

PRÓLOGO

I

Pocas palabras pondré á guisa de prólogo de esta primera parte del DERECHO ADMINISTRATIVO. Continúo en ella la labor acometida hace ya doce años, al publicar mi primer obra relativa al Derecho político (1), obra aquélla en la cual se contenía como en germen, ó mejor, en *nebulosa*, todo el trabajo que luego había de condensarse, á vuelta de mil rectificaciones, en el *Tratado de Derecho político* (2), y ahora en el de DERECHO ADMINISTRATIVO. Aun cuando la labor indicada, de sistematización política, está aún por terminar, pues faltan las otras dos partes que han de constituir la continuación y la conclusión del TRATADO DE DERECHO ADMI-

(1) *Principios de Derecho político.—Introducción*, vol. XV de la *Biblioteca jurídica de autores españoles*: Madrid, 1884.

(2) Tres volúmenes: I. *Teoría del Estado*: Madrid, 1893.—II. *Derecho constitucional comparado*: Madrid, 1894.—III. *Guía del Derecho constitucional*: Madrid, 1894.

NISTRATIVO, ya puede verse por entero cuál es el contenido y cuáles los límites de mi tarea: toda ella debe considerarse, en términos brevísimos, como un *ensayo de exposición sistemática del Derecho del Estado*.

La exposición hállase preparada, con los antecedentes explicativos de su orientación filosófica y del criterio general, en la *Introducción* publicada en 1884. Lleno este libro de precipitaciones y de inexperiencias, escrito acaso sin que los problemas que trata se hubiesen madurado convenientemente, quizá cumple, sin embargo, su fin principal, relacionándolo con los libros posteriores: hay en él ciertos conceptos fundamentales, que no han sido rectificadas enteramente en lo esencial, aunque sí resultan ampliados y completados en la *Teoría del Estado*, sobre el Derecho político, sobre su contenido enciclopédico, sobre la índole orgánica del Estado; y hay también en él la indicación de la manera moderna de ver y de estudiar los problemas del Estado, bajo el influjo del positivismo sociológico, influjo que he estimado siempre necesario hermanar con las más altas manifestaciones de la filosofía del Derecho.

De haber seguido por entero los lineamientos del plan que al final de la *Introducción* se señalan, la obra posterior debiera haber contenido una *filosofía del Derecho político*, con sus partes *general, especial y orgánica*.

Pero ya en el prólogo de la *Teoría del Estado*, he expuesto las razones generales y circunstanciales, que me han aconsejado un cambio radical en el plan de mis trabajos.

En el *Tratado de Derecho político*, con su anexo (la *Guía*), se ha querido sistematizar, en su primera parte, la teoría del Estado, recogiendo, ó procurando recoger, las doctrinas más importantes, antiguas y modernas, acerca del mismo: mi principal objetivo, en esta parte del Derecho político, ha sido, de un lado, *construir*, según mis ideas, la teoría del Estado; y de otro, presentar un resumen del estado de las cuestiones que la teoría abarca, en la literatura novísima de la sociología y de la política. En esta parte de mi trabajo se acentúa, no tanto por el razonamiento expositivo, como por el resultado mismo de la construcción teórica, la necesidad de hermanar, en la doctrina, el carácter sociológico del Estado—según se infiere de las investigaciones de los grandes sociólogos—con su carácter jurídico, puesto de relieve por las más altas autoridades de la filosofía del Derecho.—Y cuenta que, al hacerlo, me he limitado, después de todo, á procurar reflejar en la idea, la realidad misma; la realidad que nos presenta al Estado como organismo de un sistema de funciones de la sociedad, encaminadas, por la atracción constante de

los motivos prácticos (1), á afirmar y mantener el orden de cooperación universal de todas las fuerzas y energías humanas, sin límite extensivo, pues el orden jurídico arraiga en las profundidades de la conciencia social, y penetra con su virtud ética hasta donde la conciencia llega, para hacer posibles las manifestaciones racionales de la vida, aunque sí con los límites extensivos que supone la esfera total de la cooperación misma, desde la horda hasta la nación, y desde ésta hasta el Estado humano terreno.

