original - según destaca MARAVALL- es que Alfonso, que sigue esta idea equiparando a rey y emperador en el plano legislativo[155], no deriva esa facultad de la que ejercieron los emperadores sino los reyes godos en España[156].

Bajo esta peculiaridad, y anticipándose a lo que -según vimos- luego se generalizará en la Europa moderna, el rey (conforme al aforismo "quod volunt reges, vadunt leges"), aborda la función de legislar. Al punto que nada es ley si no lleva su declaración de voluntad (lo que determine que en un anticipo del referê legislatif de la Francia postrevolucionaria del XVIII, el Fuero Real disponga que si los encargados de juzgar no encuentran ley aplicable en caso, se dirijan al rey pidiéndole que la haga)[157]. Un anticipo que consecuentemente se extiende -a diferencia de en la Alta Edad Media- a la primacía del Derecho nuevo, dictado por el rey, y escrito (del "ius humanum iu scriptis redactum", frente a la costumbre, Derecho "sine scriptura", como decía SAN RAIMUNDO). De esta manera -concluye MARAVALL- Castilla, que empezó siendo un país de Derecho consuetudinario, llevaría a cabo con Alfonso X la mayor empresa codificadora de la Edad Media Europea, subyaciendo en la conciencia de gobernantes y juristas de la España de los siglos XIII y XIV, el predominio del Derecho escrito, positivo, como Derecho humano creado por el supremo poder[158].

b) Pero ese reforzamiento del poder real es en Alfonso X -articulado por este anticipando nociones que luego consagrará la modernidad- compatible con su vinculación, y su subordinación al Derecho.

[155] Ninguno non puede fa cer leyes sino emperador o rey o otro por su mandamiento dellos" (Especulo, 1,1, 3°); "Emperador o Rey puede fa cer leyes sobre las gentes de su seniorio e otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal, fueras ende si lo ficiesen con otorgamiento dellos" (Partidas), cit. por MARAVALL, p. 106.

[156] Para Especulo, I, I, 13°, las "leyes de España" han sido obra de sus propios reyes, que no tienen que apelar a ninguna delegación imperial para reclamar este poder. MARAVALL, cit. p. 106, para quien Alfonso X, adoptó decididamente las tesis de BALDO sobre la propia "iurisdictio" de cada reino como "de iure gentium", y la consideración del mismo como un "corpus" sustantivo que postula su propio Derecho. Ibid. p. 108.

[157] MARAVALL, cit., p. 108-109.

[158] Ibid., .109.

La idea de un Derecho propio territorial producto de la voluntad real no excluye su generalidad ("Derecho de todo el reino y todo el Derecho del reino"), concepción que postula su aplicación a todos, incluido quien es garante de su guarda ("Todos los omes deven ser tenidos de obedecer las leyes, e mayormiente los reyes", dice el Especulo I, I, 9°), resolviéndose en las Partidas la contradicción de que el creador del Derecho, con poder para darla o cambiarla, quede sometido el mismo a esa ley, en los mismos términos que moralistas y teólogos lo harán en ese época y subsiguientes: el príncipe este sujeto a la "vis directive" de la ley, no a su "vis coactiva"[159].

Pero, es más, (como atisbo de la especial vinculación a que el poder politico, como función pública, debe sujetarse), y otra expresión anticipatoria, la Partida XI (Titulos II a XI) constituyen un verdadero tratado de los deberes del rey (respecto a Dios, a si mismo, su familia, su pueblo y su tierra), en un "repertorio impregnado del carácter de función pública que a la realeza corresponde", introduciendo, por otra parte, el Rey Sabio la doble noción de Tirano", "por ilegalidad de titulo y por abuso de poder, incluyendo en este el mal gobierno[160].

7. Derecho público y Estado absoluto

El cuadro evolutivo que hemos expuesto sobre la formación histórica del Derecho Público en Europa, tampoco se replica, sin matices, en España en lo que respecta al Estado absoluto, que no tuvo una plasmación tan efectiva como en Francia o Alemania. Por el contrario, los textos doctrinales y legales de la España de la época expresan reiteradamente las doctrinas del poder como pacto con el reino, en virtud del cual el Rey carece de "poderes de disposición" sobre materias que el pueblo se ha reservado, y la del Rey como "administrador". Es más, para VILLAR PALASI, la fuerza de esta tradición es lo que, en nuestro primer constitucionalismo, "dará un cierto sentido propio a nuestro inicial Derecho Administrativo".[161]

De esta tradición deben resaltarse dos elementos de fondo determinantes: el papel de las Cortes como reunión de "procuradores de las ciudades, villas y lugares" y en ciertos "hechos, grandes y arduos", así como la concepción del Derecho como Derecho natural, basado en la razón y secularizado, pero no por ello enfrentado con la moral[162]. Sobre esta base, tienen lugar unas con-

[159] MARAVALL, cit., p.117.
[160] Ibid., p. 103.
[161] VILLAR PALASI, J. L. Derecho Administrativo. Introducción, cit., p. 145.
[162] GALLEGO, A. Administración y Jueces.., cit., p. 43.

notaciones institucionales del Derecho Público histórico que ha explicado ARINO ORTIZ.[163]

Así, la de la "administratio simplex", y la conceptuación consiguiente de los poderes de aquel según la distinción disposición-administración. A partir de aquí, se afirmará la no disposición del Príncipe sobre los bienes, especialmente de los inmuebles, pertenecientes a la Corona o al Fisco, si no es "cum Consillio" (Así, la Ley 38, tit.X, Libro V de la Recopilación). Se explicita, así, un rasgo peculiar de la historia española: un refuerzo de la institucionalidad del Estado moderno que no se liga, indefectiblemente, sin embargo, a las pautas del Estado absoluto europeo. Precisamente a la estructura polisinodial establecida tras la creación en 1525 del Consejo de Estado, atribuye GARRIDO FALLA una parte determinante de la limitación de monarquía absoluta española.[164]

En segundo lugar, recuerda ARIÑO, el rechazo por nuestro Derecho histórico (ESPAÑOL) de la distinción "potestas ordinaria" "potestas absoluta", construcción esta última debida a la doctrina de la época para justificar los poderes absolutos del príncipe, y que en su momento daría lugar a la "Maiestas" o "soberania" de Bodino[165]. Es un rechazo explicito tanto en autores españoles (Covarrubias, Vázquez de Menchaca) como en los textos legales (así en la citada Ley 38, tit. X, Libro V de la Recopilación, que afirma la plena vigencia de la prohibición de la enajenación real si no es "cum Consillio" aunque el Rey quisiera usar de su "absoluto poderío").

Por último, la doctrina española (Covarrubias, Molina, Soto, Menchaca) afirmaran rotundamente el respeto de la propiedad y de los derechos adquiridos por parte del príncipe, que solo podrán ser invadidos o revocados mediando causa justa y legitima y la adecuada compensación; un principio que será reiterado en las postrimerías del Derecho regio, precisamente como excepción al "Princeps legibus solutus"; ciertamente, dentro una generalizada controversia doctrinal frente a los títulos (potestas absoluta, plenitudo potestatis, etc.) del príncipe.

En conclusión, el Príncipe, en el histórico derecho público español, en ningún caso es "dominus", sino "gestor", que solo puede llevar a cabo actos de plena disposición -por ejemplo sobre los bienes públicos- con el consenti-

[163] Derechos del Rey, derechos del pueblo. Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas". Actas del II Symposium de Historia de la Administración, Alcala de Henares, 1971.

[164] GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., p. 70.

[165] GALLEGO, A., Administración y Jueces, cit., p. 51-52.

miento de las colectividades y sus súbditos ("consensu universitatum et subditorum suarum") expresado a través de Cortes o el acuerdo "cum Consillio" (salvo en casos de extrema necesidad en que, no sin polémica, se admitiría por la doctrina la posibilidad de realizar tales actos siempre que no se perjudicara gravemente al Reino). A la vista de estos datos, identificará ARIÑO) en el histórico derecho español la idea de que el poder originario reside en la comunidad política y no en el Rey (recordemos que la comentada Ley 3a,de la Recopilación es denominada en su titulo "pacción y contrato del Rei con su Reino") debiendo aquél contar con el consentimiento de este para las decisiones "grandes y arduas" (Ley 2°, Tit. VII, de la Recopilación[166]).

Por lo demás, puede también decirse que ese Derecho nunca aceptó, sin muchos matices, el principio del "Princeps legibus solutus". No solo por los juristas, que como han constatado SANCHEZ AGESTA y J. A. MARAVALL, recordaron que el Príncipe estaba "legibus alligatus" (al Derecho natural, al de Gentes, y al civil del reino), sino por las instituciones: las Cortes, como máxima representación política del Reino desde la Edad Media; los Consejos que tras los Reyes Católicos tendrán una composición predominante de miembros juristas sobre los de la nobleza; y un sistema de garantía de los derechos privados que, ha podido decirse articuló a través de la distinción entre gubernativo y contencioso y la existencia de Órganos judiciales actuantes en el doble plano (gubernativo, "audiencia de Partes"; y contencioso-judicial, "con figura de juicio") uno de los sistemas históricos más originales y anticipados en Europa.[167]

No es menos cierto, sin embargo, que con los últimos Austrias las viejas instituciones se van erosionando. Así en lo que se refiere, por ejemplo, a la institución de la Justicia de Aragón, la autonomía municipal, e incluso las Cortes, ya que la forma paccionada del gobierno del "rex cum consillio" comienza a decaer cuando los reyes evitan la petición de subsidios o, en fin, cuando la regente Margarita de Austria traslada el voto de los tributos a los Ayuntamientos, perdiendo así las Cortes su papel protagonista.[168]

Ya con los Borbones se acentuará el nuevo despotismo estatal, que sobre bases ilustradas y la pretensión uniformadora, dará lugar a la abolición por

[166] Este dato cobra especial relieve en el caso de Ia imposición de tributos. El principio de que el Rey no podía echar sobre los súbditos "pechos" o "tributos" no consentidos por estos, se integró en la Ley la, Tit. V, Libro 6 de la Recopilación, reforzado por la opinión doctrinal de que este poder nunca fue transferido a los príncipes, sino que el pueblo se lo reservó siempre, "reserva fiscal que nunca se perdió en nuestro Antiguo Régimen, pese a la decadencia de las Cortes en otros aspectos de su participación política". ARINO, cit., p. 93 y ss.

[167] Sobre la cuestión, ciertamente no pacifica, cfr. los citados trabajos de ARIÑO y GALLEGO. Vide. asimismo, DE LA CUETARA, cit., y la polémica entre NIETO y PARADA acerca de los orígenes del contencioso en RAP 50, 55, 57 y 59.

[168] Vide VILLAR PALASI, Introducción, cit., pp. 146-147.

Felipe V de los fueros de Valencia y Mallorca y una política de intendentes regios, generalizándose, así, también en España el desarrollo de la policía como titulo de intervención.

Sin embargo, como una característica de la historia española, este titulo será cuestionado por la propia ilustración española (Jovellanos, Campomanes, etc.) que auspiciare, incluso con invocaciones al Derecho histórico de las Partidas, donde ya aparece el concepto -"fementia"-, su sustitución por el fomento como titulo general legitimador de la acción del poder público, línea esta que ligada a la protección de las libertades enlazare con el primer constitucionalismo español en Cádiz (así , cita VILLAR, el párrafo 75 del Discurso Preliminar).

8. El constitucionalismo y el régimen administrativo

Ante el comentado trasfondo histórico, la implantación del régimen constitucional en España va a sugerir todo el interesante problema de la tensión entre tradición y revolución que se deja sentir en los Constituyentes de Cádiz, y frente a la cual estas quieren hallar el oportuno equilibrio.

Ha escrito VILLAR PALASI que "el contagio en España de las ideas de la Revolución se deja sentir prontamente en las mismas constituyentes de Cádiz, que intentan ser un puente entre la vieja y clásica tradición española y las nuevas ideas que, a partir de la última mitad del siglo anterior, habrían hecho presión sobre la ideología política de nuestro país". Y efectivamente, liberales -ARGUELLES, MARTÍNEZ, MARINA- presentan sus ideas, no tanto como transunto de las de ROUSSEAU o MONTESQUIEU, sino como secuencia de la constitución histórica de España.[169]

Al margen de lo que pudiera haber de convicción o de estrategia de los liberales frente a las censuras de que fueron objeto (así la imputación a la "Teoría de las Cortes" de MARTÍNEZ MARINA, de una apología del pactismo de ROUSSEAU), su invocación de los precedentes históricos españoles, entiendo puntualiza hasta que punto las ideas de la Revolución contaron en España con una tradición, ciertamente de distinto signo, pero no menos proclive en sus líneas de fondo a la recepción de aquellas.

Sea como fuere, la prueba expresa de dicha recepción la ofrecen los propios textos de la Constitución de Cádiz. La simple lectura de los mismos revela como

[169] MARTINEZ MARINA argumentara, Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación, Madrid, ed. de 1933, p. 341, que en su Teoría de las Cortes afirmó "la existencia del pacto social como base del Gobierno español, no según las teorías de la Filosofía moderna, sino en conformidad a lo que resulta de los monumentos de la Historia de España y a las ideas de los antiguos sabios".

los constituyentes españoles recogen los principios jurídicos-políticos que conforman el Estado de Derecho -y que subyacen en la configuración del Derecho Administrativo- a los que antes nos referimos: el principio de soberanía radica en la Nación y consecuente atribución de su ejercicio -superado el viejo régimen de brazos y estamentos- a las Cortes[170]; el de libertad e igualdad ante la ley[171], enmarcado, ciertamente en la concepción del Estado liberal de Derecho[172], el de legalidad[173] y, el de división de poderes. Respecto a este último, por lo demás, el Discurso Preliminar es suficientemente explicito, tanto en lo que respecta a su determinación constitucional[174] como a los fundamentos doctrinarios del mismo, que enlazan la diferencia natural objetiva entre las distintas funciones[175] con la división de los poderes y su atribución a Órganos separados y distintos[176].

[170] En el Discurso Preliminar la Comisión afirma "como principio innegable que la autoridad soberana esta originaria y esencialmente radicada en la nación" y que "habiendo sido éstas (las Cortes) la verdadera representación nacional, quedan hoy incorporadas en la masa general de la población, única base que se ha tornado para en adelante".

[171] El mismo Discurso se refiere a que no solo "quedan sentadas las bases en que reposa el suntuoso edificio de la libertad política de la Nación, "sino también, la "libertad civil de los individuos que la componen"; una libertad civil que se vincula a la igualdad: "De todas las instituciones humanas ninguna es mas sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándolos al suave yugo de la Ley. A su vista todos parecen iguales...criterio para conocer si hay o no libertad civil en un estado..., igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución, que exige que el Código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación".

[172] Así el Discurso afirma: "El Gobierno ha de vigilar escrupulosamente la observancia de las leyes. Este debe ser su primer cuidado, mas para mantener la paz y la tranquilidad de los pueblos no necesita introducirse a dirigir los intereses de los particulares con providencias y actos de buen gobierno...El verdadero fomento consiste en proteger la libertad individual...".

[173] El propio Discurso manifiesta: "Pero la libertad civil es incompatible con ninguna restricción que no sea dirigida a determinada persona, en virtud de un juicio intentado y terminado según la ley promulgada con anterioridad".

[174] "Hecho cargo el Congreso de estas razones, pasa la Comisión a exponer los fundamentos de su obra. Para darla toda la claridad y exactitud que requiere la ley fundamental de un estado, ha dividido la Constitución en cuatro partes que comprenden. Primera lo que corresponde a la Nación, como soberana e independiente, bajo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda, la que pertenece al Rey como participante de la misma autoridad, y depositario de la potestad executiva en toda su extensión. Tercera, la autoridad judicial delegada a los Jueces y Tribunales. y cuarta, el establecimiento, uso y conservación de la fuerza armada, y el orden económico y administrativo de las rentas y de las provincias".

[175] Esta sencilla clasificación esta señalada por la naturaleza misma de la sociedad, que es imposible desconocer, aunque sea en los Gobiernos más despóticos, porque al cabo los hombres se han de dirigir por reglas fixas y sabidos de todos, y su formación ha de ser un acto diferente de la ejecución de lo que ellas disponen. Las diferencias o altercados que puedan originarse entre los hombres, se han de transigir por las mismas reglas o por otras semejantes, y la aplicación de estas o aquellos no puede estar comprendida en ninguno de los dos primeros actos".

[176] "Del examen de estas tres distintas operaciones, y no de ninguna otra idea metafísica ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, executiva y judicial. La experiencia de todos

Se ha señalado a este respecto que la separación en Cádiz de lo judicial y lo ejecutivo no responde a una recepción indiscriminada de los principios de la Revolución francesa, sino al hilo conductor y permanente de la distinción medieval gubernaculum-iurisdictio, luego mantenida en el Antiguo Régimen como "gubernativo"-"contencioso", y reproducida en Cádiz -en esa misma interpretación- en "asuntos de gobierno" y "asuntos contenciosos", abundándose en ese sentido en el hecho de que, a partir del Doce, los antiguos Corregidores se convierten en jueces (Decreto de 9 de Octubre de 1812), pasando las funciones gubernativas de los primeros al Jefe Político y a los Ayuntamientos[177]. Entiendo, sin embargo, por mi parte, que el antecedente histórico no puede rebajar el sentido de la influencia revolucionaria francesa a este respecto. Ya nos hemos referido al caracter en parte transaccional de los hombres de Cádiz. Por lo demás, ya vimos en su momento como la realidad que en esta materia ofrecía el Antiguo Régimen fue un condicionante incluso para la solución revolucionaria francesa.[178]

Sobre estos principios de la organización constitucional del Estado, la configuración de un régimen de sumisión de la Administración al Derecho se completara en adelante a través de una serie de elementos que lo construyen bajo las pautas del regime administratif y que ha destacado VILLAR PALASI.[179]

En primer lugar, los referentes a la organización administrativa: la nueva división territorial que auspiciada por la Constitución de Cadiz[180], constituirá una aspiración lograda mediante la organización, según el modelo francés, que tiene lugar en la primera mitad del siglo XIX (Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, de Javier de Burgos, con el precedente del Decreto de

los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad en un estado donde el exercicio de toda la autoridad este reunido en una sola mano. Su separación es indispensable...Se han señalado con escrupulosidad reglas fixas, claras y sencillas que determinan con toda exactitud y precisión la autoridad que tienen las Cortes de hacer leyes de acuerdo con el Rey; la que ejerce el Rey para ejecutarlas y hacerlas respetar, y la que se delega a los jueces y tribunales para la decisión de todos los pleitos y causas con arreglo a las leyes del reino". Por lo demás, el principio de división de poderes ya estaba explicita en los Decretos de las Cortes, I, de 24 de septiembre de 1810, y XXIV, de 16 de enero de 1811.

177 GALLEGO, Administración y Jueces, cit., pp. 23 y 135 y ss.

178 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Curso, cit., pp. 441 y ss

179 VILLAR PALASI, Derecho Administrativo.., cit., pp. 162 y ss.

180 Que contemplaba "una división más conveniente del territorio", y cuyo Cap. II del Tit. VI regulaba el gobierno político de las provincias y las Diputaciones provinciales. Vid. sobre estas cuestiones, R. PARADA, Derecho Administrativo, II, Madrid, 1989, pp. 87 y ss.

las Cortes de 27 de enero de 1822); el uniformismo y la centralización de la Administración (sobre la base de la estructura francesa del Consejo de Ministros y los Ministerios, y a nivel periférico del Gobernador Civil como trasunto del Prefecto); la creación de una burocracia centralizada con una atribución y deslinde de funciones trasunto de la del régimen francés postrevolucionario, y una racionalización de los servicios administrativos que ya en el preámbulo de la Constitución de Cádiz (punto 28) se revela, ligada a la organización financiera del Estado, como preocupación fundamental de los constituyentes.

En segundo lugar, la responsabilidad de la Administración y de sus funcionarios, tema este que preocupo especialmente a las Cortes, dando lugar a diversas disposiciones sobre la responsabilidad de los jueces y los funcionarios administrativos. Por último, los atisbos de construcción de la jurisdicción contencioso-administrativa. Desde luego, la Constitución no abordó directamente este aspecto, moviéndose, como señala PARADA[181], en un tono judicialista. Quizá porque inexistente en España la tradición francesa de desconfianza de la Administración hacia los tribunales de justicia, alos constituyentes no les preocupo tanto la salvaguarda de la Administración frente a los jueces, sino acabar con la caótica pluralidad de jurisdicciones y fueros privilegiados existentes.

Por ello, y como en el caso de la organización provincial, los ecos de este tipo de formulación que pueden apreciarse en el Discurso preliminar[182] solo se verían confirmados cuando la jurisdicción contencioso-administrativa obtuviera carta de naturaleza con la recepción de la doctrina del país vecino en 1830 y la creación de tribunales al estilo francés (Consejo de Regencia y Consejos Provinciales) por leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845.[183]

---

[181] PARADA, Derecho Administrativo, I, Madrid, 1989, pp. 153, 184 y 530 y ss.

[182] "La potestad judicial queda de todo organizada bajo los principios establecidos, pero al mismo tiempo es preciso considerar que la naturaleza de ciertos negocios, el método particular que conviene al fomento de algunos ramos de la industria, juntamente con los reglamentos y ordenanzas, que más que al derecho privado pertenecen al derecho público de las naciones, pueden exigir tribunales especiales y de un arreglo particular. Los consulados, los asuntos de presas, y otros incidentes de más, las juntas o tribunales de minería en América, y tal vez el complicado y vicioso sistema de rentas, mientras no se reforme desde su raíz podrán requerir una excepción de la regla general de tribunales. La naturaleza variable de sus negocios es la que ha de decidir si deben subsistir o extinguirse y esto nunca puede ser objeto de la Constitución, sino las leyes particulares".

[183] Vid. a este respecto LOZANO, B., "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", RAP, n° 118, 1989, pp. 186 y ss. y en general, los trabajos de NIETO, "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", y R. PARADA, "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso" y GARRIDO FALLA, "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España".

Quedaron, no obstante, puestas así las bases para el posterior afianzamiento de las instituciones del régimen administrativo en España, que solo tendría lugar más adelante. Cuando el reinante absolutismo que pervive con Fernando VII sea definitivamente arrumbado, y una pujante burguesía liberal asuma en el siglo XIX el retardo protagonismo que jugo en España. A ese designio colaborarían, no hay duda, de manera evidente una serie de administrativistas -todo ellos con evidente relevancia política o responsabilidad ministerial- que ven en el Derecho Administrativo el instrumento adecuado que pueda conciliar la nueva sociedad liberal con la acción del Estado y Administración fuertes que precisa tanto el desarrollo económico burgués pretendido como la necesaria, por inexistente, vertebración de España.[184]

Como fases más significativas de ese proceso, podríamos establecer, con VILLAR PALASI, el establecimiento de la Administración (1812-1834), la consolidación del régimen administrativo en la fase moderada de 1836-1868, y la implantación del control judicial independiente tras la Revolución democrática y la Restauración. Etapas estas, sobre todo las dos últimas, en las que se promulga una relevante porción de normas administrativas (Ley de Minas, 1859; Ley de Montes, 1863; Ley de Aguas, 1866; instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa por Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845; Decretos sobre funcionarios de Bravo Murillo de 1851; Ley de Ferrocarriles de 1877; Ley de Obras Públicas de 1877; Ley de Expropiación Forzosa de 1879; Ley de Aguas de la misma fecha; Ley de Puertos de 1880; y de lo contenciosoadministrativo de 1888, etc.).

Ya en el siglo XX, resultarían capitales los años que siguen a la reforma administrativa iniciada en 1954, cuando se promulgan importantes Leyes administrativas que coadyuvarían a la consolidación en España del Derecho Administrativo.

[184] Sobre estas cuestiones véase, GARCIA DE ENTERRIA, E. Prólogo al libro de A. OLIVAN, De la Administración Pública con relación a España. IEP, Madrid, 1954, y J. A SANTAMARIA PASTOR, Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siqlo XIX, Insto. García Oviedo, Sevilla, 1973.

III.
LOS ORIGENES DEL DERECHO PÚBLICO EN NICARAGUA. LA RECEPCIÓN DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO

En la primera fase de la conquista, los españoles en vez de desarticular las estructuras pre-existente, conservaron algunos elementos pre-colombinos que pudieran serle útiles. Este aspecto de la colonización española se destaca ya en las leyes de Burgos de 1512, donde se dispone la instrumentalización de las viejas autoridades indígenas en favor de las nuevas estructuras de poder.[185]

El legado pre-colombino fue decisivo, ya que le proporcionó no solo la estructura de poder sino también formas comunales de trabajo, que perdurarían durante tres siglos.

Con respecto a la servidumbre, PALACIOS RUBIO distingue la legal y la natural[186]. En cuanto a la legal, explica que en el principio del mundo los hombres nacían libres y legítimos y la esclavitud era desconocida. Fueron las guerras las que originaron la esclavitud. El capturado en la guerra pasaba al

[185] O' GORMAN, E: Cuatro historiadores de indias. Primera edición 1972 sep/setenta. México Págs. 87-119. El artículo 6 de las Leyes de Burgos decía al respecto: "Y que los caciques tuviesen jurisdicción para castigar los indios en el lugar donde fuesen superiores y también a los súbditos de los otros caciques inferiores que viviesen en aquel pueblo, y esto con los que mereciesen pena de azote (...). Que los caciques nombrasen los Regidores, Alguaciles y otros semejantes oficiales para la gobernación del pueblo, juntamente, con el clérigo o religioso y el Administrador puesto por el Rey".

[186] El problema de la servidumbre se había hecho presente también entre los hebreos. En el Levítico (25.44.46) se tolera la adquisión del siervo y de la sierva que están en derredor, y de los hijos de los forasteros que viven entre israelitas; se les puede poseer por juro de heredad, trasmitirlos a los descendientes del amo como posesión hereditaria y servirse de ellos perpetuamente. ZAVALA, S.: La filosofía de la conquista.F.C.E. Segunda reimpresión. 1993. Pág. 42.

poder de quienes los capturaban, y los vencidos, como premio de la victoria se hacían esclavos del vencedor, a fin de incitar a los hombres a la defensa de su patria y a conservar vivos a los vencidos en vez de matarlos.

En virtud del derecho mencionado, la esclavitud invadió la libertad y los hombres, antes designados con nombre común, comenzaron por derecho de gente a ser de tres clases: libres, esclavos y libertinos.

Con respecto a la servidumbre, basándose en ARISTOTELES, concluye PALACIOS RUBIO que dominar y el servir es cosa necesaria y útil. Unos hombres aventajan tanto a otros en inteligencia y capacidad que no parecen nacidos sino para el mando y la dominación, al tiempo que otros son tan toscos y obtusos por naturaleza que parecen destinados a obedecer y servir.

RUBIO consideraba que los infieles renuentes a someterse al dominio cristiano o que no admitían a los predicadores de la fe, daban causa a "una guerra justa", y que podrían ser esclavizados a consecuencia de ella. Tal esclavitud era de orden legal. Pero creía también que si los infieles no oponían resistencia y admitían a los predicadores, como algunos de ellos eran ineptos e incapaces, en cuanto no sabían en absoluto gobernarse, en sentido lato podían ser llamados esclavos, como nacidos para servir y no para mandar.

Si reconocen como señor al rey de España, éste "vos recibirá con todo amor y caridad y vos dará muchos privilegios y excepciones y os hará muchas mercedes". En caso contrario, les hará la guerra y "culpa de ellos serán las muertes y daños que sufran en sus personas y en sus bienes".[187]

Los indígenas quedaron en una situación de inferioridad permanente durante los tres siglos de coloniaje (1500-1821). Una inferioridad que se expresaba en lo económico, social e intelectual; y consecuentemente en la normativa jurídica.

En lo económico, los indígenas fueron obligados a tributar; los despojaron de sus tierras y sometidos a la encomienda y el repartimiento indígena. Instituciones que tendrían un papel central en la estructura definitiva en la sociedad colonial. Todo este proceso conllevaría al surgimiento de grandes propietarios de tierra[188], que serían utilizadas ante todo en los tres rublos

[187] ESGUEVA, A.: Documentos de la historia de Nicaragua, 1523-1857. Primera edición. Managua. 1993. Pág.28.

[188] PINTO SORIA explica que en un inicio la Corona española trato de impedir el surgimiento de grandes propietarios, por tal razón, "las disposiciones reales en cuanto que las concesiones de tierra a los primeros pobladores no debían de exceder de las tres caballerías. Así, las grandes adjudicaciones hechas algunos conquistadores sólo tuvieron carácter transitorio y, por lo regular, no se repitieron en el futuro. El factor decisivo, que explica la ausencia de

siguientes: en el sector de explotación (añil), en el cultivo de medio de consumo y en la ganadería intensiva.

Sin embargo, en las llamadas Leyes Nuevas, los indios encomendados no eran siervos, ni vasallos de los encomenderos, sino libres y puestos bajo la protección de la corona. Por un pacto de ésta con los encomenderos, podían imponerles tributos o exigirles servicios personales quienes los tenían encomendados, obligándose ellos, a cambio, a conservar el país bajo la soberanía de los reyes y a proteger y adoctrinar a los indígenas que se les confiaban.[189]

Con el propósito de mantener una mayor presión, dominio y control, los españoles dividieron el mundo colonial en dos componentes: el indígena y el español. Sobre la base de esta división se estableció la organización política, legal y territorial[190]. Legal porque las leyes van ser emitidas en función de dicha distinción; e incluso las instituciones se van a crear con el mismo fundamento, de tal forma que se crearon instituciones para los indígenas e instituciones y territorios para españoles. Por esta razón vamos a tener ciudades para españoles y pueblos para indígenas.

Un pueblo de indios era una concentración de familias indígenas sometidas a ciertas obligaciones, la primera de las cuales, base de todas las demás, era radicar en el pueblo y no ausentarse sino en los términos que la autoridad colonial tenía ordenados o permitidos. De esta forma, la vida de los pueblos estaba sometida a la coacción. Un pueblo era, en alguna medida, una cárcel con régimen de municipio[191]. Los habitantes de los pueblos estaban obliga-

latifundio en este período inicial, lo constituye sin duda el carácter mismo de la actividad económica de los primeros años. Tanto la esclavización intensiva de la población indígena, el saqueo rápido de metales preciosos, como la comercialización del cacao, se basaron, en lo fundamental, en el pillaje y la expoliación de las riquezas anteriormente acumuladas. Esta etapa se prolongó hasta las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XVI con la explotación intensiva de aquellos indígenas dedicados al cultivo tradicional de cacao, principalmente a través del sistema tributario de las encomiendas. Fue solo a partir de 1570, aproximadamente, cuando la actividad económica de los colonos empezó a tomar algunos rasgos "racionales" con la acaparamiento sistemática de grandes extensiones de tierra". Raíces históricas del Estado en Centroamérica. Editorial universitaria de Guatemala. Segunda edición. 1983. Págs. 77 y 78.

189 ROMERO VARGAS, G.: Las Estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII. Managua, Nicaragua. Editorial Vanguardia. 1988.

190 Mejia, Henry, Manual de derecho administrativo. Editorial Cuscatleca. Primer edición. San Salvador, El Salvador. Pag. 43.

191 BENEYTO, J.: Historia de la Administración Española e Hispanoamericana. Aguilar. Madrid.1958. Pág 434.

dos a producir para tributar, acudir a las encomiendas, prestar servicios no remunerados a la parroquia, abrir y mantener gratuitamente los caminos, trabajar en la construcción de edificios en las ciudades, en obras públicas etc. Además de cumplir con estas obligaciones, los indígenas tenían que trabajar para sí en las tierras comunales y ejidales de los pueblos.[192]

El tributo de los pueblos fue fundamental para la monarquía, pues representó entre el 80 y 90 por ciento de todos los ingresos fiscales, es decir, la población española casi no pagó impuestos durante la colonia. Con el tributo se pagaron las encomiendas, se premió a los funcionarios reales y se financiaron las prestaciones. A los enfermos la corona los obligo a que pagaran sustitutos.

Las tensiones y levantamientos violentos que se dieron en los pueblos de indígenas contra los españoles, fueron producto de los abusos y las presiones externas que ejercían éstos sobre las comunidades indígenas. Así como del Tributo. Éste "era mal visto por los indígenas". Sentían "verdadera repugnancia" en pagarlo. Cuando los indios no podían pagar el tributo o lo "evadían" para recuperar "los rezagos, las autoridades superiores recurrían a los azotes, al encarcelamiento y al embargo de los bienes de los colectores.:" El tesorero declara que cada año se vuelve más difícil el cobro y que los colectores se contentan con decir que la provincia es pobre y que la parcialidad no tiene suficiente tributarios para pagar tributo completo».[193]

El repartimiento, así como la encomienda, como casi todas las instituciones coloniales, se caracterizó por los desórdenes y abusos.

La perspectiva legal es insuficiente para comprender en su totalidad las instituciones coloniales. La desobediencia a la legislación colonial en general se explica desde la estructura de la sociedad colonial. La Monarquía no podía hacer lo que quería, porque no tenía suficiente poder para ello, Por eso, decía considerar los intereses locales en juegos y su propio poder para actuar en consecuencia en cada caso. Por tanto, el desacato a sus disposiciones siempre implicaba una impotencia insuperable, pero también una tolerancia interesada. Por un lado la monarquía no tenía suficiente poder para evitar los atropellos, pero, por otro lado, también es cierto que éstos no afectaban directamente sus intereses fundamentales en la Audiencia de Guatemala.

[192] AVILA, R.: Religión y sociedad en Nicaragua. Managua, Nicaragua. UPOLI. 1998

[193] ROMERO VARGAS.: Las Estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII. Managua, Nicaragua. Editorial Vanguardia. 1988.

La contradicción entre los intereses de los colonizadores y la corona fue también motivo de tensiones durante el período colonial. Entre los criollos se fue desarrollando un sentimiento de suficiente rebeldía frente al dominio de España, conforme fue aumentando la capacidad productiva de sus propiedades y se hacían económicamente más fuertes. Los funcionarios reales y los criollos durante el período colonial tenían un propósito común de extraer el máximo de riqueza de la tierra a base del trabajo de los indígenas, y por esa razón se estorbaban mutuamente. Los abundantes conflictos entre Audiencias y Ayuntamientos fueron una manifestación evidente de aquella pugna, que culminó con la Independencia.

1. La consolidación del Estado moderno y el concepto de soberanía.

El tránsito de la sociedad colonial hacia una sociedad moderna en Centroamérica, fue parcial, debido a una serie de factores históricos y políticos específicos que la diferencian de los países Europeos.

La historia en Centroamérica, en el siglo XVIII puede ser dividida en dos períodos[194]. Hasta los años 50, se mantuvieron las estructuras políticas administrativas, económicas y también sociales que se habían formado bajo los HABSBURGOS, y tan sólo se introdujeron correcciones mercantilistas. Sólo bajo el reinado de CARLOS III, se trasladaron a América las reformas del Absolutismo ilustrado, se produjeron cambios profundos que habrían de construir una de las causas del movimiento de independencia. En tanto la corriente intelectual de la ilustración, que influyó en las revoluciones francesas y americana, puede dividirse en Centroamérica en tres fases:

I.- Las nuevas ideas fueron difundidas por los jesuitas, quienes, sobre todo subrayaron los avances científicos-naturales y estimularon los estudios correspondientes, e influyeron en la formación de las sociedades económicas y académicas, jardines botánicos y demás instituciones preocupadas todas por la economía y la producción agrícola. Con sus estudios darían lugar a una nueva forma de tratar la agricultura, la ganadería y la minería, así como también la manufactura. De esta orientación nacería la revolución indus-

[194] Esta división la realiza WOORTMAN, M.: Gobierno y sociedad en Centroamérica, 1680-1840. BCIE. 1991. MELENDEZ ECHAVERRI, por su parte hace la siguiente división: Primera etapa de la ilustración: 1700 a 1750. "Fase revisionista", la gran figura FEIJOO. Segunda etapa: 1750 a 1808. Aparece la "Sociedad Económica", y se caracteriza por la aparición de formas verdaderamente ilustradas. La Tercera "corresponde a los años de 1808 y llega más allá de la Independencia digamos básicamente hasta 1830". La ilustración en el reino de Guatemala. Págs. 21 y 22.

trial inglesa, con todas sus repercusiones primero en Europa y más tarde en América, y se aplicaría la tesis de la libertad al comercio con el librecambio que se convertiría en el heraldo de la ideología criolla americana que provocaría los procesos de independencia.

Así se debilitaron las posturas del orden católico que se proyectaron en el siglo XIX, formando un sustrato de tradicionalismo señorial básico para el mundo conservador de América Latina.

Por otro lado, en lo social, la preocupación de las academias y de los clubes llevaría al análisis de la sociedad, que cristalizo en el contrato social y en los derechos del hombre, cuyo objetivo final fue acentuar la personalidad y el respeto al individuo; ello lleva a los conceptos de igualdad y democracia, expresado en la independencia de los Estados Unidos y mal planteados en el mundo Centroamericano, donde la igualdad se concibió solamente entre los "señores", sin considerarse siquiera la posibilidad de proyectarla hacia abajo. Por esa razón los pueblos Centroamericanos quedaron marginados de los movimientos políticos y no hubo revolución social en la independencia, que sólo fue administrativa.

Estas dos perspectivas -técnica y social- dieron cuerpo a una revolución contra ese orden católico-cristiano, sostenido por las grandes monarquías europeas y por el mundo colonial. La ideología social especialmente representada por la revolución francesa y la nueva ideología económica de la revolución industrial, se irguió frente a ese orden.

II.- Tras la expulsión de la orden jesuita, siguió un período de fuerte signo criollo durante el cual -además de cuestiones de ciencia natural -fueron tratados temas políticos.

III.- Por último, en la tercera fase de este período, cabe mencionar las reformas borbónicas con sus tendencias protoliberales.

2. Ilustración en España y su influencia en Centroamérica.

El pensamiento ilustrado fue recibido inicialmente a través de España[195]. Pero además los criollos cultos tenían acceso directo a los escritos de los

[195] LANNING afirma que la ilustración fue un proceso desarrollado por consenso y por lo tanto la resistencia del antiguo régimen colonial fue mínima. La reforma económica logró el surgimiento de la economía, y provocó una emigración de familias con intereses comerciales, entre las cuales destaca la de Don FERMIN DE AYCINENA. En la reforma administrativa, la corona designa funcionarios ilustrados que hicieron todos sus esfuerzos para promover la nueva forma de pensar. Destacan JOCOBO DE VILLA URRUTIA y el peninsular ALEJANDRO RAMIREZ. La ilustración en la universidad de San Carlos. Citado por MELENDEZ CHAVERRI.

pensadores europeos, con los que habían entrado en contacto durante sus residencias en Europa. Por otra parte, mantenían contactos directo con eruditos y academias europeas y norteamericanas[196]. Las distancias geográficas de los centros de la ilustración europea y la vía a través de España provocaron, en la primera mitad del siglo XVIIII, un cierto retrazo temporal en la difusión del pensamiento ilustrado; retraso que fue superado, en parte, con el comienzo de la política de reformas de los Borbones[197].

En la aplicación de las ideas ilustradas en Centroamérica, se produjeron conflictos que trajeron como consecuencia, por lo tanto, que las concepciones desarrolladas en el contexto europeo fueran aplicables sólo condicionalmente a la situación en ultramar, étnica, cultural social y económicamente diferente.[198]

En el caso de Centroamérica, es difícil trazar el límite temporal entre ilustración y liberalismo, ya que muchos representantes de la independencia, siguieron estando en la tradición de la ilustración.

Este hecho se debe a que, en primer lugar, la Ilustración Española se encontraba con problemas específicos de la península, que se acentúan con el marcado apego a los valores cristianos bajo el signo del regalismo. En su objetivo de recuperar, a través de reformas políticas, una posición de gran potencia, similar a la de Francia e Inglaterra, la Ilustración Española se pareció a las corrientes austriaca y prusiana.

A finales del siglo XVIII en España se da una reforma a la escolástica protagonizada por pensadores como BENITO FEIJOO Y MONTENEGRO y GASPAR MELCHOR JOVELLANOS, quienes habían facilitado al lector español el acceso de una gran parte de la literatura francesa e inglesa ilustrada. En 1750, FERNANDO VI prohibió la crítica a los escritos de FEIJOO, pro-

[196] Una de las figuras más destacadas del absolutismo ilustrado en Centroamérica, fue JOSE CECILIO DEL VALLE, quién mantenía correspondencia con BENTHAM. En una carta al ilustre inglés, escribe: "Antes de nuestra justa independencia, proclamada el 15 de septiembre de 1821, publiqué diversos discursos manifestando mis deseos de que trabaje un Código menos defectuoso que los de Castilla, y anunciando el principio grande del mayor bien posible del mayor número posible, que debe ser la guía de todos los legisladores". Pensamiento vivo de JOSE CECILIO DEL VALLE. Selección y Prólogo de RAFAEL HELIODORO VALLE. EDUCA. San José, Costa Rica. 1971. Pág. 209.

[197] Un examen detallado de los libros prohibidos lo realiza LAGUARDIA GARCIA, en Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica. EDUCA. San José Costa Rica. Segunda Edición. 1976. Págs. 23-52.

[198] GARCIA BOSCH, C.: Las ideologías europeístas. En: América Latina en sus ideas (Ed. Leopoldo Zea), primera edición. 1986. Pág. 240

veniente, sobre todo, de los círculos eclesiásticos. Esta reforma permitió una renovación en las viejas ideas y la propagación del pensamiento ilustrado.

Los ilustrados españoles, con propuestas prácticas de reformas se apoyaron tanto en modelos españoles más antiguos como en el nuevo pensamiento extranjero. Sin embargo, hay que destacar que España no era la que creaba ni la que orientaba la gran corriente de la ilustración, pues sus fuentes se encontraban en París y Londres.

En ese tránsito que España experimentó hacia la modernidad, FEIJOO fue el resorte y JOVELLANOS, su más alto representante. No obstante, FEIJOO se enfrentó a una España adormecida y supertificiosa para proponerle una nueva dirección: "Menos teología y más ciencia naturales es lo que España necesita"[199].

FEIJOO participa de las superposiciones filosóficas de la época y esto es lo que quizás le caracteriza más definitivamente como pensador de la transición española hacia la modernidad. Mantiene relaciones con la escolástica -en la que se formó y a la que nunca pudo renunciar definitivamente- con la filosofía renacentista moderna y con la ilustración. Ante los escolásticos españoles aferrados en pleno siglo XVIII a la física aristotélica, recuerda FEIJOO la lucha que contra ella entabló el Renacimiento y pone como ejemplo a la escolástica moderna en el resto de Europa.

Más de una vez su adversario quiso orillarlo a escribir teología; su respuesta encierra en verdad toda una nueva actitud mental: "Protesto que mientras he escrito un pliego de Teatro crítico o de las Cartas eruditas, podrá escribir dos o tres de teología escolástica sin ser copiante de nadie. Pero, ¿qué provecho sacaría de esto el público? ¿Qué fruto resultaría a España? Ciertamente ninguno"[200].

Propone remover paulatinamente el "estorbo formidable" de los viejos profesores, sustituyéndolos por nuevos" de más que ordinaria capacidad y de espíritu generoso que roma la valla". Quisiera ver fundadas Academias científicas bajo la protección regia. "Por lo menos -dice- una en la Corte a imitación de la Real de las Ciencias de Paris que daría el tono a todo el reino, en orden a la elección de estudios útiles".[201]

[199] SARRAILH, J.: La España ilustrada. México. México. 1957. Pág. 116.
[200] SARRAILH, J.: La España ilustrada... Pág. 117.
[201] ARDAO, A.: La filosofía polémica de FEIJOO. Buenos Aires. 1962. Pág. 30.

A pesar del carácter vanguardista de la obra de FEIJOO, no se le puede considerar "ilustrado" en el sentido que tiene esta expresión en el siglo de las Luces. Aunque cronológicamente convive con el iluminismo, filosóficamente sus obras son producto de la etapa precedente, conforme todavía el espíritu renacentista, en tardía polémica antiescolastica.

FEIJOO permanece extraño a los caracteres esenciales del siglo de las luces: concepción de la razón como fuerza capaz de transformar lo real; filosofía práctica dirigida a la revisión revolucionaria del Derecho, el Estado y la sociedad; progresiva reducción de lo humano al natural físico; explicación histórica de las religiones, crisis de la fe y ruptura con la revelación, para desembocar en el deísmo y ateísmo. "No sólo participó en este tipo de pensamiento, sino que tampoco llegó a conocerlo de manera directa. Al final de su vida llegó apenas su sordo rumor de marejada creciente, que bastó para alarmarlo".[202]

Sin embargo, en América y España, resulta el autor más leído y discutido en el siglo XVIII. A través de sus escritos, pueblos de este lado del Atlántico se introducen en los dominios del pensamiento nuevo. JOSE ELIZARDE, rector de la Universidad de México, escribe en 1734 que los escritos de FEIJOO leídos "hasta los distantísimos términos de la América en ambos reinos, y de Asia en las Filipinas".[203]

La Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca rechaza influencias extranjeras y los juristas declaran que "basta con que la facultad sea el baluarte inexpugnable de la religión"[204] y la Facultad de Artes no juzga oportuno dar cabida en su plan de estudios a la física moderna. Desecha a la mayor parte de los filósofos modernos con DESCARTES a la cabeza.

En el momento en que Carlos III sube al trono, la educación no se considera como un servicio público. Reina la mayor anarquía en la administración y organización de la escuela. Sólo los establecimientos de los jesuitas parecen estar estructurados con coherencia. En cuanto a las universidades, son orgullosamente independientes y sé aferran a su tradición escolástica. Hacia 1770 se hace el primer esfuerzo por poner algo de orden en la maquinaria y hacer respetar la autoridad real por parte de los maestros y estudiantes. Poco a poco se elabora la doctrina de una educación verdaderamente nacional,

[202] ARDAO, A.: La filosofía polémica...Pág. 116.
[203] ARDAO, A.: La filosofía polémica...Pág. 117.
[204] SARRIA, J. La España ilustrada. México. 1957. Pág. 101.

influida sin duda por la obra decisiva de la Convención francesa y las ideas de CONDORCET.[205]

Pero serían necesarias varias reformas, la más importante de ellas fue la expulsión de los jesuitas. Por medio de la Real Orden de 5 de octubre de 1767, se instruía a todos los jueces instrucciones para la confiscación de los bienes de la Compañía de Jesús y expresaba la voluntad del Gobierno de atender la enseñanza primaria y secundaria.[206]

Los españoles de la modernidad suelen volver la mirada hacia el extranjero. Allí buscan las soluciones a sus problemas. Es conocido cómo JOVELLANOS repasaba con cuidado los catálogos de los libreros ingleses, y se conocen sus encargos de libros a París y a Londres.[207]

La inquisición recela de las nuevas opiniones y de los escritores extranjeros. El índice registra los edictos contra el Espíritu de las Leyes, y contra de la Enciclopedia. En 1762 se prohíbe en bloque todas las obras de VOLTAIRE. En

[205] SARRAILH señala que en 1792, en una de las célebres cartas a JOVELLANOS, CABARRUS traza un plan completo y audaz de la enseñanza, completamente impregnado del espíritu revolucionario francés, La enseñanza primaria debe ser "común a todos los ciudadanos, grandes, pequeños, ricos y pobres, deben recibirla igual y simultáneamente. ¿No van todos a la iglesia? ¿Por qué no irían a este centro patriótico? ¿No se olvidan en presencia de Dios de sus vanas distinciones? ¿Y qué son esas ante la imagen de la patria?" "De los seis años hasta los diez, críense juntos los hijos de una misma patria" "Exclúyase de esta importante función todo cuerpo y todo instituto religioso. La España...Pág. 206. MUÑOZ MACHADO señala que "JOVELLANOS el más convencido teórico y el más audaz de los realizadores. El 9 de abril de 1789 había solicitado del Rey la autorización para fundar una escuela de mineralogía y de náutica. Obtuvo después la licencia. El instituto contaba con 60 alumnos al principio y una subvención del monarca. La enseñanza era gratuita. En el informe de la Ley Agraria hay muchas referencias a la organización de la enseñanza. Pero es el propio JOVELLANOS el que presenta a la Junta Central, en plena guerra, unas "bases para la formación de una plan general de instrucción pública" el 16 de noviembre de 1809, que interesó mucho al Rey José. El 9 de septiembre de 1814 el poeta Quintana expone ante la Junta encargada de la reforma escolar un importante informe que en buena parte no es sino la traducción del Rappor et project sur l´organisation générale de l´instruction public que presentó los días 20 y 21 de abril de 1792 CONDORCET a la Asamblea francesa". Servicio público...Págs. 63 y 64.

[206] STOETZAR afirma que el Despotismo Ilustrado, estuvo empeñado en una campaña sin tregua contra la teoría "subversiva de FRANCISCO SUAREZ. "Las teorías políticas de SUAREZ, que eran una de las razones para la expulsión de la Compañía en 1767, fueron combatidas tanto como ciertas teorías políticas de la Ilustración como las de ROUSSEAU". "Solo hay que leer -agrega- la correspondencia de tales enemigos de los jesuitas, como el arzobispo FRANCISCO ANTON DE LORENZANA, para descubrir los libros, artículos, panfletos, y otras publicaciones "subrepticias" de tipo escolástico, en contra del despotismo ilustrado". AA.VV.: El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825). Tomo. I. Madrid. 1966. Pág. 81

[207] Así escribe en sus Diarios: "Reconocimiento, el miércoles 14, de cuatro catálogos de libros para escoger para el Instituto y para mí".

1764 prohibición del *Emilio;* y de los *Mélages de litterature, D´ historie et de philosophie* de D´ ALEMBERT en 1793. En 1790 el libro del abate DE MABLY *Des droits et des devoirs du citoyen y el Traité de la tolerance, a l´ocassion de la ort* de JENA CALAS.[208]

Por medio del contrabando, los libros de extranjeros, desde los inofensivos tratados de agricultura, hasta las temibles obras maestras de VOLTAIRE Y ROUSSEAU, logran deslizarse a los conventos, a las bibliotecas y también a las casas de algunos particulares.

VOLTAIRE mantiene correspondencia con sus admiradores españoles, el conde ARANDA y el marqués de MIRANDA.

En el Diario de JOVELLANOS, es posible encontrar significativas menciones que demuestran su contacto con las modernas corrientes europeas: "Miércoles 19...X me habló de unos libros ingleses que tenía D. JOSE DE LA SALAS; éste me los trajo a la noche. Son tres cuadernos de T. PAYNE (sic): *Rights of man,* primera y segunda parte y cartas".[209]

Y en otros lugares deja constancia de su lectura de la nueva Constitución Francesa. "Buenos ratos me esperan". El jueves 18 de enero de 1796 declara: "halla el Poder Ejecutivo en la nueva Constitución débil y de marcada dependiente del legislativo, como nombrado como él y amovible".[210]

En las páginas de sus Diarios nos damos cuenta de las lecturas pacientes, meditadas, de los libros de ROUSSEAU. Pero, al llegar a las Confesiones escribe: "hasta aquí no he hallado en esta obra, sino impertinencias bien escritas, muchas contradicciones y mucho orgullo".[211]

En una carta enviada a su amigo JARDINE, JOVELLANOS, enemigo de las revoluciones y partidario de las evoluciones pacíficas, escribe: "nada puede ser peor que la anarquía...el despotismo sólo puede sotenerse en medio de la ignorancia, pero la anarquía nace de la corrupción".

En definitiva, JOVELLANOS, no puede aceptar ni la guerra ni la sangre, ni la violencia. Colocado entre una y otra época, no gusta de decisiones radicales; para su obra es más natural la transacción y el deseo de conversar el equilibrio y el orden.

[208] SARRIA, J.: La España...Pág. 309.
[209] JOVELLANO, M. G.: Diario. Madrid. 1967. Pág. 204.
[210] JOVELLANO, M. G.: Diario...Pág. 209
[211] JOVELLANO, M. G.: Diario. Madrid. 1967. Pág. 549

En la España del siglo de las Luces, se han acogido las nuevas teorías sobre el Derecho penal y la justicia criminal. Los magistrados ilustrados desean una revisión de las leyes criminales, juzgándolas demasiado severas y desproporcionadas a los delitos. En 1770, el abogado ACEVEDO publica una disertación contra la tortura, declarándola contraria a los derechos de la naturaleza y los pactos más solemnes de la sociedad.

Años después impulsado por su ministro MANUEL DE RODAS, CARLOS III pide a su Consejo que se estudie una reforma de la legislación penal, con el fin de sustituir la pena capital, como en los países ilustrados, por otros castigos igualmente ejemplares, pero que permitan a los reos corregirse y servir al *interés público* mediante su trabajo.[212]

En la España del siglo XVIII, todavía encontramos mercantilistas retrasados. Sin embargo, comienzan a aceptarse los nuevos principios que conferían a la tierra un valor primordial, afirmando como consecuencia, que la riqueza no debe confundirse con la posesión de los metales preciosos. JOVELLANOS, la voz más potente de su época, afirma: "La verdadera riqueza de un país consiste principalmente en la cantidad y en el valor de sus producciones... el dinero no es más que un signo o representación del valor de las cosas, y, consistiendo la riqueza en las cosas y no en el dinero, se dirá país más rico, no el que tiene más dinero, sino el que tienen más cosas."[213]

La escuela liberal adquiere carta de ciudadanía. La libertad se muestra a no pocos españoles como el medio más eficaz de dar prosperidad y riqueza al país, puesto que el interés personal desarrolla las facultades del ingenio y las iniciativas individuales son tanto más audaces y fructuosas cuanto menos encadenadas se hallan por reglamentos estrictos.

Durante el reinado de CARLOS III no parece haberse planteado en forma aguda el problema del régimen político. Un contemporáneo puede escribir: "Tenemos en España suma escasez de libros de derecho natural y de gentes. Los principales autores extranjeros que han escrito sobre esta ciencia, GROCIO, PUFENDORF, BARBEYRAC, etc., están prohibidos. Nuestros españoles, de lo que menos se han cuidado han sido de ellas".[214]

Puede advertirse que en España, en el siglo XVIII, existe una atonía general en lo que a estos temas se refiere. Ninguna crítica contra la monarquía española. Ni los contados jurisconsultos, ni los aficionados cultos de la época

[212] SARRAILH, J.: La España ilustrada...Pág. 549.
[213] SARRAILH, J.: La España ilustrada... Cáp. VI.
[214] SARRAILH, J.: La España ilustrada. Pág. 575.

se les plantea el problema del régimen político. Coincide en afirmar que la soberanía radica en el monarca, ignorando así la prédica de ROUSSEAU. La confirmación decisiva de este principio la tenemos en JOVELLANOS, en documentos escrito en ocasión de la invasión napoleónica, cuando la Junta Central se dispone a formar el gobierno de la nación durante la ausencia del Rey: " Haciendo mi profesión de política, diré que, según el derecho público de España, la plenitud de la *soberanía* reside en el monarca y que ninguna parte ni porción de ella existe ni puede existir en otra persona o cuerpo fuera de ella, que por consiguiente es una herejía política decir que una nación cuya constitución es completamente monárquica, es soberana, o atribuirle las funciones de la soberanía reside en el monarca y que ninguna parte ni porción de ella existe ni puede existir en otra persona o cuerpo fuera de ella, que por consiguiente es una herejía política decir que una nación cuya constitución es completamente monárquica, es soberana, o atribuirle las funciones de la soberanía. Y como ésta sea por su naturaleza indivisible, se sigue también que el soberano mismo no puede despojarse no puede ser privado de ninguna parte de ella a favor de otro ni de la nación misma".[215]

Y MURIEL, en su Historia de CARLOS IV, relata con amargura: "En cuanto a los libros de los filósofos, no era ya necesario ir a buscarles a la capital. Las doctrinas perniciosas iban difundiéndose y las nuevas ideas políticas se introducían por doquiera. Esto se verá claramente en Cádiz, donde los diputados de la nación española olvidaron sus leyes, su Constitución, su historia, para adoptar ciegamente, y sin ningún discernimiento, los paralogismos de la Revolución Francesa".[216] Lo que pretendió ser reproche y condenación, desde nuestra perspectiva no puede sino constituir el mayor de los elogios.

3. Ilustración y las reformas borbónicas en Centroamérica.

En Centroamérica, los proyectos de reforma de la primera mitad del siglo XVIII, siguieron dominando las concepciones mercantilistas. La prioridad otorgada al comercio y la industria se explica en virtud de la balanza comercial negativa de España frente a sus socios comerciales europeos, y al cada vez más notorio desplazamiento de los mercados centroamericanos e hispánicos.

[215] CARRILLO, I.: La ideología jurídica de la Constitución del Estado Mexicano. 1812-1814. México. UNAM. 1986. Pág. 75.

[216] CARRILLO, I.: La ideología jurídica...Pág. 75.

Con el Estado Mercantilista, propio de la ilustración, se crean los monopolios estatales, de carácter fiscal, viniendo a cerrar este ciclo el monopolio administrativo, en cuanto a la titularidad de determinadas actividades, que constituyen la técnica propia del Estado moderno, originadora de los servicios públicos.

