

§ 5.º—*Definición del Derecho administrativo.—El Derecho administrativo en el sistema de las ciencias jurídicas.—Derecho administrativo y Derecho político.*

1.—Aun á riesgo de repetir algunas de las indicaciones hechas, con el objeto de dejar bien sentadas determinadas ideas capitales, antes de pasar á exponer la deducción racional del Derecho administrativo, como rama de las ciencias jurídicas, vamos á resumir en términos claros y precisos, si es posible, el concepto del Derecho administrativo. Es éste, como Derecho, orden jurídico de la actividad política—ó del Estado,—encaminada á procurar y á hacer efectiva la buena disposición—formación, conservación y perfeccionamiento—de las instituciones, mediante las cuales el Estado cumple sus fines.

2.—Cuando de la Administración hablamos, es preciso no olvidar, según se dijo, que se trata siempre de un sujeto racional, que es *quien administra*: el Estado ó las instituciones encargadas de aquel servicio. El Estado, en efecto, siente la necesidad racional, suprema, de vivir, y esta *necesidad* determina en él una *obligación* de vivir, y en su consecuencia, de prestar las condiciones que una vida ordenada, sana, plenamente enérgica, supone; de *administrar*, en suma. De ahí nace una primer esfera del Derecho administrativo, relativa al *sujeto* de la administración en sí mismo. Como advierte M. Hauriou, en el Derecho administrativo, como en todas las ramas del Derecho, hay *sujetos de derechos*, que no son otros que las *personas administrativas* (1),

(1) Ob. cit., pág. 171.

las cuales entrañan en sí el supuesto de un orden jurídico necesario y fundamental, referente á su misma existencia (1).

3.—Por otra parte, la Administración, como obra de las personas administrativas, no es una actividad ciega, sino libre, que para manifestarse concretamente, encarna en seres libres—funcionarios,—representantes del interés de la colectividad administrativa, y los cuales, en el ejercicio de su actividad, tienen que *conducirse* jurídicamente, manteniendo relaciones entre sí que son de carácter jurídico por modo necesario. De ahí una segunda esfera del Derecho administrativo, de contenido complejo y constituido por un sistema de relaciones administrativas—todo el orden de las que existen entre el Estado como tal ó sus corporaciones, con los funcionarios, y de éstos con él y entre sí.

4.—Por último, la Administración, como actividad del Estado que no se agota en el círculo inmanente de su vida, trasciende y mantiene fuera de ella relaciones con los particulares, con la sociedad, con otros Estados, dando así lugar á una tercer esfera del Derecho administrativo.

5.—Reduciendo nuevamente á unidad estas tres esferas del Derecho administrativo según su concepto primordial, tenemos que la función de la Administración, cae por entero bajo el Derecho, á causa de su carácter racional, y porque toda ella, se resuelve en conducta libre, que empieza en el hecho mismo de ser el Estado y de formarse como obra administrativa, sigue por las manifestaciones de ésta obra en el hacer libre de los funcionarios como tales, tanto en sus relaciones recíprocas—de funcionario á funcionario—como en sus relaciones con el Estado, hasta determinarse como

(1) Hauriou, ob. cit., pág. 172.

actividad transitiva de la Administración del Estado en sus relaciones con los particulares, con el todo social y con los otros Estados.

6.—La condición especial que el Estado tiene en toda su obra como entidad política, personal, *soberana*, se refleja particularmente en la actividad administrativa, haciendo de ella, cuando se relaciona desde el Estado ó sus representantes, corporaciones administrativas y demás, con los individuos, con la sociedad ó con las entidades corporativas subordinadas, no como sujetos independientes—personas,—sino como elementos componentes, en el concepto de miembros del Estado mismo, una actividad soberana con todos los caracteres de la autoridad que manda y dispone. De ahí la base de cierta distinción, no siempre vista con claridad, entre los actos de la Administración como *Poder público*, autoridad, actos de Gobierno y los actos de la misma, como actos de *gestión particular* (1).