En la segunda parte (con el complemento de la *Guía*) se contiene el estudio del Derecho político moderno, que, por las razones expuestas en su lugar oportuno (2), denomino *constitucional*. Trátase en ella de un trabajo de sistematización fundado en la historia, pero inspirado, en cuanto al método y al alcance filosófico, en las ideas capitales de la *Introducción* y de la *Teoría del Estado*: en su virtud, el *Derecho constitucional* se ha ordenado presentando el *Estado constitucional*, no como el mero resultado *estructural*, en la pura organización de las magistraturas circunstanciales, sino como entidad sociológica, desde el punto de vista de la actividad y de

(1) Concepción fecundísima de Ihering. Véase *Das Zweck in Rechts*, la *Prehistoria de los indoeuropeos*, etc.

(2) Tomo II del *Tratado*, lib. I, cap. III.

las funciones sociales que el Estado entraña, y atendiendo á su conformidad ó disconformidad con el ideal jurídico del Estado humano. La sistematización científica del *Derecho constitucional* se ha procurado armonizar, hasta donde la escasez de los medios me lo han permitido, con la tarea de información erudita, doctrinal y legislativa que me he propuesto: al efecto de que esta información resultase más completa, se ha escrito la *Guía*.

II

El Derecho del Estado, en el sentido que éste tiene, cuando se le denomina *político*, resulta expuesto en sus lineamientos generales, en la *Introducción* y en el *Tratado de Derecho político*. Naturalmente, no conceptúo como definitivos estos lineamientos, ni menos doy un valor irrectificable á las ideas que constituyen el contenido doctrinal de esos libros: ¡cuántos cambios no experimentaría todo ello si ahora hubiera de verificar la tarea cumplida! Después de todo, el que las ideas en forma de opiniones se cristalicen en los libros, no siempre supone que el autor las cristaliza en su cerebro. La verdad puede ser todo lo una y todo lo inmutable que se quiera;

la ciencia es un *devenir* incesante, y un libro, á lo sumo, es obra de ciencia, que acaso contiene una expresión circunstancial de la verdad. Pero, en fin, mientras no tenga ocasión de rehacer lo escrito, en la tarea total de sistematización que vengo realizando, las dos obras citadas, es preciso estimarlas como la parte que comprende el Derecho del Estado, como Derecho político, en sentido estricto, con los fundamentos sociológicos y jurídicos que supone la investigación del concepto, origen, elementos y fin del Estado, en la *Teoría* del mismo. Lo que en breve síntesis abarca todo este estudio es la Constitución: á saber, las funciones y órganos del Estado, para cumplir su misión jurídica y social, y la ley de su vida. El Estado, concebido dinámicamente, como el factor orgánico por excelencia de la cooperación humana universal, y la estructura, circunstancial siempre, que sirve para atender á esta gran *necesidad práctica*: he ahí el objeto del Derecho político-filosófico, siendo obra del Derecho constitucional, el estudio de cómo todo ello se ofrece real y positivamente en el Estado nacional y representativo moderno.

Ahora bien: la actividad del Estado, punto de vista fecundísimo, si se completa con el de la necesidad que razona la actividad, explicándola y dándola un conteni-

do funcional, no resulta completamente delineada y organizada, según sus principales direcciones, en la *Introducción* y en el *Derecho político*. Como el Derecho del Estado no se refiere sino á su actividad, infiérese que estas dos obras no abarcan todo el Derecho del Estado. Y así es, en efecto. Prescindiendo de algunas manifestaciones *especiales* de la actividad del Estado, que constituyen disciplinas jurídicas independientes, como, v. gr., el Derecho internacional, sin salir de la esfera interna de cada Estado, hay un complejísimo orden de relaciones jurídico-políticas que es corriente comprender bajo el epígrafe de *Derecho administrativo*. Para dar á la sistematización del *Derecho del Estado* (el que suele denominarse *público interno*) el debido complemento, y poder ofrecer así la teoría jurídica y sociológica del mismo, con toda la amplitud conveniente, según las exigencias de nuestros estudios jurídicos, desarrollamos en este TRATADO el DERECHO ADMINISTRATIVO, deduciéndolo del político y como capítulo á él subordinado, pero con propia sustantividad doctrinal. Terminado esto, se habrá recorrido, bien ó mal, el ciclo particular de las ciencias jurídicas del Estado, como institución ó sistema de instituciones que en la sociedad política, y mediante sus elementos, tienden á afirmar y mantener por acción directa ó indirecta, y por acción espontánea y reflexiva,

