

rales remitidas por los agentes superiores á los inferiores; hemos dicho tambien que los actos de la administracion graciosa, llevan por su naturaleza el carácter de especialidad; ahora debemos hablar de instrucciones concernientes á un negocio especial, aun cuando este negocio sea contencioso.

En esta materia debe evitarse con cuidado, todo error y toda equivocacion, y á este efecto sentamos el siguiente principio, que procuraremos desarrollar: una *instruccion* concerniente á un negocio especial, no es una *decision*.

No puede haber duda alguna, cuando los términos mismos de la instruccion revelan el pensamiento del ministro. Prescribe en la instruccion el orden, brevedad y pasos que debe seguir un negocio que se halla en giro; ¿quién podría decir que tal instruccion decidía el negocio? Pero si el ministro se ha servido de las locuciones propias de las verdaderas decisiones; v. g., si en la instruccion ha dicho "decreta que &c., decide que &c." es preciso entonces examinar sobre qué materia, y en qué circunstancias ha recaído la pretendida decision. Si esta se versa sobre una materia para la que el ministro es incompetente, no es ni debe reputarse decision, sino simple remision del negocio al agente inferior para que le dé el giro que las leyes tengan determinado. Se hace una solicitud ante un agente de la administracion en relevacion del pago de derechos, el agente remite al ministro de hacienda la solicitud, y este *decide que*

no debe admitirse, y la devuelve al agente; si el ministro no es el que debe decidir sobre el pago de derechos, la materia no le compete, no hay decision, es una simple denegacion, y devolucion del negocio para que se determine por quien corresponda. Da instrucciones el ministro á uno de sus agentes sobre el alineamiento de una calle y *decreta que la línea se tire de tal manera*, no hay en tal instruccion *decision* alguna que impida ocurrir al tribunal correspondiente en demanda de la indemnizacion de la propiedad; esta materia no es de la competencia del ministro.

Para conocer, pues, el verdadero carácter de la instruccion ministerial, que nunca debe suponerse con el vicio de incompetencia, es preciso observar si el acto del ministro puede ser un obstáculo que impida seguir el negocio por la via legal, sea ante los tribunales judiciales, ó ante los administrativos. Si no presenta ningun obstáculo, esto solo basta para conocer que no puede interponerse contra el acto administrativo el recurso contencioso, no solo porque entonces no hay ningun derecho herido, sino porque el indicado recurso es absolutamente inútil, puesto que la decision ministerial deja expedita la via legal judicial ó administrativa ante los tribunales correspondientes. Una vez interpuesto el recurso aun quedaria el arbitrio al tribunal administrativo de pedir informe al ministro, sobre el mérito del recurso, y sus observaciones determinarían el carácter del acto administrativo reclama-

mado, que si fuere de una simple instruccion daria por resultado la inadmission del recurso; así como por el contrario, se admitiria por abuso de poder, si se hubiese decidido sobre materia que no sea de la competencia ministerial.

Estos principios aunque se refieren mas particularmente á las instrucciones, pueden aplicarse tambien á cualesquiera actos administrativos, que bajo la apariencia de decisiones, no son sino simples autorizaciones, ó negativas á reconocer pretendidos derechos de los particulares.

El decreto del ministro de hacienda, en que rechaza el reclamo de un deudor de contribuciones contra el cual se ha proveido un auto de embargo, no debe considerarse sino como una autorizacion á los agentes del fisco para que continúen la via ejecutiva ante los tribunales pero sin perjudicar en nada los derechos del deudor. El acto del ministro no puede ser objeto de un recurso contencioso.

Segun los principios de la buena administracion, no solo debe haber un consejo de estado cerca del poder ejecutivo que lo ilustre, prepare las resoluciones de los negocios, y conserve las tradiciones administrativas, sino que por el comun interés de las grandes divisiones del territorio, deben colocarse al lado de los agentes que las presidan consejos particulares compuestos de ciudadanos que conozcan los intereses de aquellas demarcaciones. La ley debe autorizar á estos consejos para que juzguen y decidan los negocios administrativos, y

tambien puede determinar que los agentes de la administracion no resuelvan ciertos negocios sin oír el dictámen de sus respectivos consejos.

En tales casos, los dictámenes de los consejos no obligan á la administracion, ni perjudican en nada los derechos de las partes, y por lo mismo no pueden considerarse sino como actos de la administracion graciosa, contra los cuales no puede hacerse valer el recurso contencioso. Mas si el consejo á mas de la facultad de consultar tuviere la de decidir, y en un negocio en que solo fuera competente para dictaminar decidiera; ó en el que debiera decidir, dictaminara, habria en ambos casos un exceso de poder manifiesto, y el recurso seria admisible.