7.—Pero téngase en cuenta que esta distinción en nada cambia el carácter jurídico fundamental de la actividad administrativa: toda ésta, en efecto, cae dentro del concepto del Derecho. Aun cuando parezca al pronto, como Hauriou quiere, que la Administración tiene una doble personalidad—una personalidad de *persona privada*, y además una personalidad de *potencia pública*,—sin embargo, como este mismo autor advierte, esas dos personalidades no se revelan en ningún signo exterior; las personas administrativas tienen los mismos representantes cuando obran como Poder público que cuando obran como persona privada (2). Y no

(1) Respecto de la naturaleza de los actos administrativos, se hablará detenidamente en la parte I, sección I.

(2) Ob. cit., pág. 173.

sólo esto: el valor *jurídico* de los actos administrativos es siempre el mismo; su fundamento está en el Derecho, y su norma es el Derecho. La diferencia estriba, no en el carácter privado ó público del patrimonio administrado, como quiere Hauriou, sino en la índole de la relación misma y en el papel que desempeña el Estado: si el Estado en la función administrativa obra relacionándose con el particular, con la corporación, con el mismo funcionario, como de persona á persona, en ese caso su actividad trasciende y se somete al Derecho transitivo, que no debe ni puede modificar, y que es idéntico para él y para el particular, funcionarios ó corporaciones. La Administración verifica constantemente relaciones de esta naturaleza por actos de mera gestión. En cambio, cuando el Estado, en su función administrativa, obra determinándose dentro de su propia esfera, y tomando al individuo como miembro, al funcionario como tal funcionario, á la corporación como entidad subordinada, en ese caso puede hablarse de criterio libre, persuasivo, en el sentido de arbitrario y absolutamente discrecional; el Estado obra como autoridad, dando al acto que realiza el carácter de verdadero mandato, contra el cual, naturalmente, cabrán, en un Estado constitucional, los recursos jurisdiccionales consiguientes.

Mas vuelvo á repetir que ambos órdenes de relaciones se hallan subordinados al Derecho; que ambos están comprendidos en el concepto expuesto del Derecho administrativo, pues revelándose en ambos la actividad libre de las personas administrativas, entrañan siempre: 1.º, la necesidad de la iniciación *jurídica* de la función; 2.º, la organización *jurídica* de la misma por obra de las declaraciones del Derecho: costumbres, leyes, disposiciones particulares admi-

nistrativas; y 3.º, el procedimiento *jurídico* con arreglo al cual vive y obra la función de administrar, tanto en los actos de la Administración cuando, verbigracia, compra un terreno para levantar sobre él el edificio de una oficina pública, como en aquellos otros en que la Administración se impone á título de autoridad irresistible; verbigracia: cobrando un impuesto, ó *expropiando* por causa de utilidad pública, ó ejerciendo función de represión directa, etc., etc.

8.—Y henos ya en disposición de abordar un problema muy interesante, y cuyo examen, es de absoluta necesidad. Me refiero á la manera lógica de definir el Derecho administrativo en el sistema general de las ciencias jurídicas. Sin duda hay cierto acuerdo, bastante general, entre los tratadistas que siguen la tendencia de la escuela alemana y de la novísima italiana, á considerar el Derecho administrativo, prescindiendo de la idea de norma objetiva, formal, abstracta, obra reflexiva del Poder legislativo, fijándose muy particularmente en la noción fundamental de actividad; pero ocurre que, en lugar de insistir en esta noción misma para caracterizar el Derecho administrativo, por las condiciones particulares del contenido y del fin de la actividad, se define dicho Derecho como Derecho especial, atendiendo sólo á su valor histórico como rama del Derecho público, y olvidando de paso que el Derecho administrativo, en cuanto Derecho *administrativo*, puede ser ó no ser *público*. Pero antes de criticar este punto de vista, estudiemos de qué manera consideran la cuestión los autores.

9.—La idea, repito, es bastante admitida. Según la opinión reinante, el Derecho se divide en *público* y *privado*, siendo el administrativo una rama del público interno. Así afirma Goodnow: «El Derecho administrativo es la *parte*

del Derecho público que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, indicando al individuo los recursos contra la violación de sus derechos (1)». Del propio modo, según Hauriou, «el Derecho administrativo es *aquella rama del Derecho público* que tiene por objeto la organización, los derechos y el ejercicio de los derechos de las personas administrativas, en cuanto interesa al funcionamiento de los servicios públicos (2)». Por su parte, el Sr. Di Bernardo considera el Derecho administrativo «como la parte del público interno que preside la actividad del Estado al servicio de los intereses generales, especialmente con relación á las obligaciones y á los derechos de la Administración *pública*; á la forma para cumplir las obligaciones y para ejercitar los derechos de orden *público*, y á las relaciones de la Administración del Estado con sus propios agentes, con los particulares, los Municipios y las instituciones *públicas* (3)».