el orden jurídico, condicionando así, por la difusión del ideal del Derecho, la cooperación universal humana.

III

De la orientación filosófica á que responde el sistema del *Derecho administrativo*, diré muy poco; es la misma á que obedece todo lo hecho hasta ahora; la indagación y la exposición del Derecho administrativo se inspiran también en las enseñanzas de la *Sociología*, procurando además reconstruir sus conceptos fundamentales, por el procedimiento del análisis de las necesidades que determinan el sistema funcional del organismo político, y sobre la base de las ideas capitales del *Derecho*. Se insiste más aún que en el *Derecho constitucional* en el aspecto positivo y hasta meramente *legal*, de una parte, por motivos de carácter social—las personas á quien interesa dar á conocer el orden sistemático del Derecho administrativo,—y de otra, para hacer ver, en las relaciones más corrientes de la vida del Estado, el elemento jurídico, como condición indispensable, si el Estado ha de responder, no ya en la concepción general, sino en sus actos determinados, al *ideal del Derecho*.

La índole misma de la Administración en el Esta-

do, merced á su carácter extensivo y difusivo y á su tendencia intensiva y penetrante, toda vez que abarca por entero la constitución del Estado, y por ende se confunde con la sociedad, hace que por ella llegue la acción de aquél, en las exigencias de su conservación, hasta las profundidades más hondas de la vida social—el impuesto, el ejército, las necesidades de la estadística, las comunicaciones, etc., etc.—siendo de capital importancia seguirla en sus determinaciones más detalladas, concretas y vulgares, para poner de relieve de qué modo resulta una pura idealidad abstracta, la concepción del Estado como Estado jurídico, si esta concepción no se traduce en un manifiesto imperio del Derecho en las relaciones de la administración práctica, mediante las cuales el Estado se introduce, por los bienes y por la vida entera de los individuos y de la sociedad, en busca de los elementos suficientes para la conservación de su organismo.

Conviene advertir, aunque repita en el prólogo algo de lo que con la extensión debida se razona en la *Introducción al Derecho administrativo*, que el concepto de éste, y el de la Administración del Estado que sustentan, se apartan bastante de los corrientes, cuando se confunde la Administración con el Poder ejecutivo ó con el Gobierno, y cuando se da á la función de ingerencia so-

cial un valor de pura actividad administrativa. El concepto de la Administración, que será el cimiento del sistema y alrededor del cual gira toda la doctrina constructiva y crítica, se acerca sin duda á las ideas de Stein, Orlando, Ferraris, etc., etc.; pero se diferencia de ellas en virtud de la distinción que, en mi opinión, es importantísima, entre la actividad del Estado para el Derecho—fin político—ó para el cumplimiento de la misión social que se atribuye, y la actividad del Estado para sí, en que éste, como dice el Sr. Giner, se toma como fin de su propia actividad (1); actividad que el mismo Sr. Giner denominaba de *conservación*, y que yo por mi parte, insistiendo en el concepto de la conservación, y merced á un análisis realista de las necesidades del Estado, he definido como actividad encaminada á *formar, conservar y perfeccionar el organismo político*.