El defensor intelectual de la corriente mercantilista de las reformas borbónicas en el gobierno fue CAMPILLO Y COSIO, cuyo manuscrito de 1743, "Nuevo sistema de gobierno económico para la América", sugería una política mercantilista al estilo de los franceses e ingleses. Aconsejaba que para España era más importante que el gobierno fomentara el crecimiento económico al permitir que los indios actuaran como campesinos libres en una economía de exportación agrícola. Los indios serían tratados como "españoles de la misma clase social". Una vez que se desarrollara un campesinado libre; el libre comercio entre España y los puertos hispanoamericanos causaría el crecimiento económico entre el mercado colonial y en la metrópolis productora.[217]

En Centroamérica, la estrategia borbónica tuvo seis fines, todos según los principios de CAMPILLO:

1- Estimular las comunicaciones y el comercio en un esfuerzo por fomentar mayor tráfico entre todas las ciudades españolas y las coloniales.

2- Limitar el poder eclesiástico por medio de los ataques a la propiedad y los privilegios de la Iglesia.

3- Apoyar parcialmente a los productores del interior en sus quejas contra el poderío de la clase comerciantes de Cádiz-Guatemala.

4- Reformar al gobierno con la institución de intendencias que reemplazaran a los funcionarios "corruptos" en el interior.

5- Reformar la estructura tributaria para que ofrecieran mayores rentas con el objetivo de financiar un mayor poder del gobierno.

6- Mayor actividad militar dirigida contra la presencia económica y física de los británicos en Centroamérica.

[217] WOORTMAN, M.: Gobierno y sociedad en Centroamérica. 1680-1840. BCIE. San José, Costa Rica. Pág. 64

Esta ofensiva borbónica tuvo dos períodos claros:

1- El estado se alió con las nuevas familias comerciantes para utilizar su fuerza con el fin de eliminar las instituciones de los HABSBURGOS, los encomenderos, la iglesia y las "viejas familias" cuya riqueza y productividad se había disipado

2- Después de debilitar el poderío de los sectores HABSBURGOS, el gobierno dirigió su ataque contra los nuevos comerciantes que habían adquirido poder durante los primeros dos tercios del siglo XVIII.

El Estado Español comenzó a instituir estas reformas a partir de 1760. Dichas reformas cambiaron drásticamente la estructura impositiva, alteraron la dependencia que durantes siglos se tuvo de los indios, dado el respaldo fiscal que ofrecieron al estado los fondos suficientes para ampliar su poder.

Sin embargo, estas medidas precipitaron también tensiones y violencias: crearon el antagonismo entre comerciantes y funcionarios del gobierno, que continuarían hasta el movimiento de la independencia, y que fue una de las causas básicas y fundamento del mismo.[218]

La ilustración provocó el desarrollo de una conciencia propia y con ello la necesidad del surgimiento de Estados independientes. Los criollos aspiraban también a la liberación del individuo de las coacciones de un ordenamiento social y jurídico corporativo, estamental, es decir, a la igualdad ante la ley, a la eliminación de las limitaciones jurídicas de la propiedad y a la supresión de corporaciones, tales como los gremios y las corporaciones religiosas.

En Centroamérica, la Iglesia Católica apoyo la ilustración en el campo de la educación. Este hecho ha llevado a varios autores a sostener, que se dio una "Ilustración con Dios"[219]. Y ésta puede ser una de las razones que justifican porqué la mayoría de los integrantes del movimiento de la independencia no intentaron una ruptura violenta, como en Francia, con la Iglesia Católica.

LIENDO Y GOICOECHEA, fraile franciscano, se convirtió a partir de 1767 -fecha en que comenzó a impartir física newtoniana en la Universidad de San Carlos, en Guatemala -en el líder de la reforma ilustrada[220]. Fue él quien introdujo la física experimental, también llegó a esbozar un plan de refor-

[218] BENEYTO, J.: Historia de la Administración española e Hispanoamérica. Editorial Aguilar. España. 1958. Pág. 441.

[219] WERZ, N.: El pensamiento sociopolítico en América Latina. Editorial. Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela. 1995. Pág. 37.

[220] LASCARIS, C.: Historia de las ideas en Centroamérica. EDUCA. San José, Costa Rica. 1982. Pág. 291.

mas en la Universidad en 1782, sumamente brillante para su tiempo[221]. Este plan lleva a LANNING a expresar: "lo que GOICOECHEA recomendaba para Guatemala, eran precisamente los grandes trabajos de filosofía natural en boga en España, Francia, Italia, Alemania e Inglaterra en el siglo XVIII. Difícilmente podría haber estado más al día[222].

La aplicación de las ideas ilustradas produjo conflictos, que trajeron como consecuencia que las concepciones desarrolladas en el contexto europeo fueran aplicables sólo condicionalmente a una situación cultural, étnica y políticamente diferente de la de España.

La organización político colonial -tal como se había formado a fines del siglo XVI y que fue afectada por las concepciones de reforma ilustrada -se basaba en los principios de las dos repúblicas, es decir, la comunidad de los españoles y criollos, por una parte, y la de los indios, por la otra.

La república de indios gozaba de un grado de autonomía. Los representantes dirigentes en las aldeas -en parte, también miembros de la nobleza indígena- elegían sus órganos regularmente, en ejercicio de su propia responsabilidad. Ellos eran vigilados por los funcionarios reales, corregidores o alcaldes mayores. También los dignatarios eclesiásticos, los párrocos, cumplían, en cierto modo, funciones de vigilancia. Gracias a la autonomía municipal o aldeana, la población indígena pudo conservar también en la época colonial -al menos parcialmente- sus estructuras sociales tradicionales[223].

---

221 CECILIO DEL VALLE, en su "Elogio a GOICOECHEA", escribe: "Los que se llamaban filósofos eran entonces unas cabezas llenas de universales, de categorías y sutilezas metafísicas; y éstos eran los sabios que en las cátedras daban lecciones a la juventud. El escolasticismo no sólo la formaba en sistemas de errores. Le impedía también salir de él; le prohibía aun el derecho de dudar que exige la debilidad de nuestra constitución física; y aún en lo que no era dogmático, se ordenaba la fe, que sólo es debida a nuestra religión. Fe ciega en la dialéctica: fe ciega en la metafísica: fe ciega en la jurisprudencia. La razón era víctima de lo que se llamaba filosofía...No hizo (GOICOECHEA) en la ciencia aquellos descubrimientos que las hacen progresar a pasos largos: no formo sistemas como BUFON, ni fue como NEWTON, inventor de la teoría de la sencilla del universo. Pero pudo impugnar los sistemas de BUFON; y fue capaz de entender las obras de NEWTON, que aún entre los hombres de letras encuentra pocos lectores". Pensamiento vivió de JOSE CECILIO DEL VALLE...Pág. 263 y SIG. Sin embargo, LASCARIS afirma que en sus publicaciones era fácil entrever proximidad con FEIJOO. "En todo caso, fue el primero que divulgó en Centroamérica las ideas, científicas racionalistas de principios del siglo XVIII; eso, sí ya adatadas a través de los pensadores eclesiásticos españoles". Historia de las ideas...Págs. 295 y 296.

222 LANNING.: La ilustración en la universidad de San Carlos. Citado por MELENDEZ CHAVERRI.

223 ROMERO VARGAS, G.: Las estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII. Editorial Vanguardia. Managua. Nicaragua. 1988. Véase también: MARTINEZ PELAEZ, S.: La patria del Criollo. EDUCA. San José Costa Rica. 1973. Págs. 197-253.

A diferencia de la República de indios, las comunidades hispano-criollas fueron gobernadas más bien de forma absolutista. La Administración municipal estaba en manos de 6 o 12 concejales cuyos cargos, desde el siglo XVI, eran vendidos por la Corona al mejor postor de buena reputación quien, a su vez, tenía el derecho de volver a venderlos o a trasmitirlos por herencia. De esta manera, la Administración municipal cayó bajo las manos de las oligarquías urbanas y adquirió el carácter de una administración de notable bajo el control de comisarios reales. Los intentos de los Borbones en el sentido de revitalizar la autonomía municipal en la República de españoles fracasaron ampliamente.

En vista de los diferentes presupuestos jurídicos, sociales y culturales que habían surgido como consecuencia de la política de segregación de los HABSBURGOS, las ideas de la ilustración y del liberalismo encontraron reacciones diferentes en las comunidades indígenas y criollas. Un criterio esencial de las comunidades indígenas era la función que cumplían las instituciones corporativas. Entre ellas se contaban, por ejemplo, la tierra comunitaria, utilizada en común o dividida según determinados criterios, la caja comunitaria formada con el pago de tributos, pero también hermandades religiosas, cuya tierra comunitaria había sido transferida a fin de protegerla frente a la intervención de los hacendados o de los funcionarios oficiales.

Los reformadores borbónicos se había propuesto como objetivo tanto la eliminación de los repartimientos como la desamortización de la propiedad de las hermandades indígenas, la distribución de la propiedad rural comunal y la eliminación de las restricciones a las que estaba sometida la venta de tierras indígenas. Estas medidas fueron percibidas por la república de indios como amenaza de sus instituciones y de su propiedades comunitarias legalmente garantizadas y, por tanto, durante largo tiempo rechazada.

En la república de españoles, la reacción a las nuevas corrientes fue menos uniforme. Las elites dominantes que controlaban los cabildos vieron en la política del absolutismo ilustrado una amenaza a su posición privilegiada. Ni las tendencias a abrir los cabildos a otros grupos, ni la liberalización del comercio indígena y los mercados internos, la eliminación de los repartimientos, la introducción del sistema de intendencias o la política liberal de las Cortes de Cádiz fueron propiciadas por las élites establecidas.[224]

En cambio, los grupos que hasta entonces habían sido excluidos del poder, entre los que se contaba también mestizos, entendieron las nuevas ideas como oportunidad de ascenso social y mayor participación política. Además de la carrera eclesiástica, se les abría también el servicio militar y las posibi-

[224] Historia General de Centroamérica. Tomo III. FLACSO. Madrid. 1993. Págs. 48-69.

lidades propias de los nuevos cargos en la administración. Sin embargo, el clero -cuyos miembros recetaron y transmitieron las ideas de la ilustración como profesores universitarios- rechazaron el fortalecimiento de las tendencias regalistas vinculadas con las reformas borbónicas. Desde luego, ninguno de estos grupos pensaba en una mayor participación de los indios o de grupos sociales inferiores. Por el contrario, con la eliminación de los cacicazgos y de la nobleza indígena, realizada en nombre del liberalismo, se esperaba un debilitamiento de las comunidades indígenas.

La organización política creada por las reformas borbónicas en la última época de la colonia estuvo caracterizada por el antagonismo entre las fuerzas de la administración, el ejército y la iglesia, y las élites establecidas, que también se expresó en el conflicto entre las metrópolis coloniales y las periferias. Esta situación conflictiva de la última época de la colonia explica también los conflictos dentro de los nuevos Estados en la primera mitad del siglo XIX.

4. El concepto de soberanía y los primeros servicios público en la Constitución de Cádiz

La revolución Francesa y las guerras napoleónicas marcan el fin de la época de la ilustración y del Absolutismos ilustrado en Europa. El pensamiento ilustrado constitucional se desarrolla al ritmo del crecimiento de los emergentes paradigmas liberal y republicano[225]. Desde esta concepción el Estado

[225] El sistema republicano ha sido poco estudiado en Centroamérica. Sin embargo, como apunta ADOLFO BONILLA, los mejores estudios están asociados a los trabajos de JOHN POCOCK, por tanto, solamente resumiremos sus principales ideas. POCOCK encuentra su origen en la "Polis" aristotélica, continuidad de la república romana, en Florencia y en Venecia, y en la modernidad en Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos. Sus figuras modernas más importantes han sido ROUSSEAU en Francia, JEFFERSON, en los Estados Unidos, FERGUSON en Escocia y BOLIVAR en América Latina. Esta forma de asociación política implica mantener la igualdad cívica entre los que calificaban como miembros de la "polís", y la disposición moral de sus miembros para el mantenimiento del bien público. Este tipo de organización política se desarrollo en una sociedad agraria. Garantizaba la libertad política pero no la individual. El paradigma liberal se desarrolla a partir de la jurisprudencia natural modernizada por GROTIUS, continuada por PUFENDORF y LOCKE. Alcanza refinamiento en le ámbito económico con ADAM SMITH, y estatus de ideología política con CONSTANT. Este pensamiento político no tiene origen antiguo sino moderno. Su influencia se expandió de Europa a América, donde encontraremos grandes exponentes como HAMILTON en Norteamérica, SANTANDER en Colombia y PEINADO en Centroamérica. CONSTANT, hace una diferencia entre libertad política y libertad individual. Según este autor, la libertad de los antiguos -asociada al republicanismo clásico-consistía en una activa y constante participación del poder colectivo", y la libertad de los modernos-asociada al liberalismo- en el goce pacífico de la independencia privada. BONLLA, A.: Ideas económicas en la Centroamérica Ilustrada. 1793-1838- FLACSO. San Salvador. 1999. Págs. 17-22.

tenía que actuar a favor de las personas, y asegurar la libertad de palabra. La ilustración experimentó su desarrollo posterior en el liberalismo del siglo XIX, aunque sus reconocimientos teóricos son reconocibles desde antes.

Desde cierto punto de vista, la dependencia Centroamericana del mundo ibérico dificulta la entrada de esta nueva ideología, porque España fue la última en aceptar aquella oleada de cultura occidental existente en el resto de Europa; y este hecho contribuyó a que el mundo español basado en el orden y estructuras basadas en el catolicismo fueran incapaces de compaginarse con la diversidad de formas que el cristianismo origina en Europa Occidental.[226]

La invasión napoleónica de España fue la consecuencia inmediata que inicia el proceso independentista al producir una crisis y un vació de poder. Las corrientes políticas que salen a luz en 1808, pueden agruparse esquemáticamente en tres grande grupos: Los absolutistas ilustrados, representados por el anciano FLORIDABLANCA, presidente de la Junta Central, partidarios de considerar a ésta como un poder provisional encargado únicamente de suplir al rey y de dirigir la guerra. Los constitucionalistas históricos, usarían la figura más sobresaliente de JOVELLANOS; e inspirados en el modelo inglés, querían la reforma de la Monarquía y la instauración de un sistema constitucional mediante la restauración de las antiguas cortes. Y los revolucionarios, que serán después llamados liberales, cuya eminencia gris es el poeta MANUEL QUINTANA, partidarios de la soberanía del pueblo y de una constitución inspirada en la francesa.[227]

Las mismas corrientes políticas se dieron en Centroamérica, aunque encubiertas todavía en esa época. Los absolutistas eran representados por una buena parte de las autoridades metropolitanas, y por cierto número de criollos. Los constitucionalistas históricos forman sin duda la mayoría, como en la Península. Los revolucionarios, los futuros liberales, partidarios ocultos de la revolución Francesa, son como en España muy minoritarios, jóvenes pertenecientes en su mayor parte las elites intelectuales.

En estas circunstancias, las colonias en su mayoría se aprovecharon de las circunstancias para declarar sus ideas sobre el futuro Estado.

En este proceso ayudó, obviamente, la Constitución (algunos le llaman Estatutos) de Bayona, que aunque tuvo nula vigencia tanto en España como en América, supone el primer ordenamiento constitucional para el Imperio Es-

[226] GARCIA BOSCH, C.: Las ideologías europeístas. En: América Latina en sus ideas. Edi. Leopoldo Zea. primera edición. 1986 Pág. 241.

[227] GUERRA, FRANCOIS.: Modernidad e independencia (Ensayo sobre las revoluciones hispánicas). Fondo de Cultura Económica. México. Segunda Edición. 1993. Pág. 139.

pañol, inspirado fundamentalmente en el ordenamiento napoleónico como culminación del proceso revolucionario francés, que había posibilitado la asunción del poder económico y político de la burguesía gala. No obstante, el texto incorpora algunos aspectos tradicionales españoles, como la importancia de la religión católica.

La Constitución de Bayona trajo para la América Española dos consecuencias importantes:

1) La quiebra del monolítico imperio español, que se había conservado intacto en lo que al Nuevo Mundo se refiere prácticamente durante más de trescientos años, a pesar de la profunda crisis que arrastraba desde el siglo XVII.

2) Sentaba las bases de unas nuevas relaciones entre los territorios americanos y la península. Así mediante el artículo 87 del texto, se reconocían los mismos derechos para los habitantes de España y las provincias americanas, y en los artículos 88 y 89 se reconocían la libertad de comercio e industria dentro del imperio español. Por otra parte, se suprimían para las Indias las aduanas interiores de provincia a provincia (art. 116), trasladándose las mismas fronteras de tierra y mar. Se establecía igualmente mediante el artículo 96, un solo código de leyes civiles y criminales para España y los territorios americanos.[228]

A la Constitución de Bayona le siguió la de Cádiz, cuyo merito principal radica esencialmente en haber roto la organización del "antiguo régimen", en España. Desde el punto de vista social, la Constitución de Cádiz rompe la organización estamental, permitiendo el surgimiento de una nueva burguesía integrada por terratenientes, comerciantes, industriales incipientes y una amplia clase media ilustrada. En lo económico, adopta la teoría fisiocrática, y en el artículo 131 se establece entre las facultades de las Cortes la de "promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan" (apartado 21). Al final del texto de la Constitución, el artículo 345 establece también el importante principio de la eliminación de todas las fronteras interiores: "no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras"[229]. La inspiración central de la ideología liberal se encuentra en el

[228] NUÑEZ RIVERO, C.: Teoría del Estado y sistemas políticos. UNED. 1996. Pág. 199.

[229] MUÑOZ MACHADO señala que "todas las medidas de ordenación económica están concentradas en los decretos anteriores, coetáneos y posteriores a la Constitución. En particular, sobre la libertad de comercio e industria los Decretos de 8 de junio de 1813 consagran explícitamente la libertad de trabajo, permitiendo crear fábricas y ejercer oficios sin necesidad de permiso alguno, así como la libertad de comercio y de circulación de mercancías y la de vender sus frutos al precio que libremente se establezcan. Servicio público y mercado... Pág. 60. ARTOLA ha valorado esta norma, considerándola casi tan importante como la propia Constitución. Antiguo Régimen y Revolución liberal. Barcelona. Ariel. 1978. Pág. 120.

artículo 4, que establece que "la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derecho legítimos de todos los individuos que la componen".

Desde el punto de vista político, logra la sustitución de la vieja monarquía basada en el derecho divino de los reyes y se constituye en la primera Constitución de España. Además aparece como aporte político del documento: el constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de los ciudadanos, la soberanía nacional y la división de poderes.[230]

La idea del constitucionalismo se puede reducir, por una parte, a la limitación de poder absoluto de los gobernantes, a través de instituciones sólidas, y la legitimación del poder a través de la aprobación de los gobernantes y su participación en el mismo. Esta limitación al poder se logrará por el acuerdo logrado sobre ciertas reglas fijas, y relativamente inmutable, que regularían el proceso político, logrando su objetivo cuando el ejercicio del poder esté debidamente distribuido. Es pues, el constitucionalismo, la primera y posiblemente la más importante decisión política atribuida a la Constitución de Cádiz.

Además, en la Constitución de Cádiz se introdujo la representación política nacional, sustituyendo el pilar del "antiguo régimen", constituido por la representación estamental. En el artículo 100 de dicha Constitución, se recoge la nueva teoría política: "les otorgan (a los diputados) poderes amplios a todos juntos, y a cada unos de por sí para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados a Cortes, como representantes de la Nación Española...". Ya los diputados, no representaban a las circunscripciones por las cuales fueron electos, sino representaban abstractamente a la Nación, ese nueve cuerpo político que significaba la unidad del país, es la base sociológica del régimen".[231]

Mediante el artículo 10 del texto, al referirse al territorio de los españoles no se establece diferencia en cuanto a importancia a los territorios europeos y americanos, aspecto éste que ya había sido ampliamente discutido con anterioridad, incluso en tiempo de ARANDA y GODOY, tras la independencia de las colonias británicas de Norteamérica, y que puso de manifiesto en la convocatoria para formar la Junta Central que organizó la resistencia contra

[230] Un análisis mayor de la Constitución de Cádiz, lo puede encontrar en COMELLAS, J. L.: "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812". Revista de Estudios Políticos. núm., 126. Pág. 75; GARCIA LAGUARDIA.: Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica. EDUCA. San José, Costa Rica. Segunda Edición. 1976. Págs. 131-172.

[231] ESCOBAR FORNOS, I.: El constitucionalismo nicaragüense. Tomo I. Editorial Hispamer. Managua. Nicaragua. 2000. Págs. 93-118.

la invasión napoleónica. Así, en la Real Orden del 22 de enero de 1809 se decía "que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias, no son propiamente colonias o factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la Monarquía Española"[232], por tanto, se dio representación en dicha Junta a los territorios americanos y con mayor motivo en la convocatoria a Cortes.

En ese mismo sentido, en el artículo 1 se manifestaba que la Nación española era la reunión de "todos los españoles de ambos hemisferios". En cuanto a la representación que correspondía a América, por el artículo 28 se manifestaba que "la base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios", primándose incluso por los artículos 32 y 33 a las provincias pequeñas, caso de la isla de Santo Domingo.

La importancia de la educación se puede apreciar en diversos artículos de la Constitución. Así, el artículo 366[233], en el que dice: "En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñara a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la Religión Católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles"[234]. En el artículo 368 se declara la uniformidad del plan de enseñanza en todo el Reino, obligando también a la explicación de la propia Constitución. El artículo 369 dispone la creación de una Dirección General de Estudios bajo la autoridad del Gobierno a la que se encomienda la inspección de la enseñanza pública. En el artículo 370 se confiere a las Cortes la ordenación de cuanto pertenezca a la instrucción pública. En combinación con estos preceptos, al artículo 371 reconoce a todos los españoles libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.

---

[232] GARCIA LAGUARDIA.: Orígenes de la democracia...Pág. 157.

[233] En el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812, AGUSTIN DE ARGUELLES dice: "El Estado no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que uno de los primeros ciudadanos que deben ocupar los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Ésta ha de ser general y uniforme...El poderoso influjo que ésta ha de tener en la felicidad futura y estatutos de enseñanza en general y todo lo que pertenezca a la creación y mejora de establecimientos científicos y artísticos". Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. 1981. Cita tomada de: MUÑOZ MACHADO.: Servicio público. Pág. 64.

[234] ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 293.

El artículo 321 establecía que: "estará a cargo de los Ayuntamientos: 6. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia bajo las reglas que se prescriban".[235]

Las otras dos ideas importante, de la Constitución de Cádiz, con respecto a Hispanoamérica, lo constituye la idea de Soberanía y la División de poderes[236]. En el artículo 3 de éste documento expresa: "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. En los artículos 2 y 3 se establece que la soberanía pertenece a la nación y no pude ser patrimonio de ninguna familia o persona. Sobre el principio de soberanía se constituye el carácter democrático de la Constitución de Cádiz. De esta forma, el poder absoluto quedaba desterrado. Acompañan a la idea de Soberanía, la figura de la democracia representativa. Se adopta el mandato representativo. En el preámbulo se dice que las Cortes como representantes de la nación, ejercen el poder constituyente y el artículo 27 expresa que las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la nación.

En varios artículos de la Constitución de Cádiz podemos encontrar la división de los órganos constitucionales: en los artículos 15, 16, 17 hace repartición de poderes: La potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey; la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey; y la potestad de aplicar las leyes civiles y criminales en los tribunales. Estos tres órganos son poderes constituidos, pues la soberanía y el poder constituyente pertenecen a la nación.

El discurso Preliminar expresa: "Para darle toda claridad y exactitud que requiere la ley fundamental de un Estado, ha dividió la Constitución en tres partes, que corresponde: Primera la que corresponde a la nación como soberana e independiente, bajo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda: La potestad ejecutiva en toda su extensión. Tercera: La autoridad judicial delegada a los jueces y tribunales..."

---

[235] Sobre este artículo, TOMAS Y VALIENTE recoge la intervención de JOSE ALONSO Y LOPEZ, en la que dijo: "Señor, del mismo modo que se encarga a los Ayuntamientos el cuidado de los establecimientos de educación, de beneficencia y de comodidad, así debe encargárseles también directamente el cuidado de la humanidad paciente y desvalida, porque siendo el objeto de toda buena constitución política procurar la felicidad social del Estado no puede desentenderse el discreto legislador de las necesidad de recomendar los hombres a la beneficencia y protección de los hombres, mediante a que conociendo cuán triste es a veces su suerte...". Cita recogida por MUÑOZ MACHADO.: Servicio público... Págs. 69 y 70.

[236] MEJIA, HENRY, Manual de derecho administrativo. Editorial Cuscatleca. Primera edición. San Salvador, El Salvador. Pag. 46.

Es en esta Constitución donde se habla por primera vez, y en sentido actual, de "obras u otros objetos de utilidad común" (art. 322), identificando el servicio público con las ramas del servicio de la Administración" (artículo, 341).

El Título VI de la referida Constitución esta dedicado a la regulación del "Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos". El primer capítulo de este título habla de los "Ayuntamientos", que de acuerdo al artículo 321, estaban a cargo de la policía de salubridad y comodidad; auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público; cuidar de todas las escuelas de primeras letras, y de los demás establecimiento de educación que se paguen de los fondos del común: cuidar los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban; cuidar de la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; y, finalmente, en lo que concierne a los servicios públicos, las de promover la agricultura, la industria y el comercio, según la localidad y circunstancia de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso.

La Constitución de Cádiz, supuso para América, el fin del "Antiguo Régimen, y la muerte definitiva de la Monarquía Absoluta y la sociedad estamental, que ya nunca volvería a reproducirse en el Continente.

5. Constitución Federal de Centroamérica de 1824, y la ruptura con España

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal[237], como producto de la existencia de una estructura eco-

[237] J. BENEYTO afirma que Colón introduce en América la Edad Media. La Edad Media era todavía, en efecto, la que mostraba su impronta en los conquistadores, que, además procedían de zonas singularmente influidas por las instituciones señoriales. Las posiciones feudalizantes, el peso de la herencia y, en fin y sobre todo, ese enfrentamiento entre el príncipe y el vasallo en terreno común, pactando y fijando sus mutuos acuerdos, resulta característico. En un primer momento tuvieron que crearse numerosas y variadas situaciones "de facto", que acaban por ser reconocidas "de iure". En los esquemas iniciales de la organización indiana resulta fundamental el vínculo de súbdito. Los indios son, desde los primeros momentos, vasallos de la corona. BENEYTO, JOSÉ VIDAL, Historia de la Administración española e hispanoamericana, Madrid, 1958, p. 425.

nómica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí. Todo ello impidió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época ésta definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial. Es decir, en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económico-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las élites oligárquicas dominantes estaba orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, funcionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídico-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición llevó a que se levantará un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.[238]

[238] BENEYTO subraya que "la Constitución era un traje a la moda, pero no ciertamente...traje a la medida". Y mas adelante afirma que fue "muy poco lo que los próceres de la Independencia tomaron de la organización precedente. Incluso...y ahí halla la primera y más importante diferencia entre el movimiento de emancipación realizado en el Norte y la revolución de los países hispanoamericanos, porque éstos últimos se distinguieron por un espíritu demoledor, en el cual acaso...no sería inconducente buscar el origen de la inestabilidad y la oscilación advertidos en la vida de las nuevas naciones". BENEYTO, JOSÉ VIDAL, Op. Cit., pp. 593 y 594.
Por su parte E. ALVAREZ LEJARZA, afirma que "desgraciadamente los fundadores de estas nacionalidades siguieron el espíritu de imitación, sin alcanzar a comprender que los pueblos deben tener sistemas de gobierno en armonía con sus peculiaridades y tradiciones; y per saltum nos dieron una Constitución similar a la norteamericana, la cual había logrado el milagro de unir por la federación a las colonias desunidas, y en Centroamérica llega al desastre de desunir por la federación lo que estaba unido en la colonia". ALVAREZ LEJARZA, EMILIO, Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, España, 1958, p. 99.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 -calco imperfecto de la norteamericana- fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.[239]

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano -con algunas mínimas variantes- se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y encargado de la preservación de la libertad.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo -ejercido por un presidente (art.106)- estaba la de garantizar el orden público; nombrar a los funcionarios de la República[240]; asimismo "Podrá separar libremente y sin necesidad de instrucción de causa a los secretarios del despacho, trasladar con arreglo a las leyes a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo federal, suspenderlos por seis meses y deponerlos con pruebas justificativas de ineptitud o desobediencia, y con acuerdo en vista de ellas de las dos terceras partes del Senado" (art. 122); el articulo 123 establecía que "Presentará, por medio de los secretario del despacho, al abrir el congreso sus sesiones, un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la administración pública".

Una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social[241]. La anarquía fue tan grande en este

[239] En el artículo 182 de la Constitución se regula el Poder Ejecutivo, estando a su cargo: 1. "Ejecutar la ley y cuidar el orden público (...) 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa". Ibídem, p.358.

[240] El artículo 117, establecía: "Nombrará los funcionarios de la República que designa el artículo 102 a propuesta del Senado. El artículo 102, por su parte, indica "Propondrá ternas al poder ejecutivo para el nombramiento de los ministros diplomáticos, del comandante de las armas de la Federación, de todos los oficiales del Ejército. De coronel inclusive arriba-, de los comandantes de puertos y fronteras, de los ministros de la Tesorería General y de los jefes de las rentas generales".

[241] Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. A. CRUZ dice: "En el siglo de la independencia Nicaragua cayó en un estado de desorden público, al igual que el resto de la América española". BRADFORD BURNS, E, Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858.

período que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo el gran número de analfabetos y al exiguo contingente de personas capacitadas para estos cargos, en un corto tiempo fueron depuestos de la Administración pública la cantidad de 318 personas.[242]

Similares términos e idénticos conceptos a los de la Constitución Federal, encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, e igualmente en la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación).

Desde mediados del siglo XIX hasta la revolución liberal encabezada por el General ZELAYA, el lento crecimiento demográfico, el mestizaje y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de la sociedad nicaragüense y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador: mantener un orden basado en la costumbre y en el *status quo,* en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades.[243]

Según esta Constitución, al poder Ejecutivo -ejercido por el presidente- le correspondía "cuidar de la administración de los caudales públicos" (art. 55, inciso 5); "Nombrar y remover a los ministros del despacho y a los demás empleados del ramo ejecutivo" (art. 55, inciso 9); "Nombrar a los jueces de primera instancia del fuero común, a propuesta en terna de la Corte de Justicia, y a los demás empleados cuya provisión no esté reservada a otra autoridad" (art. 55, inciso 11); "Nombrar ministros diplomáticos, agentes y

[242] MARURRE, un historiador de la época, anotó en su Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, publicado en 1877 en Guatemala, que entre los años de 1821 a 1842 se dieron 143 acciones bélicas, entre ellas golpes de Estado, motines, revueltas, guerras, lo que produjo 7.088 muertos y 1.735 heridos. Marurre, Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, Guatemala, 1877.

[243] El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: "Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintiún años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente". LEVY, apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230.000 habitantes. LEVY, PABLO, "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua", en Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano, Managua, Editorial Artes Gráficas, 1965, Número 59-63, p. 148.

cónsules acerca de los demás gobiernos y admitir los nombrados por éstos" (art. 55, inciso 15); "Ejercer la suprema dirección sobre los establecimientos públicos y sobre los objetos de policía" (art. 55, inc. 26). El capitulo XX, "De la responsabilidad de los empleados públicos", establecía en el art. 66, que "todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; será responsable de su trasgresión y debe dar cuenta de sus operaciones". El capítulo XXI, "Del gobierno interior de los pueblos", en su art. 74, establecía que "Los departamentos serán regidos por prefectos, primeros agentes de la administración; su nombramiento corresponde al Gobierno y a la ley designar sus cualidades, atribuciones y duración".

6. La revolución liberal, las reformas institucionales y la ley de amparo

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por éste tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado[244] y el país, por otro, no lograron establecer un orden político estable, un progreso económico duradero[245], ni una Administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la "Libérrima" en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

[244] VELAZQUEZ PEREIRA indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados. NOTA

[245] E. TORRES RIVAS señala que "podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico". TORRES RIVAS, EDELBERTO, Interpretación del desarrollo social en Centroamérica, San José, Costa Rica, 1972, p. 63.

Los artículos 28, 29, 30, 31, 32, 116, inc. 6, y 117 de la Constitución consagran el recurso de amparo, incluyendo el habeas corpus. El 29 de agosto de 1894 se sanciona la primera ley de amparo, reglamentaria de los artículos citados, la que pasa a ser constitucional, por disponerlo así el artículo 155.

Esta ley regula en forma unitaria el habeas corpus, que garantiza el derecho de la libertad personal, consagrado en los arts. 30, 31, 32; y el amparo contra las leyes o actos contrarios a la Constitución o a las leyes constitucionales.

El 10 de diciembre de 1893 se reforma la Constitución. Se mantiene el habeas corpus, se suprime el recurso de inconstitucionalidad y el artículo 155 Cn., que declaraba ley constitutiva a la de amparo.

Por ley de 16 de septiembre de 1897 se declara ley ordinaria la ley de amparo.

La Constitución de 1905 consagra el habeas corpus; pero no el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Tampoco hace declaración alguna consagratoria de leyes constitucionales.

Entre otros cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió la existencia de una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho a servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivo o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a los extranjeros el derecho a permanecer en el país después de hacer "reclamaciones" injustas.

Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y suprimió la prisión por deudas.[246]

En los años de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil, aún vigentes, y de Procedimiento Civil, derrogado por el Código procesal civil de Nicarauga.

[246] ALVAREZ LEJARZA apunta que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio. Ensayo histórico…
En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: "...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones". También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.
En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución era el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

A pesar de estas reformas importantes, ZELAYA no separó el Gobierno de la Administración Pública.[247]

Estos logros quedaron relegados cuando comienza las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones de Zelaya de extender su poder en Centroamérica. Esto le llevó a interferir en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras. Invade este último país y depone al presidente BONILLa, colocando en su lugar una Junta totalmente dominada por él[248]. Los países centroamericanos en busca de una solución, y ante el temor de ser invadidos por ZELAYA, acudieron a los Estados Unidos.[249]

El general ZELAYA, al ser causa de intranquilidad –tensiones en el interior del país y guerras en el exterior- en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal, cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

El 21 de diciembre de 1911 es sancionada la Constitución y el 12 de diciembre del mismo año la ley de amparo. Los artículos 25, 123 inc. 5 y 124 Cn. consagran el amparo, en el que se incluye el habeas corpus. En forma unitaria regula el habeas corpus y el recurso contra leyes o actos contrarios a la Constitución o leyes constitucionales. También se concedía contra los actos de particulares que violaban la garantía de la libertad personal. Del habeas corpus conoce la Sala de lo Criminal de la Corte de Apelaciones respectiva y de las otras violaciones de cualquier autoridad la Corte Suprema de Justicia: por violación de la Constitución o leyes constitutivas en virtud de una ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los Tribunales de Justicia, al ser aplicada al caso concreto y cuando resulte perjudicado en sus derechos el

[247] SANTAMARÍA DE PAREDES señala que "podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres Poder ejecutivo y Poder administrativo sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa". SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, Curso de Derecho Administrativo, 5a. edición, Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1898, pp. 138-143.

[248] ARGUELLO, A., "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua", en Revista Pensamiento Centroamericano, Número 159, Abril-Junio de 1978, p. 33.

[249] El Secretario de Estado ELIHU ROOT concibió la idea de un tratado General de Paz y Amistad, que fue ratificado en la conferencia de Washington el 17 de septiembre de 1907. En dicho tratado los países centroamericanos se comprometen a que no se use el territorio nacional como base para la organización de movimientos revolucionarios contra los otros estados, y a restringir las actividades políticas de los emigrados. También se comprometían a no reconocer ningún gobierno centroamericano que haya llegado al poder por medio de un golpe de estado o por una revolución contra un gobierno reconocido. Por supuesto, Zelaya violó sistemáticamente todas estas estipulaciones. Para una exposición detallada sobre este proceso, véase, ARGUELLO, A, Op. Cit.

recurrente; por las violaciones cometidas por el ejecutivo, por el presidente de la República, como jefe supremo o como comandante general, o los secretarios o subsecretarios de Estado, o por cualquiera de los otros funcionarios administrativos o departamentales de orden político o militar; por las violaciones cometidas por las Cortes de Apelaciones en asuntos no contenciosos; por las violaciones cometidas por las municipalidades o las corporaciones o juntas dependientes de aquellas.[250]

7. La intevención norteamericana y la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, "no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos"[251]. Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.[252]

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

El Estado Nicaragüense, veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal, se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

Una de las conclusiones que podemos extraer de este desarrollo histórico abrupto de Centroamérica, y después del Estado de Nicaragua en el siglo XIX, es que, al no haber tenido lugar una revolución burguesa que desman-

[250] ESCOBAR FORNOS, IVAN, El amparo. Bogota, Colombia, 1990. Pág. 12.

[251] KNUT, WALTER, "El somocismo: Del protectorado a la revolución", en Encuentros con la historia, Universidad Centroamericana, 1995, p. 331.

[252] El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado Collector General of Customs, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales, una vez recolectados, eran transferidos a la segunda institución del sistema, que a su vez cumplía con otras tareas, es decir, el Banco Central.

telara el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad -y de paso, que lograra unificar el poder político y jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

El Estado liberal asumió en Nicaragua tintes muy distintos a los revistió en Europa y Estados Unidos. En lo político y lo jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social; y abolir; en parte, el Antiguo Régimen.

Las Revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.[253]

El principio de igualdad[254] formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el Poder público se concentró en las manos del Estado y el resto de los sujetos de derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el pro-

[253] El utilitarismo de BENTHAM elevó el interés propio "ilustrado" al status moral y se convirtió en una doctrina ampliamente aceptada, pese a las protestas contra esta reivindicación. El hombre para los liberales trata de ser libre, racional e intenta perfeccionarse a sí mismo. TOUCHARD, J., HISTORIA de las ideas políticas, 2a. reimp., Madrid, Tecnos, 1987, p. 320. Resumiendo de las lecturas de SABINE, LASKY Y TOUCHARD, podemos considerar que el único bien común que reconocerán los liberales será la maximización del añadido de los beneficios individuales. Uno de los axiomas políticos centrales que se derivan de la idealización de la libertad y la racionalidad individual es que el gobierno debe basarse en el consentimiento del pueblo, quien, de esta manera lo legítima. Aquí está la base de la afinidad entre liberalismo y democracia. La libertad es el valor primario del credo liberal, puesto que es el medio que permite al individuo racional, satisfacer sus intereses propios. La libertad es un valor instrumental que ayuda a las personas a obtener aquello que desean. La libertad social económica y política es considerada como una necesidad humana y un bien en sí misma, más que como un medio para lograr un fin. La concepción liberal de la libertad ha sido identificada ampliamente, como la elección material y el derecho. LASKY, El liberalismo europeo, México, F.C.E., 1945, pp. 11-27; THEIMER, W., Historia de las ideas políticas, Barcelona, Editorial Ariel, 1969, pp. 249-280; SABINE, G., Historia de la teoría política, 9a. reimp., México, FCE, 1978, pp. 489-531; Touchard., Op. Cit., pp. 301-325.

[254] VILLAR PALASI señala que "la implantación de la igualdad, ley, voluntad general fue la primera característica destacable. Como había dicho Voltaire y repetido Montesquieu, es preferible el gobierno de la Ley al del capricho". VILLAR PALASI, JOSÉ LUÍS, Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, p. 131.

ceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del Poder público en Occidente.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones, que brindaban privilegios jurídicos y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme, a la liberación de la Administración respecto al poder judicial y a la igualdad de derechos de los particulares. Medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo.

El resultado final de este proceso, fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata eliminación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho, como manifestación de la voluntad general, hallada en los Parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación.

Mientras en Europa se echaban las bases del Estado moderno, y surgía el Derecho Administrativo[255] a través de la concurrencia de una administración

[255] E. FORSTHOFF escribe que "allí donde hay Estado, hay administración, allí donde hay administración hay derecho administrativo". Asimismo, afirma que el derecho administrativo como ciencia, aparece "con el establecimiento del Estado de Derecho burgués, es decir con la división de poderes, la administración según ley, la delimitación del legislativo y judicial y los límites en relación con los derechos individuales, puntualizando dicho experto que las "funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la administración tenía un lugar preciso". FORSTHOFF, E, Tratado de derecho Administrativo, trad. de Legaz Lacambra, GARRIDO FALLA Y GÓMEZ DE ORTEGA, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 69 y sigs.
Por su parte, SANTAMARIA PASTOR señala que " la historia de la Administración es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado: no sólo porque durante buena parte de la evolución política europea, Administración y Estado han sido, prácticamente, una y la misma cosa, sino también porque la estructura administrativa constituye hoy, cuantitativa y cualitativamente, el bloque central y hegemónico del aparato estatal". SANTAMARIA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 11.
GORDILLO considera que "el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas, que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados". GORDILLO, AGUSTÍN, Teoría General del derecho administrativo, Madrid, IEAL, 1984, p. 9.

suficientemente desarrollada, y de la aceptación del principio según el cual la administración, rama del ejecutivo, está sometida a la ley[256]; en Nicaragua, producto de las relaciones sociales y políticas propias de este orden oligárquico, y del Estado liberal atrofiado, surge el clientelismo; que, como práctica política refleja y proyecta un imaginario sociocultural que proviene de la época colonial, y se consolida en la cultura política nicaragüense. A través de distintas expresiones ideológicas, perdurará hasta la aprobación y reglamentación de la ley de Carrera Civil y Administrativa, que aunque no funciona correctamente, es un paso, importante a la consolidación de un Estado de derecho.

Es de a hacer notar, que durante este período se aprueban una buena cantidad de leyes administrativas, como por ejemplo leyes sobre caminos[257], el

[256] VILLAR PALASI considera que la afirmación de que el "Derecho Administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución Francesa", es parcial e inexacta. "Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaba indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas persistentes". VILLAR PALASI, Op. Cit., pp. 97-116. GASCÓN y MARIN, por su parte, afirma "que el desenvolvimiento científico del Derecho Administrativo comienza, en realidad, cuando se afirma el Estado moderno, cuando de los principios filosóficos se derivan las normas que regulan la organización de las sociedades políticas y las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, diferenciándose las varias funciones del Poder Público". GASCÓN Y MARÍN, JOSÉ, Tratado de Derecho Administrativo, 10a. edición, Madrid, 1948, Pág. 14.

[257] CRISTIANA CHAMORRO, afirma que antes de 1875, las vías de comunicación no existía prácticamente, los pueblos entre si estaban forzosamente aislados debido a que carecían de caminos adecuados que permitieran la comunicación permanente entre pueblo y pueblo. La carga usualmente se enviaba por mulas, o carretas si el camino lo permitía. Esto acarreaba un comercio pequeño, de escaso intercambio...de 1875 a 1892 cuando la estructura económica se ve alterada constantemente por las necesidades ingerentes a las nuevas formas que se implantan con el advenimiento del café. Nicaragua se integra al mercado mundial de forma definitiva y configura un nuevo orden económico. Durante este último período de los conservadores en el poder se establecen los primeros cimientos de una modernización relativa con el objeto de permitir mejorar en las vías de comunicación y que estas a su vez, conectaran los sectores económicos. Estas obras de infraestructuras son...el ferrocarril, el telégrafo, el teléfono, las carreteras y la navegación lacustre...El desarrollo de la red vial se inicio realmente en 1920, dándose principalmente en la zona central y en el Pacífico, de forma atrasada respecto a las necesidades del país. De acuerdo a su importancia, las carreteras se clasificaron: 1) Nacionales de primera clase: las que servían a más de 100, 000 habitantes comunicándolos con la ciudad capital de Managua, puestos y fronteras internacionales. 2) Nacionales de segunda clase: sirven a más de 25, 000 habitantes o acortan las distancias de los troncales o llegan a lugares de recreo que interesan a más de 10,000 habitantes. 3) Departamentales de primera: viven de 5 mil a 25 mil habitantes. 4) Departamentales de segunda clase: conectan las cabeceras de municipios con menos de 5, 000 habitantes con cualquiera de los caminos anteriores. 5) Caminos vecinales: sirven a los caseríos o haciendas. Monografía. Las primeras bases de infraestructura en Nicaragua. 1875-1936. Managua, Nicaragua. 1976. Pág. 3, 4, 5 y 66.
Entre 1858 y 1859, se dictan varios acuerdos legislativos para obligar a los nicaragüenses a dar tres días de trabajo anuales para la composición de caminos. El 19 de febrero de 1861

servicio de agua por cañería, el cable submarino, el telégrafo[258], el teléfono[259], y sobre todo el ferrocarril[260]. Asimismo leyes sobre el transporte lacustre[261],

se celebró un contrato entre el gobierno y una empresa de ENRIQUE GOTTEL sobre la reconstrucción de las viejas carreteras entre León y Granada. En 1868 se firma un nuevo contrato con GOTTEL para establecer la línea de diligencias entre Granada y Chinandega. En enero de 1869 ya la diligencia corría diariamente entre Managua y Granada y se reporta que se trabaja intensamente en el mejoramiento de los caminos de Occidente para que sus servicios puedan ser ampliados hasta esa región. La formación del Estado...Págs. 25 y 26.

258 La primera oficina telegráfica se abrió en San Juan del Sur el 16 de marzo de 1876. Hacia finales del período de 1881-1893, explica VELAZQUEZ PEREIRA, "se recrudecieron más las coacciones contra los campesinos, se aceleró el proceso de expropiación de las tierras comunales y se reclutó mano de obra indígena forzada para la construcción del ferrocarril y telégrafo, bajo el auge del cultivo del café". La formación...Pág. 82.

259 El teléfono comenzó a instalarse en 1879 entre tres ciudades: León, Managua y Granada. Chamorro, C.: Las primeras bases... Pág. 59.

260 Los primeros intentos para construir el transporte del ferrocarril data de 1859. El inglés Capitán BEDFORD CHAPPERTON TREVELLLYAN PIM, concibió la idea de construir un ferrocarril que partiendo de Monkey Point, llegase a San Miguelito, siguiendo por la costa del Gran Lago, atravesara el rió Tipitapa, pasara por Managua y terminara en Corinto. Propuso el plan al gobierno de Nicaragua, pero los conflictos internos en que éste se encontraba, más la influencia de la Compañía Accesoria del Transito y las gestiones del Sr. FELIZ BELLEY, un francés que en esos días proyecta un contrato para la construcción de un canal interoceánico, estorbaron la empresa. PIM entonces se fue a Inglaterra y escribió un libro sobre el proyecto. En 1863 regresó a Nicaragua, acompañado de dos ingenieros especialistas en la materia: SALMON Y COLLINSON. El cinco de marzo de 1864 PIM logró celebrar un contrato del ferrocarril con el gobierno que fue sustituido por otro en 1865 en este se le concedía el derecho a establecer el transito interoceánico a través del ferrocarril continuo hasta Corinto...el representante de la Compañía Accesoria del transito, el señor WOOD, quien se oponía a la ejecución del contrato, y para lograr su objetivo propuso al Gobierno de Nicaragua la construcción del ferrocarril de San Juan del Sur a Corinto hostigando a los ingleses. No se logró hacer ni lo uno ni lo otro por la diferencia de intereses entre las dos potencias. CHAMORRO.: Las primeras bases... Págs. 18, 19 y 20.
El 17 de febrero de 1873, bajo la presidencia de DON VICENTE CUADRA, se celebro un contrato formal con la firma J. E. HOLLEMBECK & Com de San Francisco de California para la construcción de un ferrocarril de Granada a Managua y de la orilla de esta ciudad hasta León. El 19 de marzo del mismo año se celebró otro contrato con el señor ENRIQUE MEIGGS KEITH para la construcción de un línea ferroviaria entre León y Corinto. El recorrido de 12 millas y media del ferrocarril fue innaurado en 1880. Para 1890 existían 90 millas de ferrocarril y 16 estaciones. A la par del ferrocarril, se instaló la comunicación lacustre entre el Momotombo y Managua para la salida rápida del café, el primer rublo de exportación en esa época. La formación del Estado...Págs. 25 y 26. "El transporte primitivo en Nicaragua". En: Revista Conservadora. Volumen 2. Número. 11. Agosto de 1961. Pág. 24.

261 Cuando el general ZELAYA asume la presidencia, la comunicación estaba en manos de una Compañía de los Estados Unidos denominada "Nicaragua Mail Steam Navigation Trading Co. Sin embargo para el año de 1895, se declaró caduca la concesión por incumplimiento de contrato. Para 1903, las embarcaciones que surcaban el Lago eran más de 200, entre las pertenecientes al Estado y las privadas. Habían 57 veleros, 100 lanchas privadas, 43 no clasificadas; el resto eran embarcaciones grandes. GOMEZ ACOSTA.: La comunicación...Pág. 74.

el correo, el teléfono y el telégrafo.[262]

El 15 de junio de 1894, se promulgó una Ley Orgánica de Municipalidades, que constaba de diecisiete Títulos y noventa y seis artículos, en la que la autonomía municipal encuentra su más alta expresión.

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

[262] Para 1880 existía en Nicaragua un total de 90 millas de ferrocarril construidas, con 16 estaciones. El número de pasajeros que utilizaban los servicios en mención, alcanzó en ese año 375, 861. En el año de 1897, observamos que el número de pasajeros ascendió a 591, 236, lo que significó un aumento del 78 por ciento en siete año, resultando un incremento anual del 11.15 por ciento. Este incremento extraordinario de personas, es explicado como un movimiento migratorio de trabajadores agrícolas, ya que éstos eran transportados en la época del levantamiento de las cosechas de café, de azúcar, de añil, etc. Asimismo, la creciente usurpación de tierras de los campesinos y pueblos, coadyuvó a empujar a la gente a que abandonara sus lugares...los ferrocarriles fomentaron la migración interna, tanto atrayendo como empujando núcleos poblacionales a desplazarse. RENE VARGAS.: Historia del siglo XX...Págs. 108, 109, 110.
En 1890 existían 1, 549 millas (2, 478. 4 kilómetros) de cables de telégrafo tendidos entre las principales ciudadanos del país, habían 80 estaciones y se repartieron 1, 118, 929 piezas de correo, también existían 61 millas (97. 6 kilómetros) de cables de teléfonos tendidos. El régimen de ZELAYA va a impulsar todos estos sectores del Estado, que implicaban un incremento en la división social del trabajo y, por lo tanto, un incremento del mercado interno. En 1897, el número de mensajes telegráficos cursados entre las principales ciudades alcanzó la cifra de 477, 020 mensajes, lo que representaba un aumento del 17. 65 por cuento en relación al 1890. Dicho porcentaje representó un incremento del 2.52 por ciento anual. En relación a las piezas de correos repartidos, vemos que en el año 1896 esta cifra alcanzó las 2, 618, 242 piezas de correo, es decir un incremento absoluto en relación a 1890 de 1, 499, 313 piezas de correo, lo que representó un aumento del 134 por ciento, lo que nos da un incremento anual del 22. 33 por ciento. Las líneas telegráficas alcanzaron en 1905, la cifra de 2, 706 m millas (4, 329. 6 kilómetros), lo que representó un incremento absoluto de 1, 157 millas (1, 851 kilómetros) en relación a 1893; es decir, tuvo un aumento del 74. 69 por ciento durante esos 12 años, dando incremento anual del 6. 22 por ciento. Las líneas telefónicas, en 1905, alcanzaron la cifra de 582 millas, 931. 2 kilómetros, es decir, tuvo un aumento en los 12 años señalados, de 854. 09 por ciento, que nos da un incremento anual de 56. 94 por ciento. .: Historia del siglo XX...Págs. 119 y 120.

Los servicios públicos, como el ferrocarril[263] y vapores del Gran lago[264], fueron desnacionalizados[265] a través de la venta del 51 por ciento de las acciones y la utilización de los dividendos del resto como garantía de la deuda externa[266]. Asimismo, la concesión canalera fue vendida a un precio bajísimo, que nunca llego a manos del Estado, al ser directamente, de nuevo, utilizado

[263] En una sentencia que la Corte Suprema de Justicia dicta el 19 de septiembre de 1923, se lee que "...por el Contrato del Gobierno con la Compañía del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua... se concedió a la Compañía el privilegio de que los ferrocarriles y otras obras de la Compañía sean consideradas como de utilidad pública...En este sentido, las obras del Ferrocarril, y para el Ferrocarril del Pacifico de Nicaragua, deben mirarse como obras del Estado; y por esta misma razón debe admitirse: que la colisión de derechos a que se alude.... es como si versara entre el Estado y la dicha Municipalidad". Y en otra parte de la Sentencia se establece: "En cuanto a los otros caminos de hierro, sea que pertenezcan al Gobierno, sea que pertenezcan a empresas particulares concesionarias del Estado, por el hecho de estar destinadas al servicio público, son y han de tenerse por vías públicas; y, en efecto, por lo que hace a la seguridad y a la comodidad del pasaje y transporte, se hallan bajo las leyes penales y los reglamentos de policía y bajo la vigilancia del Gobierno; y, tiene el Estado tal interés en que su operación especial y mantenimiento no sean interrumpido, que sin necesidad de especial concesión, las leyes generales proveen a la continuidad del tráfico, como puede verse por los artículos 1127 y 1128 C.C.". Boletín Judicial. 4081. Sentencia del 19 de septiembre de 1923 a las 12: 00 M-

[264] Para el año de 1914, la vía interoceánica es comprometida a perpetuidad por el entonces Ministro Plenipotenciario de Nicaragua, EMILIANO CHAMORRO, mediante el Tratado firmado en el Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica WILLIAN JENNING BRYAN. Este tratado cedía a perpetuidad a los Estados Unidos los derechos para la Construcción de un Canal Interoceánico por cualquier punto del territorio nacional". GOMEZ ACOSTA.: La comunicación Lacustre...Pág. 76

[265] BELLI, apunta que "el 8 de octubre de 1913 fueron negociados con los banqueros de Nueva York nuevos contratos de préstamos que proporcionaron US 2 millones adicionales. Como garantía los banqueros recibieron Bonos del Tesoro del gobierno de Nicaragua, el 51 % de las acciones y el control del ferrocarril y de las líneas de vapores del gobierno y el 51 % de las acciones y el control del Banco Nacional. "Prolegómenos para una historia económica de Nicaragua de 1905 a 1966". Revista del Pensamiento Conservador. Núm. 146. Pág. 3

[266] QUIJANO escribe, "no le basta al imperialismo yanki tener el control de las aduanas, de los bancos y los ferrocarriles. Adquiere su propiedad. La total dominación de Nicaragua es un hecho. Arruinada, endeudada, tiene que vender la zona del canal para pagar a sus prestamistas. Es lo que establece el tratado CHAMORRO-BRYAN de 1914. Todavía se extiende más la dominación. Una Alta Comisión compuesta en su mayoría por americanos, controla las finanzas del país. el presupuesto de gastos del país no puede exceder las cantidades que le fija el Departamento de Estado, Todos los fines de la diplomacia yanqki han sido realizados. La dominación económica y financiera del país esta consumada; la zona del canal pertenece a los Estados Unidos. Nicaragua ha vendido sus territorios, ha enajenado sus bancos, sus ferrocarriles, cedido sus aduanas, se ha endeudado y no puede disponer ni de sus propias rentas. Nicaragua. Ensayo sobre El imperialismo de los Estados Unidos. En: El Pensamiento Centroamericano. Vol. XXX. Núm. 149. 1975. Pág. 86.

como pago de la deuda externa[267]. La energía eléctrica y los teléfonos[268] quedaron bajo el control del capital extranjero[269].

[267] El 18 de octubre de 1913 Nicaragua contrató con Brown and Brothers un nuevo empréstito por el cual estipulaba lo siguiente: a) Nicaragua hacia, por intermedio de la United Stages Morgage, una emisión de cédula del Erario por valor de 1, 060, 000 dólares oro, paraderas en un año. Esas células quedaban garantizadas por un gravamen sobre los derechos de aduanas subsiguientes a los gravámenes concedidos en fechas anteriores acciones del Banco Nacional pertenecientes a la república y acciones que también perteneciesen a la republica en el Ferrocarril del Pacífico. Dado el caso que no pudieran pagar en las fechas señaladas, las cédulas devengarían el 6 % de interés y desde el mismo día de vencimiento, las rentas de aduanas se emplearían en el pago de las cedulas. Si seis meses después del vencimiento del plazo, no se hubieran aun efectuado el pago, las acciones del Banco Nacional que se habían dado en prenda serían vendidas en pública subasta en la ciudad de Nueva York. Y si en un año después de expirado el plazo aun se debiera algo, entonces podrían venderse en igual forma que las anteriores las acciones del ferrocarril también dadas en prenda. B) De acuerdo a los estipulado en el contrato del 26 de marzo de 1913 se vendió a Brows Brothers el 51 % del capital del Ferrocarril Nacional del Pacífico, es decir 16, 830 acciones, en un millón de dólares. Los banqueros prestaban además al ferrocarril 500, 000 dólares. Esta última disposición aseguraba a los banqueros el dominio absoluto de los ferrocarriles. También los banqueros habían obtenido la garantía a través de esos mismos contratos que si la república quería vender sus acciones, Brown Brothers tenía el derecho preferente de comprarlas. Los directores de las Compañías serían nombrados así: seis por los banqueros, dos por Nicaragua y uno por el Secretario de Estados de los Estados Unidos. Este último debía ser el mismo representante para ambas compañías. La venta del ferrocarril por los conservadores...ocasionó no solo una pérdida material en muchos millones, sino también una fuerte migración del oro causado un gran desequilibrio en la balanza comercial de Nicaragua...EMILIANO CHAMORRO (1917-1921) que sucedió a ADOLFO DIAZ, continuó la política de los empréstitos. El primero de estos contratos fue el más importante: disponía la emisión de bonos por 9, 000, 0000 córdobas pagaderos en 15 años al 7 % con fondos de amortización...Nicaragua no solo quería construir un nuevo ferrocarril, sino también readquirir el antiguo: el llamado del pacífico, que los banqueros habían comprado por un millón de dólares en 1913. Esto requería un nuevo contrato en el que la República debía entregar 300, 000 córdobas en efectivo por el ferrocarril y 1, 450, 000 en cédulas más una comisión de 1 % sobre el valor nominal de esas cédulas. Este contrato no se lleva a cabo sino hasta 1924. Al finalizar su periodo presidencial en 1921, CHAMORRO concluyó en Nicaragua la política restauracionista y la hegemonía conservadora y fue sucedido en la presidencia por DIEGO MANUEL CHAMORRO (1921-1923), quién murió en ejerció de sus deberes siendo sustituido por BARTOLOME MARTINEZ. Nicaragua, entonces, adquirió una dimensión nacionalista. Se da una apertura a los liberales y comienza una tensión contra la política "americanista". Se compra el ferrocarril y se adquiere el banco, operaciones de rescate que obedecen al cambio de gobierno orientado a una actitud nacionalista. CHAMORRO, C.: Las primera bases...Pág. 79 y 80.