10.—El influjo tradicional de la concepción romana es evidente (4). Según la doctrina reinante, la génesis del Derecho administrativo es como sigue: pártese de la distinción de Ulpiano: *Publicum jus, est quod ad statum rei romani spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*; y luego, como hace, por ejemplo, Orlando, se añade: «Si el concepto del

(1) Ob. cit., vol. I, págs. 8 y 9.

(2) Ob. cit., pág. 172.

(3) Ob. cit., vol. II, pág. 51. Prescindiendo del valor que lo *público* pueda tener en sí, la definición de Di Bernardo es muy completa.

(4) Razona muy atinadamente el influjo del Derecho romano, en el tecnicismo jurídico á que nos referimos, Di Bernardo, ob. cit., vol. II, lib. III, cap. II.

Derecho del Estado, en sentido amplísimo, corresponde al Derecho *público*—por supuesto, el *público interno*,—se impone una distinción», que para el autor es la base de la existencia de las dos ramas del Derecho público: el Derecho *constitucional* y el Derecho *administrativo* (1).

11.—Por mi parte, creo que conviene rectificar radicalmente la indicada génesis *jurídica* del Derecho administrativo, rompiendo de un modo resuelto en este punto con la tradición romana de la distinción del Derecho en *público* y *privado*.

Las razones filosóficas y de conveniencia jurídica que aconsejan tal rectificación y rompimiento, son las siguientes:

1.^a Es fundamental y base de todas las otras. *La distinción* generalmente admitida es una distinción *puramente histórica*: no responde á exigencias universales y permanentes; no entraña un criterio acomodable á todas las circunstancias, ni implica una esencial diferenciación del concepto del Derecho: sin duda expresa una diferencia que ha tenido y aun tiene realidad; pero no «puede originar una clasificación de las instituciones jurídicas (2)». Explícate su producción en el Derecho romano como consecuencia de la afirmación, dentro del Estado, del elemento *privado* con su propio Derecho, protector y regulador de sus intereses; pero de ahí no puede pasar, debiendo, además, tener en cuenta que la evolución, en el sentido de la desintegración jurídica de las relaciones sociales, no se detuvo en la que supone el des-

(1) Véase Orlando, ob. cit., págs. 16 y 17, y *Principii di Diritto costituzionale*, pág. 27.

(2) Giner, *Resumen de filosofía del Derecho*, pág. 240.

doblamiento de la vida en *pública* y *privada*, sino que continuó desintegrándose lo público, al constituirse las variadísimas esferas de la actividad social fuera é independientemente del Estado. Lo *público*, en el sentido romano, corresponde hoy más bien á lo *político*.

2.^a Lo *público* y lo *privado* no expresan dos esferas jurídicas, definidas y substancialmente distintas: el individuo, la familia, tienen vida *pública*, son elementos componentes del Estado político nacional, y sujetos de relaciones jurídico-públicas; y por su parte, el Estado tiene su vida *privada*, que se revela más ostensiblemente que en ninguna otra rama del Derecho en el administrativo (véase antes número 7). «Es un error, escribe el Sr. Giner, creer que hay un Derecho público que se refiere al Estado—social,—sus fines, su organización, etc., etc., y otro privado, que atiende al individuo y los suyos. Antes, el Estado tiene derechos de los que suelen estimarse como privados; verbigracia: el que le asiste en concepto de propietario, y el individuo, á su vez, posee interés privado aun en aquellas relaciones que más conciernen á los fines sociales; verbigracia: la remuneración de las funciones públicas, que no es más que una forma de propiedad (1)».

3.^a Tal división, en el concepto actual, arranca del supuesto erróneo de que el Derecho es la obra *objetiva* del Estado, como Gobierno, á quien deben someterse los individuos. El Derecho no es obra del Gobierno, sino de la persona (2), que en cuanto lo *vive* es Estado. El Estado, que

(1) Ob. cit., pág. 241.