Sin embargo, antes de atacar la resolucion del consejo dada ilegalmente en la forma de decision ó decreto, es preciso examinar con cuidado la parte dispositiva, porque si de sus términos aparece que el consejo no ha querido dar sino un dictámen, el recurso se deberá declarar inadmisibile. Y lo mismo sucederá en el caso que el decreto no haya sido notificado, ó que en ningun caso pueda causar perjuicio alguno á la parte que reclama.

Hay en el derecho administrativo, como en el civil, ciertos actos provisionales, ciertas medidas precautorias, que aunque concernientes á un derecho primitivo ó adquirido, no prejuzgan en nada la decision principal que haya de tomarse acerca de ellos. La administracion está autorizada para ha-

cer que sin recurso, ni demora, se ejecuten inmediatamente ciertos actos que interesan al orden público ó á la seguridad de todos. La órden del respectivo agente de la administracion que manda cegar un foso abierto en un camino público, ó la disposicion para que se dé corriente á aguas estancadas, que despiden miasmas pestilenciales, son medidas que se ejecutan con urgencia, su carácter es provisorio, nada prejuzgan, ni impiden que las cuestiones de propiedad, indemnizacion, ó contravencion sean ventiladas ante quien corresponda, ni contra ellas se admite recurso contencioso.

Un taller que acaba de ser destruido por una explosion, comienza á reedificarse, y el agente de la administracion temiendo que el taller sea peligroso, suspende la obra, mientras se examina el negocio. Esta decision es provisional, y no puede atacarse por la via contenciosa. Lo mismo sucede con todas las medidas provisionales y de urgencia que puede ecsigir la vigilancia que debe tenerse sobre el laborío de las minas.

Hay ciertas decisiones administrativas, de otro género, completamente inofensivas, preparatorias, y de precaucion, que tampoco admiten recurso. Tiene un particular que demandar á un ayuntamiento el pago de una cantidad que le está debiendo, y la administracion manda que se procure que el acreedor entre en convenio con el ayuntamiento; el propietario de un canal hace una reclamacion con motivo de otro que se proyecta y el

gobierno antes de decidir, manda hacer un reconocimiento del terreno en que deba abrirse el nuevo canal; el ministro de hacienda ordena que se retenga la suma debida á un empresario de obras públicas, hasta que se liquide su cuenta; son todas estas disposiciones puramente preparatorias que no ofenden ningun derecho, y que no pueden ser reclamadas por la via contenciosa.

Tampoco pueden serlo las notificaciones que manda hacer del dictámen de una comision el ministro de hacienda, ni las órdenes por las cuales los agentes de la administracion mandan cumplir los decretos ó resoluciones del gobierno.

Si las decisiones de gracia no admiten recurso, menos lo admiten los actos de instruccion que les preceden. Se llaman actos de instruccion graciosos, aquellos que tienen por objeto ilustrar la materia de gracia de que se trata antes de llegar á su decision. En general los actos de instruccion sobre cualquiera materia no dan lugar al recurso, cuando nada prejuzgan, y es por lo mismo evidente que menos pueden admitirse si la materia es de gracia. El poder administrativo tiene indudablemente derecho de instruirse y como estos actos en nada perjudican á la cuestion principal, no se da contra ellos el recurso.

Consulta la administracion al consejo, antes de resolver sobre una concesion; para determinar acerca de otra se pide informe á alguna oficina; se forma el proyecto de reglamento sobre las aguas,

y aun no se autoriza; se manda hacer el reconocimiento por peritos de alguna cosa, que se propone en cambio por otra del Estado; en todos estos actos y otros semejantes que se dirigen únicamente á ilustrar el asunto, no puede permitirse el recurso, y esto es tan claro, que seria por demas detenernos en esta materia. Pasemos á hablar de las excepciones.

En la leccion 5.<sup>a</sup> expusimos en general, la doctrina acerca de las excepciones; ahora hacemos aplicacion de los principios á los objetos propios de la administracion voluntaria ó de gracia. Es la excepcion en tales asuntos la declaracion que hace la ley de que es de gracia, una materia que por su naturaleza es contenciosa. Tal negocio, segun los principios que la ciencia establece, pertenece al dominio de la administracion contenciosa y debiera por lo mismo tener un recurso; pero el legislador ha concedido á la autoridad administrativa un derecho absoluto para decidirlo sin recurso, ni discusion, el negocio habrá pasado de la clase de contencioso á la de gracioso, sin mas razon que la de Estado, y la voluntad de la ley, que habrá establecido una excepcion. Toda excepcion, es pues, una disposicion de la ley contraria á los principios de la doctrina.