Repito que este concepto de la Administración, como Administración del Estado, no es el corrientemente admitido. En Stein y en Meyer hay indicaciones que pueden tomarse como argumentos favorables á la buena orientación de aquel concepto; pero no lo formulan de

(1) Véase en los *Estudios jurídicos y políticos* del Sr. Giner el *Plan de elementos de Política general*, pág. 359: *Actividad, dice, del Estado en relación á sí propio, como fin de su actividad. —La Administración del Estado.*

suerte que la distinción supradicha, quede á salvo, y constituya la base de la sustantividad real y doctrinal del Derecho administrativo. Por mi parte, tomando la idea de la rapidísima indicación citada del Sr. Giner, ya en 1883, al ordenar mi *Programa de Derecho político y administrativo* (1), insistí en el punto de vista de la conservación del organismo del Estado para definir la Administración; concepto éste sobre el cual he persistido constantemente en mi cátedra, desarrollándolo con cierto detenimiento en un primer ensayo de ordenación sistemática del Derecho administrativo (2), y formulándolo al fin de un modo concreto en un trabajo publicado en la *Revue du Droit public*, de mi ilustre colega el señor Larnaude (3). Sólo después de esas preparaciones y trabajos me he decidido á tomar dicho concepto como base fundamental de una ordenación del Derecho administrativo.

*
* *

Escrito ya mi libro, y cuando corregía sus pruebas, llegó á mis manos el magnífico artículo de mi queridí-

- (1) Publicado por la *Revista de Legislación*, un folleto.
- (2) Publicado por la casa editorial *La España Moderna*.
- (3) *Revue du Droit public et de la Science politique*, tomo I,

simo colega americano, D. Valentín Letelier, titulado *La Administración pública*, inserto en la revista *La Administración* (1). De haberlo recibido antes, me hubiera aprovechado, no poco, de sus argumentos incontrovertibles en pro del punto de vista general que el Sr. Letelier defiende, y que coincide no poco con el mío, para apoyar mi doctrina; pero repito que el trabajo llegó á mi poder tarde: sólo he podido citarle en las notas en algún sitio que me ha parecido oportuno. Excuso decir con cuánta satisfacción habré leído en el artículo del insigne profesor chileno, sus coincidencias con mi manera de ver y de formular el concepto de la Administración. Por lo demás, la coincidencia no es absoluta; lo es en cuanto á la orientación, y, sobre todo, en cuanto al procedimiento de análisis realista de la actividad y funciones del Estado, para determinar la función administrativa; pero quizá no es tan absoluta en cuanto al carácter jurídico de ésta. «Esencialmente la Administración no ejerce autoridad, dice el Sr. Letelier, y de consiguiente no es Poder.» Por mi parte, según puede verse en varios pasajes del libro, reconozco y afirmo el carácter de autoridad que la acción administrativa

1896, núm. 2 (París). El título del artículo es *La fonction administrative de l'Etat*.

(1) En el cuaderno de Agosto-Septiembre de 1896.

puede revestir, y recabo la condición de Poder del Estado para la Administración.

De todas suertes, aunque no haya una conformidad absoluta entre el concepto de la Administración del señor Letelier y el que yo mantengo, la casi absoluta que existe, me ha servido para mucho: me ha servido principalmente para que, leyendo el trabajo del sabio publicista, viera yo con más claridad que antes, la fecundidad posible del punto de vista de la conservación del organismo político, como objeto de la función administrativa y como base de la sustantividad de ésta, en el sistema de las funciones del Estado, merced á la distinción oportuna entre la *Constitución* y la *Administración* del mismo (1).

(1) Advirtiendo el Sr. Letelier las coincidencias á que en el texto me refiero, dice en una nota de su artículo: «En aquel estudio (el mío de la *Revue* de M. Larnaude), el profesor de Oviedo expone substancialmente la misma teoría que venimos desarrollando. Las coincidencias entre ambos trabajos son tantas y tan singulares, que no parece sino que uno de los autores hubiera tenido á la vista la obra del otro. Entre tanto, es la verdad que el estudio del Sr. Posada, publicado en el número correspondiente á Marzo y Abril, sólo llegó á Chile en la segunda quincena de Junio, cuando hacía dos meses que yo había remitido el mío á *La Administración*, de Madrid, y dos años que venía exponiendo esta teoría en mi cátedra. Señalo el hecho, menos para defenderme contra la acusación de haberme

En mi concepto, este punto de vista puede tener consecuencias importantísimas, tanto en el respecto sociológico como en el jurídico, lo mismo en el doctrinal que en el práctico.