(2) Véase en mi *Tratado de Derecho político*, tomo I, libros I y II.

como tal se considera por antonomasia—el nacional hoy,— es órgano del Derecho dentro de su esfera y abarca desde éste por igual, toda *su* actividad; pero fuera de él, hay con idéntico fundamento, todas las demás esferas de Derecho particular de las diferentes personalidades autónomas, en mayor ó menor medida, según las condiciones impuestas por la historia—la Iglesia, la Universidad libre, los Estados del tipo norte-americano, los cantones suizos, las diferentes Corporaciones locales, la familia y el individuo.

4.^a Además, la distinción que criticamos tiende á poner frente á frente dos términos, que no deben ser los *únicos* en las relaciones jurídicas transitivas, y que tampoco deben colocarse en oposición abierta: tales términos son el *individuo* y el *todo social* constituido en *Estado*. El principio orgánico que por do quiera se manifiesta rectificando esta oposición, no puede menos de oponerse á semejante distinción de la vida jurídica, en pública y privada, al afirmar de un lado que las relaciones entre el individuo y el Estado no deben ser de oposición, sino de cooperación, y al consignar la existencia de infinitos centros de vida personal colectiva, distinta de la vida individual y de la del Estado, y que son otros tantos sujetos de posibles relaciones jurídicas, ni públicas ni privadas, ó ambas cosas al propio tiempo.

5.^a Desde el punto de vista del análisis del Derecho, no hay dos sujetos esencialmente distintos de la relación jurídica: el uno superior—el *Estado*, con el interés *público*,— y el otro inferior—el *particular*, con el interés *privado*.— Hay un sujeto, que es la persona, la cual en el Derecho es siempre, como sujeto de la relación jurídica, idéntica: puede ser individual, social; y como social, puede ser política,

doméstica, religiosa; de primero, segundo ó ulteriores grados. Ahora bien: «en *toda* institución», ó mejor, en *toda* persona, «concurren los dos elementos» público y privado, «que no son, en suma, sino aspectos reales y opuestos de todo Derecho. Así, es Derecho privado el Derecho todo, en cuanto es propio de la personalidad substantiva é independiente de cada sér y referido á los fines de su vida; y es público, en cuanto atiende, por el contrario, á la subordinación y dependencia orgánica en que se encuentran colocadas todas esas personas entre sí con respecto al todo común de que son partes (1)».

6.^a El carácter de *público*, aplicado en su significado tradicional al Derecho del Estado, en oposición al Derecho privado de los particulares, entraña una sugestión perniciosísima, tanto en el Derecho político como en el Derecho administrativo. Esa sugestión es la que lleva á los tratadistas y á los políticos á conceptuar el Derecho público como un Derecho especial, como el Derecho del *todo*, del *Estado*, del soberano, que requiere y reviste formas, fuerza y medios autoritarios particularísimos. La naturaleza privilegiada que en muchos países tiene, á pesar del Derecho constitucional, la relación jurídico-pública, los actos de autoridad, los actos administrativos de mando, las manifestaciones potentes del Poder público, como Parlamento, como Ejecutivo, ó como Administración pública, proviene sin duda del influjo de esa sugestión. El funcionario *público*, cuando como tal obra, se reputa la mayoría de las veces como el órgano inmediato del interés supremo—*público*, *quod ad statum rei romani spectat; salus populi: acto de impe-*

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 240.

rio,—y por ende indiscutible é irresistible en sus mandatos, olvidando: 1.º, que el funcionario no es más que un representante del Estado; y 2.º, que la relación que el Estado entabla mediante el funcionario como relación jurídica, está *absolutamente* sometida, no sólo á la ley, sino, cuando no hay ley, esto es, cuando se trata de actos *discrecionales*, de *autoridad*, al *Derecho*, como principio universal.