[268] En el campo de las telecomunicaciones la empresa AII American Cable, compañía subsidiaria de la American Telephone y Telegraph controló el servicio de telégrafos y teléfonos, así que para 1928, poseía el cien por ciento de las acciones de las telecomunicaciones pues era la única compañía que prestaba este servicio. LOPEZ DOMINGUEZ.: Historia de las telecomunicaciones...Pág.165.

[269] EVANS, T.: La transformación neoliberal del sector público. CRIES. Managua, Nicaragua. Pág. 182.

A finales de los años veinte, se establecieron varias instituciones, entre ellas el Ministerio de Higiene y Beneficencia[270], y se destinan recursos para la construcción de una fuerza pública profesional y tecnificada. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se declara que "no puede privarse al vecindario del uso del agua potable que es de utilidad pública"[271].

8. Ildefonso Palma Martínez y el desarrollo del derecho administrativo nicaraguense

El 22 de marzo de 1939 se sanciona la Constitución y el 31 del mismo mes y año la ley de amparo, que pasó a ser constitutiva por expresa disposición del articulo 344 Cn. Los artículos 118 y 119 Cn. consagran el amparo, en el que se incluye el habeas corpus.

El 22 de enero de 1948 se sanciona la Constitución y la ley de amparo. Esta es constitucional por expresa disposición del art. 284 Cn. Los artículos 38, 39 y 213 mes. II y 16 Cn. consagran el amparo, incluyendo el habeas corpus.

El 1 de noviembre fue sancionada la Constitución y el 6 del mismo mes y año la ley de amparo, que pasó a ser constitucional por disponerlo así el art. 323 Cn. Los artículos 41 y 229, incs. 12 y 17 Cn. consagran el amparo, incluyendo el habeas corpus.

Estas leyes de amparo, regulaban de forma unitaria: a) libertad personal, b) Violación de la Constitución o de leyes constitucionales mediante leyes, decretos, resoluciones, órdenes, mandatos o actos de cualquier autoridad, funcionarios o corporación pública o de sus gerentes; por inconstitucionalidad de una ley o decreto que se refiere a asuntos no ventilables ante los tribunales de justicia al ser aplicada al caso concreto a cualquier persona en perjuicio de sus derechos.

[270] BARAHONA, hace el siguiente análisis: "Las observancias críticas del informe CUMBERLAND sobre la situación del país durante la gestión interventora, así como la toma de conciencia de la amenaza que representaba, para el modelo de dominación, la lucha popular de SANDINO, motivaron iniciativas del Departamento de Estado tendentes, por una parte, a que el aparato estatal jugase un papel promotor del desarrollo económico (concebido como desarrollo agrícola) y de la cohesión social, y, por otra, a dotarlo de un órgano de coerción verdaderamente eficiente. Como consecuencia, aparecen nuevas instituciones en el sector público". "Intervención Extranjera". En: Economía y sociedad en la construcción del Estado en Nicaragua. Pág. 215.

[271] Boletín Judicial. 1925. Pág. 4821.

Pero es hasta el 26 de julio del año de 1947, que aparece el primer libro de derecho administrativo en Nicaragua, escrito por Ildefonso Palma Martínez. En la presentación, el doctor PALMA MARTÍNEZ, explica que este libro es "una modesta contribución al estudio de esta importante materia que por hoy ha carecido de un texto nacional. Anteriormente a la publicación de este libro, los estudiantes de derecho administrativo, en la facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de León, estudiaban esta materia por los escritos de GASCÓN Y MARÍN, ANTOKOLETZ Y FRAGA. Sin embargo, la critica que realizan los alumnos, era precisamente que estos libros, no "coordinaban los principios con la práctica vernácula".

Y, escribe, el doctor PALMA MARTÍNEZ: "I, esto es lo que me he propuesto, como si dijéramos: explorar en nuestro propio campo de acción para hacer el debido cotejo de las teorías con las prácticas administrativas, y así poder corregir errores inveterados, confirmar lo bueno que poseamos e innovar en lo que fuere factible, todo con el propósito de realizar obra de acuerdo con la índole u con el destino de nuestra joven nacionalidad"

Y, más adelante agrega: "Han animado mi empeño: esa decepción que se sufre cuando se mira la pobreza intelectual en que nos debatimos y que nos obliga a aprender en la obra extranjera".

El libro del doctor PALMA MARTÍNEZ, "Derecho Administrativo (Teórico y positivo", está dividido en cinco libros, y en veinte cinco lecciones. Aborda, los temas de Derecho y Administración Pública, El servicio Público, Las Fuentes del Derecho Administrativo, la personalidad del Estado, las formas de la actividad administrativo, los bienes, la expropiación forzosa, la función administrativa, los contratos y la jurisdicción contenciosa administrativa[272].

Veinte siete años después de la aparición del libro de Palma Martínez, en la Constitución de 1974, en el Titulo XII llamado Poder Judicial, que trata de la organización y atribuciones de este Poder, es donde por primera vez se regula al Contencioso–Administrativo.

[272] De acuerdo a FLAVIO ESCORCIA, para 1903, mediante Decreto presidencia, se establecio en el segundo curso de la Carrera de Derecho, se impartía una cátedra que era precisamente Derecho Administrativo. Un solo curso toda la carrera. El plan de Estudios de la carrera de Derecho sufrió modificaciones en los años veinte y en 1945, los que manturivieron un solo curso de Derecho Administrativo. No obstante, en las modificaciones realizadas en 1960 se establecieron dos cursos de Derecho Adminstrativo a impartirse en el segundo y primer semestre del tercer y cuarto año de la carrera respectivamente, tal modificación persistió hasta 1999. En efecto, a partir de dicho año el nuevo Plan de Estudio, aunque mantiene los dos cursos de la materia, ahorra se imparte ambos en el primer y segundo semestre del cuarto año de la carrera". ESCORCIA, JORGE FLAVIO, Derecho administrativo. Primer Parte. Editorial Senicsa. Managua, Nicaragua. 2017. Pág. 40

Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", adscrito al Poder Judicial.

El arto. 303 decía: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso–Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo".

Por su parte el arto 304 decía: "Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso–Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley".

En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso–Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso–Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dicto la ley para su funcionamiento. Sin embargo, el día 18 de Mayo del año 2000, se aprobó y sanciono la Ley No. 350: Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo, la cuál, fue declarada por la sentencia número 40 de la Corte Suprema de Justicia, parcialmente insconstitucional.

Durante casi nueve años (2001 al 2010), señala Juan Bautista Arrien la Sala de lo Contencioso – administrativo de la Corte Suprema de Justicia estuvo conociendo y resolviendo casos sólo en estas materias, declarando improcedentes las demandas en contra de actos administrativos, hasta que en el año 2010, en un caso particular la Sala decidió comenzar a resolver este tipo de demandas, en parte gracias a ciertos factores, como por ejemplo, la labor de asesoría del Dr. CAIRO MANUEL LÓPEZ SÁNCHEZ, asesor de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (2005 – 2010) y uno de los redactores de la Ley No. 350, así como la incidencia doctrinaria de dos obras de Derecho Administrativo de autores nicaragüenses una del Dr. KARLOS NAVARRO y otra de mi autoría.

El segundo gran hito de la doctrina nicaragüense se debe situar, en nuestra opinión, bastante más tarde, a la altura de 1992, fecha en la que ve la luz el Manual Elemental de Derecho Administrativo elaborado por Armando Rizo Oyanguren.

En una nota de advertencia, escribe ARMANDO RIZO: "En el presente trabajo se trata de exponer los aspectos fundamentales de las principales teorías referidas a las figuras jurídicas que suelen incluirse dentro del ámbito del Derecho Administrativo. Carece de toda originalidad, pretende ayudar al estudiante que inicia sus estudios, y se publica para suplir la falta casi total de textos sobre la materia".

Más recientemente, en el año 2002, ha aparecido una relevante aportación, la de FLAVIO ESCORCIA: Derecho Administrativo. En esta obra señala al respecto FLAVIO ESCORCIA que el "Derecho Administrativo ha venido siendo hasta hoy, una rama del Derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del Derecho Administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y el actuar mismo de la propia administración pública, desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al Derecho Administrativo como un conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el Derecho Administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aún así, entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones".

En el 2010, se publica Derecho Administrativo Tomo I y II de KARLOS NAVARRO Y MIGUEL ANGEL SENDIN, considerada por el tratadista español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, como la obra que ha llevado de la "adolescencia a la madurez" esta rama del derecho en Nicaragua. Y, de Karlos Navarro, expresa que "es de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española".

Aunque no se hayan plasmado en obras de carácter general, sino en estudios sobre temas específicos, debe darse también un sitio prevalente a las imprescindibles aportaciones de dos autores básicos en el universo de administrativistas nicaragüenses. En primer lugar, sin duda, CAIRO MANUEL LÓPEZ, cuyo magisterio y obra ha sido, a nuestro juicio, decisiva para el desarrollo del Derecho administrativo de Nicaragua. En segundo lugar, se debe hacer también mención destacada a la más que prometedora obra de Juan Bautista Arrien Somarriba joven brillante y talentoso. Este autor ha publicado: "El Contencioso – administrativo en Nicaragua", Derecho Administrativo (Editorial UCA – 2009, con una primera reimpresión del año 2010) y Acto, procedimiento, recursos, contratos y el contencioso – administrativo.

En co-autoría con KARLOS NAVARRO, el doctor ARRIEN ha publicado dos textos en materia de contratos administrativos: "Ley de Contrataciones

del Estado de Nicaragua", (editorial jurídica, Nicaragua, 2008). El segundo libro, contiene una recopilación legislativa de contrataciones administrativas, tanto de carácter nacional, municipal como internacional, bajo el titulo "Compendio normativo de las Contrataciones administrativas" (editorial UCA, año 2010). Así mismo, ambos autores tiene en imprenta un texto titulado: El acto, procedimiento y recursos administrativos en Nicaragua.

Y, por ultimo es necesario subrayar los aportes de JULIO RAMÓN GARCÍA VÍLCHEZ, que ha publicado: "La Jurisdicción Contencioso – Administrativa" y posteriormente "El Contencioso – Administrativo en Nicaragua".

IV.
LA SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACION AL DERECHO EN EL SISTEMA ANGLOSAJON: PROGRESIVA Y TARDIA CONSTRUCCION DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA LA CONFLUENCIA DE SISTEMAS

No quedaría completo el panorama de la configuración histórica del Derecho Administrativo, si no hiciéramos una referencia sumaria al sistema anglosajón. Una consideración realmente muy sucinta dado el relativo peso que el conocimiento del Derecho anglosajón tiene para el enfoque de nuestra disciplina desde las obligadas coordenadas continentales.

El primer extremo que conviene recalcar es que el Derecho Administrativo, como Derecho de la Administración Pública, es una construcción jurídica que articula la sumisión de la Administración al Derecho, pero, ciertamente, no la única que lo permite. Nada impide que la Administración se rija por el mismo Derecho que los particulares, es decir, por el Derecho privado. En ese supuesto, como dice J. RIVERO, "habrá sumisión de la Administración al Derecho, pero no Derecho Administrativo"[273]. Es más, tampoco el Derecho Administrativo -aunque así resultara en el caso de la Europa Continental constituye un requisito ineluctable para la consolidación jurídica de los principios políticos del Estado de Derecho, al menos de los de carácter formal,

[273] Drott administratif, p. 16.

pues la distribución o división del poder político y la garantía de las libertades de los ciudadanos puede articularse -como fue el caso de Inglaterra o de los Estados Unidos de América- sin dar por ello lugar a la construcción del Derecho Administrativo como Derecho Público regulador de la Administración Pública.

Y decimos "de los de carácter formal", porque en cuanto se trata de los valores materiales de la igualdad o de satisfacción de las necesidades públicas que requieren un mayor intervencionismo social del poder público, las técnicas jurídicas que propician el equilibrio entre esos objetivos y la garantía de los administrados, parece demandan la formulación de un sistema especial de Derecho de la Administración. Esta es precisamente la constatación que puede efectuarse en el Derecho anglosajón: inexistencia tradicional de un régimen jurídico propio de la actuación administrativa y creciente evolución hacia la modificación de ese dato con la progresiva configuración de un Derecho Administrativo propiamente dicho.

Si la división de poderes según la interpretación revolucionaria francesa (bebida, ciertamente a través de Montesquieu, en la preexistente realidad inglesa), junto a los precedentes absolutistas (-centralización, tensión entre Administración y Parlamentos judiciales, etc.-), así como el nuevo sentido político del régimen constitucional (la libertad y, sobre todo, la igualdad como objetivos del nuevo Estado), explican la construcción en Francia del regime administratif, en Inglaterra, la evolución política y sus resultados institucionales iban a ser bien distintos.

Un diferente marco social y político permiten que en Inglaterra las consecuencias institucionales lógicas de los principios ideológicos del constitucionalismo -fundamentalmente, LOCKE- (la división de poderes, - y la libertad como fin de esta-, esto es, "ley y tribunales") tomen cuerpo efectivo en la realidad inglesa, por ello mismo caracterizada como common law[274]. Durante los siglos XVI y XVII, la pugna entre monarquía centralizadora y los poderes locales o la nobleza no se decide, como en Europa, a favor de aquella, sino de los últimos; lo que junto al temprano desarrollo de la burguesía y del capitalismo industrial, constituye un marco apropiado para el triunfo de las concepciones políticas referidas[275]. A partir del siglo XVII (en especial, tras la Glorious Revolution y el Bill of Rights de 1689) se instaura una primacía de la norma parlamentaria sobre el rey, quien no podrá suspenderla o dispensar su cumplimiento. A lo largo del siglo XVIII, la evolución daráen el reforzamiento del Parlamento como titular exclusivo del poder legislativo; la

[274] Vide E. GARCiA DE ENTERRIA, Revolución francesa.., cit., p. 30.
[275] E. GARCIA DE ENTERRIA, Ibidem, p. 29.

responsabilidad del gobierno -separado de la Corona- frente al primero y la independencia de los jueces.

Estos no solo no dependen del poder real, sino que tampoco refieren su función a un Derecho derivado del poder institucional de la Corona: son la voz de la "ley de la tierra" (the law of the land), de las costumbres aplicativas, que constituyen el Derecho, el common law.

La existencia de esa práctica y efectiva división de poderes y el predominio del Common Law (el Derecho emanado del legislativo, Statutory Law, es excepcional respecto del común) impiden que aquí tenga lugar, como en el continente, la construcción de un Derecho público producto del Estado (concebido este como organización unitaria del poder público, cuya división tiene carácter orgánico y derivado, más que originario y primario), y determina que la Administración se rija también, como los particulares, por el Derecho común y solo excepcionalmente por un Derecho público. Este sistema, como trasunto del inglés, será el que también impere en Norteamérica.

Sobre esta base pudo hablarse (posteriormente, y, desde luego en la actualidad, la situación ha sufrido modificaciones importantes), en la sujeción de la Administración al Derecho, de una contraposición entre el sistema anglosajón (el rule of law) y el continental de Derecho Administrativo, que descrita a partir de la realidad inglesa de la primera mitad del siglo XIX por DICEY[276], puede sintetizarse así[277]:

La realidad inglesa en esa época mostraba: inexistencia de una burocracia legalmente institucionalizada (los altos cargos, Secretarios de Estado, Lord de la Tesorería, etc., se concebían como meros consejeros reales); ausencia de centralización, pues el gobierno interior era competencia de los poderes locales dentro de un régimen general de selfgovernment, según el cual aquellos no estaban sujetos a un gobierno central sino a la ley y al Parlamento; y realización de la actividad administrativa por los propios jueces y el Parlamento.

[276] Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885.

[277] Vid. GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., pp. 93 y ss. En todo caso, esta contraposición fue ya advertida, o mejor, anunciada por BURKE, Reflections on the French Revolution, 1791, cit. por GARCIA DE ENTERRIA, "Reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano", RAP, N° 85, p. 243, quien señala: "Burke...se apercibe inmediatamente de que la abolición de los Parlamentos judiciales hará que el Poder ejecutivo "became the absolute power of the country" (llegue a ser el poder absoluto del país) de modo que los Órganos administrativos (administrative bodies) se constituirán en "real, sovereingn, independent states...above the law" (Estados reales, soberanos, independientes, sobre todo Derecho), haciendo así que el poder administrativo será inevitablemente "the most completely arbitrary power that has ever appeared on earth" (el poder arbitrario más completo que ha aparecido nunca sobre la tierra). Como se ve, DICEY, que es el que da forma definitiva casi un siglo después al contraste entre los dos sistemas, tenía precedentes ilustres".

Evidencian estos rasgos una diferencia radical con el régimen francés que no podía por menos que extrapolarse a conclusiones jurídico-institucionales. Así, podrá decir DICEY que si en Inglaterra el Derecho común se impone a todos y frente a toda prerrogativa, en Francia el gobierno y los funcionarios tienen derechos y prerrogativas de origen distinto al que legitima los derechos de los particulares; que las relaciones entre estos y el gobierno se rige por reglas también distintas de las que rigen las establecidas entre particulares; y que si en Inglaterra, todos, incluidos los funcionarios, estaban sometidos a los jueces ordinarios, en Francia, la repartición de poderes no implicaba independencia de los jueces, siendo los tribunales ordinarios incompetentes para controlar a la Administración. La conclusión de DICEY no podía ser otra que la supremacía del rule of law sobre el régimen administrativo.

Si esta descripción del Derecho ingles lo caracterizara radicalmente y de modo absoluto, aquí debería acabar nuestro comentario, como constatación de que en el sistema anglosajón no existía Derecho Administrativo. Sin embargo, pese a la visión de DICEY, el Derecho anglosajón llevaba en sí mismo el designio de una progresiva configuración en su seno de las instituciones propias del Derecho Administrativo. Básicamente el mismo que le hizo nacer en la Europa Continental: la necesidad del intervencionismo administrativo, que va a exigir que aquellas surjan en un determinado momento. Y, en efecto, a partir de la segunda mitad del pasado siglo y sobre todo del primer tercio de este especialmente tras I Guerra Mundial), se va a producir un reforzamiento de la Administración central en Inglaterra.

Cierto es que el diseño de base permanecerá (si en Francia la división de poderes se articula como inmunidad del Ejecutivo frente al Judicial, en Inglaterra dicha división implica una autentica división funcional: sólo el Parlamento norma sobre la libertad y la propiedad, al Ejecutivo corresponde tan sólo la ejecución de la ley; y al judicial la resolución de los conflictos intersubjetivos (razones por las que, según VILLAR PALASI, aquí la Administración no se configura como persona jurídica y los funcionarios quedaron sometidos a normas cuasi privadas). Pero ese reforzamiento resultare evidente y determinante mediante diversas técnicas: la atribución de poderes normativos al Gobierno mediante delegaciones legislativas (Statutory rules, Orders)[278]; la actividad empresarial del Estado (public corporations); el re-

[278] El Estatuto, dictado por el Parlamento, tiene rango de ley formal. No obstante, mediante delegación legislativa, el Gobierno puede aprobar "Estatutos provisionales" que convalidados por el Parlamento adquieren rango de ley. En el plano local, la autonomía normativa de los entes locales debe articularse -asegurando así la primacía de la ley- mediante un proyecto (Scheme) presentado por aquellos al Gobierno, que lo homogeniza y remite a la Cámara para que lo apruebe en forma de ley. Pero en caso de urgencia, los entes locales pueden dictar Special Orders, Provisional Orders que, comunicadas al Gobierno, debe convalidar el Parlamento.

forzamiento del control del Gobierno sobre los entes locales, más allá de su recurso al juez por "ultra vires" de aquellos, mediante las subvenciones condicionadas (Grants in aid); la intervención de cuentas (District audit); o el recurso al juez para que con un writ of mandamus asegure el cumplimiento por aquéllos de la ley estatal; o, en fin, la atribución de poderes cuasi judiciales a organismos administrativos, especialmente los de nueva creación (cita GARRIDO por ejemplo, la Education Commision, el Departamento de Comercio, etc.). Todo ello evidencia un paralelo hilo conductor con la configuración continental, sólo que más retrasada en el tiempo, progresiva y contextualizada dentro de un trasfondo sociológico distinto (la impronta de una sociedad de libertades, no de un absolutismo frente al que el régimen administrativo reacciona en sentido inverso, sin mengua del aseguramiento de la intervención administrativa) y de una ideología individualista.

Esta constatación es la que, ya en el siglo XX, dio lugar a que la doctrina inglesa (Sir CECIL CARR, Delegated Legislation, 1921; JENNINGS, The law of the Constitution, 1933; ROBSON, Justice and Administrative Law, 1928 y 1951, etc.) pusiera en cuestión la estereotipada visión de DICEY (-o la de quienes, como Lord HEWART, New Despotism, contestaron a ROBSON) para apreciar la existencia de poderes y prerrogativas en la Administración no fiscalizables por la jurisdicción ordinaria; un régimen de impugnación de las decisiones administrativas (ultra vires, unrational justice, rule of reasonnables); un régimen especial de responsabilidad de la Administración y la Corona, en especial tras la Crown Proceeding Act de 1947, que derogó el principio de "The king cannot do wrong"[279]; y si bien persiste el tradicional imperio judicial sobre la Administración a través de sus mandatos o writs, se crean tribunales administrativos con poderes cuasijudiciales (en realidad, Comisiones del Ejecutivo competentes para enjuiciar las prestaciones que la Administración realiza para con los particulares).

Todo ello "implicaba una evidente aproximación al régimen administrativo...precisamente la que supone una mayor sujeción para el particular", pero no en lo que se refiere "a sus instituciones de garantía, un contencioso al estilo frances".[280]

[279] Hasta entonces dicha responsabilidad se articulaba como demanda de una responsabilidad "ficta" de los funcionarios.

[280] GARRIDO, Tratado, cit., p. 103. Por eso la idea de la superioridad del "Common Law' sobre el régimen administrativo diera luego paso (Cfr. ENTERRIA, cit., p. 244) a la "preocupación por Ilenar los huecos que aquel dejaba en el plano de la garantía ante el modo de actuar de la Administración contemporánea".

Esa misma trayectoria puede apreciarse en Norteamerica[281], si bien aquí es ostensible una evolución reciente mas rápida y consistente hacia la construcción de un Derecho Administrativo como tal, quizá debido, como señala la GARCIA DEENTERRIA, al hecho de que la sociedad americana, "frente a los enmascaramientos que proporciona el principio liberal y de la libre empresa, tiene extraordinariamente avanzado el proceso de socialización y burocratización".[282]

La potenciación administrativa que conlleva el New Deal de Roosevelt, sobre el trasfondo de la precedente organización administrativa en Departamentos ministeriales dependientes del Presidente y la existencia de Comisiones administrativas en que se institucionaliza una Administración con poderes reglamentarios, ejecutivos y cuasijudiciales, va a determinar el desarrollo de instituciones y técnicas parejas a las del sistema continental: la reglamentación de actividades de interés político a través de la figura de las "public utilities" sometidas a previa licencia administrativa, la existencia de un poder reglamentario delegado de la ley y con un valor de ley, la extendida en la práctica ejecutoriedad del acto de la Administración y, sobre todo, la aplicación de la clausula del due process a la Administración, y su consolidación general en la Federal Administrative Procedure Act de 1946[283], norma básica del Derecho Administrativo americano, suponen el comienzo de una "nueva época para el Derecho Administrativo" (VANDERBILT), una "explosión del Derecho Administrativo" (SCHWARTZ).

Sobre la base de la obra de este último[284], nos sintetiza GARCIA DE ENTERRIA[285] los principios básicos de este nuevo Derecho Administrativo norteamericano: para SCHWARTZ, el Derecho Administrativo es la "rama del Derecho que controla las operaciones administrativas del Gobierno" (del Estado, en la terminología americana), y, como tal, comprende: los poderes de las agencias administrativas, los principios y requisitos con que esos poderes

[281] Incluso en orden doctrinal, pues con la excepción de GOODNOW, Comparative Administrative Law, donde critica el excesivo "iusprivatismo" del juez norteamericano, fue muy notable la influencia de DICEY hasta la aparición en 1927 de la obra de JOHN DICKSON, Administrative Justice and the supremacy of the law in the US.

[282] GARCIA DE ENTERRIA, cit., p. 243.

[283] En esta ley se institucionaliza la atribución de poderes regulatorios (rule making powers) a las organizaciones administrativas, como potestad normativa tanto de ejecución como de organización, así como dichos poderes cuasijudiciales.

[284] A Commentary on the Constitution of the United States, 1963; American Administrative Law, 1950; French Administrative Law and the Common Law world, 1954; y, sobre todo, Administrative Law, 1976

[285] Cit., pp. 245 y ss.

deben ser ejercidos, y las acciones ejercitables por los interesados frente a la actuación administrativa ilegal.[286]

El núcleo de ese Derecho está constituido más por el procedimiento y las acciones que por el Derecho sustantivo, y más en concreto, en lo que concierne a las relaciones entre la Administración y los particulares, a los derechos y obligaciones de estos, y no tanto a las relaciones entre las agencias administrativas. Desde esta perspectiva nuclear -el poder de la Administración destaca SCHWARTZ como rasgos peculiares, la atribución a la Administración de poderes legislativos (rulemakinq) y cuasi-judiciales (adjudication power, la facultad de determinar autoritariamente derechos y obligaciones de los ciudadanos). Como escribe ENTERRIA, "alrededor de estos dos poderes...de sus condiciones de ejercicio, de la revisabilidad final judicial de la aplicación de los mismos se enhebraría el contenido entero del Derecho Administrativo" (Cit., p. 247), en tanto que plano excepcional, frente al tradicionalmente diseñado en la Constitución de una reserva de los mismos a los otros Poderes, de delegación de estos en las agencias administrativas.

Ahora bien, un análisis de fondo, como el que hace ENTERRIA, revela hasta que punto esa delegación del poder legislativo no es tal, sino de potestad normativa, trasunto de la reglamentaria de la Administración europea, y que esos llamados poderes "judiciales o cuasijudiciales" no son sino un calco del poder de resolver asuntos contenciosos (recordemos la distinción contenciosogubernativo) de que disponía la Administración europea del Antiguo Régimen, luego reforzada como autotutela administrativa en el regime administratif. Esto da pie a ENTERRIA para concluir que la Administración norteamericana se ha ido situándose en el mismo plano que en el siglo XIX provocó en Europa esa inflexión histórica, con la diferencia de que el posterior control judicial de la actuación administrativa de autotutela no se residencia, como en Europa, en Órganos jurisdiccionales separados -producto de la evolución de un Órgano administrativo de control-, sino en los propios tribunales ordinarios. "Esta jurisdiccionalización plena de la actuación administrativa de autotutela -escribe ENTERRIA- marca la recepción definitiva del Derecho Administrativo en el mundo anglosajón".[287]

Hay que añadir, por nuestra parte, que esta peculiar jurisdiccionalización "judicial" de la actuación administrativa constituye una característica muy

[286] En Norteamérica, señala SCHWARTZ, no es todo el Derecho que afecte a la Administración, sino el que se refiere a estos tres aspectos. El hecho de que allí un solo sistema de Tribunales aplique el Derecho Público y el Privado con los mismos principios procesales, hace que materias que son jurídico-administrativos en Europa no lo sean en los Estados Unidos, aunque sean objeto de la Ciencia de la Administración o la Ciencia Política.

[287] E. GARCIA DE ENTERRIA, "Reflexiones", cit., p. 252.

relevante (y, por lo que vemos, de alcance incluso para el continente) que 1) se basa en una supremacía judicial que permite incluso el ataque a la Administración por la vía incidental (collateral attack), siempre que se agoten los remedios administrativos (exhaustion of administrative remedies; 2) no se articula a través de una acción general contra la Administración, sino un conglomerado de técnicas o remedies; además de los statutory remedies específicos -y en su defecto- los common law remedies, entre los que podemos distinguir, los remedios ordinarios o interdictos -writ of replevin, writ of ejectment -y los extraordinarios- writ of habeas corpus; writ of mandamusm[288]; writ of prohibition[289]; writ of certiorari[290]; writ of quo warranto[291] y writ of injunction[292], o, en fin, la suspensión del acto (Interim relief), 3) su base es el posible daño legal (legal wrong) producido por un organismo a una persona legitimada para el recurso por resultar "agraviada".

Tras esta descripción sumaria, quiero resaltar algunas claves que me parecen nucleares como connotaciones de lo que en su momento expondré como formulación sobre el concepto del Derecho Administrativo, y ello por lo que suponen de nexo o núcleo común de un mismo mundo dogmático, no obstante las caracterizaciones histórico-institucionales propias del sistema europeo y del anglosajón, que, por lo demás, parecen recorrer caminos de confluencia.

a) Refirámonos, en primer lugar, a este último aspecto. No puede pasar desapercibido al observador atento que en el sistema anglosajón, por encima de su tópica definición como rule of law o sometimiento de la Administración al Common law (donde la Administración quedaría sujeta al régimen común, al mismo Derecho que los particulares y como un sujeto privado más), la realidad en los últimos años ha demostrado la configuración de un auténtico Derecho Administrativo. Como hemos visto, se ha debido ello al hecho de que la Administración, ante la evidencia de que debe actuar para satisfacer las necesidades sociales con una fuerza y protagonismo ineludibles, ha quedado sometida a un régimen especial que concilia la atribución de poder a la misma y la garantía ante su ejercicio.

[288] Mandamiento judicial a un tribunal u organismo administrativo ordenando la ejecución de un deber impuesto por la Ley.

[289] Mandamiento de un tribunal superior a otro inferior para comprobar su competencia o "ultra vives".

[290] Mandamiento judicial al tribunal "a quo" para reviser un procedimiento pendiente o concluido.

[291] Mandato a instancia de un particular para dilucidar la legitimidad del nombramiento de un funcionario.

[292] Interdicto solicitado por un particular para que el juez suspenda la ejecución de cualquier acto ilícito de un particular o autoridad.

La existencia, por todo ello, de instituciones y técnicas especiales como el procedimiento de la Administración (due process), la legislación delegada (delegated legislation) cuando no una autentica potestad reglamentaria (rule making), el intervencionismo sobre actividades privadas (public utilities, activities with public interest), la cuasiejecutoriedad de la actuación administrativa (adiudication power), etc. acercan el régimen de la Administración anglosajona a la posición de la continental, sometida como esta a un régimen especial, que, como Derecho administrativo, constituye el "Derecho que regula la actuación administrativa del Estado y de sus agencias" (SCHWARTZ), y cuyo ajuste al mismo (connotación esta típica y permanente del sistema anglosajón frente al regime administratif) es controlado -y la actuación administrativa revisada- por los jueces (en sentido estricto, integrados en la jurisdicción común), y a través de poderes de control mas efectivos que los que hasta hace poco ejercía la jurisdicción contenciosa continental (y, más aún, que los de la jurisdicción administrativa francesa) y un imperio judicial efectivo sobre la Administración (mandatos, writs).

En todo caso, la aproximación desde el tradicional "rule of law" al Derecho Administrativo en el sistema anglosajón resulta evidente.

b) Hasta no ha hace mucho la constatación cierta de la aparición en el mundo anglosajón de un Derecho Administrativo no podía sino producir una cierta complacencia en los cultivadores continentales del mismo porque el clásico pivote de su disciplina -el creciente protagonismo de la Administración que exigía un régimen propio- hallaba también en "ultramar" el obligado reconocimiento. Pero "todo fluye"; y el sistema continental también debía pasar por su propia autocritica. Por ello el Derecho Administrativo continental (alemán, italiano, español) ha ido evolucionando y matizando la pura traslación del regime administratif con que podía identificársele. Quizá, el ejemplo más notorio de esa revisión -y acercamiento al sistema anglosajón-, este en la constatada crisis del tradicional contencioso-administrativo continental, y en las reformas de que este ha sido objeto. Pues dicha crisis y la revisión de los dogmas iusadministrativos que la misma implica se referencian con una connotación anglosajona típica -el poder de los jueces sobre la Administración- y lo que en el fondo ello revela.

Tres artículos publicados por E. GARCIA DE ENTERRIA, dos centrados en la realidad francesa[293], y otro en la española[294], exponían con claridad el al-

[293] "La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de su paradigma", REDA 58 (1988); "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas", REDA, 59 (1989).

[294] "Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español", REDA, (1988).

cance de esa crisis del sistema contencioso-administrativo continental al que se vincula la crisis dogmática del derecho administrativo en el área europea. Con expresas referencias a la polémica parlamentaria y doctrinal francesa promovida por la Ley de 31 de Diciembre de 1987 de reforma del contencioso-administrativo francesa, en la que no fueron infrecuentes las apelaciones, ejemplificativas, al sistema norteamericano, constataba este autor la insuficiencia del sistema contencioso francés y de sus categorías de base para adecuarse a la sociedad de nuestros días: la decisión ejecutoria como apertura necesaria y única del contencioso; la inexistencia de contrapesos frente a los abusos crecientes del privilegio de la decisión previa; la técnica de un "proceso al acto" en que deviene el clásico recurso por excês de pouvoir, que impide una efectiva tutela de derechos de los ciudadanos al dar lugar a sentencias meramente anulatorias -que no resuelven en el fondo los conflictos-, una situación esta que se exacerbaba con la facilidad de la Administración para incumplir las Sentencias con la inaplicabilidad del principio de "cosa juzgada" dada la posibilidad de la Administración de reiterar "ad libitum" actos anulados o análogos a estos; o, en fin, la escasa tutela de los derechos que proporciona una jurisdicción que no podía dar órdenes de hacer a la Administración o determinar su cumplimiento por sustitución. En fin, "viejos dogmas" cuya revisión auspiciaba el autor español remitiendo a técnicas judiciales de urgente reemplazo (medidas cautelares que excedan de la mera suspensión del acto recurrido, como el judicial review inglés; poderes conservatorios; órdenes de hacer o multas efectivas a la Administración, etc.).

La constatación nuclear del profesor ENTERRIA era que en torno al "principio de tutela judicial efectiva de derechos verdaderos de los ciudadanos" -al que otorgaba nada menos que el carácter de "nuevo paradigma" del Derecho Administrativo desde su construcción tras la Revolución francesa- debía girar el Derecho Administrativo del futuro.

No creo hagan falta hacer referencias demostrativas sobre esa auspiciada renovación del Derecho Administrativo continental para apreciar como dicha línea se imbrica en las características del sistema anglosajón. No hay duda, pues, de la tendencia a la confluencia de los sistemas, que, en efecto, y como tendremos ocasión de verificar mas adelante, ha cuajado, en cuanto a la reforma del contencioso-administrativo -y en la línea apuntada por ENTERRIA- en la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa española de 1998.

c) Pero interesa descifrar los factores que contextualizan esa tendencia como referente de una posible caracterización del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. El primer rasgo común del trasfondo explicativo de esa confluencia es el creciente protagonismo de los aparatos de la Administración Pública cualquiera que sea su modo de organización. Caracterís-

tico del sistema continental en sus orígenes, por dos razones (el Ejecutivo-Administración fue tras la Revolución francesa siempre un poder eminente residuario del absolutista -en Francia por su reforzamiento inmediato postrevolucionario y napoleónico; en Alemania por el predominio del principio monárquico- que, por lo demás, intentó lograr objetivos de igualdad social) que no se dieron en el mundo anglosajón (la descentralización inglesa, característica desde su Revolución, o la conformación democrática y federal de la nación americana, de una parte, y el triunfo de una concepción más liberal en la dinámica social anglosajona, de otra), se generaliza en el siglo XX en ambos continentes, en especial por la complejidad de la vida social que exige dicho protagonismo como expresión omnipresente del poder del Estado (por una u otra vía: más centralizada en Europa, más descentralizada territorial y funcionalmente en el mundo anglosajón).

Es este un fenómeno, que si mas tardío en el mundo anglosajón que en el continental, en todo caso, a la altura de nuestro tiempo, ofrece dos características relevantes. En primer lugar, esa Administración y su protagonismo se modaliza inserto en una común formulación del principio de división o, mejor, distribución de poderes (su organificación, prevalente sobre su interpretación sustantiva y material) y que tanto en Europa como ahora (especialmente en Norteamérica) implica una distribución formal y no sustantiva del poder entre los distintos Órganos y organizaciones del Estado. En segundo lugar, que esa distribución o división de poder implica, consecuentemente, el ejercicio de unas facultades no distinguibles "objetivamente" de las del legislativo o los jueces, por parte de la Administración, sino en virtud de criterios formales afincados en el principio de subordinación de la Administración.[295]

Por todo ello, desde este planteamiento generalizado (en el que ya se subsume también, con retraso respecto al continente, el mundo anglosajón; como, a la inversa, aquel recibe de manera creciente las formulas institucionales del intervencionismo administrativo norteamericano: en el plano funcional -así, el actual orden "regulatorio" de la sociedad- y el organizativo -con la importación de las Administraciones independientes-), la consideración de "lo

[295] Reconoce, así, SCHWARTZ, frente a la posible critica de invasión por la Administración de un pleno material que le está constitucionalmente vedado: "El poder de legislar del ejecutivo, cuando es delegado por el legislativo, difiere básicamente del propio poder de legislar del legislativo. Este está investido de toda la autoridad legislativa otorgada por la Constitución; todo poder delegado por el legislativo es necesariamente un poder subordinado, limitado por los términos de la Ley de delegación. Puede decirse que el legislativo ejerce una función legislativa primaria, en tanto que la de la Administración es solo secundaria".

administrativo" como lo atinente al ejercicio del poder, y de un poder subordinado, connotado por el plano público en el que se desenvuelve (plano en el que el binomio potestad pública-intereses generales es determinante) puede entonces aparecer como almendra diferencial del Derecho Administrativo, como rama jurídica que regula su ejercicio.

d) Pero esta rama jurídica, a la altura de nuestros días, no puede quedarse en una dogmática sobre el ejercicio de un poder subordinado tan solo a la ley, como expresión insuperable de toda legitimidad, sino subordinado también a derechos individuales en ningún caso abatibles por la acción administrativa en nombre de un abstracto interés público.

En el fondo, la comentada crisis del sistema administrativo continental no ha sido debida sino al hecho de la generalizada impronta del constitucionalismo en nuestros días, que ha superado su concreción exclusivamente política (respecto de libertades sociales con incidencia en el mecanismo de representación política), típica del siglo XIX, para extenderse a todos los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones. La Administración no puede, entonces, ser ya esa especie de demiurgo de un Ejecutivo, "falso" y solo aparente porque tras de sí disponía de los poderes y posición "residual" de todo el poder estatal (como antes el príncipe absoluto), sino un poder subordinado a la ley, si, pero también a los derechos fundamentales como derivados de la norma máxima, la Constitución. Es esa normatividad directa de la Constitución la que explica esa subordinación real -no solo la formal, a la ley- de la Administración, a los derechos fundamentales, así como el replanteamiento de su control jurisdiccional hoy generalizado -o solicitado- en Europa.

Pues bien, ¿hay duda que esa actual normatividad directa, que ese necesario control judicial como tutela efectiva de los derechos frente a las tradicionales prerrogativas de la Administración beben del modelo anglosajón?[296]. Desde la aparición histórica del constitucionalismo, la eficacia directa de los derechos consagrados por el mismo y su tutela judicial ha sido mucho más efectiva -por el significado social- institucional otorgado a los mismos y por

[296] Como evidencia al respecto, reseñaremos a VILLAR PALASI, Introducción y teoría de las normas, Madrid, 1968. p. 296. "La parte dogmatica (derechos y obligaciones de los particulares) de la Constitución tiene en el sistema continental una eficacia solo indirectamente vinculante, en cuanto determina una pura obligación de la legislación posterior de ajustarse a estas líneas generales marcadas en la parte dogmática de la Constitución; a diferencia de lo que sucede con el sistema norteamericano, en el que todo es, incluso en su parte dogmática, invocable ante los tribunales, los cuales pueden aplicar frente a un texto de la ley un texto de la parte dogmatica".

el papel reconocido para dicha protección al conjunto de sus instancias judiciales- en el mundo anglosajón que en el europeo continental (por más que éste se desarrollara en línea acelerada en el siglo XX, en Alemania, Italia y más recientemente en Francia y España).

Y en efecto, desde el momento en que tales derechos fundamentales no son meras proclamaciones programáticas solo eficaces desde la ley, sino derechos directamente protegibles desde la Constitución, su protección frente a la actuación de una Administración tan poderosa como la actual, asume una evidencia trascendente, y el control judicial de su respeto por la Administración una relevancia que afecta al fondo (protección efectiva, positiva que excede de la mera anulación de los actos administrativos) y a la forma (protección por Órganos y técnicas judiciales distintos al conservadurismo interno que asegura y/o propicia una jurisdicción administrativa "timorata", por interna al aparato administrativo o por reverencial en el control de la misma) de los sistemas hasta ahora tradicionales.

En suma, desde el momento en que el "Derecho" excede de la "ley" el mismo excede también de una fatal intermediación legal. Por ello mismo, la justiciabilidad de la Administración no se va a concretar tan solo en la verificación técnica y formal de su ajuste a la ley -desde esta perspectiva podría resultar coherente: la justiciabilidad podría realizarse por jueces internos a la propia Administración- sino en la solución de auténticos conflictos de intereses y derechos prevalentes sobre toda decisión administrativa.

V.
LAS CONCEPCIONES CIENTIFICAS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La Administración pública como referente: el perenne dilema de su conceptuaron organico-subjetiva o funcional

De lo expuesto, hasta aquí realizado sobre el proceso de sometimiento de la Administración (extensivamente, del Poder) al Derecho podemos derivar, en lo que nos ocupa (definir el Derecho Administrativo), dos conclusiones iniciales, pero fundamentales.

En primer término, su esencial historicidad, rasgo que se evidencia en sus características distintivas según sistemas ("rule or law" anglosajon, "regime administratif", etc.) o países (Francia, Alemania, dentro de un mismo sistema, por ejemplo); en el distinto significado de susinstituciones, dirigidas a lograr el equilibrio entre el poder público y la garantía frente al mismo, que constituye su razón de ser; y, en fin, en la continua adaptación y recreación de sus formulas y técnicas.

En segundo lugar, que el Derecho Administrativo articula la sumisión al Derecho del poder político institucionalizado; es decir, de las formas de organización y actuación imperativa que en las comunidades sociales organizadas, y, como expresión de las mismas, se reconocen legitimas. Esta consideración nos llevará, obviamente, a incluir el Derecho Administrativo en el ámbito del Derecho Público, así como a deslindarlo, dentro de este, a partir de una de esa formas de expresión por las que convencionalmente se le define: la Administración Pública.

Esta última apreciación (ligada, claro está a las dos anteriores- lo que sea la Administración Pública depende de la organización política de la comunidad social, algo, a su vez, definido por la historia) resulta, al cabo, fundamental, al menos como punto de partida, para la definición del Derecho Administrativo. Ahora bien, la cuestión dista de ser sencilla. Por el contrario, ha constituido la piedra de toque de todas las concepciones científicas sobre el Derecho Administrativo.

Ya en principio, definir el término "Administración" nos lleva a un obligado distingo entre las dos acepciones que esta sustantivación del verbo administrar puede permitir: la función de administrar (gestionar un asunto) y la organización que lleva a cabo esta función. Pero si al sustantivo se le añade el calificativo de "pública", el distingo alcanza entonces toda la complejidad de lo que dicha caracterización implica: el poder público. Así, "administración pública" remite a gestión, actuación de la autoridad, y "Administración Pública" a la organización del poder público -lógicamente en el Estado- que realiza esa actuación.

Pero además, tal dicotomía se complica aún más bajo las claves del Estado de Derecho (imperio de la Ley, principio de legalidad, división de poderes, etc.). Pues, bajo estos principios, queda entonces ligada al problema de la identificación jurídico-formal de las diversas formas de manifestación de ese poder y de la residenciabilidad orgánico-institucional de las mismas, cuestión que, en la configuración efectiva del Estado de Derecho, no se resuelve en un cuadro unitario.

Precisamente por todo ello, y reconducida la delimitación del Derecho Administrativo al previo acotamiento de lo que sea la Administración Pública, el dilema entre su consideración material-funcional (en tanto que función) u orgánico-subjetiva (como organización) ha constituido el trasfondo permanente de los sucesivos intentos definitorios. Es una alternativa que, como no podía ser menos, ha estado unida a una distinta perspectiva de base (en un caso, el énfasis en el criterio de las funciones del Estado como punto de partida; en otro en la estructura determinada por la división de poderes)[297], ligada a su vez a circunstancias diversas: las influencias histórico-científicas (en general, es evidente la dialéctica que existe, en los planteamientos y sus respectivas influencias, entre las tesis francesas y las de la dogmática alemana), la realidad del ordenamiento del que se parte, la sobrepuja de unos u otros argumentos, etc., y que por lo demás se manifiesta con un cierto signo pendular.

[297] "Una serie de posturas podrían englobarse en una tercera solución, de carácter formal, que atendería al tratamiento jurídico de la actividad de los Poderes del Estado, siendo entonces lo decisivo para describir a la Administración Pública, el tratamiento que de ella y sus actos ofrezca el Derecho que las regule (así ENTRENA, Curso, cit., p. 26).

Como referencia preliminar sobre el problema, nos vamos a detener, pues, en primer término, antes de pasar revista a las aportaciones más decisivas al respecto, en la consideración y deslinde de la Administración y el Derecho Administrativo que ofreció la primera doctrina.

2. La inicial noción subjetiva de la administración y del derecho administrativo: la supuesta identificacion de su objeto con la funcion propia del poder ejecutivo y su organificacion en la primera doctrina española

Con el Estado constitucional va a surgir un Derecho Administrativo conformado ya por unos principios inervadores. La división de poderes como presupuesto de la estructura del Estado y la asunción de la idea de que a esa división estructural correspondía asimismo una paralela diferenciación de las funciones estatales (legislativa, ejecutiva, judicial) hace que los primeros cultivadores del Derecho Administrativo, aplicando esa identificación, lo conciban como Derecho de la función desarrollada por el poder ejecutivo, lo que, en otros términos, podría ser interpretado como Derecho de la función de ejecución de las leyes.

Sobre esta base, se ha estimado que estos primeros cultivadores de nuestra disciplina mantuvieron un criterio funcionalista[298]. Sin embargo, en nuestra opinión, la perspectiva de esos primeros autores es organicista[299] o, en todo caso, hibrida organicista-funcionalista. Precisamente por esa interpretación doctrinaria de un Ejecutivo limitado a la ejecución de la ley (aunque la realidad constitucional desmintiera pronto ese reducido papel del Ejecutivo) que mantuvieron esos primeros autores, muchas de sus posturas tienen en cuenta exclusivamente al Poder, y consecuentemente, a la organización en la que el mismo se sitúa, como referente de su construcción.

Escribe L. PAREJO, que en Francia, los primeros administrativistas - MACAREL, CORMENIN, DE GERANDO- contemplan el Derecho Administrativo como "el ordenamiento de la función propia de la organización que culmina en el Gobierno, es decir, la adscrita al poder ejecutivo" y que también en Alemania, se da esta inicial identificación de Administración y poder ejecutivo, y,

[298] Así MUNOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación", RAP, 84, P. 521.

[299] Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos.., cit., p. 37.

por tanto, entre Derecho Administrativo y función ejecutiva"[300]. Estas citas son, en mi opinión, demostrativas de que en estos autores no hay una clara opción funcionalista, sino una mezcla de esta con la constatación orgánica-subjetiva de la Administración, como aparato del Poder Ejecutivo. En suma, esta primera doctrina, partiendo de la identificación función-Poder, acaba constatando que el todo orgánico es un referente certero de esa función de pura ejecución de la ley.

Esa misma mixtificación se produce en la primera doctrina española del Derecho Administrativo, construida a mediados del siglo XIX, en concreto en torno a la década de 1840-1850. Desde una inicial apreciación: FRANCISCO AGUSTIN SILVELA, JAVIER DE BURGOS, ALEJANDRO OLIVÁN, MANUEL ORTIZ DE ZUÑIGA, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, etc.) parecen mantener un criterio funcionalista[301]. Pero una consideración más detenida nos permite apreciar asimismo, sin embargo, que esa misma doctrina concibe la Administración también -y simultáneamente- desde una perspectiva orgánica, como el conjunto de los Órganos y autoridades que integran el Poder ejecutivo[302].

No debe sorprendernos. Esta doctrina está condicionada por la influencia de la teoría de la división de poderes -tan opuesta a la confusión del mismo propia del Antiguo Régimen- en los primeros textos constitucionales y por la importación del Derecho Administrativo francés. En suma, si estos autores conciben lo administrativo como lo perteneciente a la ejecución de las leyes (concepto funcional), una vez identificada esta función con la propia del Poder Ejecutivo, la Administración se identificara con la ejecución de las leyes que lleva a cabo el Poder Ejecutivo: esta será la evidente tesis de COLMEIR0[303]. Pero, por ello mismo, y consecuentemente, van a enfatizar

[300] PAREJO, Ibidem, p. 73. Trae a colación a J. POZL y VON STEIN. Para el primero, la Administración es "aquella actividad que emana y dirige el supremo Organo del Estado y que tiene por objeto realizar, en la vida real y en un Estado dado, él fin mismo de éste"; para el segundo, fundador del Derecho Administrativo alemán, la Administración es -aunque la matiza" ejecución", pero también el todo Órgano ("das organische Ganze").

[301] Esta es la conclusión de L. PAREJO: "Se atienen a la concepción funcionalista de lo administrativo", aunque a renglón seguido explique:"Todos ellos mantienen, en efecto, y con una u otras matizaciones que la Administración se limita al Poder Ejecutivo y es la acción o el conjunto de medios con los que las leyes se ejecutan". En El concepto..., cit., p. 77.

[302] ENTRENA CUESTA, R., "El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo español", RAP, nº 32, 1960, pp. 55-73

[303] Administrar, pues, significa gobernar, en cuanto gobernación equivale al ejercicio del poder ejecutivo...un poder central que representa a la Sociedad en la persona de un jefe investido con todas las facultades necesarias para hacer cumplir Ia ley; pero sin atribuciones en punto a la legislación y a Ia justicia". M. COLMEIRO, Derecho Administrativo español, Madrid, 1865, 3a ed., T.I., p. 5-7. Esta concepción se prolongaría incluso hasta finales del siglo XIX, en autores como V. SANTAMARIA DE PAREDES para quién "el concepto de lo administrativo se resuelve en el poder ejecutivo" (Curso de Derecho Administrativo, seqún sus principios generales y la legislación actual de España, Madrid, 1894, 4a ed.

su preocupación por el aparato organizativo del Estado donde reside dicho Poder.[304]

Este criterio, que podríamos denominar bivalente, funcional-orgánico, es el que se revela, por ejemplo, en la definición de la Administración de un GÓMEZ de LA SERNA ("el poder ejecutivo y la acción de sus diversas partes, o lo que es lo mismo, el conjunto de medios con los cuales las leyes se ejecutan") o de SILVELA (el conjunto de medios por los cuales las leyes se ejecutan, o la acción o el juego de las diversas partes del poder ejecutivo")[305] y, en general, en el resumen de la concepción de esta inicial doctrina (junto a los citados, OLIVAN, ORTIZ DE ZUÑIGA, etc.) que nos ofrece ENTRENA.[306]

Quizá por ello mismo, una parte de esa doctrina advirtió la necesidad de perfilar la función administrativa como acción del Ejecutivo de características definidas y "autónoma" frente a la del Gobierno. Es lo que se percibe, por ejemplo, en J. POSADA HERRERA dadas las matizaciones que efectaba a esa concepción bivalente en la que aún se sitúa[307]. Para POSADA HERRERA, el poder ejecutivo se divide en dos brazos distintos: uno encargado de los intereses generales de la sociedad (poder administrativo), otro del cumplimiento de las leyes civiles y de la resolución de las cuestiones entre particulares (poder judicial). Por ello, para él, la Administración, más que un corpus organizativo definido e investido de la potestad del Estado, es el conjunto de medios, personas y organizaciones del Estado o de la sociedad a través de los cuales se realizan los intereses generales de la Comunidad. (Por ello incluye en la Administración Pública no solo al Estado sino también al individuo y sus organizaciones cuando llevan a cabo funciones consultivas o gestoras de intereses colectivos -Corporaciones, Juntas, Consejos, Asociaciones de intereses, etc.-). Por lo demás, y como dato revelador de su realismo alejado de la doctrinaria identificación de ejecución de la Ley y Poder ejecutivo, POSADA HERRERA se referirá, también, al uso de hecho de la potestad regla-

[304] La prueba de esta doble faz, no siempre advertida, se evidencia en el hecho, por ejemplo, de que L. PAREJO (El concepto, cit., peg. 78-79 y 141 respectivamente) si por un lado comenta la "concepción funcionalista pura de la Administración" de COLMEIRO, de otro, subraya el entronque de éste con las posteriores tesis orgánico-subjetivas, que revela su definición del Derecho Administrativo como "conjunto de leyes que determinan las relaciones de la Administración con los administrados".

[305] Cit. por ENTRENA, "El concepto...", RAP, 32 (1960), pp. 58 y ss.

[306] 1°) La Administración es un complejo orgánico comprendido en el Poder Ejecutivo. 2°) Misión suya es ejecutar y nada mes que ejecutar la ley. 3°) No existe identidad entre Administración y Poder Ejecutivo. Aquella es igual a este menos el Gobierno, aunque, como recuerda OLIVAN, "el Gobierno y la alta Administración se tocan y se confunden a la vista". Cfr. ENTRENA, cit., p. 60 y ss.

[307] POSADA HERRERA, J. Lecciones de Administración, ed. del lEA, Madrid, 1978.

mentaria por el Gobierno, al punto de que no era fácil en la época distinguir las verdaderas leyes de los reglamentos y disposiciones administrativas.[308]

En todo caso esa concepción común la primera doctrina española del XIX -con la peculiar postura de POSADA HERRERA- y cuya calificación es discutible (para unos, "funcionalista", ya que identifica lo administrativo con la ejecución de la Ley por el Ejecutivo -así, L. PAREJO; para otros, sobre esa misma referencia al Poder Ejecutivo, subjetivista- así ENTRENA; otros ofrecen una explicación contradictoria)[309] va a ser abandonada desde principios del XX, siendo sustituida por una autentica concepción funcional-material, que no vincula la Administración al Poder Ejecutivo, sino que la define como "una de las funciones del Estado".

Iniciada por ADOLFO POSADA, a través del cual se reciben en España las formulaciones de la dogmática alemana, esta corriente será luego seguida de modo casi unánime. La Administración será entendida desde entonces como "función administrativa", como una actividad del Estado delimitada materialmente por la realización de unos actos característicos según las distintas versiones doctrinales. En esta línea incluye, por ejemplo, ENTRENA a ROYO VILLANOVA, GASCON y MARIN, GARCIA OVIEDO, ALVAREZ GENDIN[310], que evidentemente no pudieron menos que resultar sensibles a las grandes corrientes europeas de fines del siglo XIX y principios del XX.

Como punto de sus formulaciones, a la búsqueda de una teoría de la función administrativa, ofrecen un postulado: "Ni todo lo que hace el poder ejecutivo es administrar ni solo el poder ejecutivo administra". Era la reflexión

[308] En el inicial constitucionalismo español es dudoso se produzca una estricta interdictión de la normación por parte del Ejecutivo. El Decreto I, de 24 de Septiembre de 1810, de la Asamblea Constituyente, formula ambiguamente la división de poderes; por el Decreto IV, de 27 de Septiembre del mismo año, las Cortes habilitan al Consejo de Regencia para que "use de todo el poder necesario para la defensa, seguridad y administración del Estado en las criticas circunstancias del día"; y aunque por Decreto XXIV, de 16 de Enero de 1811, que aprueba el Reglamento provisional del Poder Ejecutivo, se establece que "el Consejo de Regencia hará que se Ileven a efecto las leyes y decretos de las Cortes", Ia Constitución de 1812, aunque define el Poder ejecutivo como "la potestad de hacer ejecutar las leyes" (Art. 16) le atribuye en el art. 171 la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes. Cfr. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX 012-1845), Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, 1973, pp. 31 y ss.