Y puede ser dos maneras, absoluta ó relativa: excepcion absoluta es la que la ley establece con anterioridad á todo hecho especial, y se versa particularmente acerca de los actos que ejerce el eje-

cutivo por encargo del legislativo; y relativa la que la ley declara con relacion á hechos especiales, pero siempre en una posicion determinada de antemano por el legislador. El desarrollo de esta doctrina la aclarará suficientemente.

En la excepcion absoluta, el poder se encuentra armado de un derecho preexistente para decidir sin discusion alguna llegado el caso que debiera dar lugar á ello. Esto se advierte en el poder de policia.

El poder de policia administrativa, que tiene por objeto velar por la salud y seguridad públicas, se extiende sobre todos los ciudadanos, no hay poder que toque mas de cerca, ni con mas frecuencia los derechos de los particulares, él restringe la libertad de la industria fijando el modo con que debe ejercerse y estableciendo los requisitos que juzga necesarios; él limita la libertad personal de traslacion exigiendo pasaportes para pasar de un punto á otro; él hiere los derechos de propiedad, imponiendo á los propietarios la servidumbre de limpiar, de no levantar mas alto, de recibir en las paredes tubos que conduzcan la agua de las fuentes, &c., &c., y sin embargo las órdenes relativas á estos objetos, no admiten contradiccion, ni recurso. Si lo admitieran, la policia no seria posible. Estas órdenes se juzgan emanar del legislador mismo, por cuanto ó tienden á ejecutar las leyes, ó son actos para los que expresamente está autorizado el ejecutivo. Son otras tantas excepciones ab-

solutas, establecidas con anterioridad á los hechos especiales, y que miran á objetos determinados por la ley, ó por el ejecutivo, mediante autorizacion.

Todavía es mas enérgico el poder administrativo y hiere mas directamente el derecho de propiedad, cuando en caso de incendio y á pesar de las súplicas del propietario manda derribar una casa para cortar el fuego; cuando es demolida otra que amenaza ruina; cuando ordena un terraplen para evitar un hundimiento, ó levantar un dique para impedir una inundacion, ó cuando para evitar que se oculten los ladrones manda desmontar los lados del camino. En todos estos casos, y otros semejantes, el recurso contencioso no es permitido, y por lo comun seria ilusorio, porque en tales ocasiones, el poder público es auxiliado por la fuerza armada, y debe serlo por todos los buenos ciudadanos, á fin de evitar las desgracias y disminuir los males generales, que se temen. Aunque se hieran los derechos, las reclamaciones son inadmisibles, porque la ley ha debido excluir estas materias de policía de la regla que permite el recurso, para discutir un derecho, que debe sacrificarse á la salvacion comun.

Estos actos de destruccion necesaria no prejuzgan de ninguna manera las cuestiones de propiedad, é indemnizaciones que deben ventilarse ante los tribunales correspondientes y si la administracion se excediere en ellos traspasando los límites de su poder la parte perjudicada tendria expedito

su derecho para ocurrir á los tribunales civiles, por daños, é intereses contra el funcionario responsable.

Segun las leyes de Partida el derribar un edificio que amenaza ruina no es un acto administrativo, sino la obra de un juicio sumarísimo, de que debe conocer el *juez* del lugar, quien con vista de ojos, y previa informacion de peritos, manda que se derribe si no admite reparo (1).

Mas volviendo á las excepciones absolutas del derecho administrativo, las leyes, órdenes y decretos que declaran la utilidad pública de tal proyecto, para que pueda verificarse la expropiacion; el decreto que declara navegable á un rio, ó fija la amplitud de los caminos, presentan todos los caracteres de lo contencioso administrativo y no pueden sin embargo dar lugar al recurso. La ley debe así determinarlo para que la administracion pública pueda ser libre y expedita. Si la ley confia al poder ejecutivo el que designe los lugares en que se haya de plantar el tabaco, ó arregle la manera y condiciones con que debe hacerse la explotacion de la sal, y de los minerales, el recurso no es posible contra los actos de la administracion en uso de estas facultades. Ellas son legislativas y no han sido acordadas al ejecutivo sino con la misma condicion inherente á las leyes, la de no poder ser atacadas.

(1) Ley 10, tit. 32, p. 3.<sup>o</sup>

La ley es igualmente la que debe pronunciar la excepcion relativa, en consideracion al interés general, pero es para una posicion determinada, ó para un hecho especial, en el que la utilidad pública exige el sacrificio de los derechos individuales.