12.—Ahora bien: según todo lo expuesto, la génesis del Derecho administrativo como Derecho, debe hacerse (véase en este capítulo, § 1.º), atendiendo á lo que realmente diferencia y define en la realidad, cada relación jurídica y cada orden homogéneo de relaciones jurídicas, á saber: al contenido de la relación considerado como fin; en otros términos, á *los fines de la personalidad*. No es necesario hacer aquí indagación especial á este efecto: queda hecha en su lugar oportuno. (Véase § 1.º, núms. 4 á 7.) El Derecho administrativo de que aquí tratamos (véase § 1.º, núm. 10) caracterízase como Derecho administrativo en general, por referirse á la ordenación racional de los fines que impone una buena administración, y estrictamente por referirse á la ordenación racional de la actividad administrativa del Estado, de donde se infiere que el Derecho administrativo es un Derecho relativo al Estado: en suma, es *Derecho político* (1). En su virtud, la *deducción* del Derecho administrativo en el sistema de las ramas jurídicas, sigue el carril lógico del Derecho político mismo; es, como él, un derecho *formal*, Derecho relativo al Estado, como orden de la vida social *total*, en las condiciones que este orden supone, por com-

(1) Véanse mis *Principios de Derecho político*. Introducción, cap. I.

prender en sí, desde el Derecho, todas las manifestaciones de la actividad racional contenidas en la entidad *política*; según advierte el Sr. Giner, es *Derecho para el fin jurídico* (1). No coincide, naturalmente, el Derecho administrativo, en sus límites *extensivos* ni en su *cualidad*, con el político. Éste es más amplio, es *todo* el Derecho del Estado, mientras el Derecho administrativo es una esfera del Derecho del Estado, la que implica el desarrollo de aquella actividad que la *Administración* supone; en suma, el Derecho administrativo es el *Derecho político especial de la función administrativa del Estado*.

13.—Por eso no dejan de tener razón los que opinan que es posible la exposición científica *simultánea* del Derecho político y del Derecho administrativo (2). Semejante procedimiento nada tendría de ilógico. El concepto de la Administración arranca, como puede verse en nuestra *Teoría del Estado* (3), de la teoría de sus funciones. Según este concepto, toda la constitución del Estado cae bajo la acción administrativa en el supuesto de su formación, conservación y perfeccionamiento: en su virtud, una exposición *completa* de la organización del Estado, implicaría la de la función administrativa; la idea acabada del organismo

(1) Giner y Calderón, ob. cit., págs. 242 y 333-344, especialmente § 132.

(2) Así opina entre nosotros el distinguido Catedrático de Derecho político y administrativo de la Universidad de Valencia, nuestro muy querido amigo D. Eduardo Soler, exponiendo en pro de su criterio muy atendibles razones, tales y tantas, que su indicación me ha movido á tratar el asunto con el detenimiento con que se trata en el texto.

(3) Véase lib. VI, cap. III, núm. 8.

del Poder ejecutivo, legislativo, judicial, del Jefe del Estado y demás, no resulta sin saber cómo el Estado *obra* para constituir, conservar, perfeccionar los *útiles* psico-físicos necesarios para sus fines.

14.—Pero si es lógico ese modo de exposición, que las circunstancias de la enseñanza, ó del desarrollo particular que el expositor se proponga, pueden recomendar, no es en modo alguno *ilógico* el procedimiento que en nuestros TRATADOS DE DERECHO POLÍTICO y de DERECHO ADMINISTRATIVO seguimos, esto es, el procedimiento en virtud del cual exponemos por separado, como rama *independiente* del Derecho *político*, el Derecho *administrativo*. Es preciso no dejarse dominar por las exigencias meramente formalistas y lógicas: las necesidades de la vida práctica y las condiciones circunstanciales, tienen su valor en la formación de las ciencias; valor que á veces, como en el presente caso, no debe en modo alguno despreciarse. Lo positivo es que la realidad histórica nos ofrece constituido con los caracteres de una disciplina independiente, cuyas raíces están sin duda en el Derecho político, al modo que las de éste están en otras ciencias—el Derecho, la Política, la Sociología,—y como organismo más ó menos específico de instituciones, el Derecho administrativo. En otros términos: la realidad nos ofrece, como objeto vivo y materia definida para el conocimiento, la Administración del Estado, con su aspecto jurídico; tal objeto, como Administración *del Estado*, puede, comprenderse en la Política—la ciencia del Estado por antonomasia;—considerado en su aspecto *jurídico*, puede comprenderse también en el *Derecho político*; pero, sin olvidar esto, no hay el más leve inconveniente en constituir con el objeto real de la Administración—que tiene su vida propia

dentro de la del Estado, y que implica un *concepto* particular,—la ciencia de la Administración, como tampoco le hay en constituir, con el *orden jurídico administrativo*, el contenido particular de una rama de Derecho: el Derecho administrativo.