[309] Así, S. MUNOZ MACHADO: "Partiendo de esas premisas, lo propio del Derecho Administrativo seria el estudio de la función ejecutiva, esto es de la función material, de ejecución de Ia Ley...la Administración se identifica, pues, con el poder ejecutivo en esta primera doctrina cuyas orientaciones son similares a las de otras doctrines europeas de la época". En: Las concepciones…"cita., p. 521 y 522.

[310] ENTRENA, op. cit., p. 32 y ss

obligada ante una realidad fáctica y legal muy alejada del doctrinarismo inicial de la división de poderes[311] y ante el gran debate dogmático que ante esa constatación se había producido en Europa.

3. Las concepciones del derecho administrativo según un criterio material u objetivo: el derecho de la administracion como función

El planteamiento funcionalista de la Administración Pública y del Derecho Administrativo es, en gran parte, tributario de la Escuela alemana del Derecho Público y de su construcción dogmatica sobre el Estado-persona y las funciones del Estado. Sobre la base de esta teoría, una vez identificada una "función administrativa" del Estado, el Derecho Administrativo podría entonces ser definido como el Derecho regulador de esa función.

4. La teoría de las funciones del Estado y la definición de una "función administrativa"

Hacia fines del siglo XIX, los juristas alemanes (ALBRECHT, GERBER), bajo la impronta de la filosofía hegeliana y condicionantes de diverso orden (dogmáticos y políticos), tratan de construir el Derecho Público sobre nuevas bases, intento que desarrolla, a principios del siglo XX, G. JELLINEK.

En ese intento de construcción del Derecho Público alemán, en suma, de sumisión del Estado al Derecho (muy lastrada hasta entonces por la hipoteca privatista de la teoría del Fisco), la idea del Estado-persona, titular de la soberanía, posibilitaba que éste, mediante su autolimitación, quedara sujeto al Derecho en términos más nítidos que los que permitía la del Estado-nación y la correlativa localización de la soberanía en ésta última (porque en la tesis rousseauniana de la voluntad general, la soberanía resultado del pacto social

[311] La exclusión del Poder Ejecutivo de toda actuación "legislativa" (normativa) y la limitación del mismo a la pura ejecución de la Ley que requería la división de poderes y su inicial interpretación revolucionaria, se vio pronto desmentida. Ya bajo la Constitución de 1791 dictó el Ejecutivo reglamentos (Cfr. ESMEIN, Elements de Droit Constitutionel francais et comparé) pero la Constitución del VIII permitió este ejercicio de poder normativo por el Ejecutivo. A partir de esta habilitación -recuerda GARCIA DE ENTERRIA, Curso. Madrid, Civitas- se consolidaría posteriormente el reconocimiento al Poder Ejecutivo de una potestad reglamentaria autónoma.

era inalienable). En suma, para la dogmática alemana, la soberanía no seria del príncipe, ni de la nación, sino del Estado-persona jurídica.[312]

Dada esa personificación del Estado, los distintos Poderes perdían substantividad, convirtiéndose en órganos del mismo. Con lo cual, la verdadera cuestión radicaba en la delimitación de las distintas funciones del Estado. Es lo que intento JELLINEK a la vista del relativismo que en la práctica ofrecía la supuesta correlación entre Poderes-Órganos y funciones del Estado[313] y las insatisfactorias conclusiones de la doctrina. JELLINEK abordó la distinción entre las funciones estatales como tales, objetivadas, desde una doble perspectiva (material y formal): funciones materiales son las grandes modalidades de actividad en que se manifiesta la acción del Estado; funciones formales las que, de aquellas (y cualquiera que sea la modalidad de actuación), corresponden a un Órgano determinado.

Clasificación esta que se expresa claramente, por ejemplo, aplicada a la conocida distinción entre Ley material (norma o regla jurídica) y Ley formal (lo calificado como ley por ser decidido por Órganos determinados conforme a un procedimiento establecido de sanción y promulgación).

Por su parte, en las funciones materiales del Estado, distinguiría JELLINEK dos modalidades: establecer reglas abstractas (función normativa) y actuar de modo concreto sobre un problema determinado (decisiones individualizadas y singulares). A su vez, esta última puede producirse como: a) actuación limitada a la realización de las normas abstractas (ejecución o realización de la ley), o b) actuación libre dentro de los límites de la norma

312 Histórico-políticamente, hay en ello una transacción muy propia de la tensión en que, en el proceso constitucional alemán del XIX, se sitúan el monarca y el Parlamento.
La Escuela alemana de Derecho Público propiciaba con ello una respuesta a la delimitación del poder del rey y del Gobierno frente al Parlamento (concretado, por ejemplo, en el debate sobre la atribución del poder presupuestario, y su naturaleza de ley o acto). Clasificada en funciones materiales la actuación del Estado, habría un criterio para dicha atribución, para detraer la potestad normativa del Gobierno en tanto que "legislación"; para ampliar la potestad presupuestaria u organizativa de aquél en tanto que "administración", etc.
Ese contexto explica la distinción entre reglamentos "jurídicos" (normativos, funcionalmente legislativos) y "administrativos" (no normativos), los primeros necesitados de apoderamiento legal, los otros no, etc. y, en fin, la dicotomía ley "formal" ley "material", elaborada dogmáticamente al hilo de esa pugna, en Alemania, por LABAND y JELLINEK en el último tercio del XIX.

313 La asunción exclusive de cada función material por un solo Poder parece un objetivo doctrinario no refrendado por los hechos, ni siquiera en los primeros años de la Revolución, y quizá tampoco suscrito en términos absolutos por Montesquieu, como señalo Carré de Melberg. Es conocida la distinción de este entre poder, función y Órgano, y su auspicio de la unidad de poder del Estado, distinguiendo en el sus diversas funciones. Cfr. GARRIDO, Tratado, cit., p. 38.

(ejecución bajo ley). La primera modalidad es la propia de la función judicial; la segunda, la de la Administración.

En definitiva, para JELLINEK, "Ialegislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La Administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas, o dentro de los limites de esta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como un sistema completo".[314]

Este análisis dogmático abre la puerta a la eventualidad de una definición objetiva y sustantiva de tales actuaciones estatales y, consecuentemente, la de acotar una función ejecutiva o administrativa materialmente considerada y objeto del Derecho Administrativo con independencia del Órgano-Poder que la realizara.

Vamos a revisar ese intento, siguiendo conclusiones generalizadas que pueden exponerse en los siguientes términos:[315]

5. Deslinde de la "función administrativa"

Ciertamente, esa identificación debe producirse trazando la definición material de cada una de las tres citadas funciones.

Concebida la ley, en sentido material, como norma de contenido general y abstracto que de modo obligatorio declara el Derecho, la función legislativa puede acotarse como la actividad consistente en emitir normas, reglas jurídicas, con independencia del Órgano estatal que la lleve a cabo. Consecuentemente, el Reglamento podría ser calificado como ley material y la potestad reglamentaria de la Administración conceptuarse de "función legislativa" realizada por esta; así como también, y viceversa, toda decisión que no sea normativa, ley material, no constituiría ejercicio de la función legislativa aunque se exprese en forma de ley.

Materialmente, la función jurisdiccional consiste en la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, a través de la declaración del Derecho en

[314] JELLINEK, G. Teoría General del Estado, trad. de F. de los Rios, Buenos Aires, 1943, p. 497.

[315] Cfr. la clásica tripartición de funciones del Estado en GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., 1987. p. 33 y ss. Hay que destacar, no obstante, que esa tripartición de funciones ha sido, por otra parte, cuestionada por quienes añaden una cuarta (la constituyente, SAYAGUES; la directiva, ALESSI, etc). Ibidem, p. 36.

cada caso concreto. "Si la ley es un acto de voluntad -recuerda GARRIDO FALLA- la decisión jurisdiccional en un juicio".[316] La delimitación de esta función, no debe plantear problemas sustantivos, ni tampoco formales ya que su vía exclusiva de expresión es siempre la sentencia.

Mayor complejidad presenta el deslinde de la función ejecutiva o administrativa, ante el hecho de que, ciertamente, el concepto de "ejecución" puede revestir doble significado: 1) como acto de "ejecución material" de declaraciones de Derecho anteriores, sean la Ley o la sentencia; supuesto este en que el Estado actúa materialmente para que dicha ejecución tenga lugar (p. ej. actuación para la construcción de una carretera prevista en un plan aprobado por Ley o para ejecutar una sentencia).[317] 2) como acto de "ejecución jurídica" en aplicación de la Ley general (por ej. acto de nombramiento de un funcionario, concesión de una licencia de obras, que son, respectivamente, ejecución de la legislación sobre funcionarios o sobre régimen local).

En ambos supuestos, la distinción de la función ejecutiva o administrativa respecto de la legislación no debía plantear mayores problemas: si el legislador acaba su obra al crear la regla jurídica, la Administración gestiona persiguiendo un fin, día a día, de manera continua y concreta, rasgos que la distinguen de la actividad legislativa.[318]

La distinción respecto de la jurisdicción es, sin embargo, más compleja, al menos en el supuesto que hemos denominado "ejecución jurídica (no en la ejecución "material"). Para diferenciarlas se han establecido los siguientes criterios:[319] a) que la Administración, como ejecución de la Ley, se efecta bajo la dependencia jerárquica propia de la organización administrativa, mientras que la función judicial es ejecución de la Ley, pero independiente (MERKL). b) que la Administración, ciertamente sometida a Derecho, actúa, frente a la Jurisdicción, de propia iniciativa y no ante la necesaria petición de parte para declarar el Derecho[320] c) que la Administración debe ser entendida no solo como ejecución de la Ley, sino como ejecución bajo la Ley. Si para la función jurisdiccional el cumplimiento de la ley es su único fin, para la Administración, la Ley no es un fin, sino límite y cauce de su actuación. Junto a la norma, hay una serie de decisiones y valoraciones no contenidas en aquella que

316 GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., 1987. p. 34.
317 GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., 1987. p. 26 y ss.
318 RIVERO, J., Droit Administratif, cit.,pág. 12.
319 Cfr. VILLAR PALASI, Derecho Administrativo, cit., pág. 42 y ss., y GARRIDO FALLA, F. Tratado, cit., pág. 35 y ss.
320 RIVERO, J., Droit Administratif, cit.,pág. 12.

deben ser concretadas por la Administración. Esta, por lo demás, no tiene como objetivo esencial la realización del Derecho sino la satisfacción, en el marco de la Ley, de las necesidades sociales,[321] lo que exige "además del respeto del Derecho, el sentido de la oportunidad y la competencia técnica".[322]

6. Las objeciones a la teoría funcional

No quedaría completa la exposición de la teoría de las funciones si no hiciéramos una referencia sumaria a las objeciones formuladas a la misma:

1) La existencia de múltiples funciones materialmente administrativas (actuación concreta, sin dictar normas o resolver juicios por sentencias) que son realizadas por el legislativo (aprobación del nombramiento de diputados o de sus propios funcionarios, actos y contratos sobre sus bienes o fondos, o -es mas- las llamadas leyes de aprobación: para enajenar inmuebles, otorgar pensiones extraordinarias, leyes de presupuestos, etc.) o por el juez (jurisdicción voluntaria, policía de salas, etc.). Todas estas actuaciones supondrían en la teoría de las funciones verdadera "función administrativa", y, sin embargo, -se ha argumentado- no están sometidas al Derecho Administrativo, pues justamente lo que se busca con la atribución de algunos de tales actos al Parlamento es excluirlos del régimen común de Derecho Administrativo.

2) Que la Administración dicta normas (reglas jurídicas, en el más auténtico sentido del concepto) y resuelve recursos, actividades ambas que no son, desde un punto de vista material, pura ejecución o función administrativa, sino mas bien "función legislativa" en el primer caso y "jurisdiccional" en el segundo. Y sin embargo, tales actividades, están encomendadas a la Administración y sometidas al Derecho Administrativo.[323]

3) Por último, hay actividades que materialmente son de ejecución, y que, sin embargo, no son función administrativa, sino función de gobierno (así, acuerdos internacionales, medidas de política económicas como devaluaciones monetarias, nombramientos políticos, etc.).

[321] Esta diferenciación entre Administración y Justicia es la de STAHL, luego recogida por 0. MAYER, Derecho Administrativo alemán, Buenos Aires, 1949, T. I. p.15. FORSTHOFF criticara más tarde este planteamiento.

[322] RIVERO, J., Droit Administratif, cit.,pág. 12.

[323] Cfr., GARRIDO FALLA, F., Tratado..., cit., p. 36 y ss.

7. Critica a estas objeciones

No hay duda de que estas objeciones ponen un punto de fundada controversia en una teoría como la de las funciones, excesivamente absolutivista. Pero presentan, en mi opinión, claros puntos de quiebra. Veamos.

En principio, hay que destacar que dichas objeciones caen, en parte, en el peligro que precisamente JELLINEK quería obviar: calificar "materialmente" la función en virtud del Órgano estatal que la ejerce para, derivando la naturaleza de la función de la del Órgano que la tienen atribuida, sacar las pertinentes consecuencias. Cuando la perspectiva debe ser otra: calificada materialmente la función, la atribución a uno u otro Órgano, es una decisión constitucional que resolver cada sistema comparado en sus propios términos. En suma, la identificación doctrinaria entre poder-Órgano-función no puede constituirse como un "a priori" científico para el análisis material de la actuación del Estado.

En cuanto a la primera objeción, es dudoso que algunas leyes de aprobación sean actos de exclusiva administración. Qué el presupuesto no sea estrictamente ley material, no puede hacer desconocer su carácter programático y su alcance, aunque temporalmente limitado, vinculante para el conjunto del Estado y de los entes públicos, para los que constituye una cuasi-autonormación en materia económico-financiera. Y en otros supuestos de leyes de aprobación (como la de una pensión extraordinaria), no hay norma, ciertamente, pero tampoco acto, sino concesión "soberana" de un "privilegio". Por último, dogmáticamente nada impide que muchos actos "materialmente administrativos" del Parlamento y del Judicial puedan quedar sometidos al Derecho Administrativo, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por lo demás en alguna de tales objeciones -y abordamos ahora la segunda- hay un evidente desenfoque. No puede decirse, sin más, que la resolución de los recursos administrativos por la Administración constituya "función jurisdiccional". En el recurso administrativo no hay juicio sobre intereses contrapuestos, sino revisión por la Administración de la manera como anteriormente ejecutó la ley, constituyéndose, desde lo jurisdiccional, como un incidente previo, y, en lo administrativo como una prerrogativa revisora de la Administración.

Tampoco el sometimiento de los Reglamentos -norma y no actuación singular- al Derecho Administrativo priva de interés a la teoría de las funciones, ciertamente haciendo los oportunos matices. Ya el mismo JELLINEK reconoció que la actividad reglamentaria se atribuía a la Administración y se sometía al Derecho Administrativo, no tanto habida cuenta de la naturaleza

de la función, sino del "poder" con que esta se ejercita: esta actuación (a diferencia de las leyes) no esta revestida del poder de soberanía plena.[324] El matiz -realmente de alcance- no puede ser otro que la necesaria extensión de lo que se entiende por "función administrativa". Desde la perspectiva de las actuaciones del Estado, la calificación de las mismas no puede atender tan solo a sualcance (general y abstracto/particular y concreto) sino también a su caracterización jurídica.

Pues bien, si desde la primera caracterización, el Reglamento es "función legislativa" (normativa), desde la segunda es "administración", función administrativa. No hay, estrictamente, en el Reglamento actuación de disposición, sino actuación vicaria (bajo la Ley), ejecución de la Ley (claramente en los reglamentos ejecutivos), en fin, administración. Idéntica conclusión cabria hacer a la vista del Reglamento "administrativo" o de organización, porque en puridad su carácter abstracto y general además de ser acorde con la Ley, y producirse en virtud de la ley, se restringe al ámbito interno de la propia Administración Pública (otra cosa es su carácter jurídico). La cuestión se complica, no obstante, en lo que respecta a los Reglamentos independientes y autónomos por más que siempre cabra invocar un abstracto mandato constitucional o legal que los legitime y delimite su alcance, lo que al cabo, confirmarla toda normación reglamentaria como función de "administración" y no de "disposición".

Queremos adelantar, en todo caso, una de nuestras conclusiones. Del hecho de que el Reglamento se someta al Derecho Administrativo no puede derivarse que este sea por ello y sin más (al margen de nuestra anterior explicación) el Derecho de la función administrativa del Estado, como tampoco -dada la opuesta apreciación Orgánico-subjetiva- el Derecho de la Administración, que los dicta; sino que el Derecho Administrativo lo es también de la función normativa sujeta a Ley.

Por último, la critica a la tercera objeción. La existencia de actividades de ejecución que no son función administrativa, sino de gobierno, no lleva sino a apreciar lo pertinente de ese añadido a la trilogía de funciones. Es algo que, por ejemplo, ha puesto de manifiesto J. RIVERO, aunque, consciente de la dificultad de su deslinde respecto a la función administrativa (porque trazar la frontera estará condicionado por elementos políticos más que formales jurídicos), concluya con la irrelevancia de la distinción.[325] En nuestra opinión,

[324] Teoría General..cit.p´498.

[325] En pratique, d'ailleurs, ('action gouvernamentale et la direction de l'activite administrative incombent aux memes organes, et aboutissent a des actes de meme nature. La distinction n'a doc de portee juridique". Droit Administratif, cit. p. 12.

no obstante, hay que matizar: la función "de gobierno", por su naturaleza política, no se circunscribe a lo realizable por el Poder Ejecutivo (nombramientos políticos, etc.) sino que se extiende a decisiones imbricadas de la Asamblea (cuestiones de confianza, censura, suplicatorios, etc.), y por ello mismo, en estos supuestos no hay función propiamente normativa, jurisdiccional o administrativa, sino política y de relación constitucional, de disposición del poder, no sometida a otra norma que la constitucional u ordinaria que establezca los correspondientes procesos institucionales.

8. El concepto negativo o residual de la Administración Pública: Otto Mayer

Ante la dificultad que suponía lograr una definición concluyente de la función administrativa materialmente considerada, la doctrina alemana, desde LABAND a MERKL,[326] intentó una explicación realista de la Administración Pública, caracterizándola por exclusión respecto de la legislación y la justicia. El principal representante de esta tesis, fue OTTO MAYER, una cumbre del derecho Administrativo alemán, que logro con su Deutsches Verwaltungsrecht (1895-1896),[327] una autentica sistematización de esta disciplina. No constituye este planteamiento, como veremos, una postura meramente negativista o "a contrario", sino que ofrece aportaciones de enorme interés.

Parte esta teoría de una visión historicista. Para OTTO MAYER, el Estado - objeto de la teoría del Derecho Administrativo- "ser común ordenado" investido de un poder superior (oberste Gewalt) realiza un conjunto de actividades que podrían conceptuarse globalmente como Administración (Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zewcke, actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines); pero también a través de la legislación y la justicia tiende el Estado a realizarlos. Solo el desarrollo histórico -dirá MAYER- es el que ha fijado su respectivo distingo, razón por la que para definir el ámbito y contenido de la Administración hay que analizar su progresiva configuración histórica en el Estado moderno.

Pues bien, el análisis histórico muestra un proceso de concentración de poder a lo largo de los siglos XVI y XVIII, en manos del príncipe, que asume en términos absolutos la tarea de gobernar (Regiernung), función global esta que integra la actividad total del Estado (legislación, justicia y administración). Sin embargo, evolutivamente -recuerda MAYER- estas funciones se

[326] Teoría General del Derecho Administrativo, trad. esp. 1931.
[327] Trad. esp. Derecho Administrativo alemán, Buenos Aires, 1949.

desgajan de ese todo indistinto: primero, la justicia (con la citada distinción justicia-gobierno), y, luego, con el constitucionalismo, la legislación.[328] Así pues, en el Estado constitucional, una y otra se han desgajado de la función unitaria del Estado antes radicada en el príncipe, para ser ejercidas por otros órganos constitucionales.

La Administración queda entonces perfilada como un residuo en manos del Gobierno, que, por ello mismo, tiene naturaleza diversa. Es así -explica MAYER- porque la diferenciación entre tales funciones no es de carácter material, sino formal: son solo el resultado de un proceso histórico y establecen la forma como deben cumplirse los fines del Estado.

Por eso mismo, y dado el proceso histórico que ha determinado la identificación formal de la legislación y de la justicia, la Administración no puede ser definida materialmente en sí misma; sino solamente por la vía negativa: la actividad del Estado que no es legislación ni justicia (als Tätigkeit des Staates die nicht Gesetzgebung order Justiz ist), definidas estas como creación de normas jurídicas de carácter general (legislación) y resolución de conflictos intersubjetivos de intereses (jurisdicción). También, por ende, va a ser la función más amplia y comprensiva de la estatales, con una permanencia e indispensabilidad de la que, no obstante su importancia jurídica y su prevalencia (la Administración es siempre acción subordinada), carecen tanto la legislación como la jurisdicción.

Las afirmaciones expuestas tienen una gran fuerza de convicción. Una mera aproximación al funcionamiento de las organizaciones políticas en la actualidad demuestra, por lo demás, la certeza de tales apreciaciones: la realidad política de los últimos Iustros demuestra hasta qué punto el protagonismo en el impulso y custodia de los intereses colectivos -del Estado reside en Gobiernos (y Administraciones) que líderes de las mayorías parlamentarias, tienen también en sus manos el impulso a la mera latencia del legislativo. Quizá por ello, este mismo planteamiento residual -siempre presente en todo intento de aprehensión de la Administración-[329] sirvió para fundamentar también alguna de las más características tesis subjetivistas-orgánicas de la doctrina española[330] u otras tesis, funcionalistas o no.[331]

[328] Trad. esp. Derecho Administrativo alemán, Buenos Aires, 1949.

[329] Recuerda FORSTHOFF, Tratado, cit., p. 11, esta generalizada presencia residualista.

[330] 'Es este proceso histórico, y el carácter residual de la Administración, el que explica -aunque desde una perspectiva "lógica" puede sorprender- que queden incrustadas en el Poder Ejecutivo residual toda la multiforme gama de funciones y actuaciones que a lo largo de cada tiempo histórico se exijan del Estado y no puedan ser técnica y formalmente encuadradas en las bien delimitadas funciones legislativas y jurisdiccional. Ello explica que queden en el

9. Critica de esta tesis

Ahora bien, desde la estricta critica dogmática, han sido recalcadas sus insuficiencias. Resulta dudoso –señala la GARCIA DE ENTERRIA- "referir a una realidad negativamente descrita cualquier intento de definición del Derecho administrativo";[332] sobre todo, escribe L. PAREJO, cuando "se limita a señalar, todo lo más, aquello que no se considera materia propia de este, dejando en la penumbra el porqué esta última (Ia Administración) constituye el objeto de una especifica disciplina";[333] o, en fin, si, como fácilmente se advierte, esta tesis "identifica -o propicia la identificación- entre Poder Ejecutivo y Administración, siendo así que no todo lo que se realiza por el poder ejecutivo es actividad administrativa".[334]

Pero estas objeciones pierden parte de su fuerza si se repara en algunos matices de gran interés hechos por la propia doctrina residualista, que no la perfilan, en verdad, como simplemente negativista. OTTO MAYER destaca que su deslinde había que completarlo con los elementos "positivos" siguientes. En primer lugar, que "la Administración, desde su comienzo, ha sido contemplada como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que el debe establecer".[335] Sobre esta base, separa la Administración del Gobierno, acción que MAYER califica de cuarta especie de actividad junto a las tres clásicas. Las actividades de esa cuarta especie, que aún residuales no son administrativas, comprenden las propiamente constitucionales (nombramiento del Gobierno, disolución de las Cameras, etc, que MAYER denomina "actividades auxiliares de Derecho Constitucional"), así como otras que aún realizadas para conseguir los fines del Estado (relaciones diplomáticas, cuestiones de guerra y de defensa) no constituirían Adminis-

restos de funciones que podrían ser calificadas, desde un punto de vista material, como legislativo (dar normas de derecho objetivo como los Reglamentos) o jurisdiccional (resolver conflictos intersubjetivos de intereses en su ámbito), y que a el se atribuyan, en principio, cualquier nueva misión o actividad que la sociedad reclamase del Estado y que a el reviertan los demás poderes en cualquier situación excepcional (teoría de la urgencia en Derecho administrativo: el ejecutivo es el que primero interviene; después, surgirán los controles o participaciones de los otros poderes)". GARRIDO FALLA, Tratado, cit., pág. 33-34.

331 G. ZANOBINI, que construye su tesis en torno al desarrollo de los fines del Estado que no se sitúen en el campo de la legislación o la jurisdicción, o L. ROLLAND, en Francia, quien alineado en la teoría del servicio público, concebida desde la óptica orgánica de los mismos, identifica la Administración con aquel, una vez desgajada de él la justicia.

332 GARCIA DE ENTERRIA, op. cit., p. 321.

333 PAREJO, L. El Concepto..., cit., p. 125.

334 VILLAR PALASI, J. L., Derecho, cit., p. 49.

335 O. MAYER, Derecho Administrativo..., cit., p. 12.

tración al desarrollarse al margen de dicho orden jurídico. Y es así porque "la Administración no comprende aquellas actividades del Estado en que este sale de la esfera de su orden jurídico para el cumplimiento de sus fines".[336]

Desde otra perspectiva, pero en la misma línea, considera MAYER fuera de la Administración las medidas individuales en forma de Ley, aunque al no tener contenido normativo no constituyan legislación en sentido estricto; porque "desde el instante en que la Ley usa de su soberanía, la idea de administración que, por su naturaleza este sometida al orden jurídico, desaparece".[337]

Tras todo ello, MAYER conceptualiza la Administración como "actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, con excepción de la Justicia" (Verwaltung ist Tatigkeit del Staats zur Verwicklichung seiner Zwecke unter seine Rechtordnung ausserhalb des Justiz). Consecuentemente, definirá el Derecho Administrativo como "Derecho especial de la relación entre el Estado administrador y el súbdito que entabla contacto con el mismo en dicha condición"; es decir, Derecho que se aplica a la relación en la que se dan elementos de supremacía por parte de la Administración o de sujeción por parte del administrado.

10. La actividad de la Administración en la Escuela francesa del Servicio Público

En los primeros años de este siglo se desarrolla en Francia la famosa Escuela de Burdeos (de DUGUIT, su fundador, JEZE, BONNARD, etc.), cuya línea característica, desde el análisis que ahora nos ocupa, es su definición de la función administrativa como la actividad de gestión de los servicios públicos. Esta Escuela va a estar condicionada por la dogmatica alemana que hemos analizado: para seguirla, o para impugnarla en alguno de sus elementos fundamentales (así, si se alinea con el funcionalismo alemán, cuestiona de raíz, sin embargo, la teoría del Estado-persona).[338]

[336] Ibidem, p. 14.

[337] Ibidem.

[338] Para DUGUIT, la personalidad jurídica y la soberanía del Estado son dos concepciones míticas que los hechos vienen a desmentir. Cfr. L. MARTIN REBOLLO, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", RAP, 100-102 (1983), P. 2485.

Hay entre ambas Escuelas distintas perspectivas de fondo. Para empezar, el respectivo contexto de tradición jurídica, constitucional e histórico-político es bien distinto en uno y otro caso.[339] Pero, además, sus concepciones metodológicas son opuestas: frente al formalismo de la dogmática alemana, la Escuela del Servicio Público hunde sus raíces en el sociologismo realista de DUGUIT que la hará llegar a soluciones originales. No tanto en lo que se refiere a la distinción entre las funciones del Estado (en gran parte, la distinción actos regla frente a los actos-subjetivos y actos-condición no es sino un complejo hilo argumentativo, que no expresa diferencias de fondo),[340] sino en la aportación de un criterio definidor sobre el sometimiento de la Administración a las "reglas especiales" que constituyen el regime administratif y no al Derecho Común. La Escuela de Burdeos lo encontrará en el "Servicio Público", según el cual calificare de actividades administrativas sometidas al Derecho Administrativo a las dirigidas a satisfacer una necesidad de interés general, "actividades de servicio público".

Con esta su gran construcción, la Escuela del Servicio Público va a romper con algunas ideas cardinales de la dogmática alemana, en especial por obra de la concepción sobre el Estado y el Derecho Público de DUGUIT.[341] Este, desde su impronta realista, impugna la idea de Estado-persona jurídica soberana, aunque también el concepto clásico de soberanía. Esta -entiende DUGUIT-, como poder de imperio justificado en sí mismo, no existe, ni, en ningún caso, sería satisfactoria su atribución a la voluntad del artificio que resultan ser, al cabo, la nación o el Estado (un concepto, y no una persona).

[339] La Escuela alemana aborda la teoría de las funciones, dentro de la teoría del Estado y con el objetivo de delimitar la función administrativa, frente a la legislativa y judicial -que requería la tensión constitucional y política en Alemania entre Parlamento y Rey- sin que le preocuparan cuestiones como la actuación administrativa de Derecho Privado o la del juez competente (pues estaban suficientemente resueltas por la teoría del Fisco). La tradición francesa era otra: como "el tránsito del régimen de Policía al régimen de Derecho -soberanía nacional, reserva de Ley, supremacía de la Asamblea- se efectuó de un solo golpe" (BERTHLEMY), el problema fundamental no era la relación Administración-Ley sino la de Administración-Jueces, y cuáles de las actividades de Ia primera se sometían al Derecho común o a reglas derogativas del Derecho común (lo que daría lugar a los distintos criterios: actos de autoridad-gestión; de poder o coma persona; el de la prerrogativa versus "gestión privada" de HAURIOU, o el propio criterio del servicio público de la Escuela de Burdeos).

[340] Según este distingo, muy característico de la doctrina francesa (DUGUIT, BONNARD, DE LAUBADERE), los actos regla definirían la función legislativa, el acto jurisdiccional la y la realización de actos subjetivos y actos condición la funci6n administrativa.

[341] Les transformations du Droit Public, A. Colin, Paris, 1913; Traite de Droit Constitutionnel, la ed., Paris, 1911.

Para DUGUIT, la realidad de la diferenciación histórica producida por diversas razones (religiosas, económicas, etc.) entre gobernantes y gobernados, entre las que destaca como elemento decisivo el poder de coerción irresistible que los primeros ejercen. La apelación a la legitimidad de tal poder no puede fundarse en títulos originarios o derechos a su ejercicio, sino en una fundamentación moral: en los gobernados, los deberes sobrevenidos del hecho de vivir en sociedad; en los gobernantes, el deber de gobernar para los ciudadanos y no para ellos mismos; y ambos determinados por la idea de solidaridad.[342] Realizándose esta a través del intercambio de servicios, los gobernantes deben prestar los de interés general, cuyas actividades se configuran, asé, como "servicios públicos".

Desde ese momento, el Estado ya no es tanto persona o poder, sino agrupación de individuos que ostenta poder precisamente para la organización y gestión de esos servicios públicos, cuya noción -substitutiva, para DUGUIT, de la soberanía, y, como tal, convertida en el eje del Derecho Público- define asi: "Toute activite dont l'acomplissement doit etre assuré, reglé et controlé par les gouvernants, parce que cette activité est de telle nature qu'elle ne peut etre realisée complétement que par l'intervention de la force gouvernante" (Droit Constitutionel, T. II., p. 54).

Articulando estas ideas en términos jurídicos, construirán esta tesis G. JEZE, R. BONNARD y L. ROLLAND. Vamos a simplificarla en la formulación de JEZE, discípulo de DUGUIT y "enfant terrible" de la Escuela. Los gobernantes actúan para la satisfacción de las necesidades de interés general. Cuando estas actividades son realizadas por los agentes públicos, nos hallamos ante los "servicios públicos". Concretada su gestión en actuación jurídica de tales agentes, el Derecho Administrativo estará compuesto por el "conjunto de reglas especiales y distintas del Derecho Privado, relativas al funcionamiento de los servicios públicos". Desde entonces, el servicio público se convierte en noción básica del Derecho Administrativo francés, que el mismo JEZE caracterizaría en estos términos: "un procedimiento de Derecho público existente para dar satisfacción a cierta categoría de necesidades de interés general, y sobre el cual la Administración tiene la posibilidad constante de introducir modificaciones".[343]

[342] Para DUGUIT, el poder de dominación no es un derecho subjetivo del que el Estado sea titular, sino "ante todo una función social", Cfr. L. MARTIN REBOLLO, cit., p. 2491.

[343] Los principios generales del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1948, T. II, pp. 4 y ss.

La diferencia entre estas actividades de servicio públicode la Administración y la actividades privadas de la Administración residiría en que las últimas no se dirigen directamente a satisfacer una necesidad del público, de interés general, sino un puro interés pecuniario o económico de la Administración,[344] y, por tanto, no constituían "servicios público".

En suma, el servicio público conlleva un régimen jurídico especial, de Derecho Público, que, como tal -y en el conjunto de elementos que lo componen (agentes, bienes, medios jurídicos para su gestión, jurisdicción especial)- constituyen el contenido propio del Derecho Administrativo. Desde este momento, este podía ser calificado como "el Derecho de los servicios públicos", integrado por las "reglas y principios especiales que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos"[345] y el servicio público quedar, así, convertido en criterio delimitador de la frontera del Derecho Administrativo - siempre que la Administración gestione servicios públicos este sometida a este Ordenamiento- y, por ende, de la competencia del Juez Administrativo.

11. Crítica

El éxito de esta doctrina en las primera décadas del siglo fue notable,[346] reforzado por la consagración del criterio del servicio público por parte del Conseil d'Etat en varios arrets muy conocidos (Arret Blanco de 1873; Arret Terrier de 1903; Arret Feutry de 1906; Arret Therond de 1910, Arret Societe des Granits des Vosges de 1912, etc.).[347] Sin embargo, esta doctrina estaba lastrada por diferentes puntos de quiebra (de hecho, HAURIOU fue su gran contradictor con argumentos dogmaticos de enorme peso, como veremos).

[344] LAUBADERE, A., Trate, cit., T.I., peg. 40: "L'element essentiel dans la definition du service public est la notion de l'interet gènéral. du besoin du public á satisfaire. L' Etat érige une activité en service public au lieu de I,abandonner a I,iniciative privée losqu,il estime que le besoin public auquel elle correspond serait insatisfait ou insufissement satisfait par les initiatives privées. C,esta insi la satisfaction d,un besoin d,interet genéral, satisfaction dont I,Etat est toujours maitre d,apprecier les exigences, qui justifie et definit le service public; c,est en particulier cette donnée qui distingue le service public des entreprises privees de I, Administration".

[345] JEZE, Principios, cit., p. XXIX.

[346] Esa influencia alcanzó a España, tanto en el campo jurisprudencial, como en el doctrinal, en especial en la obra de A. POSADA (Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1923) y de R. FERNANDEZ DE VELASCO (Derecho Administrativo. Barcelona, Bosch, 1930).

[347] L. PAREJO refiere sin embargo, como esa línea del Conseil d,Etat se remonta a años anteriores del Arret Blanco: así en Rothschild c. Larcher et Administration des Postes, 1855; Cancassone, 1858; Brandy C. Ministre de la Guerre, 1861. Cfr. cit. peg. 95-96.

De modo inmediato, dos aspectos se revelaban directamente concluyentes. En primer lugar, el hecho de que la Administración, como señala J. RIVERO, no se limita a gestionar servicios públicos, pues la reglamentación y actividad de policía, típicamente administrativas, no pueden ser explicadas como gestión de servicios públicos. Salvo que -como es el caso- se quisiera identificar "servicio público" con toda la actividad indistinta de la Administración. Pero en este supuesto, claro esta, y enmarcado en el sentido finalista, teleológico y sociologista de las claves de esta Escuela de Burdeos, el concepto se convierte en una inaprensible noción "política" y finalista rnás que en un concepto estrictamente jurídico, cuya pretendida virtualidad como elemento distintivo de la actividad administrativa sometida a reglas exorbitantes, podía saltar por los aires. Y justamente eso fue lo que aconteció.

En principio, para la tesis de la escuela de Burdeos -identificación entre actividad administrativa- servicio público (fin de interés general) -régimen exorbitante de Derecho ya suponía un punto inexplicable el hecho de la actividad privada de la Administración, objeción esta que intentaba salvar apelando al mero carácter excepcional e irrelevante para el núcleo de la teoría (JEZE), o a la idea de que con esa actividad privada, la Administración no satisfacía necesidades de interés general, sino su interés patrimonial (como hemos visto, LAUBADERE). Pero tanto una como otra explicación iban a quedar desmentidas cuando los hechos vinieran a refrendar un dato evidente: el que en la gestión de los servicios prestados por la Administración puede que no se utilicen los procedimientos de Derecho Administrativo ("le service public n'áppele pas nécessairement, pour sa gestion, le droit administratif' recuerda J. RIVERO) algo que, por lo demás, ya habia previsto HAURIOU con su distingo entre "gestion administrative" y "gestion privée".

Y, efectivamente, cuando en el periodo de entreguerras, este último supuesto comenzó a generalizarse, la crisis del criterio del "Servicio Público" como elemento determinante comenzó a ser inevitable: la antigua distinción entre actividades de servicio público y actividades patrimoniales del Estado se rompe con la proliferación de servicios públicos indistintamente prestados en régimen público o privado y, consecuentemente, con la posibilidad de la gestión privada y bajo el Derecho Privado de los servicios públicos (algo que, por lo demás, refrendó el Conseil d'Etat en los arrets Bac d'Eloka, de 1921; Kuhn de 1932 y Dame Mélinette de 1933). El doble uso instrumental de formas públicas o privadas y bajo régimenes público o privado en los servicios de la Administración seria, luego, tras la Segunda Guerra Mundial, un hecho incontrovertible. Todo ello, como no podía ser menos, puso en entredicho la pretendida correlación entre servicio público-régimen público-juez administrativo, y en crisis la noción de servicio público, privando a este criterio de toda pretensión de delimitación exclusive del Derecho Administrativo

(a similares conclusiones podría llegarse, si no con más fundamento, por lo demás, respecto a una noción de repuesto de la del servicio público como es la de "interés general" que fue auspiciada en algún momento por ejemplo, por M. WALLINE).

Además de esta constatación histórica de las quiebras de la teoría del servicio público, conviene, en fin, un breve comentario sobre su interrelación y diferencias teóricas con las dogmáticas coetáneas. Resulta evidente que si la dogmatica alemana construye un importante edificio desde claves jurídicoformales, pero también desde un positivismo voluntariamente funcional para una compleja realidad dada de poder, la Escuela de Burdeos partía de un teleologismo en la actividad pública muy condicionado por planteamientos sociológicos y de filosofía política, que, quizá, le hicieron olvidar, pese a su supuesto "realismo", el dato factico del poder (un elemento que obvian, aunque lo identifiquen: DUGUIT, "la puissance politique"; JEZE "el poder jurídico como elemento fundamental de la actuación de los agentes públicos"), subordinándolo a las conclusiones que les determina su teleologismo social y moral. Precisamente sobre este punto giran las criticas que el gran antagonista de la Escuela de Burdeos, HAURIOU, iba a hacer a la tesis del servicio público.[348]

La primera, de fondo, es que esta Escuela (como también, pero bajo distinto signo, la subjetivista, que fue su antecedente en Francia) interpreta en términos exclusivamente unilaterales, sesgando su formulación solo hacia el primero, los elementos clave, uno finalista, el servicio como obra que ha de realizar la Administración, y el poder que esta necesita y usa para llevarla a cabo. En la necesaria subordinación de uno a otro, la Escuela de Burdeos invierte -según HAURIOU- el orden lógico, pues la preminencia definitoria debe otorgarse a la puissance.

Pero es más, ya desde un orden de critica exclusivamente jurídica, HAURIOU impugna los elementos de la construcción de la noción de servicio público (como vimos, régimen de Derecho Público y posibilidad permanente de modificación del servicio): el primero, porque a última hora, se reconduce a la presencia de "puissance"; el segundo porque, legitimado por el interés general, no es sino un trasunto de la soberanía que la Escuela de Burdeos pretende impugnar.[349]

[348] En el prólogo a la 11a ed. del Precis, 1927, que lleva por título "La puissance publique et le service public".

[349] Sobre esta contradicción, Cfr. M. BASSOLS, "Servicio público y empresa pública", RAP, 84 (1977), PP. 34-35.

En el fondo, como escribe L. PAREJO: "Aquí detecta HAURIOU el gran fallo de la doctrina, pues si ésta ha procurado precisamente superar la tesis del poder estatal autolimitado mediante el hallazgo de una limitación objetiva -la representada por la teleología del interés general, del servicio público- a dicho poder, la conclusión final de que la organización del servicio público descansa sobre un poder que no está vinculado objetivamente por la regla de Derecho, constituye la sanción misma de su fracaso. Porque ello significa que el entero Derecho Administrativo -articulado sobre la noción de servicio público- no este fundado sobre el Derecho, y por tanto, no merece realmente esta calificación".

12. La función administrativa como actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines: de ORLANDO A ZANOBINI

Un sector muy caracterizado de la doctrina italiana, que se prolonga en el tiempo a lo largo de diversos autores, va a tratar de delimitar la naturaleza material de la actividad administrativa desde una nueva perspectiva: los diferentes fines del Estado como el Estado actuante.

Tambien el planteamiento de estos autores[350] está determinado por la influencia de la dogmática jurídico-pública alemana (formalismo, positivismo, concepción del Estado-persona jurídica, etc.). Así se detecta en V. E. ORLANDO[351] autor que construye en paralelo a las ofrecidas por DUGUIT y HAURIOU, su propia formulación bajo aquella influencia (y también, ciertamente, del institucionismo y la idea del ordenamiento jurídico de S. ROMANO).

Conceptuado el Estado, "gran organismo", "gran persona jurídica", como el presupuesto del Derecho Público, distingue ORLANDO dentro de este, como ciencia del Derecho del Estado, entre el Derecho Constitucional (su objeto es el Estado como organismo jurídico, su conformación como Estado constituido) y el Derecho Administrativo. Constituido el Estado, sus fines,

[350] Entre ellos, puede incluirse en la escuela clásica italiana, a V. E. ORLANDO y F. CAMMEO, y a D. ALESIO, Diritto Amministrativo, 48 de., Torino. 1949, p. 17 y ss.; BODA, Lezioni di Diritto Amministrativo, Torino, 1949, T.I., pág. 1 y ss. En el pl anteamiento S. ROMANO, Principi di Diritto amministrativo italiano, Milano, 1901; 0. RANELLETI, o G. ZANOBINI, Corso di Diritto amministratrivo, 88 de., Milan, 1958, se especifica como actividad para la consecución de los intereses públicos o colectivos.

[351] E. ORLANDO, Principios de Derecho Administrativo, trad. esp., Madrid, INAP, 1978.

la actividad desarrollada para alcanzarlos y los medios a su servicio constituyen el objeto propio del Derecho Administrativo: "el sistema de aquellos principios jurídicos que regulan la actividad del Estado para la consecución de sus fines".

Actividad y fines del Estado son, pues, los elementos determinantes -en cuanto a su contenido juridico- del Derecho Administrativo, una vez se efectuan dos reducciones. En primer lugar, esa actividad ha de objetivarse: no se identifica, pues, sin más con la llevada a cabo por los Poderes del Estado (que desde esta percepción subjetiva, correspondería al Derecho Constitucional), sino con la que para concretar los fines del Estado se realiza "independientemente de su desarrollo político"; de otra parte, los fines del Estado que actúa la Administración corresponden a la conservación del orden público y al desarrollo del bienestar material y espiritual de los ciudadanos.

La generalidad con que aquí se define la actividad administrativa supone, ciertamente, el más claro factor de posible critica a esta formulación, que, sin embargo, ofrece un elemento de interés como el de la vinculación de lo juridicoadministrativo a un ámbito de fines del Estado[352], que cultivado por la doctrina italiana posterior, sería objeto de un intento de mayor precisión por su correlación con una característica definidora de la Administración como actividad estatal: actividad práctica (ZANOBINI), actividad concreta (DE VALLES), actividad para la realización de los fines del Estado (SANDULLI), actividad del Estado para el cumplimiento de fines de interés general (MEUCCI), etc. Como explicitación de esta línea, vamos a detenernos en la interpretación de ZANOBINI.

Parte ZANOBINI, para delimitar la función administrativa, materialmente considerada, de esa perspectiva (definición de la Administración en el marco de los fines del Estado), realizando unos originales análisis diferenciales previos. Entre los fines del Estado (hipotéticamente todos, pues el Estado es una entidad de fines totales), distingue ZANOBINI: los esenciales, o de conservación para el Estado (la legislación, la justicia, la defensa, la seguridad interior y el orden público, la política exterior, etc.), y los no esenciales o de

[352] Esa perspectiva es la que determine la influencia de ORLANDO en nuestra doctrine. Así, en A. ROYO VILLANOVA que definio el Derecho Administrativo como "Conjunto de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado y la de todas aquellas entidades que se proponen realizar fines de interés general bajo la dirección, intervención, fiscalización o inspección de una autoridad pública" (Elementos de Derecho Administrativo, Valladolid, 1919, 6 de. p. 16) o en GASCON y MARIN, que ve en el interés general la nota definidora de las actividades sometidas al Derecho Administrativo (Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Ceus, Madrid, 1955, 13 ed.).

utilidad (fines de bienestar y progreso social, indispensables o convenientes para la vida social en un momento dado), señalando que el Estado puede conseguir tales fines de una manera mediata (el Estado se limita a establecer el marco regulador de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, así como de las condiciones para la actuación de estos, sin otra actuación suya directa) o de una manera inmediata (hay una actividad positiva realizada por los Órganos del Estado para cumplir esos fines).

Añade, por último ZANOBINI, una distinción entre "funciones públicas" y "servicios públicos" (con la que la doctrina italiana trató de precisar el excesivamente amplio concepto francés del servicio público). "La función supone siempre el ejercicio de una potestad pública entendida como una esfera de la capacidad especifica del Estado, es decir de su soberanía.[353] Los servicios públicos "suponen, por el contrario, actividades materiales técnicas, especialmente de producción industrial, que se ponen a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir su finalidad".[354] La existencia o no del ejercicio de una potestad propia del Estado aparece así como el criterio distintivo entre unas y otros.

A partir de aquí, define ZANOBINI materialmente las tres básicas funciones del Estado en los siguientes términos:[355] a) la legislación crea el Derecho objetivo al que tienen que ajustarse las relaciones sociales y las de los ciudadanos con el Estado; es una "función" y una actividad "mediata" y "esencial" al Estado; b) la jurisdicción asegura el cumplimiento de la función legislativa; es también una "función" y al dirigirse a la conservación del orden jurídico es también una actividad "esencial" alEstado; c) por último, la administración, aun no obstante la dificultad de su deslinde, es para ZANOBINI, "actividad dirigida a cuidar intereses", caracterizada como actividad inmediata y concreta, a la que define como "actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar de modo inmediato los intereses públicos que asume como fines propios".[356]

Estas dos notas (inmediatezza, praticitá) la distinguen de la legislación y la jurisdicción. Si a través de la legislación o la jurisdicción, el Estado, aunque dispone como deben ser cuidados los intereses públicos, no los cuida directamente, esta tarea es llevada a cabo por la Administración de modo inmediato. De otra parte, si la legislación establece lo que ha de hacerse, y la jurisdicción comprueba si lo hecho se ajusta a Derecho, la Administración

[353] Op. cit., pag. 18.
[354] lbidem, pag. 18-19. 276 Corso, cit., p. 11 y ss. 271 Ibidem, p. 13.
[355] CORSO, cit. P.11 y ss.
[356] Ibídem.p.13.

hace; un hacer, por lo demás, concreto frente a la abstracción que caracteriza a la legislación, y espontáneo (lo que la distingue de la jurisdicción).[357]

Tras esta interesante elaboración sobre la naturaleza real de la función administrativa, cabria esperar que ZANOBINI construyera su noción y contenido del Derecho Administrativo a partir de ese esquema. Sin embargo, finalmente, concluye con un criterio mixto, orgánico y funcional, para definirlo como "la parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y la forma de actividad de la Administración Pública y las correspondientes relaciones jurídicas entre la misma y los otros sujetos".[358] Es más, acaba por incluir dentro de la Administración actividades que no son ni inmediatas (como el Reglamento) ni prácticas (los recursos), a pesar de la distinta naturaleza de estas actividades y de la actividad "administrativa".[359]

13. La Administración Pública como actividad de conformación en el Estado Social: FORSTHOFF

Aunque la consideración de la Administración desde un punto de vista material, siguió predominando en Alemania, posteriormente se ofrecieron nuevas formulaciones que adecúan dicho planteamiento a las características del Estado contemporáneo. En ese marco se inscribe E. FORSTHOFF,[360] quien va a abordar la cuestión desde un dato histórico capital: la configuración del Estado Social de Derecho.[361]

Parte FORSTHOFF de una afirmación (o mejor, constatación) de fondo, que sitúa el problema en un contexto muy distinto del liberal-burgués en el que se formula la originaria dogmatica alemana: "La barrera entre el Estado y la sociedad se ha venido abajo. El Estado moderno no encuentra la vida social en una situación de orden preformado, sino que, al contrario, el establecimiento y mantenimiento de un orden social adecuado es el cometido más urgente del Estado, un cometido que reclama con todas sus fuerzas. El medio

[357] Ibídem.p.14-15

[358] Ibídem.p.26.

[359] Ibídem.p.26-27.

[360] "Si se quiere poner en claro la naturaleza de la Administración es preciso no detenerse en el campo de lo puramente formal y de la organización, sino dirigir el esfuerzo a lo objetivo y material". Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp., Madrid, I. E. P., 1958, p. 13.

[361] La configuración del Estado Social de Derecho y su plasmación constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 20.1 y 28.1), ha permitido hablar de una "clausula social" en la Constitución, cuyo alcance ocupa un importante lugar en la dogmática alemana contemporánea: Schiller, Stein, Kruger, BockenfOrde, Fechner, Bull, Lenhardt IRodel, Fechner, Bachof, etc.

por excelencia para ello es la Administración, la cual ha cesado de ser un mero elemento regulador, convirtiéndose en una función conformadora en el más amplio sentido. Una conformación de esta especie no puede contentarse con ser en los casos concretos instrumental y funcionalmente racional, sino que tiene también que satisfacer las exigencias del Derecho en el sentido de la Justicia conmutativa y distributiva".[362]

Este nuevo panorama no puede menos que alterar el tradicional cuadro de relaciones entre las funciones del Estado, en especial en lo que respecta a la legislación y la Administración, y que FORSTHOFF nos describe en los siguientes términos:

a) Si de una parte, en los Estados modernos, la competencia de las instancias legislativas va mas allá de las leyes materiales (normación), extendiéndose a materias de índole administrativa (presupuesto, créditos y emprestitos, etc.) entregados a su competencia por la Constitución, y que se concretan en !eyes formales, la gran ampliación de las actividades de la Administración y de los servicios públicos derivada de esa función conformadora ha hecho que "el centro de gravedad de las funciones estatales se desplace hacia la Administración",[363] y que "la actividad delegada de esta como creadora de normas haya ganado en importancia y extensión".[364]

Es así porque, aunque la actividad normativa de la Administración que afecta a los derechos de los ciudadanos (fundamentalmente, libertad y propiedad) sigue dependiendo, al menos formalmente, de una delegación, "de hecho, la función legislativa se limita más que antes a lo fundamental, mientras que los detalles concretos, antes regulados por leyes, se entregan ahora a la Administración para su normación".[365]

b) Si tradicionalmente se concebía que la Administración, vinculada a la legislación, se manifestaba como ejecución de normas, esta apreciación debe hoy ser corregida ante "la mayor independencia de la Administración frente a la norma juridica".[366] Al perder la ley (la norma) determi-

[362] Ibídem. P.15.

[363] Tan es así que para FORSTHOFF los grandes temas del siglo XX, en el terreno político, no parecen ya caer en la esfera constitucional clásica en el sentido del XIX, y vivimos en una época de transición, estableciendo a este respecto el vaticinio de que Europa está en el camino, caso de Ilegarse a la unidad, de ser administrada conjuntamente, pero no de ser concebida en un conjunto. Vid. Problemas actuales del Estado social en Alemania, Madrid, ENAP, 1966, pág. 32-33.

[364] Tratado, p. 22.

[365] Tratado, p. 22.

[366] Tratado, cit., pág. 29.

nación y concreción en cuanto a los fines y los medios -que se dejan al arbitrio de la Administración-, ésta produce un amplio abanico de decisiones propias no calificables propiamente como ejecución de norma jurídica. Sucede esto, incluso, en el ámbito de la intervención sobre los derechos de los individuos, pero de modo notorio cuando, en actividades que no los restringen sino que se dirigen a establecer prestaciones, "la Administración no sigue estrictamente un imperativo procedente de una norma jurídica, sino la propia iniciativa, sirviéndose para ello, según su propio arbitrio, de las formas jurídicas que le ofrecen tanto el Derecho Público como el Derecho Privado".[367]

c) Pero este aumento del poder de la Administración y su "desvinculación" de la norma jurídica obliga a una reconsideración de la relación de aquella con el Derecho. En la doctrina tradicional, la aplicación del Derecho era para la Justicia un fin en sí y para la Administración tan solo medio para un fin (FLEINER) o un límite del obrar permitido (STAHL), con lo cual "el Derecho sólo llega a la Administración desde fuera y como al margen". Esta conclusión es cierta, dice FORSTHOFF, cuando la Administración era meramente reguladora "de una vida social que funcionaba, por lo demás, de acuerdo con sus impulsos inmanentes",[368] pero cuando la misión de aquella alcanza su actual dimensión - prosigue- "no puede guiarse tan solo por criterios funcionales, sino que tiene que orientarse por cánones superiores, so pena de dejar de reconocer que el orden social no es tan sólo una estructura funcional, sino un complejo dirigido a la realización de la Justicia.[369]

La Ciencia del Derecho, por ello mismo -afirma FORSTHOFF-, habrá de reconocer como cometido del Estado, la realización del Derecho en el sentido de una realización de los principios básicos de la Justicia, los cuales no es necesario que se hallen vinculados al texto de la ley. Y ello no sólo como una exigencia politico-juridica, ya que tal vinculación a principios superiores, una conformación tan amplia como la que ha de llevar a cabo el Estado moderno, tiene que desembocar necesariamente en la arbitrariedad".[370]

En suma, el Derecho es hoy, tanto para la Jurisdicción como para la Administración, un fin. Ahora bien, si la Jurisdicción está vinculada "por el momento ad hoc" y el "statu quo", es decir, a una cuestión de hecho concreta y de

[367] Tratado, cit., pág. 29.
[368] Tratado, cit., pág. 15.
[369] Tratado, cit., pág. 16.
[370] Tratado, cit., pág. 16.

presente, solo para la cual tiene validez, la Administración" no se concentra en una situación de hecho...sino que tiene que ver con el orden social como un todo...y sus actosconstituyen una continuidad, se unen en una totalidad dotada de sentido".[371] "La Administración es actividad, conformación continuada hacia el futuro y, por ello, distinta de la Justicia, la cual se hace efectiva y se agota en actos de conocimientos juridico".[372]

d) La Administración es entonces una expresión de la actividad estatal que exige, independientemente de su multiplicidad de instancias y actividades, una estructura unitaria y una función característica consistente en la realización de los cometidos del Estado que se determinan en función del contenido sustancial de la Constitución. Este contenido vincula a la Administración, que debe orientarse a su consecución[373] a través de la función medial del Estado que constituye el gobierno,[374] en actividades de conformación positiva del orden social a través de la "deseinvorsorge" (procura existencial).

Hasta aquí, el resumen de la formulación de FORSTHOFF. Constituye, no hay duda, una aportación realmente sugestiva por su certera aprehensión del trasfondo del Estado Social. Aunque quizá es necesario efectuar los necesarios matices a la misma.

El primero, que la actividad de "conformación social" no puede ser reconocida como un elemento que caracterice exclusivamente a la función administrativa, a la Administración, sino más bien, al Estado y a sus funciones como un todo. Si esa característica se produce en la Administración del Estado Social, ciertamente lo es porque el conjunto del Estado (de la Constitución a los entes locales, y a través también de la legislación y la acción de gobierno) se mueve, en las coordenadas del Estado Social, bajo pautas intervencionistas que identifican, consecuentemente, el protagonismo y el papel de los aparatos administrativos, y porque la creciente complejidad de los procesos sociales y de la actividad material (técnica) otorgan mayor realce a las acciones de gestión.