En varias posiciones determinadas antes por la ley podemos observar esta clase de excepciones con relacion á hechos particulares. En el poder de policía reglamentando la industria hemos visto una excepcion absoluta, pues en los actos de este mismo poder estableciendo especiales restricciones á la imprenta, á la farmacia, á los teatros, y descendiendo hasta las panaderías y tocinerías, veremos otras tantas excepciones relativas. Es preciso sin embargo no confundir el acto administrativo que arregla un ramo de industria, con el acto de ejecucion que hiere un derecho individual, aquel por excepcion no podria ser atacado; contra este queda abierto el recurso contencioso.

Así, si no se permite á un individuo determinado el ejercicio de su industria de panadero; si á otro se le retira el permiso que para ejercerla se le habia concedido; si los panaderos tienen que quejarse contra la tasa impuesta al pan; si á un empresario del teatro que ha cumplido con las condiciones que se le impusieron, se le retira la concesion; todos los ofendidos en estos especiales casos de ejecucion, deben tener abierto el recurso contra las decisiones que perjudican su derecho.

Excepciones relativas son tambien las que las leyes deben establecer con respecto á las contribuciones. Todo lo que concierne á las contribuciones afecta nuestra propiedad moviliaria. El resultado de un impuesto es el pago de una suma de dinero. La materia, es pues, segun los principios de la ciencia esencialmente contenciosa, y cada acto de los que tienden al arreglo de la contribucion debiera ser contencioso. El interés comun exige que no lo sea, y la ley debe establecer la excepcion. Contra la imposicion de contribuciones, á las diversas demarcaciones del territorio, no hay recurso. Mas no debe confundirse la imposicion de las contribuciones, con la designacion de la cuota á cada contribuyente, este podrá reclamar por la via contenciosa, cuando no sea justa ni proporcionada.

Si se trata de las operaciones indispensables para el catastro, que en último resultado todas se dirigen á hacer las clasificaciones de los propietarios, para que contribuyan segun sus clases, la clasificacion en que alguno se coloque es el único acto que puede reclamarse; todos los demas, son de la administracion activa de gracia.

El establecimiento de cementerios y su traslacion, afecta muy inmediatamente el derecho de propiedad, por las servidumbres onerosas para los dueños de las propiedades vecinas. La administracion debe fijar la distancia que debe mediar entre el cementerio y los edificios, y en consecuencia prohibir que en esa distancia se edifique, ó que se

repare lo edificado, y mandar que se cierren los pozos que haya abiertos. El recurso parecería necesario, según los principios, contra todos estos actos. La ley sin embargo por el interés de la salubridad pública, debe establecer una excepción.

Cualesquiera que sean las formas que se adopten para la expropiación por causa de utilidad pública, todos los actos administrativos que acerca de ella se versen debieran sufrir el recurso. Mas la misma causa que obliga á hacer la expropiación exige que la ley *exceptue* todos estos actos de ser atacados por la vía contenciosa.

Al hablar de las concesiones de terrenos pantanosos, dijimos nos volveríamos á ocupar de esta materia en la de excepciones. Como tal es necesario considerar la facultad que debe tener la administración para conceder la desecación, pues ya tenemos dicho que respecto del dueño del terreno era una verdadera expropiación parcial, debiendo pues la autoridad judicial conocer de aquellos casos en que se afecta el derecho de propiedad, es preciso, para que la administración no se embarace, que la ley determine como una excepción el que la autoridad administrativa ordene la desecación de un pantano.

La defensa del territorio nacional impone dobles sacrificios á los ciudadanos. La recluta del ejército grava á sus personas, y las construcciones de las plazas de guerra grava á sus bienes con onerosas contribuciones. Según los principios, el

recurso estaría abierto siempre que se tratase de una cuestión sobre la recluta. La ley debe establecer la excepción relativa para que estos actos se practiquen libremente siempre que en ellos no haya ni exceso, ni abuso de poder. En cuanto á las plazas de guerra un alto interés político se opone á que el interés particular *discuta* la conveniencia de la situación, ó de la extensión de la plaza. Los medios de ejecución, el deslinde, podrá dar lugar á una discusión contenciosa; mas el acto que declara á la plaza como de guerra, y que impone por consecuencia á los terrenos vecinos la servidumbre *non aedificandi*, no debe admitir recurso alguno.