Insistiendo en el reconocimiento de una función de conservación del organismo del Estado, función que reclama una actividad propia, el Estado, que no produce por sí los medios necesarios para su conservación, se ofrece *nutriéndose* de la substancia social, y dependiente de la acción moral, educativa y económica de la sociedad misma: pudiera decirse que por su Administración el Estado *buza* en la sociedad, en busca de lo necesario, para constituir y sostener las síntesis jurídico-económicas, de personas y de bienes, con que se forman sus órganos. La *base sociológica* del Estado resulta así perfectamente clara; el sistema social de los servicios administrativos—que constituirá la segunda parte del TRATADO—implica dicha base sociológica de un modo inevitable.

Por otra parte, por el concepto de la conservación, como objeto de la función administrativa, la Administración del Estado se ofrece como una actividad per-

apropiado doctrinas ajenas, que para hacer notar una nueva coincidencia en las investigaciones científicas. (L. c., pág. 554.)

sonal para satisfacer necesidades, sin carácter privilegiado, que debe someterse desde su origen al criterio del concurso racional de los fines, y por ende á las exigencias del Derecho. El acto administrativo, de gestión ó de autoridad, debe ser acto jurídico siempre, y como tal, no debe implicar una manifestación inconsiderada y arbitraria de *Poder público*. Cuán lejos estamos de que esta idea del acto jurídico de la Administración del Estado, se manifieste en la conducta de las magistraturas oficiales, no hay para qué decirlo. No ya en los países en donde el Estado más parece órgano de la arbitrariedad y de la injusticia, que definidor y cumplidor del Derecho, sino en los mismos países en los cuales el Gobierno del Estado descansa, con una mayor normalidad, en ideas y opiniones simpáticas al imperio de la justicia en la vida, el acto de Poder, administrativo ó gubernativo-político, se suele ver como acto de fuerza, de imposición arbitraria irresistible.

En el respecto doctrinal, puede ser fecundísimo el punto de vista que sustentamos, porque quizá, mediante él, se llegue á determinar un concepto bien *diferenciado* y *distinto* de la Administración y del Derecho administrativo, dando así una base más sólida y segura que la indefinida de la ingerencia social, y la estrecha y vaga del Poder ejecutivo, para la sistematización.

En cuanto al valor práctico del repetido punto de vista, bastará decir, que acaso mediante él se pueda dar un criterio de distinción adecuada, entre el elemento variable del Estado y el elemento técnico, y rigurosamente jurídico y de tendencia estable, de la Administración.

IV

Pero el prólogo va resultando más largo de lo que me proponía, y preciso es que termine: no lo haré sin antes advertir que estoy muy lejos de pensar que en el TRATADO se haya logrado sistematizar, con la debida distinción, el Derecho administrativo, manteniéndolo siempre en los límites doctrinales del concepto primordial de la Administración. La confusión de funciones y de éstas con los órganos propios, es una nota característica de la estructura del Estado moderno, siendo ella un grave obstáculo para la sistematización adecuada del Derecho administrativo. Realmente si el análisis teórico puede determinar con relativa facilidad el contenido propio y distinto de la función administrativa, la indicación de la estructura, circunstancial siempre, tiene que acomodarse á los hechos, los

cuales no ofrecen, sino bajo una gran indeterminación, las diversas direcciones de la actividad del Estado. ¿Cómo, en verdad, describir el organismo funcional de la Administración, sin exponer el del Poder ejecutivo, si en el Estado constitucional muchas de las funciones administrativas se ejercen por aquél? ¿Cómo, por otra parte, explicar en los servicios administrativos la determinación del aspecto que corresponde á la conservación del organismo que cumple los fines del Estado, sin referirse al propio tiempo á la índole de la función política ó social que impone la necesidad de dichos servicios?

A. POSADA.

OVIEDO, 23 Enero 1897.