Pero no porque la sola Administración, per se y de su sola iniciativa -sin anclaje constitucional y legal alguno respecto a esa finalidad conformadora- asuma el papel de un nuevo demiurgo. Hasta el punto de que precisamente la caracterización del Estado Social frente al clásico Rechtsstaat consistiría

[371] Tratado, cit., pág. 18.
[372] Tratado, cit., pág. 20.
[373] Tratado, cit., pág. 30-31.
[374] Tratado, cit., pág. 31.

en "la exigencia de extender la vinculación al Derecho y a la Justicia de todos los poderes públicos y no exclusivamente al núcleo inicial del poder administrativo.[375]

El mismo FORSTHOFF establece, por lo demás, una matización obligada (que no desenvuelve, ciertamente) cuando dice que "Ia Administración tiene, dentro del marco de lo dado jurídicamente, el derecho de libre conformación". Además, la identificación de la acción administrativa con actividades de "procura existencia" olvida, de una parte, la parcela de las actividades administrativas tradicionales que persisten siempre en el complejo de la Administración; y, de otra, -desde perspectiva opuesta- que "el concepto de procura existencial...está hoy más que superado. La actividad de prestación de servicios de nuestro moderno Estado no se limita a prestaciones vitales, sino que incluye también aquellas prestaciones que hacen que la vida resulte más fácil y hermosa" (HERZOG).[376]

Por lo demás, (y aunque, en mi opinión, constituye un logro dogmático de FORSTHOFF), caracterizar la Administración como expresión unitaria -subjetiva yfuncionalmente considerada- del Estado, más que clarificar la trilogía clásica de las funciones estatales, nos sitúa ante una nueva complejidad que dificulta ese deslinde, sin que sus conclusiones permitan intuir una nueva definición de la naturaleza de la función administrativa, sino más bien lo contrario: y decimos esto no tanto por la inutilidad de la fomulación unitaria (en parte seguiremos posteriormente esta perspectiva), sino porque esa conclusión "realista" de FORSTHOFF se produce al hilo de un intento de distinción funcionalista.

Pero esta formulación (que, como hemos visto, enfatiza la desvinculación de la Administración respecto de normas jurídicas heterónomas y su propia normación, atribuyéndole, sin embargo, la realización de la Justicia) no hace, por ello, sino complicar esa eventual identificación de la función administrativa que se convierte, así, en gran amalgamas de funciones, legitimada -y delimitada- tan solo por un fin abstracto como ese de la realización de la Justicia. Y es que la reflexión de FORSTHOFF, si bien constituye un certero diagnóstico de la realidad e incluso una coherente formulación desde el punto de vista político, muy condicionada por el teleologismo, como le sucedía a DUGUIT, no lo es tanto desde el punto de vista jurídico.

[375] M. Bassols "Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Constitución", RAP, 22, 139.

[376] J'HERZOG, R.,Verwaltund and Verwaltunosrecht in einer freiheillichen Industriedesellschaft, Munchen, 1970, cit. por MUNOZ MACHADO, "Las concepciones",pág. 526.

Desde esta perspectiva, ciertamente, creemos no puede utilizarse con un mismo significado, los conceptos de Derecho, como "ius", y de Justicia; algo que parece hacer el autor alemán al correlacionarlos respecto de la actuación de los jueces y de la Administración, situando al Derecho como fin de ambas funciones. Cuando es lo cierto que los jueces y la Administración se encuentran frente al Derecho -cualquiera que sea la amplitud ontológica o axiológica con que el mismo se conciba- en planos bien distintos: el juez emite un juicio lógico a partir de un deber ser prefijado y, además, sobre un conflicto concreto, decidiendo, al cabo, lo que es Derecho. La Administración, aunque deba tener en cuenta los valores materiales, constitucional o legalmente, establecido, no actuara en términos lógicos sino valorativos -políticos-, a la vista no de un problema o conflicto concreto o de una relación jurídica como tal, sino contextualizada en lo colectivo, y, por lo demás, en su actuación -que deberá ajustarse a Derecho- no decide lo que el Derecho sea.

Precisamente, la dificultad de deslindar ese difuso ámbito de conceptos (Derecho, Justicia) cuando se usan desde una perspectiva teleológica, es lo que provocara una cierta postura "regresiva" de FORSTHOFF en el debate dogmatico alemán acerca de la clausula "social" de la Constitución del Estado Social de Derecho.

A la determinación del contenido y alcance jurídico de esa "clausula social" se han dedicado gran parte de los esfuerzos de la dogmática alemana contemporánea. Las explicaciones ofrecidas respecto al contenido contemplan al Estado Social como constitucionalmente vinculado, bien a la estabilización de la sociedad mediante la compensación de las desigualdades (KRÜGE, BÖCKENFORDE, FORSTHOFF), bien a la superación de las contradicciones de la sociedad capitalista (LENHARDTT, RÖDEL, FECHNER), ya, al menos, al progreso y reforma de esta. Mas difícil es delimitar su alcance jurídico, por lo que la polémica ha sido en Alemania más profunda -incluye desde su interpretación como principio constitucional de inmediata aplicación (IPSEN) a concepto en blanco si contenido normativo (GREWE).

En todo caso, en términos de equilibrio, lo contemplan el propio FORSTHOFF o BACHOF. Para el primero, no siendo el "Estado Social" un concepto jurídico, sino virtualmente teleológico, la clausula debe ser apreciada por el legislador aunque sea vinculante para la interpretación de las leyes: el Estado Social será lo que bajo esa teleología realice una cada vez más importante Administración. BACHOF es más radical: el Estado Social de Derecho, consagrado en la Constitución, no se limita a duplicar el significado del Estado liberal de Derecho, sino que consagra un equilibrio: Social y de Derecho. La clausula social implica, así, el mandato al Estado para la realización y aseguramiento de la justicia, sirviendo sus elementos formales a la garantía del contenido mate-

rial: es un mandato dirigido en primer término al legislador y como directriz de apreciación a Administración y Tribunales, pero en ausencia de regulación legal especifica es también apoderamiento para la actuación de la Administración. En esa misma interpretación estructural de la clausula social se sitúa también, por ejemplo, WOLFGANG ABENDROTH.[377]

En todo caso, la situación actual parece ofrecer una mayoritaria aceptación dogmatica de la imbricación entre ambos principios, que permite hablar del Estado Social como nueva fórmula superadora del tradicional Estado de Derecho, que implicaría, al menos, la vinculación social en la interpretación de las leyes, en la justificación de decisiones legales que en otro caso irían contra el principio de igualdad, y en la limitación de la potestad legislativa ejercida con desconocimiento de dicha clausula.

14. Recapitulación en este punto

El balance de las formulaciones "materialistas" sobre la Administración Pública y el Derecho Administrativo, cuyas expresiones mas típicas hemos considerado, muestra construcciones de gran brillantez y magistrales argumentaciones sobre las funciones del Estado. Sin embargo, no puede decirse que, en su conjunto, proporcione resultados incontrovertibles, una noción definitiva o un criterio decisivo para la calificación de las actividades sujetas al Derecho Administrativo.

Quizá por ello pudo concluir E. GARCIA DE ENTERRIA: "El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles de nuestra ciencia, pero también uno de los mas baldios.[378]

Después de tantos esfuerzos en torno a esta línea funcionalista, no podía descartarse por ello que lo que se pusiera en cuestión, como erróneo, fuera el propio punto de partida. Esa ha sido la conclusión de quienes, calificando de estéril todo intento de identificarla, han llegado a negar la existencia

[377] Cfr. en la obra colectiva Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, la sintesis de la polemica en el trabajo de Hans Gerber, "Die Sozialstaatsklause"; y los propios trabajos de Forsthoff; "Verfassungsprobleme des Sozialstaat"; de Bachof, "Begriff und Wesen des Sozialen Rechtstaates"; y de W. Abendrofth, "Zum Begriff des demokratischen und Sozialen Rechtsstaates in Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland".

[378] E. GARCIA DE ENTERRIA-T. R. FERNANDEZ, Curso, Madrid, Civitas, 1980, p. 22.

de una función administrativa definible positivamente (por ejemplo, M. S. GIANNINI. "Una caratterizacione oggetiva de la funzione amministrativa non esiste").[379]

La alternativa posible no podía ser otra más que un giro completo en el planteamiento, reemprendiendo la indagación desde la perspectiva contraria: la formal-orgánica, subjetiva, de la Administración Pública, prescindiendo de las funciones que esta organización pudiera realizar.

Los representantes más destacados de esta postura en un nuevo impulso generalizado que se produce a partir de los años cincuenta, han sido, como vamos a ver, en Francia GEORGES VEDEL, y, en España, FERNANDO GARRIDO FALLA (aunque este ha revisado en parte sus tesis originarias) y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, cuyas respectivas posiciones analizaremos más adelante.[380]

En gran parte, las tesis de estos autores parten de una perspectiva de base contraria a la de los hasta el momento comentados: el énfasis en la división de Poderes como criterio básico para una delimitación conceptual de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. El "residualismo del poder estatal en el Ejecutivo" de GARRIDO FALLA; el "organicismo de raíz constitucional" de VEDEL, o la tesis de la "personificación del aparato funcional del Poder Ejecutivo" de GARCIA DE ENTERRIA,[381] tienen, evidentemente, como referencia lógica previa, la división de Poderes en tanto que estructura jurídico-política determinante, consideración que aparece, desde el punto de vista de la delimitación dogmática de la Administración y el Derecho Administrativo, como la antítesis de las posturas funcionalistas. No en vano recuerda GARCIA DE ENTERRIA como estas últimas tesis están ligadas a la construcción de la personalidad jurídica única del Estado por la doctrina alemana (ALBRECHT, GERBER, LABAND, JELLINEK), que minusvalorando la realidad de los distintos Poderes individualizados del mismo, ve en la Administración una simple función de dicho Estado-persona, ciertamente muy difícil de identificar desde este planteamiento.[382]

379 M. S. GIANNINI, Diritto Amministrativo, Milano, 1970, I, p. 79.

380 Las tesis subjetivistas fueron mayoritariamente seguidas por la doctrina española.. Sin embargo, , tras la promulgación de la Constitución de 1978, las tesis subjetivistas se encuentran en un momento de cierta crisis y objeciones polémicas.

381 Las expresiones entrecomilladas son nuestras y tratan de sintetizar las respectivas posturas de estos autores.

382 GARCIA DE ENTERRIA, E.Curso, cit., pág. 22.

15. Las concepciones del derecho administrativo según un criterio subjetivo: el derecho de la administracion como sujeto

15.1 El Derecho Administrativo como Derecho de la acción del Poder Ejecutivo a través de la "puissance publique": de HAURIOU A VEDEL

En gran medida, las formulaciones subjetivas de la Administración y del Derecho Administrativo que vamos a considerar dentro de este gran apartado, son tributarias del gran jurista francés M. HAURIOU. Contradictor de la, quizá, más importante tesis funcionalista francesa, la de la Escuela del Servicio público, como ya hemos comentado, HAURIOU ofrece una versión del Derecho Administrativo plena de claridad y sentido. Incluso me atrevería a decir, incontestable. No ya como formulación insuperable, sino como rico venero de ideas de la que han podido -y podrían- deber cualesquiera interpretaciones de nuestra disciplina. De alguna manera, por ello, su tesis ofrece una construcción integrada de elementos subjetivos y objetivos que perfilan una formulación equilibrada.

La radicación institucional de la Administración en el seno de la división de poderes de la que HAURIOU parte, matizan ciertamente, sin embargo, su formulación hacia la perspectiva subjetiva. En ese sentido enlaza con la primera construcción dogmática francesa, que sintetiza LAFERRIERE[383] y su consideración de una Administración adscrita al Poder Ejecutivo, separada, pues, de los otros poderes, y de su distingo entre actos de la Administración que implican ejercicio de autoridad (los sujetos al Derecho Administrativo) y actos de gestión (sujetos al Derecho privado).

Distingue, HAURIOU[384], como punto de partida, entre un Estado de administración judicial y un Estado de administración ejecutiva. En el primero, que identifica con el anglosajón, el desarrollo de la actividad característica de la Administración (atender las necesidades del orden público y el funcionamiento de los servicios de interés general) se realiza, sin poder especial "ad hoc", conforme al Derecho común y bajo el poder jurídico básico, el judicial; en el segundo, de "régimen administrativo", tales funciones se encomiendan a un poder único, encargado de la administración de la ley: el Ejecutivo, que va a actuar conforme al Derecho Administrativo, Derecho Público de

[383] Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux, 198.
[384] Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Sirey, Paris, 1933, 12a, ed.

carácter especial, integrado por reglas exorbitantes, y a quedar sometido a una jurisdicción especial.

En suma, en el régimen administrativo, el Poder Ejecutivo asume el cumplimiento de la función administrativa, dentro de un sistema de separación entre las autoridades administrativas y los jueces, y de una Administración que se institucionaliza como organización del poder administrativo. Consecuentemente, este régimen se caracteriza por la existencia de un elemento básico: el poder para administrar, derivado del ejecutivo, "La puissance publique", en cuya regulación se sustancia el Derecho Administrativo. Este tiene por objeto, como Derecho de la actividad administrativa, las relaciones que se establecen por la Administración Pública como desenvolvimiento de ese poder del que dispone, sintetizado en los derechos exorbitantes derivados de esa "puissance" y en los privilegios de la acción de oficio y la decisión ejecutoria.

En la formulación de HAURIOU, por otra parte, ese poder se institucionaliza, al desarrollarse encuadrado en una organización subordinada, servicial, deslindada tanto de la función gubernamental como de la iniciativa privada. Por lo demás, configurada la "gestión administrativa" como una empresa de gestión de negocios -de los intereses generales del público- va a requerir, por precisar de los elementos de capacidad, iniciativa, responsabilidad y propiedad, la veste de la personalidad.

Una de las criticas más extendidas a la formulación de HAURIOU es la de que la Administración no siempre actúa investida de "La puissance"; es más, que el desarrollo y extensión de la actividad administrativa ha llevado al uso de técnicas (el fomento, la concertación, etc.) precisamente no coercitivas. Entiendo, sin embargo, que es una crítica apresurada. El hecho de que la Administración use de esa vías no imperativas de actuación no descarta que en las relaciones propiamente sujetas al Derecho Administrativo ese elemento sea el criterio delimitador, ni tampoco que en esos ejemplos citados no exista siempre un reducto de poder (para empezar el que en su doble faz, o sea, fin perseguido por la acción no imperativa y sujeción de la decisión de actuarla a las reglas internas de la organización administrativa subordinada del poder público). Mayor fundamento puede tener, en mi opinión, la advertencia de que, por ello mismo, sí la Administración es una institucionalización de la "puissance publique", este elemento objetivo resulta ser un "prius" del perfil subjetivo de la Administración que la ejerce y por tanto elemento o criterio delimitador preferente o determinante.

De ahí el interés que tiene evocar la tesis de GEORGES VEDEL, otro autor subjetivista que si en su momento descarto todo criterio funcional de

definición de la Administración y del Derecho Administrativo, establecería después una corrección a su primitiva tesis que desnuda el problema en términos como los que he apuntado.

En un articulo de 1954 ("Les bases constitutionelles du Droit Administratif")[385] defendía VEDEL la necesidad de acudir al criterio orgánico-subjetivo, dadas las bases constitucionales de aquel establecidas en su opinión sobre criterios formales-orgánicos de modo cuasi exclusivo. A partir de aquí, objetaría VEDEL las teorías quizá más típicamente funcionalistas, la francesa del servicio público y la del dualismo de ley formal-ley material de la dogmática alemana (y su calificación del reglamento como ley material: para VEDEL, la equiparación material de este con la ley resulta irrelevante dado el diferente régimen intrínseco de uno y otra derivado de la distinta posición constitucional del Órgano del que respectivamente emanan -Poder Ejecutivo subordinado y Parlamento soberano-), para sostener que "el orden positivo que se deriva de los principios constitucionales del Derecho Administrativo es que no hay Administración ni competencia del juez administrativo, ni aplicación del Derecho Administrativo allí donde no hay ejercicio del poder ejecutivo",[386] donde no hay una actividad vinculada, "organiquement et formalement" al ejercicio del poder ejecutivo.[387] En suma, si para este autor, administrar es ejecución de leyes, dicha administración está referida intrínsecamente al complejo orgánico del Poder Ejecutivo.

Es obvio que la tesis de VEDEL estaba muy determinada por el sistema constitucional francés del que partía, tanto en lo formal[388] como en el plano substantivo del amplio campo de poderes reconocido al Ejecutivo. Y así VEDEL identificara la ejecución de las leyes no con la de cada ley, sino con "el mantenimiento del orden jurídico total y de todo aquello que es condición necesaria a tal fin, es decir, la continuidad del Estado y de la vida nacional",

[385] Etudes et Documents du Conseil d'Etat, núm. 8.

[386] Ibidem, p. 33. Por ello, dice, la actividad administrativa del Parlamento (régimen de sus funcionarios, responsabilidad por daños causados por sus servicios, etc.) está excluida del control jurisdiccional, lo que no sucede en cambio, con la actividad de "organización administrativa" de los tribunales que si este sometida al control administrativo-jurisdiccional porque en su organización se insertan y dependen administrativamente del gobierno, como "Administración judicial" (Ibidem, p. 32.).

[387] Ibidem, p. 48.

[388] Nos señala VEDEL: "II faut entendre ce terme (pouvoir executif) dans le sens organique et formel qui est celui quo lui donnet traditionnellement nos constitutions notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitución du 27 octobre 1946. Le pouvoir exécutif appartient au Président du Conseil et au Gouvernement, exceptionnellemenet au President de la Republique. On dolt y rattacher les services et organismes placés sour l'autorite ou sous la tutelle du Gouvernemnt ou agissant pour son compte"..

misión está para la que la Administración estaría habilitado por esa atribución constitucional de "ejecución" que operaria como titulo competencial.

Sobre esta base, y en sus reflexiones sobre las típicas objeciones a las tesis organicistas (inclusión en el Poder Ejecutivo de la acción del Gobierno, que ni es Administración ni está sujeta al Derecho Administrativo; la realización por la Administración sujeto de actividad de Derecho Privado; existencia de misiones de servicio público encomendadas no al Ejecutivo sino a entidades privadas), encontrara VEDEL el dato fundamental de su construcción: la "puissance publique" expresión típica de la actuación del Ejecutivo y de su competencia de ejecución de las leyes, manifestada en el uso de prerrogativas y sujeciones especiales previstas por el Derecho para la actuación de los representantes de la colectividad.

A partir de este criterio, respondería VEDEL a tales objeciones: la actividad de gobierno, dirección política, no es ejecución de las leyes; en la actuación de Derecho Privado, la Administración, al no usar de la "puissance publique", deja de actuar como participe del poder ejecutivo[389] y en fin, el supuesto de actividad administrativa desarrollada por entes privados, por el contrario, existiendo ejercicio de "puissance publique", podía ser reconducido a un caso de ejecución de las leyes. Pero, es más, la presencia o no de la "puissance publique" (prerrogativas, sujeciones establecidas por el Derecho) se convierte para VEDEL en la piedra angular de su tesis, como criterio que permite reconocer, en la relación jurídica de que se trate, la existencia de ejecución de las leyes que corresponde al Ejecutivo; y, viceversa, para apreciar si un organismo queda vinculado al Ejecutivo, "ratache au pouvoir executif" (pues si la puissance es atributo exclusivo del Estado, ese organismo, por exclusión -no puede serlo al legislativo o al judicial- quedara vinculado a aquél).

Hasta aquí la formulación inicial de VEDEL. El criterio de la "puissance publique" -que se remonta a HAUROIU- es ciertamente sugestivo. Ahora bien, el punto débil de la construcción de VEDEL radica, no hay duda, en la vinculación univoca que establece entre la presencia de una actuación de "puissance publique" y la organificación del Poder Ejecutivo. Es decir, el que defina -al menos en su primera formulación asentada en las previsiones de la Constitución francesa de 1946- el Derecho Administrativo como el conjunto de las reglas autónomas aplicables a la actividad del Ejecutivo que comporte ejercicio de "puissance publique". Porque, ciertamente, este criterio de la "puissance", en principio, lo mismo podría fundar una tesis funcionalista que una organicista-subjetiva sobre la Administración Pública y el Derecho Administrativo.

[389] Ibídem. pág. 45. Es así porque el legislador puede permitir al Ejecutivo someterse al régimen común, supuesto este en que, propiamente, en sentido jurídico-constitucional, no ejerce como poder público, "ejecución de las leyes", sino sometido a las leyes, como los particulares.

Sobre todo si advertimos que puede que la Administración sujeto actue en régimen privado, como también que sujetos privados puedan en ciertos casos ejercer la "puissance publique". Con lo cual, a última hora, se revelaría que la "puissance" no es un concepto intrínsecamente vinculado a una caracterización especial de determinados sujetos de Derecho, sino más bien un dato objetivo, y, por tanto, la esencia "objetiva" más que orgánico-subjetiva de ese criterio de la "puissance publique": en suma, actividad con fin y reglas jurídicas especiales mas que sujetos especiales. Ello por más que en VEDEL se produzca una mixtificación de ambos planos.

Para supuestos como loscomentados o similares ("Comitas d'organisation"; "Ordres professionels", etc) de indudable compleja calificación, entendía VEDEL que precisamente la existencia en su actividad de un ejercicio de "puissance publique" posibilitaba su encuadramiento orgánico en el Poder Ejecutivo. Lo cual nos revela esa mezcla indistinta entre los planos o aspectos objetivos (Ia "puissance"; el ejercicio de funciones) y los subjetivos (inclusión de todos ellos, más o menos jerarquizada en el Ejecutivo) muy debatible. Lo es en el caso de sujetos privados que por delegación puedan ejercer poder público, pero incluso también en el supuesto de típicos entes públicos -calificados como tales en el Ordenamiento en el que tampoco se produce dicho encuadramiento en el Poder Ejecutivo. Y, es precisamente ese dato el que hace que los mismo estén excluidos de las típicas técnicas jurídicas que, por laxo que pudiera ser dicho encuadramiento, lo articulan: así, por ejemplo, los colegios profesionales de España o sus universidades públicas que no están sometidos al control de ningún recurso de naturaleza jerárquica por parte de la Administración.

En definitiva, hay en VEDEL, en su formulación inicial, una identificación apriorística entre "puissance publique" y Poder Ejecutivo, que le "obliga" a reconducir toda manifestación de aquella (y por ende cualesquiera sujetos que la ejerzan) a la organización del Poder Ejecutivo. No profundiza suficientemente, por lo demás, en el hecho de que, como veremos en su momento, hay actuaciones de la organización de otros Poderes distintos al Ejecutivo (el Legislativo o el Judicial) que, por su carácter materialmente administrativo podrían quedar sujetas al Derecho Administrativo (o al control de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, que puede operar a este efecto como criterio indistinto), pues es muy dudosa su afirmación -al enfrentarse con este problema-, aunque este condicionada por los datos jurídicos-positivos de su país en un momento determinado, que en esos supuestos esa organización dependa administrativamente también del Ejecutivo.[390] En suma, una extrapolación excesiva del criterio orgánico-subjetivo.

[390] Vedel, op, cit., pág. 32

Quizá consciente de esta extrapolación, y desde luego condicionado por los nuevos datos introducidos en el problema por la reforma constitucional francesa de 1958, VEDEL matizaría, posteriormente sus tesis primitivas.[391] Aun defendiendo que lo característico de la Administración no es un dato material funcional, sino lo orgánico-formal (sujetos, potestades y en suma, la "puissance publique") elude la anterior correlación organicista de todos los eventuales sujetos que puedan ejercerla con el Poder Ejecutivo, para definir el Derecho Administrativo como "Droit commun de la puissance publique". No hay duda de que, así planteada, la formula podría ser aceptable, si -como señala J. RIVERO[392] - se engloba bajo el término "puissance publique", no solo las prerrogativas de la Administración, sino también el conjunto de las reglas degativas del Derecho Común que caracterizan su acción.

Como no podía ser de otra manera, resulta así que esta tesis subjetivista es objeto, finalmente, de una parcial reducción. Lo que no implica que cómo punto de partida metodológico, resulte insatisfactoria ni mucho menos. En gran parte, es lo que sucede también con dos de las tesis subjetivistas más brillantes de los últimos tiempos formuladas en la doctrina española: la tesis orgánica, cuyo representante más caracterizado es F. GARRIDO FALLA, y la estrictamente subjetiva de la Administración-persona jurídica establecida por E. GARCIA DE ENTERRIA, a las que pasaremos revista a continuación.

Adelantemos ya, en todo caso, que aunque difieran en muchos aspectos, hay un poso común entre ambas[393] que, por lo demás, como tendremos ocasión de comentar, se ha acrecentado tras la reformulación de su tesis tradicional efecuada posteriormente por GARRIDO FALLA, revisión en la que sin abdicar de su planteamiento y concepción formal de la Administración, acaba concluyendo que esta es una "institución".[394] Ante esto, la confluencia de ambas formulaciones resulta ya evidente, sobre todo, si se aprecia hasta que punto la discusión sobre ese dato "institucional" constituía la piedra de toque de fondo que enfrentaba a una y otra tesis.[395]

[391] Cfr. Droit Administratif, 4a ed., 1968, p6g. 40 y ss.

[392] RIVERO, J., Droit Administratif, cit., pág, 34.

[393] Cfr., por ejemplo, ESCRIBANO COLLADO, ",Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo?", REDA, 37 (1983), pp. 167-169, que vislumbra como trasfondo inconsciente de estos planteamientos la idea de Ia "primacía del Poder Ejecutivo".

[394] Vid. GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1987.

[395] Ha escrito L. PAREJO: "La critica que desde la postura simplemente orgánica se ha hecho a esta tesis -la personalidad no es un prius con respecto al Derecho, sino un producto de este- no es aceptable. Se mueve, en efecto, en el plano de la consideración del Derecho como norma positiva, que desde Santi Romano ha quedado arrumbada. El hallazgo fundamental de la explicación personalista es precisamente éste: la Administración pública es una institución¬ordenamiento complejo (la pluralidad de Administraciones reconducible así a unidad) que tiene su fundamento mismo en el dato organizativo y no en el normativo-positivo. Este último no es sino el reconocimiento o la consecuencia de aquella realidad jurídica". En el Concepto..., cit., p. 143.

16. El Derecho Administrativo como Derecho del complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo: GARRIDO FALLA

F. GARRIDO FALLA,[396] tras cuestionar las tesis funcionalistas[397] y partiendo de la antes comentada tesis residualista,[398] va a concluir que la Administración es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo.

Parte Garrido el intento de acotar la administración como actividad estatal dentro de las tres funciones clásicas, concluyendo que éstas son irreductibles, lo que impide la caracterización de la administración como cuarta función separada. Pero para superar las tesis meramente negativistas de la citada doctrina alemana (Laband, Mayer) -Administración es todo lo que no es legislación ni jurisdicción- va a intentar una definición positiva.

Advirtiendo que la división de poderes no se aplica en la practica en términos absolutos, sino más bien como una tendencia, constatada que por ello mismo el poder ejecutivo no se limita a la actividad de pura ejecución, "sino que produce con gran frecuencia actos que, desde el punto de vista material, podrian calificarse de función legislativa o jurisdiccional del Estado". Por ello, no puede establecerse una identificación entre función ejecutiva y Administración; pero ese mismo hecho revelaque la actividad de contenido plural en que consiste la Administración no tiene otro nexo identificativo que el ser desarrollada por el Poder Ejecutivo.

En definitiva, propone: "Administración Pública en sentido objetivo, o actividad administrativa, es necesariamente una zona de la actividad desplegada por el Poder ejecutivo. Como esta actividad... se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación (reglamentos) y

[396] Su tesis inicial se recoge en "Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales", RAP, n° 7, pág. 11 y ss.; en "La Administración como objeto de las ciencias jurídicas y no jurídicas", RAP, n° 23, pág. 9 y ss.; y en su Tratado, T. I., 'pág. 26 y ss. (aunque, en su 108 ed., 1987, se recoja ya aquí la matización que, posteriormente haría a su formulación originaria).

[397] "Si admitimos que esto (Los reglamentos de la Administración, su actividad resolutoria de recursos) es administración...el concepto de Administración Pública (ni como actividad objetivamente diferenciada, ni como sujeto de esa actividad) no se puede obtener adoptando el punto de vista de las funciones del Estado". Cfr. Tratado, cit., pág. 37.

[398] "Así como los poderes legislativo y judicial se forman con las competencias que se han ido arrancando de manos del antiguo monarca absoluto, en cambio, el Poder ejecutivo es justamente lo que queda en manos de aquél monarca una vez realizadas las antedichas sustracciones. Se deduce de aquí, el carácter residuario del poder ejecutivo, que debe ser tenido en cuenta para comprender debidamente el tipo de funciones que le corresponden". Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1987, pag. 39.

de jurisdicción, aparece la actividad administrativa como no homogénea; de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal del que emana".[399] Este criterio orgánico es para Garrido "el único punto de vista desde el que se puede intentar una definición positiva": "si queda así definida la actividad administrativa, resulta también posible obtener el concepto de Administración Pública en sentido subjetivo. Esta no es sino el sujeto de aquella actividad; por consiguiente...la Administración pública es un complejo orgánica integrado en el Poder ejecutivo".[400]

Estos son los puntos nucleares de la formulación organicista de GARRIDO FALLA, que obtuvo un cierto consenso en la doctrina española,[401] probablemente por la clara aprehensión de la realidad administrativa de la que parte.[402]

Pero conviene ahondar algo más en esta tesis. No escapa a Garrido la principal quiebra de la teoría negativa o residual (La identificación entre Poder Ejecutivo y Administración Pública), que podría, por lo demás, ser uno de los argumentos en contra de su propia tesis. Aborda ese deslinde a partir de

399 Ibídem, P.4.

400 Ibídem, p.40.

401 Por ejemplo J. A. GARCIA TREVIJANO quien definió el Derecho Administrativo como "el conjunto de normas y principios referibles al sujeto Administración, que tiene por objeto el estudio y la regulación de la Administración Pública subjetivamente considerada, con todas las funciones que desarrolla, y además, accesoriamente, el estudio de las funciones administrativas de los demás poderes del Estado, así como la justicia administrativa" (en Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 2a ed., 1968, T. I., pág. 138). Como se advertirá, esta definición incluye una previsión extensiva a la actividad materialmente administrativa de los Poderes del Estado distintos del Ejecutivo, donde la Administración Sujeto se incardina, que posteriormente recogería también el propio GARRIDO FALLA en la 108 ed. de su Tratado, 1987. En esa misma línea organicista se inscribe R. ENTRENA CUESTA que, enfatizando el elemento de la pluralidad de organizaciones administrativas, define el Derecho Administrativo como "conjunto de normas de Derecho Público interno que regulan la actividad de las Administraciones Públicas" (en Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1981, pag. 67).

402 Esta ha sido, por lo demás, la postura de algún sector de la doctrina comparada. Así, en Francia, Ch. EISENMANN (Cours Droit Administratif, Paris LGDJ, 1982, pág. 95 y ss) que define a la Administración como "una parte del aparato ejecutivo", y al Derecho Administrativo como "conjunto de reglas de derecho de las que la Administración es sujeto, activo o pasivo, en suma, el derecho de la Administración"; en Suiza, Th. FLEINER (Grundzüqe der allqemeinen and schweizcrischen Verwalfünqsrechts, Zurich, 1977, pág. 23 y ss), quien caracteriza a la Administración por referencia a la organización ubicada en el Poder ejecutivo y bajo la dependencia del Gobierno; o en fin, en el Derecho norteamericano, donde el Derecho Administrativo ha sido concebido como "el conjunto de reglas legales y de principios que definen el poder y la estructura de las Agencias de la Administración" (asi, G. BREYER y R. B. STEWART, Administrative Law and Requlatory Policy, Litle Brown and Co., Boston-Toronto, 1979, pág. 10 y ss.).

la distinción entre Administración y Gobierno. Para la definición de este último, distingue, de nuevo, entre una consideración objetiva (función de gobierno) y otra subjetiva (el Gobierno). Desde la primera, y en sentido amplio, previo a la división de poderes, entiende que la función política o de gobierno consiste en "conducir a la comunidad política al logro de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias": desde esta apreciación, cualquiera de las tres clásicas funciones del Estado son entonces, "instrumentos de gobierno".[403]

En en la segunda consideración, sin embargo, donde la cuestión -señala GARRIDO- cobra verdadero carácter, y guiado por su criterio orgánico-subjetivo, trata de determinar cuando el Poder Ejecutivo actúa políticamente, o como Gobierno, y cuando con carácter administrativo. Inicialmente, este autor no hizo sino constatar la imprecisión con que la doctrina había abordado dicho deslinde.[404]

Ahora bien, en las reflexiones que sobre estos problemas efectuó tras la promulgación de la Constitución de 1978,[405] incide específicamente en esa cuestión, llegando a las siguientes conclusiones. De las previsiones constitucionales (arts. 97 y 103. 1) resulta que el Gobierno es algo diferente de la Administración y superior a ella -puesto que la dirige- y que es titular de la potestad ejecutiva y reglamentaria, referencias estas de las que GARRIDO deduce existe en la Constitución una concepción subjetiva de uno y otra, como órganos de imputación de cierto tipo de actividad, y base suficiente para, en su opinión, concluir ese deslinde, dentro del Ejecutivo, entre Gobierno y Administración.

Precisamente por el comentado carácter residual del Poder Ejecutivo (interpreta GARRIDO siguiendo a ESMEIN), los atributos de la soberanía, el imperium, así como su ejercicio permanente se localizan en dicho Poder, y esto

[403] GARRIDO FALLA, F., Tratado, cit., pág. 53 y ss. Esta misma apreciación sostiene VILLAR PALASI "El Poder legislativo como el Poder judicial e incluso la misma Administración Pública, son, desde esta perspectiva, puros instrumentos de gobierno. Esto en cuanto a la de gobierno en sí", en Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, 1968, p. 50.

[404] Recordando que la doctrina había señalado que la función de gobierno hace referencia a los "intereses excepcionales" de la comunidad política, y la función administrativa a la "gestión de los asuntos corrientes del público", "les affaires courants du public" (HAURIOU), concluía: "la doctrina no ha sabido hasta ahora ir mucho más allá en la precisión de esta diferencia", Tratado, cit., p. 50 y 51.

[405] La Administración en la Constitución (en colaboración con BAENA y ENTRENA), Madrid, 1980; Reflexiones sobre una reconstrucción de los limites formales del Derecho Administrativo español, 1982; y la edición de su Tratado, Madrid, 1987, págs. 41 y ss.

es lo que este autor entiende establece claramente la Constitución española (art. 98) que, por lo demás, determina su deslinde respecto de la Administración ("la denominación de Gobierno corresponde al Consejo de Ministros con su Presidente"), sin perjuicio de que constituya el escalón máximo de la organización administrativa. La Administración queda así configurada como un complejo orgánico que para Garrido se identifica, dentro del Ejecutivo, como una institución en tanto que "servidora con objetividad de los intereses generales".[406]

Esta es, en síntesis, la tesis de GARRIDO FALLA, que, como venimos haciendo, sometemos también a un contraste crítico. En nuestra opinión, una de las quiebras de la tradicional argumentación de GARRIDO FALLA es su carácter tautológico: recordemos que para él, la Administración pública en sentido objetivo es una actividad heterogénea del Poder ejecutivo, reconducida a unidad en función de la del poder estatal de la que emana, mientras que, de otra parte, Administración Pública en sentido subjetivo es el sujeto de dicha actividad, integrado como complejo orgánico en dicho Poder ejecutivo.

La piedra de toque para esa argumentación -como para cualquiera de tinte organicista- es la actividad "aparentemente análoga a la administrativa"[407] que realizan los otros Poderes (legislativo y judicial). Hasta la reelaboración de su tesis, tras la promulgación de la Constitución de 1978, GARRIDO mantuvo que esa pretendida actividad administrativa de poderes y organismos que no eran subjetivamente Administración Pública, quedaban fuera del objeto formal del Derecho Administrativo. Pero el hecho de que la legislacion postconstitucional sometiera los actos del Parlamento y del Poder Judicial relativos a su organización y régimen de personal al control de la JCA[408] movió a GARRIDO (aunque advirtiendo que en esos supuestos controvertidos, no hay actos que afecten a las relaciones del poder público con los ciudadanos, sino control por la JCA de los "interna corpora" del legislativo y el judicial) a una reargumentación, ciertamente debatible, sobre el problema (eso sí, explicitada con toda crudeza): o el Derecho Administrativo comprende la actividad administrativa de todos los poderes y Órganos del

[406] GARRIDO FALLA aplica a la Administración las siguientes notas de la institución: a) realiza en su actuación como una apropiación de los fines que persigue; b) actúa con fuerza propia para alcanzar sus fines; c) se rige por reglas propias de comportamiento, subyacentes a las propiamente jurídicas.

[407] GARRIDO FALLA, F., Tratado, cit., pag. 41.

[408] Estatuto del personal de las Cortes de 23 de Junio de 1983 (art. 35); L. 0. 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional (art. 99. 3), y L. 0. 1/1980, de 10 de Enero, del Consejo General del Poder Judicial (art. 47. 2°).

Estado, que abonarÍa el criterio material o funcional de la Administración pública- o "simplemente el ámbito competencial de la JCA y del Derecho Administrativo no coinciden". La respuesta de Garrido es la siguiente.

GARRIDO entiende que en estos últimos supuestos de actuación no hay más que mera cobertura por la jurisdicción contencioso-administrativa (algo que encuentra reforzable -y es esta una idea de la que, en mi opinión, no saca las pertinentes consecuencias- "sobre todo si desplazamos la idea de la personalidad jurídica de la Administración como sujeto parte en el proceso y recuperamos la de la personalidad jurídica del Estado"[409]). Y es así -concluye GARRIDO- porque no puede establecerse un mismo criterio para dichos supuestos: el legislativo y el judicial "constituyen complejos orgánicos con sus propios problemas administrativos fiscalizables por la Jurisdicción contencioso administrativa", pero sus funciones "administrativas" son instrumentales para la función constitucional que les está atribuida; mientras que el conjunto de potestades, incluidas la reglamentaria y la jurisdiccional (que, recordemos, incluye Garrido en la global "actividad administrativa" en sentido estricto), de que goza la Administración en la mecánica estatal, son "competencias normales sin que quepa acudir a criterios de excepción".[410]

Sin embargo, hecho este excurso, GARRIDO FALLA da un salto conceptual, al definir el Derecho Administrativo en términos no del todo coherentes con esas apreciaciones. Para GARRIDO FALLA el Derecho Administrativo es "aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y órganos constitucionales del Estado". Debe señalarse que esta definición es la que GARRIDO ofreció tras una revisión de conceptos efectuada en 1982, y luego recogida en las posteriores ediciones de su Tratado,[411] que amplia su tradicional definición con el sometimiento al Derecho Administrativo de la función administrativa de los diversos Órganos y Poderes constitucionales del Estado (Cortes, Poder Judicial y Tribunal Constitucional); diciéndonos que ello es una exigencia de la ampliación del ámbito de la Jurisdicción contenciosa a estas últimas cuestiones, y una respuesta a la pregunta de por que se han incluido estas materias entre las fiscalizable por dicha jurisdicción.[412]

[409] Tratado, cit., pag. 46..
[410] Ibídem. Pág.47.
[411] La revisión de sus tesis tradicionales la efectúa en "Reflexiones sobre una reconstrucción de los limites formales del Derecho Administrativo español", 1982, y en la 108 ed. de su Tratado, 1987.
[412] Tratado, cit I, pág. 113.

En suma, GARRIDO mantiene para la reformulación de su tesis, los antiguos argumentos: residualismo, organicismo, e incluso historicismo de la Administración como Poder Ejecutivo y de un Derecho Administrativo que regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los ciudadanos.

Hay, a nuestro juicio, en esta interpretación algo de "sostenella" de su tradicional tesis, sin dar el paso obligado ante un problema que, por lo demás, GARRIDO plantea admirablemente, pero que, no obstante, elimina con argumentos cuestionables: como el de que la citada actuación del legislativo o del judicial es una cuestión puramente interna de tales cuerpos y sin relevancia "ad extra", obviando así un dato fundamental -que el mismo suscribe en su obra- como es el carácter jurídico de la organización. Paso aquél, ciertamente obligado, que el mismo GARRIDO apunta al referirse a la posible revisión de la tesis de la personalidad jurídica de la Administración y su sustitución por la del Estado, pero que no desarrolla. Honestamente hay que decir, también, que con la citada inclusión en su última definición del Derecho Administrativo, de la actuación administrativa de los poderes legislativos y judicial y de los demás órganos constitucionales del Estado -siquiera sea como addenda marginal- apunta a nuevas reformulaciones, aunque no las agote dogmáticamente.[413]

Quizá, su pretensión de acotar una "actividad administrativa" de manera globalizada (y, en gran medida, artificial, pues ese intento "objetivista" lo resuelve, al cabo, con una extensión sustantiva de la misma -actividad "heterogénea"- y una apelación subjetivista -todo lo que hace el Poder Ejecutivo, excluido el Gobierno- basada en el ejercicio del "imperium" respecto de los ciudadanos) le impide, a mi juicio, poder apreciar el trasfondo del problema: que esa actividad heterogénea de la Administración-Poder Ejecutivo (como las que del Parlamento o del Poder Judicial resultan sujetas por el ordenamiento a la JCA) podría ser calificada como "administrativa", al igual que la Administración sujeto se denomina tal, por el hecho de ejercer un poder público subordinado a la ley.

Esa Administración-sujeto, o esa administración función, son tales -"administración"- porque, como tales, no disponen sobre ese poder (a diferencia de la ley) ni fijan el use de esa disposición o administración (como hace la

[413] Garrido ve en esta ampliación del ámbito del Derecho Administrativo "es presupuesto teórico para que sea esta misma jurisdicción (la JCA) la que conozca de relaciones jurídicas con terceros (como en materia contractual y de responsabilidad patrimonial), relaciones que ciertamente exceden del reducido ámbito doméstico al que un sector doctrinal quiere reconducir la explicación de esta nueva expresión del Derecho Administrativo". Tratado, 108 ed., 1987, bag. 113.

Justicia) sino que solamente lo gestionan, lo administran. Desde esta apreciación, en la que luego insistiremos, actividad administrativa podría serla tanto la global y heterogénea de la Administración-sujeto (incluidas la normativa reglamentaria, la jurisdiccional frente a los recursos administrativos, y la propiamente ejecutiva de la ley) como la de orden administrativo de los órganos legislativos y judiciales.

17. La Administración, sujeto personificado, y el Derecho Administrativo como un Derecho estatutario: E. GARCIA DE ENTERRIA. Elementos básicos de esta formulación

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA ha llevado a sus últimas consecuencias en la doctrina española el criterio subjetivo de la Administración Pública que venimos comentando, al hacer de la Administración persona jurídica la clave de arco del Derecho Administrativo. En 1959 definió GARCÍA DE ENTERRÍA el Derecho Administrativo como "el derecho común de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos",[414] tesis esta (y la previa conceptuación de la Administración Pública como persona jurídica) que ha venido reiterando desde entonces.[415]

Tras remarcar la inutilidad de las tesis funcionalistas[416] y de las subjetivistas meramente organicistas[417] acerca de la Administración, parte, a modo de cuasi postulado, de la consideración de la Administración pública como persona jurídica: "Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica... este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por el se hace posible el Derecho Administrativo...la personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo".[418]

---

414 GARCIA DE ENTERRIA, E., "Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1960, pág. 317-

415 En el Curso de Derecho Administrativo realizado en colaboración con T. R. Fernández, Madrid, Cívitas, (hacemos las posteriores referencias a su 48 ed., 1980), Ultima ed. 88, 1997.

416 "Lo primero que hay que hacer notar, en efecto, es que la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El fracaso de cuantos intentos se han realizado en esta dirección es la mejor prueba de la inutilidad de insistir en este punto". Curso, cit., pág. 23.

417 La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administraci6n Pública y el Ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de Órganos, sino a través de su consideración como persona".

418 Curso, cit., pág. 23.

No se le escapa a GARCÍA DE ENTERRIA el, por lo menos aparente, reduccionismo de su tesis, y desde el principio se desmarca de las posturas de la Escuela alemana del Derecho Público, creadora de la idea de la personalidad jurídica del Estado (y a partir de la cual se inició, como sabemos, el intento de acotar una función administrativa): "La personalidad del Estado en su conjunto es solo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto del Derecho internacional en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino solo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública".[419]

Por ello, para la argumentación de su tesis, GARCÍA DE ENTERRIA establece una revisión de conceptos de alcance; el fundamental el de la supuesta unidad jurídica del Estado, al menos como ordenamiento interno (que cree expresión residual de los dogmas absolutistas o una sublimación hegeliana), cuando entiende se trata de un "compositum" de elementos distintos.[420] Tras analizar la realidad inglesa, en la que, ciertamente, no se produce -como acontecerá con la aplicación de la teoría de Montesquieu en el continente- una conversión de los poderes en órganos de un ente transpersonalizado como es el Estado.[421] entiende que esta misma situación -pese a la apariencia- se produce en el Derecho Continental.

El Parlamento, más que Órgano del Estado, es Órgano del pueblo, titular de la "propiedad del poder" (en expresión de Hauriou) que ejerce a través del control del Gobierno, la aprobación de las leyes y la adopción de las decisiones políticas fundamentales; y la ley, como producto típico del Parlamento,

[419] Curso, cit., pág. 24.

[420] "La unidad que se llama Estado es solamente estructural y externa e interesa, sobre todo, antes de afirmar y sustantivar esta unidad, definir y poner de relieve los elementos que la componen", Verso, pág. 324, "Para un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien, como un simple compositum estructural del que interesa retener, y no difuminar, sus elementos reales y sustantivos"

[421] Recuerda G. DE ENTERRIA que el concepto Estado es extraño al Derecho ingles. "En vez de este (el Estado) encontramos el de Corona, al que se refiere toda la organización administrativa...Pero junto a la Corona este el Parlamento, como Órgano del pueblo...Corona y Parlamento (o pueblo) no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, ...sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizados en ninguna pretendida unidad superior...Los tribunales tampoco son Órgano de la Corona, sino Órganos o expresiones del "derecho de la tierra"...derecho que, por su parte -y este es la idea esencial del Common Law-no está estatalizado, no es un producto de la voluntad del Príncipe, sino obra de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales...la independencia de la magistratura... expresa que el juez es visto como un Órgano propio, no del Estado ni de la Corona...sino de la "lex terrae", como viva "vox legis"..". Curso, cit., pág. 25.

no expresa la voluntad del Estado -para ENTERRÍA, "supuesto ente místico transpersonal"- sino la autodisposición de la comunidad, representada en el Parlamento, sobre sí misma. Por su parte -continua Enterría- el juez, tampoco en los países continentales es un Órgano del Estado, sino del Derecho, viva "vox iuris", "iuris dictio", directamente vinculado al Derecho sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que esta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su fuerza propia, "lo cual se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la voluntad del Estado, sino una función de la comunidad...que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de leyes y reglamentos".[422]

Por el contrario, la situación de la Administración -continua ENTERRIA- es completamente distinta. La Administración no es representante de la comunidad, sino organización a su servicio, y por ello sus actos no valen como actos de la comunidad, sino como propios de una organización dependiente; y acaba: "Pues bien, esta organización servicial de la comunidad que es la Administración Pública, aparece con una personalidad jurídica propia, y para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es ante todo un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sola como organización y que deja fuera, como hemos tratado de subrayar, a los Órganos legislativos y judiciales".[423]

Con su tesis de la Administración como persona, ENTERRIA trata, por lo demás, de solucionar una de las típicas objeciones a los posturas subjetivistas sobre la Administración: su deslinde de la actividad y los Órganos políticos de gobierno: los Órganos del gobierno -dice GARCÍA DE ENTERRIA- no son solo Órganos de la Administración (en este caso su actividad se somete al Derecho Administrativo) sino que, además, ejercen funciones políticas de carácter internacional, imputables al Estado en cuanto sujeto de relaciones internacionales, excluidos del Derecho Administrativo, y los actos constitucionales en que se concretan las relaciones entre los Altos Órganos del Estado (interpelaciones, disolución de Cámaras, etc.). En el primer caso actúan como comisionados del propietario del poder, la confianza parlamentaria en nuestro sistema constitucional, y en el segundo, como titular del Órgano administrativo cuya actuación está sujeta al Derecho Administrativo.[424]

[422] Curso, cit., pág. 26.
[423] Curso, cit., pág. 27.
[424] Ibídem. Pág. 27-28.

Por lo demás, excluye del Derecho Administrativo las actividades materialmente administrativas del Parlamento y la organización judicial, porque no se trata de órganos integrados en la Administración personificada, descartando el hecho de que puedan en algún caso ser objeto de control por la JCA con el, argumento de que es así "por razón de analogía de situación".[425]

ENTERRIA señala, en fin, que sus referencias a la Administración-sujeto, Administración persona -expresada como simplificación- hay que extenderla a la pluralidad de Administraciones públicas existentes (del Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones Locales, etc), cada una de ellas con personalidad jurídica independiente. Pues el Derecho establece mecanismos de reconducción a la unidad de toda esa pléyade de Administraciones.[426]

Sobre la anterior construcción, define ENTERRIA el Derecho Administrativo como "Derecho Público interno propio y especifico de las Administraciones Públicas en cuanto personas".[427] Se trata, entiende -a partir de la distinción entre Derechos generales, aplicables a todos los sujetos, y Derechos estatutarios- de un "Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común".[428] De ello se deriva -confluye ENTERRIA- que "Ia presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídica administrativa"[429] y sea, consecuentemente, aplicable el Derecho Administrativo. El otro término de la relación puede serlo cualquier tipo de sujeto: privado (el administrado), otra Administración (en las relaciones interadministrativas), u otros Órganos de la misma Administración (relación reflexiva). Se trata, además, de un Derecho Común, con posibilidad de autointegración -no de un Derecho especial- aplicable a las Administraciones Públicas como tales.[430]

[425] Ibídem. Pág. 28.

[426] Ibidem, Pág. 29. En nuestro Derecho -señala ENTERRIA- a partir de dos Ordenes básicos, separados (Estado y Comunidades Autónomas) pero concentrados en el Estado por los poderes soberanos de que dispone (art. 1. CE); y bajo estos dos Ordenes, toda una constelación de entes menores integrados a través de la supremacía que sobre estos ejercen aquellos y en su conjunto, "toda la galaxia administrativa se reconduce a una unidad estructural y sistemática; el principio constitucional de coordinación (art. 103, 1) expresa este principio organizativo)

[427] Curso, Cit. Pp. 31 y ss.

[428] Ibídem, pág. 32.

[429] Ibidem, pág. 33. Ya en Verso..., cit., p. 333, decía: "No existen, pues, en el derecho administrativo relaciones interprivatos; y quedan fuera de el también las supuestas funciones administrativas realizadas por los demás Órganos legislativos o jurisdiccionales".

[430] Ibídem. Pág. 336.

Esta es, en síntesis, la construcción de GARCIA DE ENTERRIA, tesis que obtuvo un gran éxito en España y Latinoamérica. De hecho, prestigiosos autores, con su propia visión personal, podrían ser incluidos en esta linea: T. R. FERNANDEZ,[431] R. PARADA[432] A. NIETO[433], etc., o L. PAREJO, entre los rnás recientes quien, ha desarrollado una brillante reivindicación de la tesis estatutaria.[434]

Se pueden encontrar, sin embargo, en la doctrina, posturas contrarias a esta tesis.[435] Vamos a hacer un repaso de los principales argumentos teóricos que se han vertido contra la misma.

Así, ha señalado que esta tesis conduce a un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular, y que rompe la unidad del Derecho público, creando un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional.[436]

También se ha argumentado que conduce a una concepción formal del Derecho administrativo, que descuida el análisis de la actividad administrativa, llevando, de esta forma, a una visión sesgada y parcial de nuestra disciplina.[437]

---

431 En el Curso escrito en colaboración con G. de ENTERRIA y que hemos citado, y personalmente en Derecho Administrativo, Madrid, UNED, 1987

432 PARADA VAZQUEZ, "Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho garantizador", RAP, n° 52, págs. 57 y ss.

433 A. NIETO GARCIA, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", RAP, n° 76.

434 En El Concepto..., cit., pp. 153-176

435 En contra de esta tesis, dando por buenas las críticas vertidas por otros autores, Lucas Verdu, Pablo, "El Derecho Constitucional como Derecho administrativo", en Revista de Derecho Político 13, 1982, p. 39.

436 Señala F. J. Jiménez De Cisneros Cid que "la posición del Parlamento es de absoluta desvinculación con los restantes órganos constitucionales al ser concebido como órgano del pueblo. De ahí que la Ley sea un producto soberano, incondicionado, y no una forma de expresión de uno de los órganos del Estado. En definitiva, esta conclusión podría potenciar un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular". A lo que añade que el "carácter estatutario implicaría la imposibilidad de aplicar un Derecho común a esas personas singulares, en cuanto que vendría excepcionado por la especificidad de los sujetos a quienes se dirige. Si a esto añadimos la falta de integración de la Administración y de los restantes órganos y poderes en el Estado, en cuanto que éste es un compositum organicum, de <<naturaleza mística>>, es claro que el concepto de Administración y de Derecho administrativo se ha sustantivado y separado artificialmente de las bases constitucionales que dan origen y fundamento a la existencia de la Administración Pública, con el consiguiente efecto de romper la unidad del Derecho público y de crear un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional". Jiménez De Cisneros Cid, Francisco Javier, Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico, Madrid, Madrid, 1987, p. 51.

437 En tal sentido S. Muñoz Machado, que considera que la "utilización de la noción de personalidad de la Administración como criterio definitorio del Derecho Administrativo, sitúa la concepción de esta ciencia en una posición estrictamente formal. Quiérese decir que desde esta perspectiva de análisis la sistematización subsiguiente del Derecho Administrativo consiste, casi exclusivamente, en definir los procedimientos y formas que utiliza la Administra-

Hay quien ha objetado que convierte al Derecho administrativo en una normación estamental, análoga a la que tenían en la Edad Media algunas clases o grupos profesionales, mientras que las administraciones públicas no actúan como un grupo corporativo.[438]

Se ha argumentado, igualmente, en su contra, la existencia de una actividad materialmente administrativa desarrollada por órganos del Estado que no forman parte de la Administración pública, y que como tal se rige por el Derecho administrativo y se sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, cabe pensar en la actividad materialmente administrativa de los tribunales y órganos de autogobierno del poder judicial, de las Cámaras, de la Corona, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y de la Administración electoral.[439]

Un poco diferente, aunque en la misma línea, es el supuesto del Gobierno, que está sometido al Derecho administrativo, sin formar, en sentido estricto, parte de la Administración sujeto, lo que permite también pensar en que desarrolla actividad administrativa en sentido objetivo.[440]

---

ción para decidir, quedando casi totalmente marginada, la explicación del contenido de la acción administrativa. Lo cual conduce a una visión parcial y sesgada de la disciplina. Para el Derecho Administrativo es capital, desde luego, el estudio de las técnicas de que se vale la Administración para actuar y las garantías de que pueden valerse los particulares para frenar sus decisiones irregulares. Pero tan importante como esto es saber y analizar el contenido de la acción de la Administración, los sectores que comprende, y los fundamentos en que se basa, porque de ello depende tanto el grado de limitación de los derechos como la procura del bienestar de los ciudadanos". Muñoz Machado, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Madrid, Civitas, 2004, t. I, p. 58.

438 Giannini, M. S., Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo, trad. por M. Baena de Alcazar y J. M. García Madaria, Madrid, INAP, 1980, p. 51. En contra de esta crítica se ha manifestado Parejo Alfonso, que ha dicho respecto a la misma que su "falta de fundamento resulta de su propio contenido, toda vez que éste evidencia la no captación del sentido y alcance de la tesis estatutaria, la cual en modo alguno pretende resucitar el viejo orden estamental o gremial". Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 147.

439 JIMÉNEZ DE CISNEROS Cid, Op. Cit., nota 142, p. 51; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, Op. Cit., nota 143, p. 59. En tal sentido, GONZÁLEZ NAVARRO considera que la existencia de esta actividad materialmente administrativa en estos órganos que no son Administración pública es "la manifestación inevitable de una muerte anunciada: la de la teoría subjetiva". GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, Op. Cit., nota 94, pp. 137-138.

440 SOUVIRON MORENILLA, JOSÉ MARÍA, Op. Cit., nota 126, p. 128.

18. El concepto de derecho administrativo a partir de la Constitución Española

La aprobación de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 supuso un cambio radical de los esquemas jurídicos vigentes hasta la época.[441]

La configuración del Estado español como Social[442] -art. 1.1 de la Constitución de 1978- implica consecuencias trascendentales a la hora de definir la

[441] RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ señala que la "Constitución de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo llegando, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales". "La empresa pública en el Estado social y democrático de derecho". Volumen III. En: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor FERNANDO GARRIDO FALLA. Editorial: Universidad Complutence. Madrid, España. 1992. Pág. 1674. Véase también, Rivero Ortega, RICARDO: Introducción al Derecho administrativo económico, Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. 1999 Págs, 50, 51, 52 y 53; SÁNCHEZ BLANCO, A: El sistema económico de la Constitución Española. Editorial Civitas. Universidad de Malaga.1992. Págs. 33, 34 y 35.