En la importante materia de los trabajos públicos la ley debe establecer como excepción muy útil, la relativa á la extracción de materiales de los terrenos vecinos para las obras de utilidad general. El derecho de los propietarios en tales casos debe quedar reducido á una indemnización, cuyo debate si se ofreciere, para fijar la cantidad, debe tenerse ante los tribunales administrativos. La ley de 24 de Septiembre de 1842 expedida por el gobierno provisional, reconoció estos principios, mandando en el artículo 18.º que los materiales brutos que fuesen necesarios para construcción, reparación ó conservación de los caminos, aunque se hallasen abajo de la superficie del terreno, podrian tomarse de las cercanías de los caminos, *sin que pudieran oponerse los dueños de ellas pagándoles su*

*valor*; y que si los dueños no se conviniesen con la indemnizacion que el inspector del camino les ofreciere, se valuasen por peritos en la forma ordinaria, para que en el acto les fueran pagados.

Los reconocimientos que preceden á los grandes trabajos, como canales, ferro-carriles, &c.; las buscas para descubrir las minas, los trabajos hidráulicos para saber si es posible la desecacion de un pantano, son otros tantos casos de excepciones que la ley debe establecer para que los propietarios no tengan recurso contra los permisos administrativos, ni otro derecho que el de una justa indemnizacion.

Pueden los vecinos de los caminos públicos ser gravados por la ley con la servidumbre de plantar árboles, á los lados del camino, aunque á la verdad esta servidumbre sea muy poco onerosa, si se deja como debe dejarse la propiedad de los árboles plantados, al dueño del suelo; pueden los propietarios de las riberas de los rios flotables, ser obligados por la ley, salva la indemnizacion, á permitir se amontone sobre sus propiedades la leña que debe trasportarse para el consumo de las poblaciones; pueden los dueños de los edificios situados á uno y otro lado de la línea trazada por un plan general de alineamiento de las calles, ser gravados con la mas onerosa de las servidumbres, que consiste en no hacer nada que pueda consolidar, ó reforzar los edificios que al fin han de venir abajo para dar á la calle la amplitud designada; pueden

los propietarios de las riberas del rio ser perjudicados en los derechos que para el goce del agua tengan entre sí convenidos, por el reglamento que la distribuye, ó por la órden en que se disponga la limpia del rio no navegable ni flotable á costa de los que disfrutan de sus aguas, aunque los gravados por el reglamento tengan derecho á que se les indemnice por los que resulten beneficiados, y en el caso de la limpia puedan entablar el recurso contencioso por razon de la cuota que á cada uno se le haya asignado, pues en todos estos casos y otros semejantes, por mas que se afecte el derecho de propiedad, es preciso que la ley establezca una excepcion á fin de que los actos de la administracion se consideren como de gracia para evitar toda discusion perjudicial á los intereses comunes.

Por último, las demandas en que se solicita la autorizacion para poder perseguir en juicio á los funcionarios del órden administrativo tienen todos los caracteres de lo contencioso; y sin embargo, por el mejor órden administrativo la ley puede determinar que tales demandas sean del resorte de la administracion graciosa.

Al concluir las observaciones relativas á las facultades de la administracion graciosa, debemos reproducir la que hicimos hablando del poder ejecutivo puro. Todos los actos administrativos aun cuando sean de gracia, están sujetos á la responsabilidad ministerial; si el órden y el bien público

están interesados en que en ciertas materias no se pongan trabas á la administracion con debates y recursos, no lo están menos en que los agentes supremos del poder cumplan todos con sus respectivas obligaciones, y respondan de su conducta ante las cámaras que harán reparar las injusticias que cometan.

Bajo la misma responsabilidad se encuentran colocados los actos de la administracion contenciosa, cuyos caracteres y atribuciones harán el objeto de vuestra atencion en las siguientes lecciones.

HE DICHO.



LECCION OCTAVA.

Administracion contenciosa.—Observaciones generales.—Fórmula que comprende el carácter distintivo de lo contencioso administrativo.—Necesidad de la jurisdiccion administrativa.—Naturaleza de lo contencioso.—Actos contenciosos relativos á los derechos inherentes á la cualidad de propietario.—Derechos personales simples.—Derechos políticos.—Derechos adquiridos: honoríficos y lucrativos.—Puramente honoríficos.—Personales.—Reales.—Aplicacion de la fórmula de lo contencioso á las obras de utilidad pública.—A los ajustes sobre provisiones.—Al tesoro público.—A la policia, agricultura, comercio é industria.—Ejercicio de los derechos políticos.

SEÑORES:

Se ha repetido con frecuencia que lo *contencioso* era todo el derecho administrativo. Este pensamiento es exacto, si con él quiere darse á entender que sabiéndose en cuáles casos es una materia contenciosa, se sabe en cuáles no lo es; mas nó lo seria, si con él quisiera hacerse creer que basta saber lo contencioso para saber todo el derecho administra-