Es preciso no imaginarse las *ciencias* como *encasillados*, como *círculos* de hierro, y la *Ciencia* como el conjunto de todos los encasillados ó la suma de dichos círculos. La *Ciencia* es la *realidad misma en la relación del conocimiento reflexivo*; toda la realidad es el objeto de la *Ciencia*: cada determinación de la realidad puede ser el objeto de un conocimiento reflexivo particular, y por ende objeto de ciencia. La substantividad de cada ciencia particular no depende de meras condiciones extrínsecas, sino de la realidad del *objeto* y de la verdad, *certeza*—por virtud de la reflexión—del conocimiento. Del propio modo que la *célula* es objeto de ciencia con la misma dignidad y justificación que el *organismo humano* ó el *astro*, así la relación jurídica más simple puede por sí misma constituir el objeto de la ciencia, de *su* ciencia, del propio modo que el Derecho, considerado en toda su plena y compleja realidad.

Precisamente esto, es decir, lo inagotable de la realidad, no sólo en su sentido extensivo, sino en el intensivo y en el de las infinitas combinaciones de su contenido, en sí y en la relación del conocimiento, explica la imposibilidad de reducir á términos lingüísticos fijos las ciencias particulares por razón del objeto; eso mismo, además, explica y justifica la existencia de la especialidad: al fin y al cabo, ésta es una consecuencia de la ley de división del trabajo; ley que, por último, debemos invocar para justificar la necesidad actual del estudio del *Derecho administrativo* co-

mo rama del Derecho político, sí, pero digna de un estudio particular y sistemático (1).

15.—Claro es que no desconocemos las dificultades de esta especialización, provenientes de lo indefinido del objeto mismo de la relación jurídico-administrativa en la realidad histórica; pero no importan tales dificultades para el intento de la sistematización científica del objeto de nuestro estudio. Desde luego anuncio que en este TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO habrá mucho *Derecho político*, sobre todo al exponer la estructura orgánica del Estado, que es el objeto de la función administrativa; pero previniéndolo ya al exponer las doctrinas filosóficas del Estado en su TEORÍA y en el DERECHO CONSTITUCIONAL, no se ha insistido con todo detenimiento en el estudio de la constitución total orgánica del Estado—estructura territorial y funcional del mismo,—que es á lo que principalmente se refiere la acción de la *Administración*.

(1) Aunque, partiendo de otro punto de vista, razona la *necesidad* de un estudio independiente del Derecho administrativo, distinto de las *demás ramas* del Derecho público (constitucional, penal, etc.): Goodnow, ob. cit., vol. I, págs. 9 á 14. El mismo autor señala diferencias, «más de grado que de objeto», entre el Derecho *constitucional* y el *administrativo*. Id., pág. 15.

CAPITULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—ENCICLOPEDIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1.—Las últimas consideraciones hechas al terminar la exposición del *concepto* del Derecho administrativo, deben servirnos de punto de partida para el estudio que ahora emprendemos.

Sentamos: 1.º, la posibilidad y conveniencia de una investigación especial del Derecho administrativo; y 2.º, la posibilidad y utilidad de una exposición ordenada de dicho Derecho, como rama *autónoma* en el sistema general de las ciencias jurídicas (1), lo cual *supone* la existencia de un orden en la realidad que es fuente objetiva del conocimiento del Derecho administrativo, y además *entraña la consecuencia* de la posibilidad de una ciencia de su objeto, ya que lo único que la ciencia pide es, de un lado, objeto real cognoscible, sujeto racional que conoce, relación de conocimiento

(1) No sólo debe hablarse de la *posibilidad* y *utilidad*, sino de la *necesidad* de esta construcción científica: así opina, razonando su aserto muy adecuadamente, el Sr. Letelier en su folleto *La ciencia del Derecho administrativo* (1894).