[442] La idea del Estado social es anterior a su primera consagración constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Aparece por primera vez, con una formulación precisa en el trabajo publicado en 1903 por H. HELLER bajo el título "Estado de Derecho o dictadura?"; trabajo en el que se sostiene la tesis de que sólo la transformación del Estado de Derecho en un Estados social de Derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial. La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho radicaría, según HELLER, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo importante es que, para el Derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercitarlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en los derechos de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalente a las de los socialmente favorecidos). La idea del Estado social de Derecho surge de la crítica a las disfunciones del Estado de Derecho, siendo pertinente la cita de su origen en el pensamiento de HELLER por una doble razón. De un lado, porque pone de relieve que esa idea no se formula en el vacío, no precede a las circunstancias sociopolíticas para las que está pensada, sino que es una consecuencia de las profundas mutaciones inducidas por la sociedad industrial e identificables sintéticamente en la ruptura de la identidad entre Estado y clase burguesa, la dependencia individual y social de la acción estatal y la conservación de condiciones de vida aceptable y estable. Y de otro lado, porque la influencia de las ideas de HELLER -aun a pesar de las críticas de que fueron objeto, incluso por autores tan relevantes como TRIEPER, que se opuso a la relativización del Estado de Derecho consumada a través de su adjetivación como liberal o social, al sostener que aquél constituye un valor permanente -dio lugar a la primera positivización del nuevo tipo de Estado en la Constitución de Bonn de 1949, ya que ésta se produjo a petición del diputado socialdemócrata Carl Schmid, conocedor de la obra de HELLER. El artículo 20, número 1, reza: "La república Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y

posición de los poderes públicos en relación a la satisfacción de las necesidades sociales,[443] y en la definición del derecho administrativo español.[444]

El régimen constitucional supuso la introducción de nuevos principios, instituciones y organización administrativa, que llevo a replantearse el concepto de derecho administrativo, a la luz de la constitución.

RAMON MATEO, dice que la búsqueda de una definición de lo que es derecho administrativo "ha determinado que se adopte a la postre una posición descorazonada y negativa, que pretende aclarar lo que sea el Dercho administrativo por sustración: Será derecho administrativo lo que no es Derecho privado y no es el propio de otros órganos del Estado…disciplina un conjunto de actividades eficazmente dirigidas al atendimiento de los intereses públicos y para los cuales el Ordenamiento concede potestades singulares".[445]

SANTAMARIA PASTOR, califica al derecho admininistrativo, como "el derecho común del derecho publico interno".[446]

---

social", y en su artículo 28, número 1 dispone que "El orden constitucional de los Estados (miembros deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental". PAREJO ALFONSO, L., Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Editorial Civitas. Madrid, España. 1983. Págs. 29 y 30.
Nuestra Constitución, apunta Parejo Alfonso, al igual que la Ley Fundamental de Bonn, caracteriza al Estado como democrático, social y de Derecho, planteando, pues, el mismo básico reto que ésta en punto a la definición técnica del Estado así determinada... la identidad de la caracterización del Estado en las Constituciones alemanas y española (fruto sin duda de la influencia de la primera sobre la segunda) suscita entre nosotros también el problema capital de la depuración técnica del nuevo Estado constituido, lo cierto es que la situación del intérprete es más ventajosa en el caso español, toda vez que -en este punto al menos y aprovechando, con toda evidencia, la experiencia constitucional comparada acumulada desde 1949 a 1978 -nuestro texto constitucional presenta una mayor perfección técnica". PAREJO ALFONSO. L., Op.Cit. Págs. 60, 61 y 62.

443 RODRÍGUEZ-ARANA señala que "esos intereses generales que vienen definidos por la consolidación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el Estado Social constituyen, por tanto, la vocación, la razón de ser, de la Administración Pública. El Derecho Administrativo Constitucional, aunque pueda resultar en principio algo sorprendente, está llamado a potenciar los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es más, es lógico que así sea, puesto que el propio interés general se dirige hacia la propia efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Además, la definición del Estado Social se ha orientado hacia el necesario reforzamiento y consolidación de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad". *La Empresa pública en el Estado Social...* Pág. 167.

444 ALI ARANGUEREN, JUAN-CRUZ, La construcción del concepto del derecho administrativo español. Editorial Thomson-Civitas. Primera Edición. 2006. Pág. 396.

445 MATEO, MARTIN, Manual de derecho administrativo, Madrid, IEAL., 1981.Pág. 77.

446 SANTAMARIA PASTOR, J.A., "Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas., en RDP, 9, 1981. Pág. 15.

Por su parte, FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO, explica, que ", el derecho administrativo se nos presenta como un Derecho del poder, de una parte, y Derecho de la libertad, de otra. Porque sí, por un lado dota de privilegios y potestades a los poderes públicos, opera al mismo tiempo como condicionamiento y limitación de la actuación de esos mismos Poderes, articulando, además, frenos y controles adecuados a esas actuación. De aquí que no parezca exagerado, sino, por el contrario, profundamente exacto, decir que el Derecho administrativo es un Derecho del poder para la libertad. Y, esto hace posible ésta mediante el condicionamiento o limitación de aquél… Nuevo Jano bifronte, si se quiere, el Derecho Administrativo, no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes las que mira: el Poder y la libertad".[447]

En el articulo sobre "la vuelta al Derecho administrativo, JAIME RODRIGUEZ ARANA, valora el derecho administrativo, en el sentido derivado de la Constitución de 1978, que lo hace "más sensible a la realidad y más comprometido con la libertad, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriba de la Constitución Española y Europea".

El nuevo Derecho Administrativo Constitucional está directamente vinculado con el servicio objetivo al interés general y la promoción de los derecho fundamentales de la personas.

Ahorra el pensamiento abierto superara al "pensamiento único, por esencia cerrado, propio de las versiones petrificadas del Derecho Administrativo que son patrocinadas desde el inmovilismo y la resistencia a los cambios que la realidad... una y otra vez se encarga de ponernos delante de nuestros ojos". Además, desde el pensamiento compatible o complementario el Derecho Administrativo debe de ser "el único Ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración publica como tal o en perspectiva instrumental... en cuanto dueña del interés general, requiere un Derecho construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan su existencia y que le permiten la gestión de los intereses generales". El servicio a estos y a la garantía de los derechos ciudadanos han de ser "el nervio que ha de discurrri por todos los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo, de tal modo que las "potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración…se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derecho y libertades de los ciudadanos.[448]

[447] GONZALEZ NAVARRO, FRANCISCO, Derecho administrativo español, I, Pamplona. 1987. Pág. 123.

[448] JAIME RODRIGUEZ ARANA, JAIME. "la vuelta al Derehco administrativo, EN ranap, 57. 2005. Págs. 37-63.

19. Tesis mixtas

De todo lo dicho, algunos autores infieren que no es posible buscar un factor que permita aislar la noción de Administración pública o administración pública, por lo que se debe negar la existencia de un criterio único que permita llegar a esta definición.[449] Si bien hay quien manifiesta opinión contraria, defendiendo que esa dificultad de definición no proviene de la imposibilidad de reducir la Administración a un criterio único, sino que el problema es mantenerlo invariable en el tiempo, pues la Administración, desde su estrecha vinculación a la realidad, está inmersa en un proceso de mutabilidad constante.[450]

En cualquier caso, una parte de la doctrina considera que esta dificultad es consecuencia lógica de la existencia en la Administración de una doble realidad, orgánica y material, que no pueden integrarse la una en la otra, ya que su ámbito no coincide,[451] en cuanto que: a) hay una parte de la actividad de las Administraciones públicas que no es actividad administrativa en sentido funcional: b) hay una parte de actividad administrativa que no desarrollan las Administraciones públicas; c) la actividad de las Administraciones públicas a veces no se rige por el Derecho administrativo, en ocasiones, incluso cuando desarrolla actividad administrativa.[452]

Por ello consideran necesario acudir a tesis mixtas, esto es, tesis que combinen elementos objetivos y subjetivos para definir el ámbito de lo administrativo.

En tal sentido se ha pronunciado Alessi, que considera que

> el concepto de Administración pública que recoge nuestro Derecho positivo (se refiere lógicamente al Derecho italiano) es el que resulta de atemperar la noción objetiva con la subjetiva, es decir, para nuestro Derecho

[449] BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH., "La interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la administración y el proceso de huída y recuperación del Derecho administrativo", en II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Caracas, Funeda, 1996, p. 42. En la misma línea Rodríguez-Arana, que señala que hoy "me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho público que transciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático". RODRÍGUEZ ARANA-MUÑÓZ, JAIME, Op. Cit., nota 63, p. 89.

[450] MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, Op. Cit., nota 93, pp. 520-521.

[451] DE LAUBADERE, et. al., Op. Cit., nota 61, p. 19-20; García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo I, Madrid, Tecnos, 1964, p. 55.

[452] Ibídem, pp. 19-20.

> positivo, administración en sentido objetivo es el desarrollo de la función administrativa por parte de las autoridades pertenecientes al orden administrativo, mientras que Administración pública en sentido subjetivo es el conjunto de autoridades pertenecientes al orden administrativo en cuanto desarrollan una función materialmente administrativa.[453]

En España se ha pronunciado en esta línea GALLEGO ANABITARTE, que considera que el de Administración pública es a la vez un concepto orgánico y funcional.[454]

También SÁNCHEZ GOYANES, que entiende que el Derecho administrativo es el "conjunto de normas que regulan la actividad de la Administración Pública entendida ésta tanto en sentido funcional u objetivo, cuando en otro orgánico o subjetivo". "Ello significa que allí donde hay una actividad que sea administrativa, de gestión de asuntos públicos, implicando una relación con los administrados, hay también Administración en sentido funcional y por tanto es aplicable el Derecho administrativo".

Por lo que concluye afirmando que el "Derecho Administrativo debe aplicarse cuando estamos en presencia de una determinada actividad que, desde el punto de vista material o funcional, sea administrativa, no importando a estos efectos que esa actividad sea llevada a cabo por la Administración entendida como aparato u órgano estatal indirecto".[455]

En Latinoamérica ha seguido esta orientación BREWER-CARÍAS, que considera que

> "el derecho administrativo es aquella rama de derecho que regula a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma, también, las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de alguna actividad administrativa".[456]

---

[453] ALESSI, R., Instituciones de Derecho Administrativo I, trad. B. Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, p. 12.

[454] GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO, Constitución y personalidad jurídica del Estado, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 66-67 y 71.

[455] SÁNCHEZ GOYANES, ENRIQUE, "La Administración Pública y el Derecho Administrativo", en SÁNCHEZ GOYANES, ENRIQUE (coord.), Manual de Derecho Administrativo I, Colex, Madrid, 1997, pp. 21-27.

[456] BREWER CARÍAS, A., "Prólogo" al libro de Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110.

Más recientemente Delgadillo, que ha señalado que:

> si consideramos que el Derecho Administrativo, como disciplina científica, es una rama de la ciencia del Derecho, encontraremos que su objeto de estudio es el aspecto jurídico de la Administración Pública. Hasta aquí tenemos que el Derecho Administrativo es una rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y normas relativos a la Administración Pública, pero como hemos visto, ésta tiene un aspecto subjetivo u orgánico, y otro objetivo o de manifestación, por lo que estaremos ante la Administración Pública órgano y la Administración pública función". De lo que deduce "la necesidad de definir el Derecho Administrativo con base en la consideración de los aspectos objetivos y subjetivo de la Administración Pública, ya que si sólo se utilizara uno de ellos, nuestra concepción, además de parcial, sería errónea.

Desde estos presupuestos define al Derecho administrativo como "la rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y las normas que regulan la organización y la actividad de la Administración Pública, los medios para realizarla y las relaciones que genera".[457]

En centroamerica, los más detacados administrativistas han definido el derecho administrativo, siguiendo esta misma línea.

HUGO CALDERON, define el derecho administrativo, como la "rama del derecho publico que estudia los principios y normas de derecho públicos, la función administrativa, y la estructura de la Administración pública, tambien estudia las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, relaciones entre los los mismo particulares, las relaciones interorgáncias, y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de actos que le afectan al administrado.[458]

Siguiendo esta línea, HENRY MEJIA, define el derecho administrativo, "como el conjunto de normas y principio del Derecho que regulan la estructura, organización y funcionamiento de los entes que conforman a la Administración publica, de las relaciones de éstas, entre sí, además de sus relaciones con las demas órganos del Estado, y las relaciones con los particulares

[457] Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, pp. 56-57.

[458] Calderon, Hugo, Teoria general del derecho administrativo, Tomo I. Primera Edición. Guatemala, 2011. Pág. 72.

[459] Mejia, Henry, Manual de derecho administrativo. Editorial Cuscatleca. Primer edición. San Salvador, El Salvador. Pag. 56.

concretadas en diferentes actividades, de prestación y control de los servicios públicos, con el fin de satisfacer los intereses particulares y generales".[459]

ERNESTO JINESTA LOVO, dice: "podemos definir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan lo concerniente a la organización y función de las Administraciones Públicas y sus relaciones jurídicas con otros sujetos".[460]

En Nicaragua, JUAN BAUTISTA ARRIEN define el Derecho Administrativo como "el conjunto de normas que regulan esencialmente el ejercicio de la función administrativa, a lo interno y a lo externo del Poder Ejecutivo, así como a lo interno de los otros Poderes del Estado, es decir, que regula la organización y el funcionamiento del Poder Ejecutivo y el ejercicio efectivo de la función misma, así como las relaciones a que da lugar ese ejercicio".

Por su parte FLAVIO ESCORCIA afirma que el Derecho Administrativo no puede definirse tomando en cuenta como base exclusiva una consideración formal o material de la Administración, sino que ambos criterios deben ser abarcados por una definición completa, de tal modo que de una parte incluya el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y por la otra, comprenda normas que regulan la actividad de dicho poder que se realiza en forma de función administrativa.

[460] Jinesta Lovo, Ernesto. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Biblioteca juridica. San José Costa Rica. 2001. Pag.144.

VI.
AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La autonomía del Derecho administrativo aparecía ya consagrada en el celebre *Arrêt Blanco,*[461] que señalaba que "las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el código civil para las relaciones de particular a particular".[462] Con ello, como señala Vedel, "la decisión enunciaba un criterio de competencia, el servicio público, y afirmaba al mismo tiempo la autonomía del juez administrativo y del Derecho administrativo respecto al Derecho privado".[463]

Sobre esta base, la Escuela del servicio público construirá una concepción del Derecho administrativo, entendida como una rama autónoma, basada en la equivalencia entre servicio público, régimen de Derecho administrativo y gestión por un sujeto público. El paso del tiempo, sin embargo, desmentirá la certeza de esta construcción, con el recurso creciente de la Administración pública al Derecho común y a las formas de personificación privadas.[464]

Resultando hoy evidente que la Administración no puede reducirse al Derecho Administrativo,[465] de lo que surge la necesidad de distinguir entre el

[461] Arrêt del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, Blanco.

[462] La traducción está tomada de VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUÍS, Servicio público y técnicas de conexión, Madrid, CEC, 1980, p. 66.

[463] VEDEL, GEORGES, Op. Cit., nota 100, p. 66.

[464] CHENOT, B., "La notión de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d'État", en Etudes et Documents 1950, pp. 78-81.

[465] Como señala A. SERRA ROJAS, en "ninguna forma puede confundirse a la administración con el derecho administrativo, aunque mantienen estrechas relaciones. El campo de la administración es más extenso y muchos de sus problemas no son problemas jurídicos. Este tema se ha discutido insitiéndose en que no todo lo que hace la administración pública se canaliza en el derecho administrativo". Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, México, Porrúa, S. A., 1988. p.86.

Derecho de la administración y el Derecho administrativo. El primero tiene un carácter mixto, en cuanto comprende todas las normas que rigen la Administración pública, con independencia que sean normas de Derecho común o de Derecho especial. Mientras que el segundo comprende únicamente aquellas normas específicamente diseñadas para regir la actividad administrativa, y regula, por tanto, únicamente aquellas actuaciones que son propias de la Administración en sentido estricto.[466]

O lo que es lo mismo, entre un concepto amplio de Derecho Administrativo, que integraría a la totalidad de las normas que rigen la Administración y su actividad, sean de Derecho público o no; y un concepto estricto, que comprendería tan sólo a las normas de Derecho público que rigen la Administración y la actividad administrativa.[467]

Este factor ha sido tomado por algunos autores como Eisenmann como argumento para negar la autonomía del Derecho administrativo.[468] Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que no impide que podamos seguir hablando del Derecho administrativo como un Derecho autónomo. Afirmación que se apoya en la consideración de que éste es Derecho común de un ámbito jurídico autónomo, en cuanto integra las lagunas que puedan aparecer en dicho ámbito e interpreta sus normas con arreglo a unos principios propios.[469]

---

466 CHAPUS, Op. Cit., nota 59, p. 1. D E LAUBADÈRE, et. al., Op. Cit., nota 61, pp., 22-23. En esta misma línea, parece situarse en España E. Malaret I García, que considera que "el Derecho de la Administración es un derecho mixto, formado en parte por reglas del Derecho público y por reglas del Derecho privado". "El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales". Malaret I García, Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública, Marcial Pons, 1999. Pág. 14.

467 En tal sentido ACOSTA ROMERO, que distingue entre un concepto amplio de Derecho Administrativo, como "el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la administración pública o Poder Ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con otros particulares"; y una definición estricta, como "conjunto de normas de Derecho Público que regula el Poder Ejecutivo, administración pública y su actividad. Creemos que este concepto deviene un tanto formal y no abarcaría todas las relaciones que pueda tener la administración pública". ACOSTA ROMERO, MIGUEL ÁNGEL, Op. Cit., nota 76, p. 10.

468 EISENMANN, Ch., Cours de Droit Administratif, Paris, LGDJ, 1982, t. I, pp. 137-152.

469 ALESSI, Op. Cit., nota 151, pp. 14-15. Clavero Arévalo, Op. Cit., nota 115,pp. 544-568. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 113, pp. 41-42. SORIANO GARCÍA, Op. Cit., nota 100, pp. 202-203.

1. La Administracion pública y el derecho administrativo: criterio de deslinde y concepto que se proponen: la actual complejidad del orden de lo jurídico público y la delimitación de la Administracion pública y su regimen

El Derecho Administrativo surge en el continente europeo como culminación del proceso de sometimiento al Derecho del poder político activo (del Monarca absoluto, del Monarca constitucional, del Poder Ejecutivo, de la Administración sujeto de relaciones jurídicas). Esta culminación tiene lugar al paso de la edificación del Estado de Derecho, construyéndose sobre un elemento estructural característico de su primera formulación (como Estado liberal de Derecho); la división de poderes (y esto aún aceptados todos los matices que se quieran y que por ello no sometemos, aunque puedan discutirse, a debate: que en el Antiguo Régimen ya hubo una parcial división de poderes o funciones "avant la lettre"; o que nunca, ni siquiera en los momentos de mayor euforia revolucionaria francesa, hubo autentica separación de los poderes, etc.).

La división de poderes, como principio de organización jurídico-política, como es evidente, no constituyó un mero artificio técnico. Si resultó un elemento fundamental para la organización y control del uso del poder en el conjunto del Estado es porque respondía –y así fue concebido- a un característico criterio, propio de ese momento histórico, sobre la organización política de la sociedad y los fines del Estado (la separación entre una y otro), y a un disefio instrumental del control del poder coherente con ese previo substrato doctrinario.

Al cabo de más de doscientos años del surgimiento de sus bases doctrinales y de su plasmación constitucional, ese instrumento se ha revelado, en efecto, como uno de los mas funcionales en la organización constitucional de las sociedades contemporáneas. Ahora bien, los factores socio históricos que determinaron su construcción, ni mucho menos se han mantenido estables.

En primer lugar, como consecuencia de la expansión de la intervención del Estado que a lo largo del siglo XX, y como consecuencia de los cambios producidos enlos planos social, económico y político, va a dar lugar al modelo de Estado que hasta ahora ha presidido su decurso: el Estado Social de Derecho. Con su consagración (al cabo la configuración de una nueva dimensión de "lo público") el orden de lo jurídico-público alcanzó una complejidad ante la que las claves del Derecho Administrativo surgido de la Revolución debieron acompasarse a las nuevas circunstancias, alcanzando aquel un nuevo y aun su característico significado.

Pero es que, en segundo lugar, la actual crisis del Estado de Bienestar (conlleve o no ésta el declinar de los ejes sustantivos del Estado Social, que es otra cuestión), y la pretensión (entiendo que solo formalmente) "devolutiva" de la responsabilidad histórica del Estado a la sociedad, que hoy preside el devenir de la civilización occidental, ha añadidoun punto más de complejidad a ese orden, en la medida que el potente nuevo Estado liberal de policía a cuya construcción hoy asistimos, no opera tanto como una redición del viejo Estado liberal, sino como una reconstrucción de este sobre los propios basamentos –que no las ruinas- del Estado Social.

2. La incidencia del Estado social de derecho sobre el orden de lo jurídico administrativo

La propia expresión "Estado Social de Derecho" resulta la descripción más exacta de las características del Estado surgido en el transito del siglo XIX al XX y consagrado definitivamente tras la Segunda Guerra Mundial. El Estado va a asumir ahora una posición activa y beligerante frente a la sociedad, muy diferente de la mantenida en el precedente contexto de separación entre ambos. Consecuentemente, ampliados sus fines, el Estado va a extender su acción sobre amplias parcelas en el plano social y económico, y, en coherencia con la nueva dimensión social de los derechos de los ciudadanos, a establecer un amplio aparato prestacional.

Estas circunstancias no han podido menos que afectar a la definición del Derecho Administrativo. Pues si este culmino en el primer Estado de Derecho, sobre la base de la división de poderes y del reconocimiento al Ejecutivo de poderes exorbitantes sujetos, no obstante, al Derecho, estos dos conceptos y su alcance han sido profundamente matizados en el Estado Social de Derecho, al paso que el trasfondo que dio vida al originario Estado liberal de Derecho (Ia separación entre Estado y Sociedad) cedía ante la interpenetración de ambos característica de este Estado, por ello mismo "social".

Dos fenómenos típicos del Estado Social confluyen desde esta perspectiva. De un lado, la expansión de la Administración pública: en los sustantivo, al ampliarse los fines de un Estado orientado ya a la conformación social y a la procura existencial de los ciudadanos; y en lo orgánico-formal, con su diversificación poli céntrica, primero en entes públicos instrumentales y luego, en su última etapa, a través de una generalizada descentralización del poder administrativo en instancias diversas producto de aquella interpenetración y de la concepción gerencialista de la decisión pública tan cara a los esquemas serviciales y pragmáticos de base del Estado Social. De otro lado, la creciente relevancia jurídico-pública de entidades de base social, producto no menos

de dicha interpenetración, que está en la base del renacer de las Corporaciones –o entidades asimiladas- como expresión, no ya del corporativismo sino del corporatismo típico de este modelo de Estado.

Estos dos fenómenos, expresivos del ejercicio del poder administrativo fuera de la organización directa de la Administración, son ya sintomáticos del cambio producido en la arquitectura ideológica y social del Estado. Pero el cambio afecta de otra parte, también a la división de poderes que, como consecuencia del nuevo trasfondo social del poder producto de esa misma interpenetración y de la prevalencia -por encima de toda otra consideración- del pragmatismo en su ejercicio precisamente para el logro de los fines sociales del Estado que justifica su legitimidad, se concibe desde una perspectiva distinta.

Estos fenómenos no pueden ser ajenos a la definición del Derecho Administrativo incluso desde la metodología más clásica al respecto, que parta a tal fin del previo deslinde de la Administración pública tanto "ad intra" (respecto del conjunto de la organización pública) como "ad extra" (respecto del ambito privado) del Estado. Tarea que acometemos en su momento, una vez precisado, como vamos a hacer, el alcance de dichos fenómenos.

3. La interpretación entre Estado y Sociedad en el Estado Social de Derecho: consecuencias

Una de las características definidoras del Estado Social de Derecho es el diferente diseño que el mismo consagra para las relaciones entre el Estado y la Sociedad respecto a la precedente formulación del Estado liberal de Derecho.

Resulta evidente que la separación Estado-Sociedad que fue característica, bajo una u otra fórmula, en el siglo XIX y principios del XX, ha dado paso de modo claro en el Estado Social a la acción complementaria de ambos conforme a una dialéctica subyacente antitética con la que anteriormente articulaba en lo institucional aquella separación.

En efecto, los principios formales del Estado liberal de Derecho (y también de todo Estado de Derecho), es decir, imperio de la ley (expresión de la voluntad general), separación de los poderes del Estado, y reconocimiento de los derechos fundamentates de los ciudadanos, presuponen unos postulados ideológicos basados en la separación entre Sociedad y Estado: el principio representativo y la interpretación de la libertad como ausencia de vinculación (con la consagración del individualismo y la preeminencia de la "libertad-limite" o "libertad-autonomía" frente a la "libertad-participación"). Establecida la separación Sociedad-Estado, para garantizar un ámbito de li-

bertades privado, superior y previo al orden de lo público, este, instrumental respecto al primero, se configura a través delreconocimiento de unas libertades políticas de garantía de aquel, y de una representación de la sociedad en el Estado (Parlamento) que garantice aquel ámbito de autonomía frente a las invasiones del poder público: la ley expresión de la voluntad general y vía de legitimación de toda intervención sobre aquel ámbito. Por lo demás, este principio dualista (junto a otros factores coadyuvantes como la centralización del poder) lleva a otro dogma del Estado liberal: el hiato entre Estado y Sociedad no debe ser colmado por ningún ente social intermediario.[470]

Frente a ese panorama, los fenómenos sociales y económicos característicos del siglo XX ponen de manifiesto las insuficiencias de los postulados del Estado liberal. Se origina entonces la crisis del individualismo político y del abstencionismo estatal, la asunción del sentido "social" del proceso político y de las estructuras públicas, y en fin, el intervencionismo del Estado como alternativa ante las nuevas exigencias.[471] La garantía publica de la igualdad aparece entonces, si no como objetivo preeminente sobre la de la libertad, al menos en términos de pareja satisfacción, momento este en el que las Cons-

[470] Aunque en relación con la enemiga del naciente Estado liberal hacia los partidos políticos (pero, quizá, extrapolable a otro tipo de organizaciones de representación social) R. DEL AGUILA TEJERINA, explica el hilo conductor del fenómeno. Frente al Absolutismo, la Ilustración trasvasa la soberanía desde el monarca a la nación. Este concepto de nación, como principio integrador distinto de la mera agregación de individuos, resulta determinante para articular la representación del pueblo, una representación abstracta y más bien sustitutiva (CERRONI). Por ello mismo, la soberanía se desvincula de una voluntad individual efectiva y de la medida de los intereses dispersos de la sociedad, y queda referida a otro concepto unitario típico de la Ilustración (la razón ordenadora) opuesto a la noción de opresión arbitraria: frente a la autoridad irracional, la organización social de acuerdo a razón.
Pero la concepción liberal no buscaba tanto una esfera de lo público en la que dirimir lo racional, sino la articulación de aquella como garantia del individuo y la esfera de lo privado frente al poder. Por ello, si la política competía a la razón, Ia misma debía ser decidida por una elite desinteresada y capaz por ello de lograr la unificación racional de los intereses sociales. Razón, propiedad y política quedaban así entrelazadas: de ahí el sufragio restringido, el mandato representativo desvinculado de la real voluntad popular, y la sustitución del concepto de pueblo por el de nación. Con esta síntesis doctrinaria de individuo-sociedad y pueblo-nación, y la apelación a una originaria y abstracta voluntad general, la sociedad se concibe como totalidad armoniosa de intereses. Ante ello, la pluralidad de opiniones del pueblo no se concibe como relevante, sino, por el contrario, como una amenaza. Por ello los partidos políticos son considerados como un riesgo de atajar, desde Condorcet a Saint Justa, Robespierre o Danton, pero también en Madison, Hamilton, Jefferson, etc. Vid. R. DEL AGUILA TEJERINA, "Los partidos políticos y su lugar en el sistema político español", Revista de Derecho Político, UNED, nº 15, 1982, Madrid, pp. 120-125.

[471] Sobre su incidencia sobre la Administración contemporánea, vide por todos, E. FORSTHOFF (cit.) Vide asimismo, L. MARTIN RETORTILLO, "La configuración jurídica de la Administración y el concepto de Daseinvorsorge", RAP, 38 (1962), y L. PAREJO ALFONSO, Estado Social y Administración Pública, Madrid, 1983.

tituciones van a recoger junto a los derechos-autonomía típicos del Estado liberal, los derechos sociales en tanto que exigencias positivas consagradas jurídicamente. Para cumplir esos nuevos objetivos, el hiato entre Sociedad y Estado ha de ser roto. Emplazado, el Estado asume ámbitos de actividad anteriormente pertenecientes a la Sociedad, directamente, realizándola, indirectamente, conformándola y programándola.

Pero esta asunción pública de actividad social se instrumenta a través de una (solo aparente) contradictoria dialéctica. De un lado, es el Estado de un Ejecutivo fuerte (frente a la anterior preeminencia del Parlamento representativo) y de una Administración omnipresente, ya de modo directo, ya indirecto (al crear organizaciones instrumentales dependientes o cuasi "domesticas" -"ètablisements publics", "Anstalten", "Aut horities", organismos autónomos-).

De otro, lo público se interconecta con lo privado, y el Estado utiliza -a distintos niveles de significación y alcance- entidades de base social, con el fin de satisfacer fines públicos. El Estado, desbordado ante su ingente tarea, echa mano de estas entidades, atribuyéndoles o delegando en ellas responsabilidades diversas de carácter o alcance público. El Estado Social se convierte, así, no solo en el Estado del reconocimiento generalizado de los entes y organizaciones sociales intermediarias (partidos, sindicatos, asociaciones diversas) sino en un sistema que propicia su participación en el complejo orden institucional de las tareas e incluso del "poder" público.[472]

El trasfondo ideológico-político es ahora, evidentemente, el opuesto al Estado liberal: una distinta relación entre Sociedad y Estado. Si aquel descansaba sobre la separación de ambos, el Estado Social responde a un equilibrio beligerante entre ellos, un Estado intervencionista y una sociedad pujante, que aboca en "un estado de imperceptible osmosis entre el Estado y la sociedad industrial" (FORSTHOFF), en un sistema de tensión institucional: el Estado invade los ámbitos anteriormente reservados a la sociedad, y la sociedad, una vez que las zonas limítrofes se difuminan, "sube" hasta el Estado, haciéndose presente en el por caminos distintos al de la simple representación en el Parlamento.

Desde la perspectiva jurídico-pública, este fenómeno resulta de primera importancia, mostrándose como proceso estructural de doble sentido y convergente, a través, según decíamos, de: 1) la progresiva expansión poli cén-

[472] MORELL OCANA se ha referido, así, al "surgimiento de una pluralidad de entes administrativos en el seno del Estado-comunidad", en "El criterium.", cit. Vide las interesantes reflexiones de A. SANCHEZ BLANCO en "Usuarios e intereses generales en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985", REDA, 45 (1985).

trica de la Administración Pública y 2) la configuración baio perfil jurídico público de la organización o la actuación de entidades de base social. Ello sin referirnos a una característica más difusa, pero no menos perceptible: la eventual sustitución de la dicotomía público-privado por un nuevo complejo público-privado desdibujado e indistinto (EINSENMANN).

4. La expansión policéntrica de la Administración Pública

El signo intervencionista sobre la sociedad y las actividades sociales que caracteriza el Estado Social -como consecuencia del objetivo de "wellfare", pero incluso también como garantía activa del disfrute de las libertades formales[473] va a determinar una progresiva expansión de la Administración Pública; entre otras razones, porque así se desprende de la necesaria estructura prestacional que debe poner ese Estado Social al servicio de la libertad real de los ciudadanos. El alcance del fenómeno es innegable, incidiendo en diversos planos: político-constitucional (tales objetivos pueden primar la eficacia técnica, el uso pragmático del poder, sobre el control parlamentario, que puede ser estimado como disfuncional o entorpecedor de dicha eficacia), social (preeminencia, en los fines y tareas del Estado, del logro de resultados materiales en menoscabo de la garantía de los valores formales) e institucional (construcción de lo que se ha venido en llamar "Estado administrativo" o "de administración total").

Al margen de otras implicaciones, y en lo que ahora nos ocupa (el mundo de las organizaciones jurídico-públicas y el deslinde dentro de él de la Administración como objeto del Derecho Administrativo), lo relevante de esa expansión de la Administración Pública es la diversificación poli céntrica tanto en Administraciones estrictas como en entes u organizaciones instrumentales (sometidas al Derecho o también al privado) con que la misma se ha desarrollado al paso de la configuración del Estado en nuestros días.

La necesaria procura de fines cada vez más amplios por parte del Estado Social ha determinado que las Administraciones territoriales pongan en práctica una actuación de "penetración" social que se articula mediante la creación de entidades de naturaleza pública y dependencia administrativa, cada vez más frecuentes y numerosas. Este designio "invasivo" se va a instrumentar bajo diversas formulas y regímenes (incluso el propio del Derecho Privado) y la utilización, en su caso, de técnicas propias de ámbitos jurídicos en principio

[473] Cfr. T. R. FERNANDEZ, "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos", Rev. Derecho Político de la UNED, nº 15, 1982, pp. 23-24.

alejados del Derecho Público, aunque más o menos asimiladas o adaptadas a los fines que determinan la actuación de las Administraciones de cobertura.

A esa expansión de los fines del Estado y de la Administración en el Estado Social se añaden, por lo demás, como causa del fenómeno de la expansión policéntrica de aquella dos factores en nada desdeñable: la creciente tecnificación de la actuación gerencial y de la decisión publica, que obliga a la definición de distintos niveles objetuales (territoriales, orgánicos, etc.) de competencia, así como el innegable fenómeno de la descentralización del poder administrativo. Este último, si halla fundamentación técnica en el factor precedente, se afirma tanto políticamente (en una reformulación de las instancias de representación y en una mayor cercana de gobernantes y administradores a ciudadanos y administrados) como incluso constitucionalmente. Ella con independencia de la posible impugnación de ciertos "excesos" descentralizadores que, como señala PARADA, han podido dar lugar, dado el mero acarreo histórico con que dicha descentralización se ha institucionalizado orgánicamente (creando nuevos entes sin extinguir los precedentes existentes en un mismo ámbito territorial) a que ese poli centrismo consista en una mera superposición

En todo caso, el fenómeno se sintetiza en la doble expansión experimentada, estructural y funcionalmente, tanto por la Administración territorial como por la Administración institucional. Fenómeno que, por lo demás, se revela concurrente en ambos niveles. La expansión en nuevos tipos de Administraciones territoriales origina, a su vez, su expansión mediante organizaciones instrumentales, personificadas o no, creadas por aquellas para el logro de sus fines,[474] en suma, una pléyade de estructuras y organizaciones administrativas más o menos "strictu" o "lato sensu", cuyo abanico conviene sintetizar.

Conclusión de lo que llevamos expuesto es el diversificado perfil que hoy ofrece la Administración Pública y el resto de los entes públicos, así como la multiforme expresión que el ejercicio del poder administrativo actualmente presenta: sea "en manos públicas" (cuando se instrumenta en creaciones territoriales o institucionales propiamente administrativas) o "en manos privadas" (cuando se expresa sobre el soporte de entes de origen social y no derivados de la estructura propiamente administrativa) en virtud de fenómenos de transferencia de poder público o administrativo fuera de la organización directa o medial de la propia Administración.

[474] PARADA, R., Derecho Administrativo, II, Madrid, 1989, pp. 27 y ss y 82 y ss. En similar sentido SANTAMARIA PASTOR, quien señala que ese proceso está teniendo lugar "de modo empírico y no planificado, mediante el establecimiento de estructuras paralelas de difícil vertebración con las existentes, que no dejan de suscitar disfunciones de suma gravedad", Fundamentos..., cit., p. 166.

VII.
NUEVAS TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho administrativo y la idea de Administración pública son dos elementos extremadamente variables, entre otros motivos, por la mutabilidad del contexto histórico en el que están llamados a operar. Diagnóstico inapelable, pues la Historia prueba que la idea de Administración pública ha sido objeto de drásticas transformaciones para adaptarse al momento histórico en el que estaba llamada a operar.

Los tiempos actuales no son una excepción a esta regla, y los notables cambios que está experimentando el mundo en que nos ha tocado vivir han dejado su huella en la Administración pública y el Derecho que la rige. Uno y otra han sufrido importantes evoluciones, que han modificado en muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad.[475]

Estas modificaciones muy heterogéneas, casi siempre polémicas y discutidas, encuentran, sin embargo, como nexo común, la búsqueda de un mismo objetivo que en líneas generales no parece muy discutido, si bien si que lo son las formas y medios para llevarlo a cabo. Esa finalidad no parece ser otra que la modernización de la Administración, superando el viejo modelo burocrático, para lograr así una mejor satisfacción de las necesidades que la Sociedad plantea a ésta.[476]

[475] Apunta MUÑOZ MACHADO que, afirmar "que el Derecho Administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad. Por supuesto muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen. Pero los cambios han sido intensos". Tratado de... Pág. 82.

[476] M. V. SEGARRA ORTIZ, considera que "las coincidencias en los discursos modernizadores sobre la reforma del Estado y las administraciones públicas se deben fundamentalmente, a

Vamos a examinar las principales líneas por las que se ha conducido esta evolución, sin cuyo análisis, difícilmente se pueden comprender la Administración pública y el Derecho administrativo actuales.

1. Privatización, liberalización y desregulación. el repliegue de la administración pública a favor del sector privado.

En los últimos tiempos hemos asistido a un importante proceso tendente a la reducción del Estado y la intervención pública, a favor de la iniciativa privada y al mercado, que ha adoptado formas muy diversas.

En realidad, la privatización es, como indica MARTÍN REBOLLO, una "idea-fuerza que no siempre tiene bien definidos sus contornos",[477] en la que se pueden distinguir distintas manifestaciones,[478] que irían desde la reducción de la actividad comercial del Estado, mediante la privatización material de las empresas públicas, a la conversión de los antiguos servicios públicos monopolizados en mercados competitivos. E incluso en su vertiente más amplia se podría incluir aquí la utilización por parte del propio sector público del Derecho privado, provocando entre otras consecuencias el relevante fenómeno de huída del Derecho administrativo, sobre el que tantas páginas se han escrito en los últimos años.[479]

---

que comparten similares claves de diagnóstico en cuanto a aquello que se pretende superar: el modelo clásico-burocrático de organización de las administraciones y de los servicios públicos. Es decir, los distintos fenómenos reformadores parecen intentar alumbrar, independientemente de quien los formule, un nuevo modelo de gestión pública o, dicho de otro modo, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y sobre como ha de materializarse ésta". "Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo", en Revista Española de Derecho de la Unión Europea 7 (2004). Pág. 12.

[477] MARTÍN REBOLLO, L.: "Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público", en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Civitas, 2003. Pág. 634.

[478] Como señala I. SANZ RUBIALES, en "sentido amplio, la <<privatización>> conlleva incrementar el papel de <<lo privado>> frente a <<lo público>> en muy diversos campos: titularidad de actividades, formas de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, etc. Hay privatización (en mayor o menor grado) cuando una actividad deja de estar reservada al poder público, cuando se utiliza la gestión indirecta de servicios públicos con preferencia a la gestión directa, cuando se utilizan formas y regímenes privados con preferencia a los públicos en las empresas y establecimientos públicos...". Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales. Universidad de Valladolid, 2004. Pág. 9.

[479] En tal sentido, señala J. E. LÓPEZ CANDELA que el "fenómeno de huída del Derecho Administrativo supone en un aspecto muy reducido un proceso de privatización". Sobre la necesidad de un concepto de servicio público. Madrid, 2004. Pág. 39.

A nosotros nos interesan en este momento únicamente las dos primeras manifestaciones, por lo que dejaremos para un momento posterior el tercer fenómeno citado, que será objeto de análisis autónomo en el próximo epígrafe de este trabajo.

Para entender las razones y motivaciones que han puesto en marcha este proceso privatizador debe partirse de un elemento previo, sin el cual resulta difícilmente comprensible. No es otro que la idea de Estado Social o Estado de Bienestar, cuya crisis e inoperancia es, en último término, el factor desencadenante del mismo. Ello sea dicho sin ningún ánimo hostil respecto a este modelo de Estado, que ha conseguido logros indudables y de un valor incalculable, que no admiten además marcha atrás, pues han quedado incorporados a nuestra cultura jurídica y política. A pesar de lo cual, manifiesta en la actualidad claros síntomas de agotamiento que postulan su reforma.[480] De tal forma que, como señala DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, en los últimos tiempos se han producido un "conjunto de transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas que han conducido a la crisis del modelo de Estado imperante desde la segunda guerra mundial (Estado social o Estado de bienestar), y que postulan su revisión".[481]

Como es sabido, el Estado Social o de Bienestar se consolida como respuesta a las carencias y limitaciones del denominado Estado Liberal de Derecho. Éste último asumió un cariz claramente abstencionista, limitando al máximo su intervención en la vida económica, que se consideraba un mundo aparte, regido por sus propias reglas, la inefable mano invisible del mercado, instrumento mágico en el que se depositaba una confianza casi ilimitada.

Hoy es un lugar común el considerar que estos presupuestos dieron lugar a la consolidación de un Estado fuerte, bastante más poderoso que el débil aparato público que rigió durante el Antiguo Régimen. Contradicción que se explica por la necesidad de la nueva clase dominante, la burguesía, para

[480] Como señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "los logros del Estado de Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación de seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente". Pero, a pesar de ello, señala este mismo autor, "ya nadie duda de la crisis del llamado Estado de Bienestar. Ciertamente los síntomas de agotamiento son evidentes". "Reforma y modernización de la Administración Pública española", en La Administración Pública Española. INAP. Madrid, 2002. Págs. 31 y 22.

[481] DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: "Prologo" al libro de M. A. Sendín García: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Pág. XX.

adaptar el orden social a sus necesidades. En un primer momento, mediante la liquidación de la vieja sociedad estamental y agraria vigente en periodo histórico anterior; posteriormente, para reprimir los emergentes y cada vez más influyentes movimientos sociales.

Este pujante poder estatal se limitó a operar, sin embargo, en el ámbito específicamente público, en el sentido más estricto, quedando al margen de la actividad económica. Con muy limitadas excepciones, en esencia los servicios públicos sociales, que el Estado liberal se ve obligado a atender, tras la eliminación del poder de los cuerpos intermedios, fundamentalmente la Iglesia, y con ellos del antiguo aparato asistencial del Antiguo Régimen; y los grandes servicios económicos, imprescindibles para la nueva sociedad burguesa, pero demasiado costosos para que ningún empresario emprendiera por si mismo su puesta en marcha.

De este modo, se configura un modelo de Estado que descansa sobre una radical escisión entre Estado y Sociedad Civil, que se traduce en el mundo jurídico en una rígida separación entre Derecho público y Derecho privado.[482]

Con el paso del tiempo, esta delicada construcción entra en crisis. La intolerable injusticia social a la que, a la postre, acababa conduciendo este sistema, puesta cada vez más de manifiesto por las crecientes reivindicaciones sociales, van a ir haciendo más y más evidente la necesidad de una decidida intervención de los poderes públicos en el mundo económico.

Fruto de esta reacción es el Estado Social o Estado de Bienestar, cuya eclosión definitiva se produce tras las guerras mundiales.[483] Este modelo de Estado parte de presupuestos totalmente diferentes, en cuanto se construye sobre

[482] Señala M. SÁNCHEZ MORÓN respecto a la separación Estado/Sociedad, que "este principio se traslada a la teoría jurídica y en especial a la del Derecho público en virtud de las necesidades del tráfico jurídico y en especial a la del Derecho público en virtud de las necesidades del tráfico jurídico y, más en concreto, como respuesta a las aspiraciones de la clase burguesa dominante. Así, va a permitir colmar las exigencias de seguridad y contabilidad del Derecho mediante un sistema iusprivatista autónomo, es decir, desconectado de las vicisitudes concretas de la lucha política, y construido sobre la base de unos principios racionalistas y formales". La participación del ciudadano en la Administración Pública. CEC. Madrid, 1980. Pág. 19.

[483] Señala al respecto E. LINDE PANIAGUA, que las "diferentes modalidades de intervención (...) alcanzará su máxima expresión, en casi todos los ordenes, con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, con la presencia abrumadora de lo público a través de la legislación motorizada, la extensión de los servicios públicos a un número considerable de necesidades sociales, y por las dimensiones espectaculares que cobra el sector público empresarial". "La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos", en Revista de Derecho de la Unión Europea 7 (2004). Pág. 31.

una confianza ilimitada en la gestión pública, en la que se ve ahora, como antes se vio en el mercado, el instrumento perfecto para la solución de todos los problemas sociales.

Desde estos fundamentos, la acción pública se diversifica, alcanzando a todos los aspectos de la vida social. De tal forma que el Estado ya no sólo realiza sus tradicionales funciones soberanas de mantenimiento de la paz interior y seguridad exterior, administración de justicia y administración fiscal; sino que es también un Estado gestor, que presta servicios públicos, y más tarde también un Estado empresario.[484]

Como resultado de todo ello, el individuo se convierte cada vez más en un sujeto dependiente de los poderes públicos, incapaz de subsistir por sí mismo en un mundo cada vez más complejo, en el que ese gigante que es el Estado domina todas los elementos claves de los que depende su subsistencia.[485]

Pero esta nueva concepción del poder público como instrumento totalizador del proceso de satisfacción de las necesidades sociales, con el paso de los años, entró también, por toda una serie de causas que pronto examinaremos,

[484] Señala S. MARTÍN-RETORTILLO que las funciones de las que el Estado se hace cargo como propias experimentaron un notable incremento "con carácter general desde los postulados del Estado social de Derecho que, básicamente sancionará como públicas una amplia gama de muy distintos cometidos". "Sentido y forma de la privatización de la Administración pública", en Revista Andaluza de Administración Pública 39 (julio-agosto-septiembre de 2000). Págs. 34-35.

[485] La celebre doctrina de la procura existencial de E. FORSTHOFF ("Daseinvorsorge") sigue explicando como ninguna otra dicha transformación. Explica este autor que la previsión de la existencia surge como fruto de la aparición de las grandes aglomeraciones urbanas, que viene a intensificar la distinción entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo. Se entiende por el primero "aquel que le está atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que esté facultado para utilizarlo permanentemente", mientras que el segundo, es "aquel en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos". La industrialización va a llevar a una situación en la que la importancia del espacio vital dominado se reduce a favor del efectivo. Con ello, nuestra supervivencia ya no queda bajo nuestro propio dominio, sino que está subordinada a la recepción de prestaciones (agua, gas, electricidad, sanidad, etc.), cuya garantía última es responsabilidad del Estado. De este modo, éste se convierte en el garante de nuestra procura asistencial. El Estado de la Sociedad Industrial (1971). Traducido por L. LÓPEZ GUERRA y J. NICOLÁS MUÑIZ. IEP. Madrid, 1975. Págs. 28-29. Sobre dicha tesis señala A. NIETO que la "visión cósmica de FORSTHOFF es ciertamente dramática, pero correcta. ¿Qué sería de los individuos aislados en ese mundo hostil de tecnología supraindividual, sin que alguien garantizara su funcionamiento? La atención a los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada persona y, por tanto, deben tener un rasgo primordial y ser asumidos por el Estado". "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en Revista de Administración Pública 76, enero-abril de 1975. Cito por su reproducción en Treinta y cuatro artículos seleccionados en la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario. INAP, 1983. Pág. 894.

en una profunda crisis. De tal forma que, como apunta RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, ya nadie "cree en la posibilidad de que el Estado se haga cargo de todas las necesidades de los ciudadanos y se ocupe de ellos desde la cuna hasta la sepultura".[486]

Se suele situar el nacimiento de esta crisis durante los años setenta del pasado siglo,[487] momento desde el cual se van a producir toda una serie de transformaciones, de signo muy diverso, pero que tienen en común una desconfianza hacia la gestión pública como instrumento para resolver los problemas sociales, y la tendencia a recuperar la iniciativa privada y las virtudes del mercado y la competencia.

Si bien, esto conviene dejarlo claro desde el principio, de forma estrictamente parcial: es una crisis de los medios, no de los objetivos.[488] Nadie cuestiona las finalidades y fundamentos que alumbraron el Estado social, más vigentes en realidad ahora que nunca,[489] pero si se ha consolidado, sin embargo, una creciente insatisfacción por los medios empleados para conseguirlos y, lo que es aún más graves, por los pobres resultados que en muchos casos se lograron con ellos.

La vieja y arraigada fe en el sector público queda así dinamitada y se abre la puerta para demandar un nuevo diseño económico y social, en el que la iniciativa privada y el juego competitivo del mercado recuperen el papel central que la Administración les había robado.

Si bien tampoco se puede considerar que se trate de un fenómeno universalmente aceptado. Hay, como no podía ser de otra forma, voces contrarias a la privatización. Estos autores critican esta tendencia en un doble aspecto. Por un lado, supone, en su opinión, un empeoramiento considerable de las condiciones de los trabajadores, que quedan sometidos a peores condiciones de trabajo y al continuo temor a perder el empleo que les proporciona su

[486] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: El sector público económico gallego. Universidad de la Coruña, 1996. Pág. 8.

[487] Véase GARCÍA COTARELO, R.: "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en Derecho y economía en el Estado Social. Editores: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 26. DESDENTADO DAROCA, E.: La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y administraciones independientes. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 67-68.

[488] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "Agencias administrativas reguladoras", en Administración Pública y Economía. INAP. Madrid, 2001. Págs. 45-46.

[489] En tal sentido, señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado de Bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una recepción del propio concepto de bienestar". Reforma y... Pág. 33.

sustento. Por otro, entienden que incrementa las diferencias entre los ricos, que pueden permitirse soportar el coste de los servicios privatizados (sanidad privada, educación privada, etc.); y los pobres, que carecen de medios económicos para sufragar las prestaciones privadas.[490]

A lo que añaden algunos la consideración de que sería posible hacer frente a las necesidades de modernización del Estado de bienestar desde una gestión pública renovada, sin que sea preciso acudir a técnicas de privatización.[491]

Entre las causas que han llevado a la privatización se puede destacar, en primer lugar, un importante componente ideológico y filosófico, que parte de la consideración de que la intervención pública está frenando el pleno desarrollo y disfrute de las libertades individuales.[492]

No obstante, debe destacarse que, en el momento actual, al menos en nuestra opinión, el proceso privatizador no puede verse como el resultado de un simple triunfo de una ideología, la favorable a lo privado, con respecto a otra, la que pone la primacía en lo público. Sino que es una mutación mucho más profunda, que encuentra sus raíces en causas objetivas incontestables, que demandan irremisiblemente su puesta en marcha. Cierto es que hay concepciones diferentes acerca de la intensidad que se debe dar a estas reformas y, como no, voces contrarias a la misma.[493] Pero eso no invalida la existencia de un convencimiento, en términos generales, de la necesidad de corregir el

[490] En tal sentido, BICKERSTAFFE, R. K.: "Prologo" al libro Privatisation?. Editores: S. Hastings y H. Levie. Spokesman. Nottingham, 1983. Pág. 7. En España esa es la posición de LINDE PANIAGUA, que considera que la eficacia del sector público no puede examinarse únicamente en términos económicos, de tal forma que "las privatizaciones totales o parciales, o la liberalización de una actividad, pueden estar justificadas desde una perspectiva económica, pero no desde otras perspectivas". A lo que añade posteriormente que los "ciudadanos en general siguen necesitando al Estado que mejor que peor es el único que le ha suministrado hasta la fecha, y puede suministrarle en el futuro toda una serie de bienes y servicios públicos". "Es evidente que los pudientes, una minoría, apenas necesitan al Estado, pueden o podrían pagarse la mayor parte de los bienes y servicios a que nos hemos referido, o se sitúan de modo privilegiado ante la prestación eficiente de algunos de ellos". La retirada de... Págs. 37-38 y 47-48.

[491] Señala SEGARRA ORTIZ que "los medios materiales y humanos que la sociedad pone en manos de las administraciones pueden ser utilizados eficaz y eficientemente mediante el desarrollo de un nuevo modelo de gestión pública". Los servicios públicos una... Pág. 18.

[492] En tal sentido, señala SANZ RUBIALES que el "fenómeno privatizador, que se ha venido produciendo desde los años 80 del siglo pasado en los países occidentales e iberoamericanos, se inserta en un contexto filosófico político de defensa del mercado y de las libertades individuales". Poder de autoridad... Pág. 9.

[493] De forma radicalmente contraria a la ideología privatizadora se ha pronunciado SEGARRA ORTIZ, que considera que "las alternativas privatizadoras, al confluir con elementos ideológicos que ponen la máxima fe en un mercado muchas veces inexistente y no sujeto a análisis y debate, puede ser el origen de tremebundos errores de gobierno, productoras de ineficacia,

funcionamiento del Estado escorándolo hacia lo privado.[494] Como muestra que esta tendencia se está haciendo presente en países pertenecientes a órbitas muy diferentes.[495]

La crítica más decisiva, sin embargo, contra la acción administrativa, es su falta de eficacia. La eficiencia del sector público constituye hoy en día un elemento de importancia creciente, en cuanto que el ciudadano, cada vez más, exige del sector público que opere con un nivel de calidad adecuado, dando correcta satisfacción a sus necesidades.[496]

Sin embargo, desde hace ya algunos años hay una convicción bastante extendida de que el sector público no da la talla cuando se habla de eficiencia

ineficiencia, y, desde luego, de ausencia de equidad". Los servicios públicos una... Pág. 18. También LINDE PANIAGUA, que considera que "El Estado reducido (...) es producto de una ideología perversa que nunca se explícita de un modo claro". "La retirada del Estado de la sociedad sólo tiene como beneficiarios a las grandes multinacionales. El Estado estorba, es un obstáculo en los proyectos de los grandes operadores económicos que lo presentan como innecesario: de nuevo el paradigma del mercado". La retirada de... Págs. 44-47.

494 Como apunta R. VALDIVIESO DEL REAL, "la polémica sobre la privatización y la reforma del Estado ha dejado de ser un problema ideológico, tal y como se planteó en los años sesenta y setenta. En la actualidad, se trata de una respuesta, mejor dicho una salida al desarrollo del Estado de bienestar que se ha generado en las últimas décadas y, ello tanto desde el punto de vista de las prestaciones sociales del Estado, como por el impacto de este Estado de bienestar en el ordenamiento económico y social". "La reforma del sector público. Las privatizaciones: el Estado de la cuestión y su aplicación al caso español", en La nueva gestión pública. Coordinadora: B. Olías de Lima. Prentice Hall. Madrid, 2001. Pág. 81.

495 Como indica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "con sólo abrir la página de cualquier periodico, se advierte el auge de la fiebre privatizadora, ya sea en países de carácter liberal o socialista". Reforma y... Pág. 27. En el mismo sentido, señala G. ARIÑO ORTIZ que las "privatizaciones han sido en los últimos 15 años un fenómeno que ha recorrido el mundo: de Gibraltar a los Urales y desde Canadá a Tierra de Fuego". "Tiempo de hacer balance", en Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003). Editorial Comares. Granada, 2004. Pág. XXI. Por su parte, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA (con colaboración con J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ) señala que la "privatización de la empresa pública se ha desarrollado de una manera progresiva y generalizada en todo el mundo, con casi las mismas fórmulas en todos los países, ya estuvieran regidos por gobiernos liberal-conservadores o socialdemócratas". "La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos", en la misma obra antes citada. Pág. 4.

496 Como señala J. M. GONZÁLEZ-PARAMO, "del Estado se demanda cada vez más un grado de eficiencia aceptable". "De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública", en Las estructuras del Estado del bienestar en Europa. Dirigida por S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara. Civitas. Escuela Libre Editorial. Madrid, 2000. Pág. 526. Se ha señalado, igualmente al respecto, que "el ciudadano de las sociedades desarrolladas no pide a la Administración sólo protección o seguridad, sino también productos y servicios de calidad". Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos. Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos. MAP. Madrid, 2000. Págs. 26-27.

y de calidad. Se cuestiona, por ello, la capacidad de la gestión pública para cumplir sus fines, pues es un gestor poco avezado que gasta demasiado y logra bastante poco a cambio y, lo que es más, la calidad de sus prestaciones deja mucho que desear.[497]

No es ciertamente la única opinión al respecto, hay quien discrepa abiertamente de este juicio, y defiende la bondad de la gestión pública. Utilizando, para ello, como elemento central de su posición, la consideración de que la eficiencia se debe medir no sólo en términos económicos, sino que debe valorarse también el grado de satisfacción del interés público. Pues, uno y otro parámetro no vienen necesariamente unidos. De tal forma que, en ocasiones, la empresa privada puede actuar en mejores condiciones económicas que el sector público, pero proporcionando un peor servicio a los intereses generales.[498]

Opiniones aparte, lo cierto es que esta falta de eficacia va a llevar a que se someta a la intervención pública a un control de eficiencia, que trata de determinar en que medida realiza correctamente sus funciones.

Tradicionalmente se había considerado que la acción pública era necesaria siempre que se daba lo que se denomina "un fallo de mercado", esto es, una situación en la que los mecanismos competitivos del mercado no alcanzan por sí mismos una solución óptima.[499] De tal forma que, cuando existía una

[497] Señala, así, G. ARIÑO ORTIZ que la "ineficacia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios es mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (...), la conciencia generalizada de que hay devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa, en el fondo, su libertad; la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN". "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones", en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758. En la misma línea, señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "en nuestro tiempo, una vez superada la fiebre del intervensionismo, asistimos a una clara insatisfacción en relación con el sector público y las empresas públicas. Insatisfacción que no hunde sus raíces en razones de naturaleza ideológica, sino que, más bien, supone un convencimiento generalizado de duda acerca de las prestaciones públicas. No sólo sobre su continuidad o regularidad, sino sobre algo que es más importante: la calidad". La privatización de la empresa publica. Montecorvo. Madrid, 1991. Pág. 99.

[498] SERRANO TRIANA, A.: La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar. IELSS. Madrid, 1983. Págs. 61-66 y 117-130. OLÍAS DE LIMA, B.: "La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia", en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?. Izquierda Unida. Madrid, 1993. Págs. 83-90. ROLDÁN MARTÍN, A.: "Los nuevos contornos del servicio público", en Derecho administrativo económico. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Pág. 48.

[499] VALDIVIESO DEL REAL ha definido, así, los fallos de mercado como aquellas "situaciones donde las condiciones para optimizar el bienestar no se cumplen por el libre juego del mercado". La reforma del... Pág. 11. Para R. BALDWIN y M. CAVE, hay un fallo de mercado cuando el simple funcionamiento de éste, pro cualquier razón, fracasa en la producción de

deficiencia de este tipo, se hacía necesariamente precisa una actuación correctora de los poderes públicos que viniera a eliminarla o corregirla.

Ahora, sin embargo, se parte de un enfoque más realista, que parte de la existencia también de lo que se designa como "fallos del no mercado", esto es, deficiencias que generan su vez la intervención pública. Este factor obliga a realizar un juicio comparativo de los supuestos beneficios que va a generar esa intervención pública, con los resultados que genera el mercado, a fin de determinar cual de ellos ofrece una solución más adecuada.[500]

Juicio en el que la acción pública no siempre resulta triunfadora, pues en algunos casos se considera que el recurso a la competencia puede convertirse en una forma más adecuada de resolver un fallo de mercado.[501]

Por otra parte, el contraste con la realidad ha determinado la caída del viejo mito que concebía a la Administración como un entidad incólume a los intereses egoístas, que actuaba de forma ciega y totalmente objetiva, como si estuviera por encima del bien y del mal, al servicio del interés público.[502]

Parece demostrado la imposibilidad real de identificar en forma absoluta en que consiste ese interés público o general. Tanto desde la perspectiva europea tradicional, que concibe tal interés como algo superior y distinto a los intereses privados (se suele hablar en tal caso de interés público); como desde la perspectiva típica americana, que concibe éste como la suma de

una conducta o resultado conforme al interés público. Understanding Regulation. Oxford, 2002. Pág. 9. E. BURKARD entiende que existe fallo de mercado cuando los mercados no constituyen el medio más eficaz de distribución y coordinación social. "L'État régulateur en Europe", en Revue Française de Science Politique 49-2 (1999). Pág. 207.

500 En tal sentido, señala CH. WOLF que en el momento de optar por el mercado o la intervención pública, hay que elegir "entre mercados imperfectos y gobiernos imperfectos", lo que "si no es una elección entre dos males si es, en el mejor de los casos, decidir entre alternativas que por supuesto tienen defectos". De lo que se deduce que la simple existencia de un fallo de mercado no es suficiente para justificar la intervención pública, pues una "formulación política adecuada exige que se comparen las deficiencias observadas en los resultados del mercado con los posibles esfuerzos emprendidos por el sector público para ponerles remedio". Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas. Traducción de J. F. Cainzos de la segunda edición inglesa de 1993. IEF. Madrid, 1995. Págs. 27-31.

501 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia", en Anuario de la Competencia 1996 (1998). Págs. 60-63.

502 CHEVALIER, J.: "Le place du service public d'ans l'univers juridique contemporain", en Le service public en devenir. L'Harmattan, 2000. Pág. 32.

interese particulares (en cuyo caso se utiliza preferentemente el término interés general).[503]

En el primer caso resulta difícil identificar en que consiste ese supuesto interés distinto que, en la práctica, suele encubrir casi siempre un conjunto soterrado de intereses privados.[504]

Desde la segunda concepción se encuentran tantas dificultades como en la anterior, pues resulta cuestionable la posibilidad de poner en marcha un proceso que permita llegar desde esos intereses privados a ese pretendido interés general. La falta de representatividad de los mecanismos electorales generales y la acción perturbadora de los individuos y grupos que quieren beneficiarse de la acción pública a su favor, hacen difícil que dicho objetivo pueda tener un desenlace favorable.[505]

A lo que se añade, por otra parte, la evidencia de que los servidores y autoridades públicas no actúan siempre movidos por el objetivo de dar satisfacción a los intereses públicos, sino que están dotados de un conjunto de intereses egoístas, que hacen que, en ocasiones, su acción se desvié de su finalidad legítima, la consecución de ese interés general, para dar satisfacción a sus intereses propios.[506]

Se ha puesto así de manifiesto la falta de realismo de los planteamientos tradicionales, militantes de una cierta mistificación de lo público, para descubrir que bajo la acción administrativa se encuentran un conjunto de intereses privados, que la condicionan de forma determinante, convirtiéndola en un instrumento para hacer valer sus fines. Gráficamente ha descrito este fenómeno NIETO, señalando que la "Administración moderna semeja al gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconde instrumentos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia".[507]

---

503 Véase sobre esta distinción, MONTERO PASCUAL, J. J.: "Titularidad privada de los servicios de interés económico general", en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Págs. 1218-1219.

504 LANE, J. E.: The Public Sector. Sage. Tercera edición, 2000. Pág. 9.

505 DONAHUE, J. D.. La decisión de privatizar. Traducción: L. J. González Videla. Barcelona, 1991. Págs. 43-57.

506 LASHERAS, M. A.: La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 25. DE LA CRUZ FERRER, J.: Principios de regulación económica en la Unión Europea. IEE. Madrid, 2002. Pág. 180. Señala M. PIRIE, que "se habla del sector público como si expresara elecciones públicamente tomadas, cuando en realidad no hace sino revelar las prioridades de los legisladores y los burócratas. La propiedad y el capital llamado publico es administrado por estas personas como si fuera de su propiedad". "Teoría y práctica de la privatización", en Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1. Pág. 5.

507 NIETO: La vocación de... Pág. 893.

Otro factor decisivo para explicar la tendencia a la privatización es el desmesurado tamaño adquirido en los últimos tiempos por el sector público. El Estado se ha convertido en un gigante desproporcionado que abarca un enorme espacio en las relaciones sociales: es el mayor empleador, consumidor, contratante, etc. En definitiva, poco queda, en realidad, en la Sociedad del Estado Social, fuera del alcance de los largos brazos del Estado.[508]

Esto, además, no es tan sólo un problema de tamaño, sino que trae consigo una dificultad añadida: la complejidad. Consecuencia irrefutable, pues a medida que se produce ese crecimiento del sector público, éste se convierte en una realidad más compleja y difícil de gobernar.[509]

Todo ello genera diversos problemas que conducen irremisiblemente a la privatización. Por un lado, el Estado lleva demasiado peso, más del que puede asumir, y debe, por ello, soltar lastre, pues sino corre el riesgo de desbordarse, lo que podría dar lugar a una quiebra del Estado de Bienestar.[510]

Por otro, se señala que el sector público está asfixiando la iniciativa privada, impidiendo que las fuerzas sociales asuman la realización de actividades que deberían de corresponderle.[511]

A ello se añade que este crecimiento enfermizo de lo público esta restando energías al propio Estado, que incapaz de asumir la cantidad informe de actividades que han quedado bajo su responsabilidad, se dispersa, cumpliendo mal aquellas actividades que sólo el puede prestar.[512]

---

[508] En tal sentido, señala PIRIE que en "el Reino Unido, como en cualquier otro país, el Gobierno es la unidad de mayor tamaño del sistema. Es el mayor consumidor, el empleador de mano de obra más grande y, con mucho, el que más gasta". Teoría y... Págs. 4-5. VALDIVIESO DEL REAL entiende que se "ha llegado a un crecimiento tal del Estado, tanto en empresas públicas como en su actividad estatal, a través de todo el ámbito económico-social, que, en estos momentos, en todos los países europeos, la actividad del Estado y de otras instituciones públicas alcanza prácticamente la mitad del Producto Interior Bruto". La reforma del... Pág. 81.

[509] Como señala J. A. OLMEDA GÓMEZ, a medida que el sector público crece, se asiste "al aumento de la complejidad de su estructura en términos funcionales, tecnológicos y organizativos". Ciencia de la Administración I. UNED. Madrid. Reimpresión de la primera edición, 2000. Pág. 242.

[510] Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "la Administración prestacional e intervensionista que conocemos se ve abocada a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales ya que, por un lado, debe responder a las expectativas de una ciudadanía que no debe renunciar a los logros prestacionales del Estado social y democrático de Derecho y, por otro, ha de adaptarse a una realidad económica que exige drásticos recortes, reformas de estructuras y una profunda racionalización de la gestión, en la búsqueda de la eficiencia del sector público". Reforma y... Pág. 18.

[511] En tal sentido, PIRIE: Teoría y práctica... Pág. 5.

[512] ROTH, G.: The private provision of public services. Oxford University Press, 1987. Pág. 5.

Estos problemas son, además, tanto más graves si se tiene en cuenta que no tienen un carácter coyuntural, sino que se encuentran en la esencia de la configuración propia del Estado social. Este modelo de Estado da lugar a una espiral creciente de gasto público, en cuanto parte del presupuesto de que los poderes públicos deben remover, mediante una actuación positiva, todos los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva. Esto determina un progresivo proceso de demanda por parte de los distintos grupos sociales de prestaciones sociales y servicios de todo tipo, que conllevan un correlativo crecimiento de los presupuestos, que entran así en una dinámica de incremento sin fin.[513]

Y lo que es aún peor, señalan estos autores, dicho crecimiento se ha convertido en un elemento desconectado, en realidad, de las auténticas necesidades de los ciudadanos, que son utilizados como disculpa para un aumento descontrolado del gasto público, que lejos de dar respuesta a sus demandas, persigue dar satisfacción a otros intereses, y no proporciona mejora alguna en la calidad de los servicios públicos.[514]

Desde aquí se propugna la necesidad de privatizar algunos servicios, que los sujetos privados están en condiciones de asumir, con lo que se lograría liberar a los presupuestos públicos de un importante volumen de gasto.[515] Es más, algunos inclusos proponen esa devolución incluso cuando el sector público esté mejor capacitado para prestar esos servicios o prestaciones, pues sólo así podrá centrarse en cumplir aquellas funciones que le son más propias, y sólo él puede proporcionar.[516]

---

513 Como señala DESDENTADO DAROCA, esta "desproporción entre las demandas crecientes de provisiones materiales de la sociedad y la capacidad del sistema para hacer frente a las mismas se traduce en una situación de <<ingobernabilidad>> que no tiene un carácter coyuntural, sino que, por el contrario, responde a elementos estructurales del propio Estado social y democrático de Derecho. Por un lado, el surgimiento del Estado social ha ido acompañado de la conversión de las sociedades occidentales en sociedades de expectativas, que esperan que el Estado confiera efectividad a los derechos materiales mediante las correspondientes prestaciones y en las que predomina la idea de que, siguiendo un criterio de igualdad compensatoria, aquel que tiene menos ha de obtener más del Estado. Todo ello determina una clara tendencia al gasto público". Crisis de identidad de... Págs. 68-69.

514 Señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "el sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran desproporcionados al gasto. ¿Por qué? Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es una justificación para crecer y crecer y porque, desgraciadamente, no ha calado un ambiente de auténtico y verdadero servicio del aparato público a la sociedad". A lo que añade que "el problema que hay que resolver es el de la desproporción entre gasto público y calidad de servicios que se está produciendo". Reforma y... Págs. 23-24.

515 TRONCOSO REIGADA, A.: Privatización, empresa pública y Constitución. Marcial Pons. Madrid, 1997. Págs. 100-103.

516 ROTH: The private provisión… Pág. 5.

Si bien, también existen voces críticas, que cuestionan esta solución, en cuanto consideran que al privatizar el Estado pierde de forma definitiva patrimonio y, con ello, capacidad para influir en la economía, lo que puede resultar problemático en épocas de crisis económica.[517]

También importante para comprender este auge de lo privado es la clara evidencia de las limitaciones del Estado Social para dar satisfacción a sus finalidades últimas. Nadie puede negar el importante papel jugado en la consecución de la igualdad real, que ha permitido un avance espectacular en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Pero esto no ha impedido que las diferencias entre ricos y pobres sigan creciendo, y lo que es mucho peor, la pervivencia, e incluso crecimiento, de sectores marginados y considerables bolsas de pobreza.[518]

Decisivo para la definitiva eclosión de la acción privatizadora, tanto en Europa como Hispanoamérica, ha sido igualmente la acción de algunas organizaciones internacionales.

En Europa ese papel lo ha jugado, sin duda, la Unión Europea[519] que, en su afán por crear un mercado interior europeo, ve en el sector público un elemento perturbador, al que se observa con una cierta desconfianza, pues se teme que utilice sus potestades públicas para beneficiar a los empresarios y productos nacionales. Frente a ello, el mercado y la competencia son un Reino en el que sólo rige el color del dinero, que no entiende de nacionalidades, y no dudara en despreciar al empresario nacional para asumir una mejor oferta procedente de un operador de otro Estado miembro. Desde este presupuesto, su preferencia por la iniciativa privada y el mercado, por más que se haya querido encubrir en ocasiones, es manifiesta.

---

[517] En tal sentido, señala ROLDÁN MARTÍN que, con la privatización, el Estado "pierde definitivamente patrimonio, de modo que no puede volver a usar esta fuente de financiación en lo sucesivo. Se reduce su influencia como agente económico directo, lo que si en época de pujanza económica es irrelevante e incluso deseable para evitar el efecto de saturación o desplazamiento de la iniciativa privada, en época de crisis está por ver que sea una decisión adecuada". Los nuevos contornos... Pág. 49.

[518] Señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "el Estad providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa, hasta el punto de que tras tres décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, ha aumentado la distancia entre ricos y pobres. Esta desigualdad ha generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad". Reforma y... Pág. 32.

[519] KARPENSCHIF, M.: "La privatisation des entreprises publiques: una practique encouragée sous suveillance communautaire", en Revue Française de Droit Administratif 2002-I. Págs. 95-103.

En América latina ese papel lo han desarrollado las instituciones de crédito internacional. Éstas han venido condicionando el mantenimiento del crédito externo a la adopción de políticas privatizadoras y liberalizadoras. Una sugerencia que la inmensa mayoría de los países latinos no están en condiciones de rechazar, dado el elevado nivel de deuda externa que pesa sobre sus cabezas.[520]

Por último, tampoco se puede olvidar la relevancia que ha tenido para la puesta en marcha de este proceso la propia acción de la empresa privada, que, ante el creciente papel del Estado en el mundo económico, empezó a disputar a éste la prestación de actividades económicas.[521]

Por lo demás, como ya habíamos adelantado, las modalidades y formas en las que esa privatización se ha llevado a efecto son muy diversas. Si bien, dos manifestaciones de esta tendencia deben ser destacadas.

La primera de ellas supone la transferencia de la propiedad de bienes desde el sector público al sector privado.[522] No menos importante durante los últimos años ha sido una operación de índole diferente, pero igualmente enmarcable en lo que se califica en sentido amplio como privatización, consistente en la conversión de mercados públicos antes monopolizados en mercados competitivos, en los que empresas, públicas o privadas, pero en todo caso en persecución de un beneficio empresarial, compiten conforme a las reglas de mercado, si bien sometidas a regulación por parte de los poderes públicos, que trata de lograr un doble objetivo: a) salvaguardar la competencia, evitando que el monopolio público se convierta en un monopolio privado; b) asegurar la satisfacción de las necesidades de interés público existentes en dicho sector.[523]

---

520 Así lo explica T. EVANS respecto a Centroamérica y el Caribe: "los cambios acaecidos en la economía mundial a partir de los años 70 empujaron a los países en desarrollo hacia una posición en la que las instituciones financieras internacionales tuvieron cada vez mayores ingerencias en la definición de sus políticas económicas". Por diversos motivos explica que estos países adolecen de un elevado nivel de deuda externa. "Es aquí donde aparece un serio problema para el sector público: las organizaciones internacionales estaban dispuestas a suministrar más dinero, pero sólo bajo la condición de que los gobiernos adoptasen políticas económicas aprobadas por ellas, y esas políticas han incluido recortes del sector público". "Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe", en La transformación neoliberal del sector público. Lation editores. Managua, 1995. Págs. 2 y 3.

521 SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: La actividad de la Administración y el servicio público. Comares. Granada, 1998. Pág. 140. La misma opinión respecto al sector eléctrico es destacada por BAUBY, P.: "Dérégulation et re-regulation: les transformations du service public de l'électricite", en Le service public en devenir. L'Harmattan, 2000. Pág. 206.

522 SOUVIRÓN MORENILLA: La privatización del... Pág. 2.

523 Véase SOUVIRÓN MORENILLA: La privatización del... Pág. 2. ARANA MUÑOZ: La privatización de la... Pág. 62.

Aunque dichos procesos no se confundan, pues se trata de dos fenómenos claramente diferenciados, que no tienen que venir necesariamente de la mano,[524] privatización y liberalización se han entrecruzado durante los últimos años.[525]

Estas manifestaciones de la tendencia privatizadora tienen, además, la importancia añadida de ser, como señala SOUVIRÓN MORENILLA, expresivos de "la renuncia del Estado a su papel de agente directo de la actividad empresarial y una distinta concepción sobre su función ordenadora de las relaciones sociales y económicas".[526]

Por lo que algunos han hablado de la aparición de un nuevo modelo de Estado, que algunos han caracterizado como Estado Subsidiario (CASSAGNE)[527] y otros, en forma crítica, como Estado reducido (LINDE PANIAGUA).[528]

En cualquier caso, como señala RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, los efectos de este movimiento hacia lo privado no deben ser magnificados, pues no han tenido entidad suficiente como para liquidar el Estado intervensionista, dejando éste reducido a los viejos esquemas liberales.[529]

2. La huida del derecho administrativo

En el Derecho administrativo tradicional los entes públicos adoptaban siempre formas públicas de personificación. A lo que se añadía, además, que esos sujetos se regían en todo caso por el Derecho administrativo, tanto en el ámbito externo como en el interno.[530]

[524] ROLDÁN MARTÍN: Los nuevos contornos... Pág. 27.
[525] LINDE PANIAGUA: La retirada de... Pág. 36.
[526] SOUVIRÓN MORENILLA: La privatización del... Pág. 3.
[527] CASAGNE, J. C: "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina", en Revista de Administración Pública 54, enero-abril de 2001. Pág. 442.
[528] LINDE PANIAGUA: La retirada de... Pág. 44.
[529] Señala L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, que "la realidad de las primeras décadas de neoliberalismo nos muestra que el efecto sobre el derecho público y concretamente sobre el derecho administrativo, no es tan catastrófico como podría pensarse inicialmente (...) a pesar de la pretensión extrema de algunos de sus ideólogos y promotores, la práctica nos muestra que el auge del neoliberalismo no ha llegado ni parece acercarse al presunto objetivo de hacer desaparecer el Estado intervensionista y al regreso simple y llano del Estado liberal clásico". "Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI", en Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Coordinador: J. Fernández Ruiz. 2002. Pág. 98.
[530] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Curso de... Pág. 408.

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta perfecta equivalencia entre actividad administrativa, forma de personificación y régimen jurídico se va a resquebrajar. De tal forma que la actividad administrativa no se va a realizar en todo caso por personas públicas y sujeta a un régimen administrativo, sino que en ocasiones la Administración actúa sometiéndose a las mismas normas jurídicas que rigen la actividad de los particulares,[531] o incluso reniega de su propia naturaleza pública y actúa bajo los ropajes de una personificación jurídica privada.[532]

Esta transmutación encuentra su justificación en la confluencia de dos factores. Por un lado, es fruto de la asunción por parte del Estado de nuevas labores, fundamentalmente económicas, que demandan de nuevas formas de actuación, más adecuadas a la nueva naturaleza de estas tareas que el sector público ha tomado como propias. Como señala RIVERO ORTEGA, "que la Administración recurra al Derecho privado es una secuela más de la ampliación de los fines del Estado y de su «hambre de nuevas formas» para cumplimentarlos, que no ha sido convenientemente satisfecha por el Derecho público. Se trata de un fenómeno con precedentes remotos, pero cuyo origen puede localizarse en el momento de la aparición del Estado intervensionista, caracterizado por el protagonismo que asume en el terreno de la economía".[533]

Por otra parte, es también resultado de la inadecuación del régimen administrativo para regir esas funciones. El Derecho administrativo se manifiesta como un Derecho especialmente rígido, plagado de controles y formalismos que lastrarían demasiado la actuación de una Administración que, tras la eclosión del Estado Social, ha entrado plenamente en el desarrollo de actividades puramente económicas.[534]

---

[531] Como señala PAREJO ALFONSO, a "partir de la Segunda Guerra Mundial, las nacionalizaciones provocadas por la misma pusieron, finalmente, total y masivamente al descubierto que la forma de la gestión de los servicios por la propia Administración es una cuestión puramente instrumental: ésta puede operar tanto en régimen de Derecho público como en el de Derecho privado". "Esta evolución supuso la necesidad de la extensión del principio, admitido hasta entonces sólo como excepción, como supuesto anormal: el de la aplicación del Derecho privado a la actividad de la Administración". "De esta forma quedó consumada, por imperio inapelable de la propia realidad jurídica y práctica, la quiebra de la ecuación, piedra singular de la doctrina del servicio público, servicio público-gestión en régimen de Derecho público". El concepto de... Pág. 99.

[532] Señala irónicamente R. PARADA VÁZQUEZ que en "función de estos disfraces, el espectáculo del conjunto de los Entes del sector público se asemeja cada vez más a un carnaval". Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Marcial Pons. Madrid, 1993. Págs. 49-50.

[533] RIVERO ORTEGA: Administraciones públicas y... Págs. 13-14.

[534] Como señala DESDENTADO DAROCA, este proceso "se ampara en una supuesta inutilidad del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los inte-

La suma de estos factores ha llevado a que la Administración busque en el Derecho privado aquello que el Derecho administrativo no ha sabido proporcionarle, un régimen más flexible, que permita realizar con mayor eficacia las nuevas funciones que están ahora también llamadas a realizar los Poderes públicos.[535]

Sin embargo, este recurso al Derecho privado se ha manifestado no sólo en el campo que le es más propio, esto es, aquel en que la Administración actúa desarrollando una actividad puramente económica, operando en las mismas condiciones que lo haría una empresa privada, terreno en el que no parece que se pueda dudar de la legitimidad del uso del Derecho privado por la Administración;[536] sino que se ha hecho también presente, en ocasiones, en actuaciones que implican una auténtica realización de funciones administrativas propiamente dichas, terreno donde la legitimidad de esta practica es discutible.[537]

---

reses públicos. Y no sólo eso, sino incluso un obstáculo o rémora para lograr dicho fin. Se considera que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados; los continuos controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcionarial, la causa de la fuga de las mejores cabezas al sector privado; y la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad". La crisis de identidad... Pág. 105. En la misma línea, RIVERO ORTEGA señala que el "precio que la Administración tiene que pagar por sus prerrogativas es cada día más alto y se convierte en un lastre imposible de sobrellevar cuando pretende responder a las múltiples exigencias del Estado Social. En estas circunstancias la renuncia a las prerrogativas para alcanzar la libertad es una tentación demasiado fuerte, pues la Administración no necesita el ejercicio de las clásicas potestades para situarse en una posición de supremacía con respecto a los particulares". Administraciones públicas y... Pág. 15.

535 CLAVERO AREVALO: "Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas", en Documentación Administrativa 58, octubre de 1962. Págs. 20-25. PALOMAR OLMEDA, A.: "Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración", en Revista Internacional de Ciencias Administrativas 57-4 (1990). Págs. 141-142.

536 PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho administrativo II. Marcial Pons. Decimocuarta edición, 2000. Pág. 254. DEL SAZ CORDERO, S.: "Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX", en La Administración Pública española. Director. J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002. Pág. 65. CALVO CHARRO, M.: "La Administración institucional. Los organismos públicos", en La Administración Pública Española. Pág. 532. SALA ARQUER, J. M.: "Huida del Derecho privado y huida del Derecho", en Revista Española de Derecho Administrativo 75, julio-septiembre de 1992. Págs. 412-413. GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... Pág. 394.

537 En tal sentido, señala L. PAREJO ALFONSO que el "legislador carece de completa libertad a la hora de la delimitación subjetiva de la Administración pública y objetividad de la actividad administrativa. La Constitución define un marco suficientemente preciso: Administración pública y actividad administrativa es (arts. 103, 106 y 128, en relación con el 149. 1. 18) todo lo que no es sujeto ejerciente de actividad económica ordinaria (entregada a los sujetos ordinarios del Derecho) y en régimen de concurrencia con éstos y, por tanto, actividad de este tipo. Así, pues, con la sola excepción de estos últimos sujetos y actividades (que

Esto supone entrar en el escabroso campo de la *huida del Derecho administrativo.* Sin duda una de las cuestiones que han generado un mayor debate dentro de nuestra disciplina durante los últimos años.

El empleo de esta gráfica expresión pretende mostrar que, cuando hay ejercicio de funciones públicas, el uso de un régimen común al que rige para los sujetos privados adquiere un cierto carácter fraudulento.[538] Lo que conlleva, en ocasiones, una relajación en los controles públicos y una merma de la garantía de los administrados,[539] así como importantes perturbaciones en el discurrir de la acción pública.[540]

Para precisar con mayor claridad este concepto conviene hacer una observación adicional. Pues parece oportuno señalar que quedarían fuera del mismo los supuestos de privatización material, esto es, aquellos casos en que la Administración deja de intervenir en un determinado sector, cediendo el mismo a los particulares. De tal forma que, cuando hablamos de fuga del Derecho administrativo, no referimos exclusivamente a los supuestos de privatización formal, esto es, cuando el sector público sigue estando presente en ese ámbito, pero sujetando su actividad al Derecho privado en vez de al Derecho administrativo.[541]

---

responden a una expresa y excepcional habilitación jurídica privada) todos los restantes sujetos y actividades reconducibles al interés general están constitucionalmente sometidos a un estatuto único público (lo que nada dice aún sobre su flexibilidad y contenido concreto)". "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 38.

538 La doctrina ha hablado así de un abuso en el recurso al Derecho privado. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: El Derecho administrativo privado. Montecorvo. Madrid, 1996. Págs. 122-124. E incluso de una utilización patológica de éste. SALA ARQUER: Huida del Derecho... Pág. 399.

539 DEL SAZ CORDERO: Las transformaciones del Derecho... Pág. 62.

540 Como indica A. SÁNCHEZ BLANCO, la huida del Derecho Administrativo genera un importante cúmulo de perturbaciones: "quiebra de conceptos, ruptura de la coherencia organizativa y anulación de las técnicas de control de la actividad de las Administraciones públicas", además de ser una "fuente inagotable de instrumentalización y desviación de los intereses públicos". "Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas", en Revista de Administración Pública 132, septiembre-diciembre de 1993. Págs. 84-85.

541 DEL SAZ CORDERO: Las transformaciones del Derecho... Pág. 61. Como señala DESDENTADO DAROCA, este "proceso de <<pseudoprivatización>> de la Administración, (...) no supone, en modo alguno, un repliegue de la actividad administrativa, sino únicamente su <<disfraz>> mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado". La crisis de identidad... Pág. 105.

La doctrina, por regla general, se ha mostrado crítica con este fenómeno, y ha puesto de manifiesto que, por más que la Administración deba servir al valor de la eficacia, también debe servir otros objetivos no de menor entidad también consagrados constitucionalmente, como el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad de concurrencia, la publicidad y la transparencia, etc. Todos estos objetivos quedan indiscutiblemente mejor servidos por un Derecho específicamente diseñado al efecto, como lo es el Derecho administrativo, que por el Derecho privado, que responde a otro contexto y necesidades. Siendo, por ello, este último, en ocasiones, inadecuado para regir la actividad de la Administración.[542]

Sin embargo, esa uniformidad doctrinal no alcanza a la búsqueda de soluciones a los problemas que plantea. Así, algunos atacan la propia legitimidad del mismo, y postulan que éste es contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica proclamar su inconstitucionalidad, pues, en cuanto procede de una decisión del legislador, esa contrariedad debe proceder de la propia Constitución, y no de la vulneración de meras leyes ordinarias.

Para estos autores la posibilidad de optar por la utilización de un régimen de Derecho privado o de Derecho público para regir la actividad de la Administración choca con un límite constitucional. Pues existiría en nuestra Norma Fundamental una reserva de Derecho administrativo. Esto es, cuando la Constitución sujeta a la Administración al Derecho no es un sometimiento a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo; y cuando afirma las facultades de control de los tribunales sobre la actuación administrativa, no se refiere a cualquier tribunal, sino a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.[543]

Otros, sin embargo, consideran que no es precisa la desaparición del recurso por parte de la Administración del Derecho privado. Para ello se apoyan en que el ordenamiento jurídico ofrece suficientes vías para reconducir el mismo a los parámetros fijados por el texto constitucional, sin necesidad de recurrir obligatoriamente al Derecho administrativo, o a los tribunales administrativos, pues otras ramas del Derecho y otros ordenes jurisdiccionales también ofrecen garantías suficientes al respecto. Es, por ello, al legislador, dotado en este ámbito de un margen importante de decisión, y no a la Cons-

[542] DESDENDATO DAROCA: La crisis de identidad... Págs. 107-109.

[543] Esta posición ha sido defendida por DEL SAZ CORDERO. Las transformaciones del Derecho... Pág. 65. A la que sigue un sector importante de la doctrina. PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho Administrativo I. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Págs. 30-32. Fuera de nuestro país esta tesis ha sido aceptada por BREWER-CARÍAS: La interaplicación del Derecho... Págs. 26-27.

titución, que no debe ser interpretada desde las concepciones de un determinado momento histórico, al que le corresponde determinar el régimen jurídico y los tribunales a los que se somete la Administración.[544]

Argumentación a la que añaden algunos un elemento de peso, la Administración debe actuar siempre conforme al régimen jurídico que resulta más

[544] Esta postura ha sido defendida por I. BORRAJO INIESTA, según el cual no existe una reserva de Derecho administrativo, porque "el legislador dispone de una amplísima libertad de configuración en todo lo que no atañe directamente a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos; potestad que es especialmente amplia en todo lo concerniente a la organización y el régimen de actuación de las Administraciones pública, y que alcanza incluso a permitirle arrojar al desván de los trastos el acervo de técnicas jurídicas que han sido acuñadas por la experiencia histórica, y que han sido depuradas por el esfuerzo intelectual de los juristas.

Resulta extraordinariamente peligroso interpretar el texto constitucional a través de las lentes de lo que existe, entender que la Constitución garantiza el ordenamiento vigente, petrificándolo frente a las innovaciones que puedan introducir las Cortes Generales o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, que son las instituciones elegidas para mantener o modificar la principal fuente de normas de nuestro sistema jurídico: la ley".

Esto no supone para este autor que la Constitución no vincule al legislador en este aspecto. Pero sirve, siempre según su opinión, para refutar la existencia de una reserva de Derecho administrativo. Pues "la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder, contra sus inmunidades y asimismo contra sus inactividades y desfallecimientos en la procura de los intereses generales, ha de ser llevada a cabo en el contexto que ofrecen las leyes, y no contra ellas. (...) El dogma jurídico no debe contradecir a la ley, salvo que sea inevitable (...). Por añadidura, el dogma central de nuestro Derecho consiste en que la ley es aprobada por instituciones democráticamente elegidas y que –a pesar de lo que a veces puede parecer – no siempre yerran".

Desde aquí postula que en una situación de huida del Derecho administrativo se puede seguir dando cumplimiento a los mandatos constitucionales. Opinión que apoya en tres postulados:

En primer lugar, "el sometimiento al Derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo Derecho y de todo control; las técnicas para sujetar el poder al Derecho que ofrecen los Códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes: pues la normativa que resulta aplicable a los entes administrativo no es la que consagra la libertad de los propietarios, sino la que sujeta a los administradores de intereses ajenos".

En segundo lugar, la "huida al Derecho privado es, en cierta medida, inútil: la Administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajos jurídicos; y, sobre todo, siempre subsistirá un dato capital, cuya relevancia es preciso rescatar de los archivos del antiguo Derecho: quien maneja caudales públicos no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo".

En tercer lugar, es "inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del Derecho". "El intento de huir del Derecho administrativo", en Revista Española de Derecho Administrativo 78, abril-junio de 1993. Págs. 234-236.

adecuado para dar satisfacción a los intereses públicos y, en ocasiones, no lo es el Derecho administrativo, sino otras ramas del Derecho.[545]

Hay, por último, en tercer lugar, una postura intermedia, que considera que no existe una reserva general de Derecho administrativo en la Constitución, pero sí reservas parciales. Según esta tesis, hay, por un lado, algunas materias en las que rigen determinados límites y principios a la actividad de la Administración, como por ejemplo el principio de mérito y capacidad en la selección de personal o el tramite de audiencia al interesado para dictar actos administrativos. Si en estos casos se sujeta a la Administración al Derecho privado, éste deberá incluir mecanismos que den satisfacción a esas exigencias, pues en caso contrario será inconstitucional su utilización. Por otra parte, hay determinadas actividades que implican ejercicio de autoridad y deben, por tanto, tener carácter público y estar sujetas al Derecho administrativo (LEGUINA VILLA, DESDENTADO DAROCA).[546]

3. La Administración neutral: las administraciones independientes

En el Derecho clásico la Administración se concebía como una entidad subordinada y dirigida por el Gobierno. Éste, además, en cuanto dotado de una legitimidad representativa indirecta, era el que daba legitimidad a la acción de la Administración, que carecía por sí sola de dicha legitimidad. Configurándose, en definitiva, la Administración como una organización de carácter estrictamente instrumental, que actúa bajo la dependencia del Gobierno.

[545] En tal sentido RODRÍGUEZ-ARANA, que considera que "la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil". A lo que añade que "lo determinante no es la naturaleza del ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El art. 103 se refiere al sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión concreta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias Sociales, con todos los respetos, ya paso de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho privado debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho Común sigue siendo el Derecho Administrativo". La vuelta al... Págs. 93-94.

[546] LEGUINA VILLA, J.: "Algunas notas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo", en Revista Jurídica de Navarra 19 (1995). Págs. 11 y sigs. DESDENTADO DAROCA: La crisis de identidad... Págs. 116 y sigs.

En los últimos años, sin embargo, hemos asistido a la proliferación de un conjunto de entidades administrativas que cuestionan seriamente estos postulados tradicionales y, con ello, el modelo de Administración pública que los acompaña. Nos estamos refiriendo, obviamente, a las Administraciones Independientes, que han supuesto un severo correctivo a las tesis antes expuestas,[547] como una consecuencia más del conjunto de transformaciones que en los últimos años está experimentando el Derecho público.[548]

Estas entidades no son, en puridad, una novedad para el Derecho administrativo, pues cuentan con una amplia tradición en el Derecho estadounidense, pero si son una rotunda novedad para la mayor parte de los países europeos y latinoamericanos, en los que estas figuras eran totalmente desconocidas.

La razón de ser de su importación parece situarse en un profundo desencanto por el funcionamiento del sector público y, particularmente, por la politización de la vida pública, que lleva a la búsqueda de una gestión pública neutralizada, en el sentido de no contaminada por políticas partidistas,[549] que permita una desideologización del ejercicio del poder.[550]

---

[547] Señala DESDENTADO DAROCA que estamos "asistiendo (...) a una crisis del modelo clásico de Administración Pública y a una transformación esencial de su naturaleza. De acuerdo con la concepción de la Administración Pública surgida del constitucionalismo liberal, en la que se han inspirado los sistemas constitucionales occidentales de la actualidad, ésta es una organización profesionalizada y jerarquizada de carácter puramente instrumental o servicial de la comunidad, dirigida a la satisfacción de los intereses generales. La Administración no es representante del pueblo y su voluntad no posee, por tanto una legitimidad propia. Por su composición, su función y su naturaleza no democrática, la Administración ha de configurarse, necesariamente, como un ente dependiente. De ahí, precisamente, que esté sometida al control y a la dirección del Gobierno. El origen de éste y su subordinación al mismo es lo que confiere a la Administración una legitimidad democrática indirecta de la que de otro modo carecería. Y, por otro lado, la dirección de la Administración permite a las Cámaras exigir al Gobierno las responsabilidades políticas pertinentes por el funcionamiento de la misma". La crisis de... Págs. 136-137.

[548] Señala E. GARCÍA LLOVET, que "nos encontramos en presencia no de un fenómeno casual, sino causal, que responde al proceso de transformación de todo el Derecho Público, de los poderes públicos del Estado y, en definitiva, de las formas y medios de ejecución del poder en las sociedades occidentales". "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en Revista de Administración Pública 131, mayo-agosto de 1993.

[549] Como señala A. BETANCOR RODRÍGUEZ, el Estado es "percibido por los ciudadanos como un gigante torpe y lento, cumplidor ineficaz de sus obligaciones para con la sociedad, ofensivo para sus derechos y libertades y que interviene en la sociedad de acuerdo con criterios político-partidistas lo que le convierte en una suerte de manipulador". Las Administraciones Independientes. Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 118. En el mismo sentido, señala DESDENTADO DAROCA que la "creación de las Administraciones Independientes parece responder a un nuevo sentimiento que recorre las sociedades occidentales: la desconfianza respecto al funcionamiento del sistema democrático y de los Gobiernos". La crisis de... Pág. 137.

[550] GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 93.

Pero también vienen a dar respuesta a las demandas que vienen solicitando desde hace tiempo un cierto repliegue del sector público,[551] en cuanto a través de ellas se actúa un nuevo modo de acción pública, la regulación, que supone, sino necesariamente una intervención pública menos intensa, si un retroceso de la actividad pública directa, para limitarse a reconducir la acción de sujetos normalmente privados, o al menos actuando como tales.

El concepto de Administración Independiente es susceptible tan sólo de una precisión limitada, pues bajo esta rúbrica se engloban, en realidad, entidades muy diversas. Hasta el punto de poderse afirmar que no existen dos Administraciones Independientes iguales.[552] Si bien esto no impide, en ningún modo, su delimitación conceptual, pues presentan suficientes rasgos comunes para cimentar una construcción teórica unitaria.[553]

El punto clave para su definición es su mal llamada independencia, pues en realidad se debería hablar tan sólo de autonomía.[554] La razón de esta confusión reside en que dicha autonomía tiene un carácter reforzado, con el objetivo de que la Administración independiente se convierta, como ya dijimos, en un ente neutralizado políticamente. De tal forma que, como señala JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, se constituyen en organismos "ajenos –o al menos razonablemente distanciados- a la lucha política".[555]

Esa neutralidad debe ir, en realidad, más allá del ámbito puramente político, extendiéndose también a cualquier grupo de presión, lo que comprende tanto los poderes burocráticos como los económicos.[556]

---

551 GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 93.

552 ÁLVAREZ GARCÍA, V.; DUARTE MARTÍNEZ, R.: Administración pública y electricidad. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 98.

553 En tal sentido, señala GARCÍA LLOVET que "en la tipología de entes que nos ocupa hay una serie de características comunes que si bien acaso no permiten configurar un modelo acabado, si desde luego proporcionan unos parámetros de reconocimiento, unas pautas de identificación y, en otro nivel, un corpus de técnicas y principios de funcionamiento comunes". Autoridades administrativas... Pág. 94.

554 BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes", en Etudes et Documents 52 (2001). Págs. 414-415. ÁLVAREZ GARCÍA; DUARTE MARTÍNEZ: Administración pública y... Págs. 100-101. PAREJO ALFONSO, L: "Prologo" al libro de A. Betancor Rodríguez: Las Administraciones Independientes.

555 JIMÉNEZ DE CISNEROS: Los organismos autónomos en... Pág. 340. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que su creación responde al propósito consciente "de <<neutralizar>> políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista". Curso de... (octava edición). Pág. 418.

556 GNES, M.: "The italian Independent Administrative Authorities: the Transplatation of an American Experience", en European Public Law 1997-3. Pág. 35.

La otra nota que caracteriza estas entidades es su carácter técnico o profesional, pues, al menos presuntamente, van a desarrollar su acción sobre la base de criterios técnicos.[557]

De esta forma se les dota de una nueva legitimidad, distinta a la tradicional legitimación representativa: la legitimidad técnica.[558]

Todo ello no debe entenderse que se enmarque en una operación de adelgazamiento de la intervención pública en un sector. En realidad, con este tipo de entidades lo único que se pretende es la transformación del modo en que esa intervención se va a llevar a cabo, logrando que esta asuma un carácter imparcial, pero sin que esto implique necesariamente una limitación de su extensión.[559]

Para conseguir esa autonomía y neutralidad técnica que les es característica se les va a dotar de un conjunto de garantías especiales, de las que normalmente no están dotadas las Administraciones Públicas. Estas medidas no son suficientes, sin embargo, como ya dijimos, para dotarlas de una auténtica independencia, como la que disfrutan, por ejemplo, un tribunal de justicia. Son, por ello, una serie de categoría intermedia, que sin dejar de ser Administración Pública se aproxima, en algunos aspectos, a la independencia característica de los órganos judiciales.

Antes de examinar estas garantías debe hacerse una advertencia previa. Estamos hablando de unas notas que con carácter general se entiende deben existir en estas instituciones, pero que no se dan necesariamente en todas ellas. En realidad, al descender al supuesto concreto, se encuentran múltiples peculiaridades y diferencias entre las entidades que reciben esta calificación.[560]

---

[557] GALLEGO ANABITARTE, A.; y RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M.: "La nueva regulación del mercado del gas natural", en Revista de Administración Pública 148, enero-abril de 1999. Págs. 58-59. Por lo que, señala LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, se constituyen en "una suerte de gobierno por expertos". Agencias... Pág. 46.

[558] Como señala BETANCOR RODRÍGUEZ, las "Administraciones independientes son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada". Pero también de "la búsqueda de otro tipo de legitimidad para la gestión pública: la legitimación técnica". Las Administraciones... Pág. 29.

[559] SALA ARQUER, J. M.: "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes", en Revista Española de Derecho Administrativo 42, abril-junio de 1984. Pág. 409.

[560] Señala al respecto GARCÍA LLOVET, que siempre "encontraremos alguna o algunas Administraciones Independientes, o entes que creemos merecedores de tal clasificación, que escapan a alguno de los parámetros de reconocimiento; parece necesario asumir, una vez más, que los modelos no se plasman en la realidad más que por aproximación. Sólo algunas, muy contadas, de las actividades satisfacen plenamente los parámetros que fijaremos. La respuesta puede estar en plantearnos no un modelo cerrado, sino una escala de gradación de independencia de las Administraciones Independientes". Autoridades administrativas... Pág. 94.

En primer lugar, se va a otorgar a sus directivos un estatuto especial, que sin equipararse a la inamovilidad judicial se aproxima en algunos aspectos a ella. Así, sólo podrán ser removidos de sus cargos, durante el tiempo que dure su mandato, si concurre alguna de las causas tasadas establecidas expresamente por su normativa reguladora.[561]

A fin de evitar que el Gobierno o el grupo parlamentario mayoritario que lo sustenta pueda controlar dichas instituciones, se establece un periodo de mandato para sus dirigentes que no coincida con la legislatura y, por tanto, el mandato del gobierno.[562]

También se establecen un conjunto de garantías en relación a su nombramiento. Así, en primer lugar, para garantizar su autonomía, se suele prever la intervención en su nombramiento de otros poderes del Estado, particularmente del legislativo.[563]

Están dotadas de personalidad jurídica propia, lo que les distingue de los órganos administrativos.[564]

Para impedir que el ejecutivo pueda controlarlos estrangulados económicamente, están dotados de determinadas garantías en el ámbito financiero. Concretamente, deben de gozar de una financiación adecuada, que les permita desarrollar sus funciones. Así como de autonomía suficiente para gestionar su presupuesto.[565] Además es preciso que cuenten con un cierto patrimonio e ingresos propios.[566]

Asimismo, para garantizar su competencia técnica y profesional, asegurando que se trata de auténticos expertos con prestigio contrastado, se suele exigir

[561] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 49. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "Reflexión preliminar", en el libro de M. A. Lasheras: La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 213.

[562] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 49.

[563] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135.

[564] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: En Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 43. TORNO MAS, J.: La autoridades reguladoras de lo audiovisual. Marcial Pons, 1999. Pág. 73. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en La Administración Pública Española. INAP. Madrid, 2002. Pág. 608.

[565] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6.

[566] BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 614.

que concurran en sus directivos determinadas competencias y capacidades profesionales,[567] que le permitan tener y actuar desde un criterio propio.[568]

Esto va a llevar a que sean casi siempre profesionales que han desarrollado una larga carrera en el sector del que se trate. Si bien se genera el riesgo de que pierda su neutralidad a favor de las empresas que operan en dicho ámbito, pues, más tarde o más temprano, deberá volver a trabajar en ellas. Lo que incrementa el riesgo de que su voluntad sea captada por éstas, durante el tiempo que desarrolla sus servicios en la Agencia.[569]

Para evitar que así ocurra, se suele establecer un periodo de cuarentena, esto es, un lapso de tiempo en el que el los miembros de las Administraciones Independientes no podrán prestar servicios en el sector en el que desarrollan sus funciones.[570]

A efectos de garantizar su neutralidad se les sujeta, igualmente, a un exigente régimen de incompatibilidades,[571] con el que se pretende garantizar su imparcialidad tanto frente a los sujetos privados, como ante las estructuras del poder político.[572]

Aunque no es la única opción posible, pues en algunos casos se les ha dado un carácter unipersonal, se suele considerar más adecuado que tengan composición colegiada. Lo que facilita 4que el órgano posea la pluralidad de perspectivas y habilidades que se entiende que requieren estos entes para desarrollar correctamente su función.[573]

No obstante, eso no debe permitir que su composición sea el resultado de una transacción, mediante la cual se convierta el nombramiento de sus

[567] ARIÑO ORTIZ, G.: "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I. Madrid, 1993. Pág. 70. DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135.

[568] BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 607.

[569] ARIÑO ORTIZ: Regulación económica y modelo... Págs. 65 y 70.

[570] CANANEA, G.: "La réglementation des services publics en Italie", en Revue Internationale des Sciences Administratives 68 (marzo de 2002). Pág. 98. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 49.

[571] BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 611.

[572] GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas...Pág. 105.

[573] PROSSER, T.: Law and the regulators. Clarendon Press. Oxford, 1997. Pág. 299. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 48. GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 103. Señala al respecto BETANCOR RODRÍGUEZ, que "es más difícil sostener la independencia y aún más realizarla cuando el ente tiene una organización simple (un órgano unipersonal ejecutivo) que cuando es una organización compleja". Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.

miembros en un reparto entre los partidos políticos conforme a cuotas de poder. Lo que dejaría en entredicho tanto su verdadera neutralidad como su carácter técnico.[574]

Ni siquiera debería permitirse que los miembros de la Comisión fuesen representantes de los distintos sectores implicados en el ámbito donde la Agencia desarrolla sus funciones. Pues esto podría llevar a que se resolviesen los posibles conflictos dentro del órgano, en una negociación cerrada, sin la necesaria participación y transparencia.[575]

Si bien si parece adecuado, en cuanto permite tener en cuenta los diversos intereses existentes en el sector, que la Agencia cuente en su organización con órganos en los que estén representados los diversos actores que operan en el mismo.[576]

No debería de poder renovarse el mandato de sus directivos, pues esto permite ejercer sobre sus miembros una presión considerable cuando llega la hora de decidir sobre su renovación.[577]

Desde el punto de vista funcional, es imprescindible que tengan atribuidas un ámbito competencial de forma propia y exclusiva.[578]

Su tarea característica es la supervisión de un ámbito sectorial concreto y determinado.[579] Concretamente sectores en los que operan sujetos esencialmente privados, estando presentes intereses públicos especialmente relevantes.[580]

---

574 En tal sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO señala que esta práctica es censurable. A lo que añade, resignadamente, que si "se respeta el criterio de la debida preparación profesional de los consejeros, esta práctica resulta menos repudiable que si se emplea para convertir esas Comisiones en una suerte de cementerio de elefantes, o de prebenda con la que se pagan anteriores servicios prestados a una determinada formación política". Agencias... Págs. 48-49.

575 PROSSER: Law and the... Pág. 299.

576 Señala BETANCOR RODRÍGUEZ que "la independencia está relacionada con la existencia de órganos de representación de todos los intereses presentes en el ámbito de actuación del ente, porque ésta representación permite la escenificación de todos los intereses y su correlativo equilibrio, contexto adecuado para garantizar la independencia del ente". Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.

577 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6. GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 106.

578 DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134.

579 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 47. GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 100.

580 BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 606. Señala al respecto W. A. ROBSON que la "misión de la Comisión reguladora es normalmente el control o supervisión de las empresas relacionadas con un interés público y que funcionan en base a un beneficio privado". Industria nacionalizada y propiedad pública. Traducida por J. Petit Fontsere. Tecnos. Madrid, 1964. Pág. 116.

Para cumplir esas funciones se les atribuye una amplia gama de poderes y facultades, de naturaleza muy heterogénea. De entre ellas debe destacarse, por su importancia, el otorgamiento de importantes atribuciones en materia de obtención de información, sin las cuales difícilmente van a poder cumplir su labor.[581]

No deberán, además, poder solicitar ni recibir ordenes, instrucciones o directivas por parte del Gobierno.[582] Ni éste ni otros órganos superiores de la Administración deben poder, tampoco, fiscalizar sus decisiones, esto es, éstas no deben poder ser impugnadas a través de recurso de alzada.[583]

Sin embargo, sentado su carácter administrativo, es evidente que sus decisiones, como las de cualquier Administración pública, están sujetas a control judicial.[584] No se puede negar, no obstante, que ese control judicial plantea especiales dificultades, que no están presentes en otras entidades administrativas. Ya hemos visto que operan en sectores especialmente tecnificados, que exigen conocimientos muy específicos y manejan un alto grado de información sobre el sector. Esto va a dificultar su control por parte de un juez que carezca de esa específica formación e información respecto al sector regulado, por lo que la mejor doctrina reclama que se garantice la preparación técnica de los órganos judiciales llamados a realizar dicho control.[585]

Pero aun contando con esa preparación especializada el juez va poder realizar un control judicial limitado de esas decisiones, pues va a tener que respetar la existencia de una considerable discrecionalidad técnica del regulador.[586]

La irrupción de estas entidades no ha sido ni mucho menos pacífica, mas bien lo contrario, han generado un grado de discusión importante. Son muchos los que rechazan este fenómeno, por considerar que viene a romper reglas estructurales del Derecho administrativo.

También son muchos, no obstante, los que defienden su necesidad, en cuanto vienen a constituir un contrapunto a la vieja Administración burocrática

581 MUÑOZ MACHADO: Tratado de... Págs. 1197-1201.
582 DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134. BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.
583 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 49.
584 CANANEA: La réglementation... Pág. 99.
585 ARIÑO ORTIZ, G.: "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en El nuevo servicio público. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 53.
586 CANANEA: La réglementation... Pág. 99.

y jerarquizada, que dinamizará la transparencia y neutralidad de toda la Administración.[587]

En cualquier caso, todo parece indicar que estas nuevas entidades han llegado para quedarse, por lo que toda reflexión sobre la Administración pública y el Derecho administrativo debe construirse teniéndolas presentes.

4. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la administración.

Uno de las más radicales transformaciones que ha experimentado el Derecho administrativo de nuestros días se ha manifestado en la posición del ciudadano ante la Administración.[588] La toma de conciencia de que esta última no es tanto un poder, como un instrumento al servicio del administrado, que se justifica y cobra sentido en la medida en que da satisfacción eficaz a las necesidades de éste, lleva irremisiblemente a la conversión del ciudadano en el punto central desde el que se deben de construir y concebir todas las políticas publicas.[589]

Esto ha dado pie para que se consolide una nueva cultura administrativa, que se cimienta sobre la idea de servicio, y deja en un segundo plano la idea de autoridad, de poder que manda. Como fruto de ello, la Administración abandona en parte la posición de superioridad y primacía que había mante-

[587] En tal sentido, señala LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO que la función principal que vienen a desarrollar estas agencias es "servir de contrapeso –de nuevo los check and balances como mecanismo de control y acierto en el ejercicio del poder a la Administración territorial jerárquica en la regulación de estos sectores, propiciando la transparencia de las decisiones que en ellos se adopten y de las prácticas de las empresas que en ellos actúan. La importancia de los informes, de los arbitrajes, de los procedimientos que estas Agencias tramitan está –más que en su relevancia práctica inmediata- en el efecto indirecto sobre la corrección del ejercicio de otras potestades públicas. Pues dotan de transparencia a todo el sistema, alertando a la opinión pública sobre la gestión que se hace de los poderes que ejercen el Estado y las Comunidades Autónomas, en los sectores regulados". Agencias... Pág. 51.

[588] Ya hace tiempo advirtió MUÑOZ MACHADO de la existencia de "mutaciones muy sustanciales en la construcción técnica de las principales instituciones de Derecho administrativo que se han ido formando como respuestas técnicas jurídicas a problemas concretos que, aunque sigan vigentes, están siendo desbordadas por las nuevas formas de entender las relaciones entre el Estado y los ciudadanos". Las concepciones del Derecho... Págs. 533-534.

[589] Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas. Éste es, en mi opinión, el puntuns dolens de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano". Reforma y... Pág. 16.

nido en etapas históricas anteriores, y asume una posición de mayor proximidad respecto al administrado.[590]

Si bien hay quien enjuicia este proceso de forma negativa, en cuanto ve en él un debilitamiento de la Administración, que configura un sector público anémico, que carece de la autoridad y el impulso suficiente para hacer prevalecer el interés público, y se abandona a la satisfacción de los intereses privados.[591]

En cualquier caso, de este nuevo marco de relación Administración-administrado se derivan toda una serie de consecuencias, que han dado un nuevo rostro a nuestro Derecho público.

Por un lado, la persona que entra en relación con la Administración ya no puede ser concebido como un sujeto sometido a un poder que manda, ya no es súbdito, es ahora un sujeto activo de derechos.[592] Prueba de ello es el desplazamiento de la tradicional denominación de éste como administrado, en los que se puede percibir una cierta idea de subordinación, por la expresión políticamente más correcta de ciudadano. Mero artificio verbal en opinión de algunos, carente de toda repercusión práctica,[593] pero dotado, en cualquier caso, de un claro valor expresivo de una notable transformación en la comprensión del papel y sentido de la Administración pública.

---

590 Como señala V. VÁZQUEZ DE PRADA, se trata de conseguir un "acercamiento de la Administración-administrados, descendiendo aquélla de su alto dosel y perdiendo, al menos, sus apariencias de heredera de los antiguos poderes absolutistas". "Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-Administrados", en Documentación Administrativa 186 (abril-junio de 1980). Pág. 174.

591 En tal sentido DEL SAZ CORDERO, que, tras subrayar la debilidad del Derecho administrativo en las relaciones de la Administración con los particulares, señala que el "Derecho administrativo de nuestro tiempo ofrece evidentes pruebas de que el interés privado se superpone al interés público en la regulación sustancial de sus más fundamentales instituciones". Las transformaciones del Derecho... Págs. 68-69.

592 MUÑOZ MACHADO: Tratado de... Pág. 86.

593 En tal sentido, señala PARADA VÁZQUEZ que el "término <<administrado>> era preferible al de ciudadano por ser más preciso y para evitar connotaciones políticas de este término y porque el término <<administrado>> comprende también a los extranjeros que no disfrutan de los mismos derechos políticos que los nacionales". A lo que añade que, el cambio de la expresión administrado por el de ciudadano "es pura retórica, triste bizantinismo, ¡parole, parole!, y que sustituir la expresión de administrado por el de ciudadano para referirse a los que para bien o para mal entran en relación jurídico-administrativa con un Ente público, ni nos lleva muy lejos, ni va a mejorar los servicios públicos o las garantías del ciudadano-administrado". Régimen Jurídico de... Págs. 136-137. De forma más matizada A. EMBID IRUJO considera que no "habría (...) hoy inconveniente en seguir hablando en leyes puramente procedimentales de derechos del administrado, pues el concepto, como tal, no arrastra consigo ninguna desvalorización del sujeto y cubre, sin necesidades de interpretación forzada, a cualesquiera que se relacionen con la Administración Pública". El ciudadano y la Administración. MAP. Madrid, 1994. Pág. 41.

En otro orden de cosas, aunque en la misma dirección, se sitúa el hecho de que se vea cada vez más en ese ciudadano que entra en relación con la Administración un "cliente", al que se debe dar una atención más personalizada y atenta a sus necesidades.[594] Haciendo, de este modo, de la Administración, que constituía una entidad, en cierto modo, cerrada a las demandas individuales de los ciudadanos y grupos en los que éstos se integran, una entidad receptiva, que trata de abrir cauces para conocer y dar satisfacción a esas necesidades.[595]

Con ello, se pasa a un nuevo marco de acción para la Administración Pública, en el que se convierte en un objetivo fundamental la búsqueda de la calidad en la gestión administrativa.[596] Elemento más que significativo de una Administración que quiere orientarse, más que nunca, al servicio al ciudadano.

Si bien, obviamente, ni esa idea de "calidad" que opera en el sector público puede equipararse sin más a la que rige en el sector privado,[597] ni el ciudadano puede ser nunca, en sentido estricto, un simple cliente como el de las empresas privadas.[598]

---

[594] En tal sentido, señalan J. SUBIRATS y R. GOMA, que hoy "parece abrirse paso como nuevo concepto interpretativo de las relaciones individuo y Estado, o entre individuo y administraciones públicas, el término de cliente que pretende reforzar la binariedad de una relación que, desde las transformaciones de la segunda posguerra y la generalización del intervensionismo estatal y de los derechos sociales, configuraba al Estado como una fuente de protección y servicios, pero poco propicios a diferenciaciones o tratamientos individualizados de situaciones previamente estandarizadas". "Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades", en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?. Izquierda Unida. Madrid, 1993. Págs. 69-70.

[595] SEGARRA ORTIZ: Los servicios públicos... Pág. 13. Señalan SUBIRATS; GOMA que la consideración del usuario como cliente implica "una relación más activa, co-productiva, entre representantes de la administración y de sus políticas y ciudadano afectado o beneficiado por las mismas". Gestión pública y... Págs. 69-70.

[596] SEGARRA ORTIZ: Los servicios públicos... Pág. 14.

[597] Véase al respecto las consideraciones de MARTÍN MATEO, R., en Gestión y Evaluación de la Calidad en los servicios públicos. MAP. Madrid, 1996. Págs. 38 y sigs.

[598] Señala F. SAINZ MORENO, que los "ciudadanos no son clientes de una empresa, sino titulares de facultades, derechos y deberes públicos". "Sólo en sentido figurado, puede decirse, como con frecuencia se hace, que los ciudadanos deben ser tratados como clientes de la Administración Pública. Esa imagen tenía más sentido cuando un importante sector de la actividad económica era gestionado por la Administración. Ello se hacía con la intención de mejorar el trato recibido por los ciudadanos al equipararlos con la situación de los clientes de las empresas privadas que si no están satisfechos de las prestaciones que reciben pueden cambiar de empresa. Hoy, sin embargo, esa similitud entre una y otra situación no debe crear equívocos. El ciudadano tiene derechos, deberes y facultades determinados por las normas que regulan la actividad administrativa y no por las reglas de mercado, incluso en aquellos supuestos en los que puede optar por un servicio público o por una entidad privada". "El valor de la Administración pública en la sociedad actual", en Estudios para la reforma de la Administración Pública. INAP. Madrid, 2004. Págs. 109-110.

De este nuevo marco de relaciones también se deriva un fenómeno muy relevante, tanto desde el punto de vista práctico, como teórico, en cuanto viene a modificar de forma relevante toda una serie de teorías y estructuras jurídicas básicas:[599] el notable y creciente peso que están adquiriendo las fórmulas de participación del administrado en las tareas públicas.

Aunque el término participación es muy ambiguo y de difícil precisión, designa un movimiento o tendencia que, por más que aglutine concepciones muy diferentes y técnicas muy diversas, esta claramente identificado en sus líneas esenciales,[600] que son las que a nosotros nos interesan aquí.

Cuando hablamos de tal nos estamos refiriendo a los fenómenos de participación distintos de la participación política, que el ciudadano realiza no en cuanto titular de intereses particulares propios, sino como miembro de una comunidad, en defensa de intereses de carácter colectivo.[601]

La eclosión de la participación se ha producido de forma relativamente reciente,[602] en un movimiento que tiene sus orígenes a finales de los años sesenta, fruto de las transformaciones que experimenta en dicho momento la cultura política occidental, si bien su plasmación normativa, tanto a nivel legal como constitucional, se consolida durante los años setenta.[603]

En esencia es el resultado de una cierta crisis y perdida de credibilidad de los mecanismos representativos y de las estructuras políticas tradicionales, que

[599] Señala T. FONT I LLOVET, que "el dato de la participación no es irrelevante, sino todo lo contrario, para la construcción, o reconstrucción, de los conceptos dogmáticos y de las instituciones que constituyen un determinado sistema jurídico, viéndose oportuno, y a veces necesario, revisar muchos de tales conceptos desde la nueva perspectiva de la participación". "Algunas funciones de la idea de participación", en Revista Española de Derecho Administrativo 45, enero-marzo de 1985. Pág. 52.

[600] SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: Fundamentos de Derecho Administrativo I. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988. Pág. 248.

[601] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La participación del administrado en las funciones administrativas", en Homenaje a Segismundo Royo-Villanova. Editorial Moneda y Crédito. Madrid, 1977. Pág. 305.

[602] Señalan M. A. BRUNO DOS SANTOS; P. M. FERNÁNDEZ LAMELA; M. A. LÓPEZ OLVERA, que poco "interés tenía en otros tiempos la participación de las personas en la toma de decisiones por parte del Gobierno. La idea de soberanía del Estado y la representatividad, en manos únicamente de los poderes públicos, fue el sendero que tornó por mucho tiempo inaccesible a la ciudadanía tanto la participación en la toma de decisiones como el acceso a la información pública". "La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al Decreto 1172/03", en Rap nº 315. Págs. 91 y sigs.

[603] PRATS I CATALA, S.: "La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local", en Documentación Administrativa 199 (octubre-diciembre de 1983). Págs. 529-530.

generan en el ciudadano una cierta desconfianza acerca de la bondad de su funcionamiento.[604]

De aquí se deriva un déficit de legitimidad para la acción pública, que ya no puede encontrar fundamento únicamente en un principio representativo que se percibe como algo excesivamente irreal, y que suscita fuertes suspicacias. Requiere, por ello, también de una legitimación adicional que proporcionan los mecanismos de participación directa de la ciudadanía.[605]

Bien entendido que se trata de una legitimación de carácter complementario, que no viene a sustituir a los mecanismos de representación política tradicionales, que se siguen, obviamente, considerando imprescindibles.[606] En otras palabras, se entiende que la tradicional democracia representativa es condición necesaria, pero no suficiente para la legitimación del poder.[607]

Los administrados, singularmente o a través de los grupos en los que se integran, aspiran ahora a una mayor implicación en la toma de decisiones y desarrollo de las funciones públicas. De tal forma que su papel no puede quedar ya reducido a la simple emisión del voto en unas elecciones. Ahora se quiere tomar parte activa en dichos procesos.[608] Lo que conduce a que su

[604] SANTAMARÍA PASTOR: Fundamentos de... Pág. 247. Señala PAREJO ALFONSO que la participación ciudadana "se explica y encuentra su causa principal en el proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complicados e intrincados problemas sociales y comunitarios". El concepto de... Pág. 178.

[605] MUÑOZ MACHADO: Tratado de... Pág. 88. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Reforma y... Pág. 16. Como señala J. DANÓS ORDÓÑEZ, lo "que con la participación ciudadana en la administración se pretende es proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una administración tradicional, cerrada, separada de la sociedad, para superar dicha segregación entre Estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas". "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas del Perú", en Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política. Coordinadores: D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olvera. Pág. 141.

[606] DÍAZ DE LIAÑO Y ARGÜELLES, F.: "Poder municipal y democracia", en Documentación Administrativa 183 (julio-septiembre de 1979). Pág. 47. MUÑOZ MACHADO: Las concepciones del Derecho... Pág. 532.

[607] PRATS I CATALA: La participación y... Pág. 530.

[608] PAREJO ALFONSO: El concepto de... Pág. 140. PRATS I CATALA: La participación y... Pág. 530. MUÑOZ MACHADO: Las concepciones del Derecho... Pág. 531. Como señala E. ROJAS FRANCO, participación "ciudadana significa, no tomar una posición pasiva, sino activa en las diferentes funciones que tiene a su cargo el Estado". "Participación ciudadana en el Derecho administrativo costarricense", en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo 5 (2005). Pág. 124.

contribución a la vida pública se prolongue más allá del sistema electoral, alcanzando también al ámbito de lo administrativo, en cuyas estructuras se inserta para hacer oír su voz.[609]

Con ello, el ciudadano, titular originario de la soberanía, ya no renuncia a ella totalmente, sino que retiene una parte de la misma.[610] Al elegir a sus representantes políticos ya no les está dotando de un mandato incondicionado, por el que se entregue ciegamente a su gestión, sino que mantiene parcialmente activos sus poderes políticos ciudadanos, para cooperar y controlar más estrechamente el desarrollo de las tareas públicas.

Esta acción participativa de la ciudadanía no viene a eliminar tampoco, ni mucho menos, al aparato burocrático tradicional, sino más bien a reforzar los mecanismos de control de su acción.[611]

Nótese que esta colaboración de los ciudadanos y los grupos en los que se incluyen no es una mera actuación en defensa de sus intereses particulares, sino que viene a defender los intereses colectivos de la Comunidad en la que viven.[612] Éste es el punto clave desde el que la idea de participación cobra cuerpo, en cuanto pone de manifiesto la constatación de la insuficiencia del concepto tradicional de interés público como interés superior y distinto al de los administrados.

Se descubre ahora que la heterogeneidad del tejido social, en que conviven grupos muy diversos, con intereses también muy diversos, genera la existencia de una pluralidad de intereses públicos, en ocasiones contradictorios entre sí, que pone de manifiesto que la identificación de un pretendido interés público, único y general no es más que un concepto mistificante.[613]

Partiendo de estos presupuestos, pocas dudas caben de que, como ya puso de manifiesto NIETO hace tiempo, "los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de pleno al Derecho administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que

[609] SANTAMARÍA PASTOR: Fundamentos de... Pág. 247.
[610] MUÑOZ MACHADO: Tratado de... Pág. 88.
[611] Como señala M. SÁNCHEZ MORÓN, "una verdadera estrategia participativa de signo democrático debe dirigirse no hacia una aniquilación del aparato administrativo, sino a profundizar en los medios y formas de control efectivo del mismo". "El principio de participación en la Constitución Europea", en Revista de Administración Pública 89, mayo-agosto de 1979. Pág. 200.
[612] MUÑOZ MACHADO: Las concepciones del Derecho... Pág. 532.
[613] SÁNCHEZ MORÓN: La participación del... Págs. 130-132.

también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupo concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde una perspectiva colectiva (cada vecino tiene, naturalmente, interés individual en contar con una zona verde o escuela para disfrutar de ella personalmente, y lo mismo sucede con el consumidor a la hora de comprar una botella de leche, pero es claro que la defensa natural de ese interés colectivo no puede hacerse desde la vertiente individual: ¿es que va a pleitear un usuario cada vez que se le interrumpe el suministro de luz?".[614]

Esto supone una transformación notable de los postulados en los que se basaba el Derecho administrativo tradicional, pues supone negar a la Administración pública el monopolio para la definición del interés público.[615] Debiendo ahora entrar en un proceso de intercomunicación con los ciudadanos para su concreción.[616]

A fundamentar este planteamiento coadyuva también la desmitificación de la Administración pública como ciego servidor del interés público. Como vimos en su momento, ya no es admisible la consideración del funcionario público como un sujeto desinteresado que actúa siempre al servicio de la utilidad pública, sino que se toma constancia de que los empleados públicos también poseen sus propios intereses egoístas, que condicionan la acción pública, haciendo que en ocasiones se desvíe de sus verdaderos objetivos.

La participación en este contexto se convierte en una vía para corregir esas posibles desviaciones, en cuanto va a permitir a los ciudadanos y los grupos en que se integran hacer valer sus propias opiniones acerca de la dirección, objetivos y medios que debe revestir la acción pública. Decisión que ya no va a quedar exclusivamente en manos de los burócratas y los grandes grupos de presión. El desarrollo de las políticas públicas deja, con ello, de ser un oscuro proceso, fruto de la acción oculta de una burocracia inspirada por intereses soterrados y desconocidos; para convertirse en el resultado de una acción transparente, que tenga en cuenta las diferentes concepciones e intereses existentes en la Sociedad. Contribuyendo, con ello, a dotar de una mayor objetividad a la actividad administrativa.[617]

---

614 NIETO: La vocación de... Págs. 896-897.

615 PAREJO ALFONSO: El concepto de... Pág. 148. MUÑOZ MACHADO: Las concepciones del Derecho... Pág. 531.

616 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Reforma y... Pág. 18.

617 Señala al respecto PRATS I CATALA, que la "participación (...) constituye un factor compensatorio de las desviaciones que los partidos, la burocracia y los grupos de presión pueden introducir en el interés general, representa un instrumento y garantía de la objetividad de la

Y lo que es incluso más importante, en cuanto facilita una gestión de los asuntos públicos receptiva a todos los intereses y necesidades de los individuos y grupos que integran el sustrato social, la participación se convierte en instrumento imprescindible para la democracia.[618] Lo que permite afirmar a DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y NEVADO-BATALLA MORENO, que "su implantación y desarrollo positivo en cauces específicos es una manifestación del nivel de democratización de la sociedad/Administración".[619]

La participación es, además, un instrumento que viene a otorgar una mayor transparencia al actuar público, pues difícilmente puede darse una sin la otra, ya que estar informado es un presupuesto previo para poder participar.[620]

Téngase en cuenta, no obstante, que la participación no es tampoco un dechado de virtudes, de la que no pueda derivarse ningún inconveniente. Hay también efectos negativos en ella, que provocan que una parte de la doctrina cuestione el acierto de la enorme difusión que se le está dando en el momento presente.[621]

Siguiendo a DANÓS ORDÓÑEZ podemos sistematizar en torno a tres grandes puntos estas desventajas: "a) los funcionarios pueden verse tentados de instrumentar las posiciones de grupos sociales para escabullir la adopción de decisiones y no asumir sus responsabilidades; b) la exageración de las

Administración". A lo que añade que la participación "asegura que la definición concreta del interés público que ésta realiza se hace teniendo en cuenta todos los intereses afectados, y no sólo los de quienes por hallarse en una posición social hegemónica pueden actuar como verdaderos grupos de presión". La participación y... Pág. 537.

618 PALLARES MORENO, R.: "La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural", en Documentación Administrativa 194 (abril-junio de 1982). Pág. 127. Señala M. R. BRITO que el "principio de participación puede ser estimado regla de derecho inherente al Estado Social Democrático de Derecho –por cuanto postula la inserción- acceso de personas e instituciones públicas y privadas concurrentes en el bien común". "El principio de participación en el Derecho Administrativo Uruguayo", en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo 5 (2005). Pág. 43.

619 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.; NEVADO-BATALLA MORENO, P.: "Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo". Pág. 368.

620 SÁNCHEZ MORÓN: El principio de... Pág. 201.

621 En tal sentido J. C. CASSAGNE, que destaca que "los inconvenientes que surgen a partir de su implantación conducen a preguntarnos si estas ventajas justifican el desmesurado desarrollo que, a impulsos de la moda jurídica, viene propugnando el derecho positivo". "La partipación pública en el control de los servicios públicos: derechos individuales y colectivos: la participación de las asociaciones defensoras de los usuarios, el procedimiento de audiencias públicas, y las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa", en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo 5 (2005). Pág. 196.

prácticas de la participación puede perjudicar la eficacia de la actuación administrativa si los procedimientos se complican innecesariamente o se agudizan los conflictos entre grupos sociales; c) puede suceder que ante la mayor o menor capacidad de influencia y presión de determinados sectores sociales activos y organizados de la población (grandes organizaciones económicas, sindicales y profesionales), se generen distorsiones que desvíen a la administración de la recta ponderación del interés general".[622]

Por último, esta nueva manera de entender las relaciones entre Administración y administrado, lleva también al desmoronamiento de la vieja imagen autoritaria que antes era inherente a la primera. La Administración pública ya no es sólo, aunque siga siéndolo en parte, un poder que manda, que se impone unilateralmente a los ciudadanos. Ahora, cada vez más, tiende a sustituir estos métodos de actuación por fórmulas de colaboración y de actuación concertada.[623]

Se impone, de esta manera, una concepción diferente respecto al papel de la Administración, que ya no es un poder ciego e insensible que esté frente a los ciudadanos, sino un servidor público que trata de obtener en la medida de lo posible la colaboración de éstos.[624]

Si bien esa mutación ha sido, también, enjuiciada de forma critica por una parte de la doctrina, que ve en ella un símbolo de debilidad de una Administración que debe ahora, privada de su autoridad, negociar como cualquier sujeto privado.[625]

[622] DANÓS ORDÓÑEZ: La participación... Pág. 142.

[623] MUÑOZ MACHADO: Tratado de... Págs. 86-87.

[624] En tal sentido, señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o médidas que impliquen la colaboración de la Sociedad". Reforma y... Pág. 18.

[625] En tal sentido DEL SAZ CORDERO, que señala que, "en este contexto de debilidad general del Derecho administrativo no es de extrañar que se prefiera sustituir la técnica unilateral, la decisión ejecutoria por el acuerdo de voluntades". "En definitiva, hoy, como a cualquier particular, también a la Administración se la obliga a sentarse a negociar". Las transformaciones del Derecho... Págs. 69-71.

VIII.
EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACION CENTROAMERICANA

1. Introducción

El Derecho administrativo y la idea de Administración pública son dos elementos extremadamente variables, entre otros motivos, por la mutabilidad del contexto histórico en el que están llamados a operar. Diagnóstico inapelable, pues la Historia prueba que la idea de Administración pública ha sido objeto de drásticas transformaciones para adaptarse al momento histórico en el que estaba llamada a operar.

No podía ser menos: si la Administración Pública y el Derecho Administrativo se implican recíprocamente y si, como recuerda FORSTHOFF, "cada época de la historia de los Estados produce un tipo de Administración caracterizada por sus fines peculiares y por los medios de que se sirve",[626] esa conformación histórica de la Administración condiciona también el perfil de esa sumisión al Derecho que va a dar pie, a partir de un momento histórico (el siglo XVIII), a nuestra disciplina.

Si por una parte el Derecho Administrativo, como todo fenómeno jurídico, pero quizá de manera característica, no es una mera construcción lógica,

[626] FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo,* trad. esp. Madrid: IEP, 1958, p. 35.

sino también un producto de la historia,[627] de la cultura; la Administración pública está conformada por instituciones organizativas que están al servicio de los ciudadanos, circunscrita por la normativa jurídica de cada momento.

Es esa historicidad y consiguiente relatividad del Derecho Administrativo (al tiempo, producto y factor coadyuvante de la evolución de las organizaciones Políticas) es la que explica, además de su auténtico significado, la dificultosa construcción de su concepto y ese incesante fluir de teorías formuladas al hilo de las vicisitudes históricas de su desarrollo.

Ante esa continua sucesión de teorías, nos tienta de inmediato la idea de esa reedición del mito de Sísifo que evocan las palabras de JEAN RIVERO: "Los especialistas del Derecho Administrativo merecen cierta compasión; tan pronto creen haber comenzado a construir, sobre el edificio coherente con el que suenan, el suelo se manifiesta inestable, incapaz de soportar una gran arquitectura. No les queda más remedio que reemprender la búsqueda".

En esa evolución de la Administración pública y mutación conceptual de la definición del Derecho Administrativo, pueden distinguirse tres etapas fundamentales: Estado Patrimonial, Estado Policía, y Estado de Derecho.[628]

Esta es una tipología, establecida por la Escuela alemana de Derecho público a partir de LABAND (Patrimonial Staat, Polizeistaat, Rechtstaat)[629] y que, en general, podría extrapolarse a la Europa continental, y a América Latina.

Sin embargo, en la actualidad, ya no se concibe al Derecho Administrativo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional, con poder o de autoridad, y con vocación "ejecutiva".

Los tiempos actuales, Administración pública y el Derecho que la rige han sufrido importantes evoluciones y transformaciones que han modificado en

[627] VILLAR PALASI. José Luis. *Derecho Administrativo.* Introducción v teoría de las normas, Madrid: Universidad de Madrid.1968, p. 91-92.

[628] ENTRENA CUESTA, considera que la doctrina, en su búsqueda de una noción de Administración pública, ha seguido una trayectoria circular. Pues toma como punto de partida nociones subjetivas, pasando de ellas a definiciones de tipo objetivo, para acabar desembocando de nuevo en definiciones de corte orgánico o subjetivo. ENTRENA CUESTA, Rafael. El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles. Revista de administración pública, Nº 32, 1960. Pág. 58.

[629] Esta división propone MAYER, Otto. *Deutches Verwaltunqsrechts.* 8a ed. Berlin. 1923; FLEINER, *Institutionen des Deutcheu Verwaltunqsrechts,* 8a ed.,Tubingen,1928; y FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo,* trad. esp., Madrid, IEP.1958.

muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad.[630]

Estas modificaciones muy heterogéneas, casi siempre polémicas y discutidas, encuentran, sin embargo, como nexo común, la búsqueda de un mismo objetivo que en líneas generales no parece muy discutido, si bien sí que lo son las formas y medios para llevarlo a cabo. Esa finalidad no parece ser otra que la modernización de la Administración, superando el viejo modelo burocrático, para lograr así una mejor satisfacción de las necesidades que la Sociedad plantea a ésta.[631]

JAVIER BARNES, explica que "la expansividad –por no decir- gran explosión que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas.

Así, la globalización e internacionalización de la acción administrativa, la corresponsabilidad del sector privado en numerosas tareas, o el singular protagonismo de no pocas Administraciones –como organismos reguladores independientes y las agencias independientes –en la realización de políticas públicas de notable impacto, no son sino una muestra de ello.

Por su parte, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, escribe: "La ciencia del Derecho Administrativo constituye una ciencia orientada a la práctica, a la acción, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que aspira a dirigir a los distintos actores intervinientes que busca evidenciar y facilitar a todos los sujetos la aspiración a la efectividad y a la eficacia –a la consecución de los resultados que se propone- que es inherente al Derecho". No persigue como ya notábamos, postular continuos "cambios de paradigma". Las reflexiones teóricas han de tener siempre y en todo caso su traduc-

630 Apunta MUÑOZ MACHADO que, afirmar "que el Derecho Administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad. Por supuesto muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen. Pero los cambios han sido intensos". MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público.* IUSTEL. Madrid, España. Pág. 82.

631 SEGARRA ORTIZ, considera que "las coincidencias en los discursos modernizadores sobre la reforma del Estado y las administraciones públicas se deben fundamentalmente, a que comparten similares claves de diagnóstico en cuanto a aquello que se pretende superar: el modelo clásico-burocrático de organización de las administraciones y de los servicios públicos. Es decir, los distintos fenómenos reformadores parecen intentar alumbrar, independientemente de quien los formule, un nuevo modelo de gestión pública o, dicho de otro modo, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y sobre cómo ha de materializarse ésta". SEGARRA ORTIZ, Miguel Vicente. *"Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo"*, en Revista Española de Derecho de la Unión Europea 7 (2004). Pág. 12.

ción y reflejo en el Derecho Administrativo vivo, en el Derecho que se aplica. Ello exige, desde luego, que el debate científico sobre la reforma del Derecho Administrativo se mantenga dentro de las coordenadas de lo normativo, que no escape del mundo del Derecho. A tal fin, el estudio ha de estar atado en primer término a los datos que nos vienen dados de la Constitución y del Derecho Administrativo especial."[632]

Advirtamos que en la búsqueda de un concepto de Administración pública, autores como Forsthoff en Alemania o Wade en el Reino Unido, renunciaron a definir la Administración pública justificando que sólo era posible su descripción o bien subrayaron que cualquier intento de definir científicamente el objeto de este estudio conduce a resultados discutibles.

En términos muy parecidos y refiriéndose ya a la Administración pública europea también hay autores que han opinado que ésta no se puede entender, ni se deja describir, en clave jerárquica, puesto que consiste en un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y comunitaria que trabajan en común; o, más sencillamente, que se trata de un concepto cambiante, de geometría variable, en relación a las diversas finalidades emanadas del ordenamiento comunitario; y, en fin, el mismo Schwarze concluyó que una «explicación exhaustiva y global de la posición de administración europea es casi imposible».[633]

Por esta razón, no son muy numerosos las obras dedicadas al Derecho administrativo europeo que aborden este concepto o, dicho en otros términos, que se ocupen de su objeto: la Administración pública, sino que más bien se dedican a analizar sus principales manifestaciones (funciones) tales como los principios generales, las fuentes, el procedimiento administrativo, contratos administrativo, etc.

En este artículo se aborda las mutaciones que ha sufrido el objeto del Derecho Administrativo: la Administración pública; y, voy a tratar de definir lo que entiendo por Administración pública europea; y, Administración publica centroamericana, a través de las normas, ya sean originarias y derivadas, y los pronunciamientos jurisprudenciales en Europa y Centroamérica.

---

[632] SCHMIDT-ASSMANN Eberhard. *"Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo"*. En "Innovación y reforma en el Derecho Administrativo". Editor a Javier Barnes. Segunda Edición. INAP. España: Global Law press. 2012. Pág. 83.

[633] 13 Vid., entre otros, AUBY, JEAN Bernard y DUTHEIL de la Rochère, Jacqueline, Droit administratif européen, Bruylant, Brussels, 2007; DELLA Cananea, V., Diritto administrativo europeo. Principi e istituti, GIUFFRÈ, Milano, 2008 y VETRO, Francesco y Saverio Sticchi Damiani, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, G. Giappicheli editore, 2010,

2. Admiistracion pública en el administrativo comunitario

Los fundadores de las Comunidades Europeas no previeron la existencia de una Administración pública europea.[634] Crearon una organización sencilla y poco burocrática concibiendo la Administración de las Comunidades como un aparato que debía necesariamente actuar a través de las Administraciones nacionales o, dicho en términos que ha utilizado la Comisión, los Estados miembros debían ser los ejecutores «naturales» del Derecho comunitario.[635]

Establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían –bien sobre la base de la normativa comunitaria o fundándose en las normas nacionales que integran y hacen ejecutivo el Derecho comunitario y, sobre todo, la transposición de las directivas comunitarias– de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros los encargados de la ejecución del Derecho comunitario.[636]

Los principales ámbitos de aplicación de este principio serían, en un primer momento, la política agrícola y la política aduanera común.

Se estableció el principio de autonomía institucional de los Estados miembros que significaba la indiferencia del Derecho comunitario respecto a la forma de organizarse los Estados miembros, lo que permitió que ante la diversidad de Administraciones públicas nacionales cada Estado miembro estableciera un concepto y una realidad de lo que era su Administración pública.

---

634 Según el análisis de A. CALONGE VELASQUEZ, "El tratado de Administración pública en la Unión Europea de 1957, en su versión original, sólo contiene el término administración pública –y no por casualidad-en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales". *El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria*", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 15.

635 La doctrina administrativista de los países fundadores-ha expuesto ORTEGA ALVAREZ-no se percibió, ni en los años sesenta y setenta, de que hay una derecho administrativo europeo o que éste es una parte del derecho interno que debe de ser estudiado". ORTEGA ALVAREZ, Luis, "Prologo", NIETO GARRIDO, EVA Y MARTÍN DELGADO, ISACC, Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa, Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág.11

636 Como explicara en su día Jean Monnet, la Administración de las primeras Comunidades Europeas no estaban llamadas a ser una Administración Clásica, sino que se ideó como una Administración privada de la mayor parte del poder ejecutivo directo. J. Monnet, Mémoires, Arthéme Fayard, París, 1976, p. 436, citado por A.J, GIL Ibañez, "La relación jurídica entre las Administraciones europeas y nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del derecho comunitario". En E. ALVAREZ CONDE, Administraciones públicas y constitución, INAP, Madrid, 1998, pp. 1105-1127.

A ello hay que añadir, además, que el entramado institucional comunitario que se configuró no respondía al clásico principio de división de poderes, sino al de compartidos y, por tanto, no existe diferenciado y separado de los demás un poder ejecutivo en el que se pudiera residenciar la función administrativa.

La Comisión era la institución más próxima a la idea de ejecución y, por ello, la que contaba con funciones ejecutivas y administrativas, pero no en exclusividad.[637]

Son, pues, factores intrínsecos propios del ordenamiento comunitario los que hicieron innecesaria la existencia de una Administración pública europea.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957, en su versión original, contiene el término administración pública –y no por casualidad– en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales. En efecto, los artículos 48.4 y 49.a) dedicados a la libre circulación de trabajadores y el artículo 54.3.b) que se encuentra entre las disposiciones dedicados al derecho de establecimiento son los únicos preceptos del TCEE que incluirán este término, pero sin ofrecer, por supuesto, concepto alguno, lo que es lógico si tenemos presente la extrema diversificación de las Administraciones nacionales en el momento de creación de las Comunidades.

El concepto de Administración pública comunitaria ha sido, sobre todo, fruto de una laboriosa creación jurisprudencial. El Tribunal de Luxemburgo en una labor pretoriana ha ofrecido un concepto de Administración pública interpretando los preceptos citados del TCEE, aunque refiriéndose –insistimos– a las Administraciones nacionales.[638]

[637] El juez PESCATORE, PIERRE, no definió la estructura constitucional cuatripartita o el cuapartidismo comunitario, de la manera siguiente: " el polo interestatal representado por el Consejo; la reperesentación de intereses comunes por la Comisión, verdadero ejecutivo comunitario; la presentación de las fuerzas populares en el seno del Parlamento; la materialización de los valores jurídicos por el Tribunal de Justicia". "Le exucutif communauitaire". Cahiers de droit européen, 1978. Pp. 387 y ss.

[638] Sin duda, el primer precepto que hubo de interpretar el TJCE fue el famoso artículo 48.4 TCEE que exime del campo de aplicación de la libre circulación de los trabajadores a «los empleos en la administración pública». La Corte de Luxemburgo en el asunto Comisión c. Reino de Bélgica de 1980 afirmó que «esta disposición sitúa fuera del campo de aplicación de los tres primeros apartados de este mismo artículo un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas. Tales empleos suponen en efecto, por parte de sus titulares,

El avance en el proceso de integración europeo ha supuesto, entre otras muchas cosas, que los factores intrínsecos que habían propiciado que los Tratados fundacionales no contemplaran una Administración pública europea fueran matizándose cuando no desapareciendo.

El principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario fue perdiendo la fuerza que tenía en los inicios de las Comunidades Europeas por la necesidad surgida según se iban superando las fases de la integración. La misma lógica del proceso ha exigido cada vez con mayor fuerza que el Derecho comunitario y sus políticas sean ejecutadas por su propia estructura orgánica y así, por ejemplo, el TCEE recogió de manera expresa, menoscabando el principio señalado, la atribución de la política de la competencia a la Comisión.

A partir de este momento, las políticas de competencia o de industria, entre otras, ya no serán ejecutadas por las Administraciones nacionales de los Estados miembros, sino por la propia Comisión Europea y sus servicios en un ejercicio de ejecución directa del Derecho emanado de las Comunidades Europeas, apareciendo así una Administración pública europea como un complejo orgánico que se ocupará de la ejecución de las normas y políticas que se atribuyan directamente a la Comunidad.

En esencia, de aplicación indirecta en la ejecución del Derecho comunitario es sólo el sistema organizativo, que por lo general permanece incardinado en el sistema nacional, mientras el Derecho comunitario funcionaliza progresivamente la actividad de toda administración pública nacional hasta el punto de que se habla de una Administración común europea.

---

la existencia de una relación particular de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del lazo de nacionalidad».

Como se observa, el Tribunal no intenta ofrecer una noción general de administración pública, sino que se limita a dar significado y alcance a la derogación que alcanza a la libre circulación de trabajadores para impedir que cada Estado miembro interprete el término Administración pública y la normativa nacional obstaculice la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores, esto es, no se refiere propiamente al concepto de Administración público, sino que de lo que está hablando es de acceso a la función pública nacional. El enfoque del juez comunitario se funda en una separación entre la calificación de Administración pública dada por el Derecho de cada Estado y la que debe retener el Derecho comunitario para que la excepción a la libre circulación tenga el mismo alcance en todos los sistemas nacionales y la libre circulación sea correctamente aplicada.

El Tribunal ofrece así un concepto de Administración pública en sentido propio y funcional, ya que, por un lado, trata de interpretar el término de Administración pública de los Estados miembros para el Derecho comunitario y, de otro, a la hora de determinar esos empleos de la Administración pública en los que no rige el derecho a la libre circulación se refiere a aquellos que comporten una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas.

De esta forma la Administración pública europea irá apareciendo de manera progresiva al compás de la evolución de las Comunidades Europeas. Surgirá, pues, una Administración directa propia formada, además de por la Comisión, por los muchos organismos centrales y los organismos indirectos especialmente las agencias europeas encargados de la ejecución del Derecho comunitario.

2.1 Administración central comunitaria

Bajo el término Administración central comunitaria[639] situamos, por un lado, a las instituciones que conforman el poder ejecutivo de la Unión Europea y, por otro, los órganos y organismos creados por el Derecho derivado para la realización de actividades administrativas encomendadas de manera directa a la Unión Europea.

A la cabeza de esta Administración pública, pero sin que se entienda en clave jerárquica, se sitúan las instituciones dotadas de poder ejecutivo, esto es, la Comisión y el Consejo. Además, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ambas instituciones, y por lo que al poder ejecutivo hace referencia, deben situarse en el mismo plano, ya que la Comisión ha resultado reforzada pues ahora no recibe el poder ejecutivo por delegación, sino que le corresponde originariamente, salvo en los supuestos específicos debidamente justificados y en los previstos en el artículo 291 TFUE, que corresponde al Consejo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24 y 26 TUE.

La Comisión, desde el punto de vista de poder administrativo de la Unión Europea, está integrada por tres niveles jerárquicos: las Direcciones Generales[640] (DG) y los Servicios asimilados;[641] las Direcciones y las Unidades y Servicios especializados.

[639] FUENTETAJA PASTOR, define a la Administración pública europea como "función de ejecución del Derecho Europeo llevada a cabo por las Instituciones (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas) que forman parte del poder público europeo". FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 2ª Ed., Colex, Madrid, 2005. Pág. 258. Véase también: Moreno Molina, José Antonio. "*El derecho comunitario como impulso de la formación de un derecho Administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración pública*. Noticias de la Unión europea. Número, 169, 1999.

[640] Las Direcciones Generales se ocupan de un área concreta y está dirigida por un Director General, que es responsable ante uno de los Comisarios. Su existencia responde a criterios materiales, siendo responsables cada una de una política determinada. Las DG son las que conciben y elaboran las propuestas legislativas de la Comisión.

[641] Los Servicios asimilados son órganos administrativos de funciones más generales o que afectan a la Comisión en su conjunto. Son, «una especie de cajón de sastre donde se incluyen un heterogéneo conjunto de entidades administrativas de orígenes y naturaleza diferentes».

En la actualidad son 42 las Direcciones generales y Servicios asimilados que existen. Las Direcciones Generales y los Servicios asimilados, en principio, están divididos en Direcciones y éstas, a su vez, en Unidades que son la estructura administrativa básica. Además, para responder a realidades concretas, el Presidente podrá crear funciones y estructuras específicas encargadas de cometidos precisos y determinará sus atribuciones y modalidades de funcionamiento.[642]

Puede afirmarse, pues, que la estructura administrativa de la Comisión responde a un modelo piramidal jerarquizado.

Muchas de las actividades de carácter jurídico, técnico o científico asumidas por la Unión Europea, y con la finalidad, por una parte de no aumentar la burocracia comunitaria y, por otra, de llevar a cabo una descentralización geográfica, se han encomendado a Agencias europeas que constituyen órganos públicos autónomos en la estructura administrativa de la Unión o, dicho en otros términos, que conforman la Administración institucional de la Unión.

Debido a su heterogeneidad y a sus regímenes jurídicos las podemos agrupar en las categorías siguientes, siguiendo a Jesús Angel Fuentetaja Pastor:

a) Agencias reguladoras. Se caracterizarían, de una parte, porque sus funciones se encaminan directamente a la operatividad de determinados ámbitos del mercado interior y, de otra, porque pueden adoptar decisiones individuales que producen efectos jurídicos vinculantes para terceros.

b) Agencias de asistencia científica y técnica. Recopilan datos y preparan información de carácter técnico y científico en sus respectivos ámbitos específicos de actuación (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesión). Pueden servir como medios de coordinación y cooperación entre órganos nacionales y supra- nacionales, así como implicar a representantes de los sectores afectados.

c) Agencias de gestión, que son aquellas que desempeñan tareas administrativas, bien para ayudar a la gestión ordinaria de otras Agencias en cometidos específicos, bien para la ejecución de programas comunitarios.

d) Agencias europeas que actúan en el seno de las políticas intergubernamentales de la Unión Europea.

[642] Artículo 21 y 22 del Reglamento interno de la Comisión, aprobado por Decisión de la Comisión, 2010/138/UE-Euratom, de 24 de febrero de 2010 (DO L 55, de 5 de marzo de 2010.

Por su parte, la web oficial de la Unión Europea las clasifica en tres categorías:

- Agencias y organismos reguladores
- Agencias y organismos del Euratom
- Agencias ejecutivas.

Las primeras son órganos especializados y descentralizados en apoyo de los Estados miembros y de los ciudadanos entre las que se encuentran: – las agencias sectoriales, que son organismos de Derecho público, con personalidad jurídica propia y establecidas por disposiciones de Derecho derivado para llevar a cabo tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión.

- las Agencias de Política Común de Seguridad y Defensa, que desempeñan tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión en estas materias y que son la Agencia Europea de Defensa (EDA), el Centro de Satélites de la Unión Europea (EUSC) y el Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea (ISS).
- las Agencias de cooperación policial y judicial en materia penal, que ayudan a los Estados miembros a luchar contra la delincuencia organizada internacional y que son la Escuela Europea de Policía (CEPOL), la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST).

Las Agencias y organismos Euratom son creadas, como fácilmente se puede deducir, para apoyar los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estas agencias son: la Agencia de Abastecimiento de Euratom (ESA) y la Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión (Fusion for Energy).

Las Agencias ejecutivas, que con un criterio más acertado, las incluye entre las unidades administrativas descentralizadas de la Comisión junto con las Oficinas Europeas, las Oficinas de Representación y el Servicio Exterior, son organizaciones creadas de conformidad con el Reglamento del Consejo 58/2003, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios (DO L 11, de 16 de enero de 2003), para encomendarles determinadas tareas relacionadas con la gestión de uno o más programas para un período o tiempo concreto.[643]

[643] Sobre estas agencias, vid, FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. "*Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea*, RDUE, número 6, 2004, pp. 123-159.

El Tratado de Lisboa aporta, al menos, tres novedades que merecen ser destacadas. En primer término, la nueva competencia de la Unión Europea para llevar acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la cooperación administrativa. En segundo lugar, las nuevas normas que presiden la Administración directa de la Unión y, singularmente el artículo 298 TFUE. Y, por último, el reconocimiento de las normas sobre ciudadanía administrativa que forman parte de la Carta Europea de Derecho Fundamentales y consagradas, por tanto, a nivel de Derecho originario.[644]

Por primera vez un Tratado de la Unión Europea hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

2.2 Concepto de Administración pública europea

Podemos llegar a la conclusión de que el Derecho derivado, como hicieran básicamente los Tratados constitutivos, se ha ocupado de la noción de Administración pública nacional que, en cuanto sea de interés para el Derecho comunitario, era una noción imprecisa y que ha sido elaborada, sobre todo, por la jurisprudencia del TJCE, que ha evitado cualquier reconstrucción del problema en términos generales, en relación a la finalidad de las disposiciones singulares del Derecho comunitario que han versado sobre la materia, y, por ello, en unos casos ha centrado el concepto de Administración pública en la noción de potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción del interés general, mientras que en otros ha preferido centrarse en las características de la actividad desarrollada por los sujetos en cuestión, esto es, ha presentado una noción funcional teniendo presente el efecto útil de las normas que sobre el particular se ha referido.

En consecuencia, predominaba una noción extremadamente variable de Administración pública, que depende esencialmente de la necesidad de asegurar la más amplia aplicación del Derecho comunitario.

La realidad que hoy configura la Administración pública comunitaria se define, según muy bien ha explicado Schmidt-Assman, «un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común" o, dicho en otros términos –utilizados también por el mismo autor citado– como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información».[645]

644 CALONGE VELASQUEZ, A. "*El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria*", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 29.

645 SCHMIDT-ASSMAN, E. "*Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. Innovación y reformas en el derecho administrativo*". Javier Barnes (editor), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006. P. 114.

En efecto, pese a que siga vigente el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario e, incluso, reforzado por la introducción del principio de subsidiariedad y su definición con el Protocolo nº 2 adjunto al TFUE, lo cierto es que la ejecución directa se ha ido extendiendo conforme la Unión Europea ha ido ampliando su ámbito competencial, lo que ha motivado que se dote de una Administración pública directa encargada de la gestión de las nuevas competencias.

La Administración pública europea no es hoy únicamente, y en virtud del principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario, el conjunto de órganos y servicios nacionales encargados de la ejecución del Derecho comunitario, es decir, pública comunitaria los órganos y servicios de la Unión encargados de la ejecución del Derecho de la Unión. Administración, esto es, lo que algún autor ha denominado la «Administración comunitaria central».

Si bien, la base de esta Administración pública europea lo constituyen las Administraciones públicas nacionales y la Administración comunitaria central, lo cierto es que tanto una como otra conforman ese conjunto interrelacionados de Administraciones públicas del espacio comunitario y la segunda cada día es más amplia y está adquiriendo mayor importancia. No se trata, además, de espacios separados y mucho menos estancos, sino que se interrelacionan para la consecución de los objetivos de la integración dando lugar a lo que se denomina el fenómeno de la coadministración.

La definición de qué es Administración pública debe intentarse, desde las dos realidades que ésta presenta. De un lado, debe resaltarse su faceta subjetiva-institucional, es decir, se trata de analizar la Administración pública en cuanto estructura jurídico-organizativa. Y, de otra parte, hay que poner de manifiesto su vertiente objetiva o funcional, esto es, la naturaleza jurídica del poder público administrativo.[646] Como ha señalado el profesor Gallego Anabitarte, «La Administración pública es tanto un concepto orgánico como un concepto funcional, y esto es patrimonio de todo el Derecho administrativo europeo».

Podemos, pues, definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

[646] CALONGE VELASQUE, A. "*El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria*", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 23, 24 y 29.

3. Administracion publica en el sistema de integración centroamericana y el derecho comunitario

El Sistema de la Integración Centroamericana fue constituido el 13 de diciembre de 1991, mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, el cual reformó la Carta de la ODECA, suscrita originalmente en San Salvador, El Salvador, el 14 de octubre de 1951; entró en funcionamiento formalmente el 1 de febrero de 1993. La República de El Salvador es la sede del SICA.

La creación del SICA fue respaldada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución A/48 L del 10 de diciembre de 1993, quedando el Protocolo de Tegucigalpa debidamente inscrito ante la misma. Esto permite que sea invocado internacionalmente y, además, le permite a los órganos e instituciones regionales del SICA relacionarse con el Sistema de las Naciones Unidas.

El Sistema se diseñó tomando en cuenta las experiencias anteriores para la integración de la región, así como las lecciones legadas por los hechos históricos de la región, tales como las crisis políticas y los conflictos armados y los logros de instancias y entidades previos al SICA, hoy parte de la organización. Con base en esto, y sumadas las transformaciones constitucionales internas y la existencia de regímenes democráticos en Centroamérica, se estableció su objetivo fundamental, el cual es la realización de la integración de Centroamérica, para constituirla en una Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo, sustentada firmemente en el respeto, tutela y promoción de los derechos humanos.[647]

El SICA participa de una doble naturaleza jurídica. Desde el ámbito del Derecho Internacional Público es una organización internacional convencional en sus relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales. En ese sentido, el SICA puede celebrar convenios, adquirir empréstitos, participar en juicios, realizar su derecho de delegación activa o pasiva ante organizaciones o Estados, es responsable internacionalmente y conserva su personalidad jurídica como sujeto de derecho internacional. En este aspecto, la vida jurídica del SICA ha llevado en su proceso de formación el cumplimiento de los requisitos del Derecho internacional, mediante la suscripción del Tratado, la ratificación de los Estados nacionales y su depósito posterior ante la Secretaría de la Organización de Naciones Unidas.[648]

[647] CONTRERAS, Gerardo. *¿Por qué surge el SICA como elemento de integración centroamericana?* Revista Estudios, (28), 2014.P. 1 y 2.

[648] GUERRERO MAYORGA, Orlando. *Derecho comunitario. Concepto, naturaleza y carácter. Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. UNAM. 2005.

Desde al ámbito interno del proceso de integración, para los siete países miembros, se trata de una organización de carácter comunitario o de integración, con objetivos y propósitos propios.

El Protocolo de Guatemala (1993), como el Tratado de San Salvador (1995), establecen una serie de Órganos, instituciones y comités consultivos, a los cuales le son atribuidas funciones y competencias específicas en los procesos de formación de la normativa que llamaremos "comunitaria". Por ello, el derecho comunitario se integra al derecho interno de cada país, y es de obligatorio acatamiento, tanto para los Estados que se obligan, como para los particulares cuando derivan derechos y obligaciones de las normas comunes, tanto prevista en los tratados originarios, como en los actos derivados, de las resoluciones y reglamentos que competen a los Consejos de Ministros de cada sector.[649]

En los protocolos de Tegucigalpa y Guatemala; y, en el Tratado de San Salvador, no hay una referencia a una Administración pública centroamericana, sino que los Estados miembros del SICA, deben de ser los gestores del derecho comunitario.

En el derecho administrativo europeo, la administración de la Unión Europea, como hemos analizado, ejerce la función ejecutiva a través de: 1. Instituciones: (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas), que conforman el poder público europeo.

Al ser el SICA un calco del derecho comunitario europeo, debió tipificar de esa manera el poder público centroamericano. Sin embargo, en su artículo 8 del protocolo de Tegucigalpa, nos habla de "órganos e instituciones de integración, los que gozarán de autonomía funcional en el marco de una necesaria y coherente coordinación intersectorial que asegure la ejecución eficiente y el seguimiento constante de las decisiones emanadas de las Reuniones de Presidentes".

Los órganos, son las instituciones de la Unión Europea; y las instituciones los órganos. Existe en el Protocolo y en el Tratado una impresión conceptual, que se refleja en la formación de las Instituciones, órganos y organismos del modelo comunitario centroamericano.

Sin embargo, las instituciones (órganos) del Sistema de integración centroamericana, tomando como modelo el derecho comunitario europeo, son las siguientes:

[649] SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón, *Manual de derecho comunitario centroamericano*. Segunda Edición. El Salvador. 2013.

1. La reunión de presidentes. Órgano supremo que dirige y define la política Centroamericana. La Reunión de Presidentes, llamada también Cumbre de Presidentes es el órgano intergubernamental supremo, al igual que el Consejo Europeo, se reúne dos veces al año, y debe adoptar sus decisiones por consenso. Es el Órgano que define y dirige la política Centroamericana y establece las directrices principales para la integración de la región, la coordinación y armonización de las actividades de los órganos e instituciones.

2. El Consejo de Ministros. Las decisiones son de obligatorio cumplimiento por los Estados Miembros. Sectoriales e intersectoriales de los diversos subsistemas, integrados por los respectivos Ministros competentes, y que tienen facultades para dictar actos normativos comunitarios obligatorios y directamente aplicables, que generan derechos y obligaciones para los Estados miembros como para los particulares. De ese modo, el Consejo constituye un órgano supranacional, encargado de impulsar la política económica y social que conduzca a la integración regional.[650]

Al Consejo le corresponde adoptar los actos normativos comunitarios, entre ellos reglamentos de carácter vinculante y de aplicación directa en los Estados partes, que lo convierten, por ahora, en el Órgano con competencias normativas por excelencia. Los actos normativos que puede emanar el Consejo son Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones.[651] Es importante indicar, el concepto de reglamento contenido en tales disposiciones constituye prácticamente una copia literal del artículo 249, párrafo segundo, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que expresa: « El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Siendo así, la norma centroamericana debe ser interpretada y aplicada a la luz de su precedente inmediato, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica dentro del Derecho comunitario, es decir, la eficacia directa e inmediata de tales actos normativos y su obligatoriedad y supremacía frente a normas de derecho interno. En este sentido, la Corte Centroamericana de Justicia en reiteradas sentencias que siguen una línea sistemática, material y evolutiva de las normas de la integración, otorgando a las normas comunitarias las características de efecto directo y aplicación inmediata.

3. La Secretaría General del SICA. La Secretaría General del SICA es un órgano permanente y en el ejercicio de sus competencias establecidas en el artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa, le da la necesaria continuidad al Sistema de la Integración Centroamericana.

[650] Protocolo de Tegucigalpa, 1991, art. 18-19, Protocolo de Guatemala, 1993 art. 55, Tratado de Integración Social Centroamericana, 1995, art. 17.

[651] Art. 55 Protocolo de Guatemala, art. 17 Tratado de Integración Social.

La Secretaría General actúa como secretaría permanente de la Reunión de Presidentes de conformidad al artículo 26 literal g) del Protocolo de Tegucigalpa, por lo tanto, cumplirá sus funciones propias de secretaría en cada Reunión de Presidentes y trabajará de forma conjunta con la Presidencia Protempore, en el cumplimiento de las atribuciones.

Es competencia de la Secretaría General la de ser ente coordinador de las diferentes Secretarías; velar por el cumplimiento de las decisiones presidenciales y de los Consejos de Ministros; y, llamar la atención por falta de cumplimiento de las decisiones a otros órganos del Sistema.

4. El Comité Consultivo: integrado por el sector empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas representativas de la sociedad civil.

5. El Parlamento Centroamericano, como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación. Sistema de la Integración Centroamericana, y por tanto un órgano comunitario, integrado por diputados elegidos directamente por los Pueblos centroamericanos, que representan y expresan la voluntad de la región. Aunque solo cuenta con facultades políticas de tipo propositivo, deliberativo y de consulta, juega un papel democratizador muy importante (CCJ 14-02-00).

6. La Corte Centroamericana de Justicia (Órgano jurisdiccional), el Órgano Superior de Control. .

7. El Comité Ejecutivo. Encargado de asegurar la ejecución y cumplimiento de las decisiones. Está integrado por un representante de cada Estado, asumen un carácter de imparcialidad e independencia y, en el ejercicio de sus funciones, actúan en nombre de la Comunidad. Evidentemente, las funciones del Comité, encargado de garantizar la ejecución eficiente de las políticas y el cumplimiento de las disposiciones del Tratado constitutivo, nos permiten afirmar la imparcialidad e independencia de sus miembros una vez nombrados.[652]

El Comité Ejecutivo del SICA aprobó su reglamento de funcionamiento interno en el año 2012. Ya en el ejercicio de sus funciones ha aprobado tres reglamentos de funcionamiento interno y siete resoluciones para el fortalecimiento institucional de los Consejos de Ministros y sus secretarías.[653]

[652] Criterio que ratifica también la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ, 27-11-00).

[653] El Comité Ejecutivo tiene como atribuciones (PT, art. 24 párrafo 3):
a) Asegurar la ejecución eficiente por intermedio de la Secretaría General, de las decisiones adoptadas en la Reunión de Presidentes;

Este órgano debe funcionar de modo permanente y debe ser totalmente independiente de los Estados, para que represente a la Comunidad Centroamericana.

Por ser un Órgano de carácter permanente, se estableció que las reuniones las realice una vez por semana y, extraordinariamente cuando sea convocado por su Presidente. La Presidencia sería rotativa, y le correspondería al representante del Estado sede de la última reunión ordinaria de Presidentes.

En ejercicio de sus competencias, el Comité Ejecutivo ha adoptado en el año 2012, varias resoluciones con temas relacionados a la organización y adecuado funcionamiento de los órganos de la integración, en particular: 1.) La integración de todos los países de los tratados, en los distintos sectores, mediante la ratificación de instrumentos por parte de los Estados que no lo han hecho; 2.) Se está exigiendo la acreditación de los Ministros para integrar los Consejos conforme a la legalidad comunitaria; 3.) Ha instruido a la Secretaría General para que reglamente la adopción de actos normativos y abra libros de acreditación de los Consejos; 4.) La obligación de los Consejos de remitir todos los actos normativos a la Secretaría General; 5.) La obligación de publicar los actos normativos en una Gaceta Oficial si cumplen las formalidades legales de capacidad jurídica y formalidad de los actos.

Se está fortaleciendo la institucionalidad de las Secretarías, solicitando a los Estados el reconocimiento, como persona jurídica de sujeto de Derecho y obligaciones, mediante la suscripción de acuerdos sedes en cada uno de

b) Velar porque se cumplan las disposiciones del presente Protocolo y de sus instrumentos complementarios o actos derivados. Esta facultad le permitiría al Comité Ejecutivo iniciar (de oficio o a petición de un Estado miembro) los procedimientos administrativos correspondientes para constatar el incumplimiento por parte de un Estado miembro, de las normas comunitarias, y en caso de constatar dicho incumplimiento, iniciar directamente causas de responsabilidad ante la Corte Centroamericana de Justicia, previa mediación y búsqueda de solución de la controversia planteada;
c) Establecer las políticas sectoriales y presentar por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, las propuestas que sean necesarias en concordancia con las directrices generales emanadas de las Reuniones de Presidentes;
d) Someter, por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el Proyecto de Presupuesto de la organización central del SICA;
e) Proponer al Consejo, el establecimiento de Secretarías Órganos subsidiarios que estime convenientes para el efectivo cumplimiento de los objetivos del SICA;
f) Aprobar los Reglamentos e Instrumentos que se elaboren por las Secretarías u otros Órganos Secretarías del SICA;
g) Revisar los informes semestrales de actividades de la Secretaría General y otras Secretarías y trasladarlos, con observaciones y recomendaciones, a los Consejos de Ministros respectivos;

ellos. Igualmente se está exigiendo a las Secretarías de los Consejos de Ministros el envío a la Secretaría General, sus respectivos reglamentos internos de organización y funcionamiento, para su respectiva aprobación por el Comité Ejecutivo, en aquellos casos que no lo hayan hecho.[654]

De acuerdo a Salazar Grande, "el Comité Ejecutivo está llamado a ser integrado por funcionarios eminentemente comunitarios de forma permanente, debe ser un órgano colegiado, técnico, que asesore al Consejo de Ministros especialmente nombrado y que se le otorguen competencias de iniciativa normativa, cuando menos en las materias que le sean definidas por los tratados complementarios, de acuerdo al interés comunitario del ámbito material a regular. También debería dotársele de suficiente poder real y efectivo para realizar sus funciones.

El Comité Ejecutivo debería trabajar de la mano con los diferentes Consejos con los cuales también tendría funciones de asesoría y de iniciativa normativa.[655]

El PARLACEN, adoptó varias resoluciones relativas a la entrada en funcionamiento del Comité Ejecutivo. Entre ellas: RESOLUCION AP/7-CLXXII-2005, del 26 de mayo del 2005, RESOLUCION AP/5-CLXXV-2005, del 29 de setiembre del 2005 y por último la RESOLUCIÓN AP/4-CCXXXI-2011, adoptada el 1 de julio del 2011, y en la cual resolvió: "UNICO: Proponer a la Reunión de Presidentes de los Estados parte del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), a realizarse el próximo 22 de julio en la República de El Salvador, la conformación e instalación del Comité Ejecutivo del SICA, como lo establece el Protocolo de Tegucigalpa, en sus artículos 23 y 24.

A diferencia de la Comisión Europea, el Comité Ejecutivo no presenta rasgos de independencia sus decisiones se toman en forma colegiada imputándose éstas al órgano y son asumidas por su integrantes en forma colectiva. No tiene órganos especiales, sino que la Secretaría General del SICA es el aparato administrativo intermedio entre el Comité Ejecutivo y los subsistemas del SICA. Las competencias normativas, son muy pobres y únicamente hacen referencia a la aprobación de los Reglamentos e instrumentos que se elaboren por la Secretaría u otros órganos del SICA.[656]

[654] Ver resoluciones del Comité Ejecutivo, No. 1-2012, 2-2012, 3-2012, 4-2012, 5-2012 y 6- 2012 del 19 de marzo del 2012.

[655] SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón. *Manual de derecho comunitario centroamericano*. Segunda Edición. El Salvador. 2013.

[656] VALLE GONZÁLEZ, Alfonso. *Derecho comunitario. Unión Europea y el sistema de integración centroamericana*. Fondo Editorial de lo jurídico. Managua, Nicaragua, 1997. Pág. 51.

4. A modo de conclusión

Los fundadores de las Comunidades Europeas y del Sistema de integración centroamericano, no previeron la existencia de una Administración pública europea y centroamericana. Establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros

En un inicio, el concepto de Administración pública comunitaria, fue producto de la elaboración de la jurisprudencia del TJCE. El Tratado de Lisboa por primera vez hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

En base a esta realidad, y este es el aporte original de este trabajo, trato de definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

En Centroamérica, al igual que en Europa en un inicio, las Administraciones de cada Estado, es la encargada de ejecución del derecho comunitario. Sin embargo, no se ha construido una Administración pública central, como en Europa. Asimismo, no están presentes organismos, agencias especializadas y descentralizadas en apoyo de los Estados miembros, por lo tanto no existe una Administración comunitaria central.

Por tal motivo, al no existir una Administración comunitaria centra, no es posible, definir que entendemos por Administración pública y derecho administrativo centroamericano comunitario.



KARLOS NAVARRO MEDAL Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, costarricense y ecuatoriana de Derecho Administrativo. Académico correspondiente Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina), Granada y de Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. Autor de libros de historia, ciencias políticas y derecho administrativo. Profesor invitado de diversas Universidades españolas e Iberoamericanas.

Ha sido decano de la facultad de derecho de la Universidad hispanoamericana, y director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

ISBN 978-99924-21-31-4

"Universitas Granadensis"