

las constantes reformas del régimen penitenciario...; pudiéramos decir que con todas las instituciones cuya adopción reclaman los penalistas de las más distintas y aun opuestas procedencias científicas, y que poco á poco van penetrando en los Códigos de los países civilizados.

Claro está que la sustitución de que se habla no puede hacerse de un modo brusco, porque las reformas y los cambios verificados de esta manera no son viables; pero lo que nadie puede poner en duda, con sólo fijarse un poco en la historia de la penalidad, singularmente en la de este siglo, es que el cambio se ha venido realizando evolutiva y lentamente, que se está realizando con gran fuerza en nuestros días, ante nuestros mismos ojos, y que es lícito confiar en que continuará realizándose en lo sucesivo hasta que no se hable más de la pena como castigo (lo mismo que no se castiga ya á los locos, como en tiempos pasados), sino de la pena (si se quiere conservar el nombre) como medio de prevención; ni de determinación del cuánto de expiación, de retribución, que corresponden, por exigencia abstracta del *derecho*, al autor, sea quien quiera, de cada delito, por el solo hecho de haberlo realizado libremente, sino de aplicación á aquel del medio tutelar que deba aplicársele, por reclamarlo así la *realidad social*. Si este momento llega, como creemos que llegará, la cuestión que hoy se debate con tanto interés, acerca de las relaciones entre el derecho penal y la sociología, sobre todo la sociología que se dice criminal, habrá perdido todo su sentido.

PEDRO DORADO,

Catedrático de la Universidad de Salamanca.

SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Singular fenómeno presenta la razón humana. En su deseo de alcanzar la verdad, analiza, investiga, descubre leyes y establece teorías; pero cuando quiere profundizar, no puede conocer la esencia de las cosas; y nosotros, que la seguimos en su análisis é investigaciones, que aceptamos sus leyes y que nos complacemos en sus teorías, también como ella, no pasamos de la corteza y tratamos de las cosas sin saber lo que son. Las ciencias jurídicas y las políticas presentan casos numerosísimos de esta ignorancia; vivimos en el Estado, perpetuamente discutimos sobre el mismo, y no sabemos qué es el Estado; con la pluma y con la espada se ha peleado por la soberanía, y todavía no hay opinión fija sobre este poder; ¿qué más? La jurisprudencia secular se dedicó á perfeccionar y pulir el orden jurídico, y hoy se remueve la base de este orden, intentando probar que el trabajo antiguo ha sido perdido. Triste consuelo presenta Fiore al indicarnos que en otras ciencias sucede cosa análoga, pues consolarse de males propios, porque también existen en los extraños, no es cosa de discretos: mejor es reconocer humildemente esta ignorancia, y puesto que la razón se nos ha dado para razonar, ponerla constantemente en ejer-

cicio para conocer más y mejor todas aquellas cosas que no ha vedado Dios á la vista del hombre.

En las ciencias políticas, habrá pocas cuestiones tan necesitadas de este razonamiento como el concepto del Derecho administrativo, y por ello, vamos á sentar algunas indicaciones sobre el mismo. Partiremos de los datos que nos ofrece la etimología y acepciones de la palabra; expondremos después los conceptos sentados por los autores; la crítica de los mismos, así como los hechos, las teorías y las leyes, nos indicarán la necesidad de tomar nuevo rumbo para fijar este concepto, y como conclusión, lo delinearemos dentro del rumbo señalado.

I.

Las palabras *administración*, *administrador*, *administrativo*, y otras análogas, proceden de la voz latina *administrare*, compuesta del prefijo *ad*, del sustantivo *manus* y del verbo *trahere*, que unidos significan *á mano traer*; el verbo *trahere* hace *tractum*, y de aquí salió la terminación del sustantivo *administrator*; el mismo origen tiene ministro.¹

Minister, origen de *ministro*, significa criado, siervo, gobernador, el que sirve los sacrificios;² *administrador* se dice al que ministra, maneja, sirve, provee, necesita actividad y ejerce un cargo;³ y *administrato*, en latín, significaba ayudar, asistir, servir y gobernar; usándola Livio, por hacer ó dirigir; Cicerón, por capitanear y mandar, y César, simplemente por ejecutar.⁴

Las notas culminantes de todas estas palabras son la de *ejecución y obra* y la de *servicio para un fin*, notas que unidas dan la de servir, ejecutar ú obrar para un fin; y como resulta una

¹ R. Barcia, *Dic. de Sinónimos*.

² *Nuevo Dic. Latino Esp. Etimol.*, R. Miguel, 5.^a edic., 1872.

³ R. Barcia, obra citada.

⁴ R. Miguel, obra citada.

idea universal, aplicable á tantas personas y á tantos fines, la palabra *administración* se usa con frecuencia en todas sus derivaciones, para significar ideas de servicio ó sus correlativas; y ha sido tan amplia y tan extensa su aplicación á objetos idénticos en los pueblos de Europa desde los tiempos más antiguos, que en todos ellos encontramos comprobantes de esta verdad; de modo que vemos indistintamente empleada la palabra *administración* para expresar objetos materiales de servicio, el manejo y dirección de los negocios de otros, el desempeño de oficios y cargos privados, y por último, el régimen, gobierno y gestión de las magistraturas, funciones y deberes públicos, entre los que se comprende los varios ramos que aislada ó colectivamente constituyen el servicio ó Administración del Estado. Así lo entendía D. Sebastián de Covarrubias (*Tesoro de la lengua castellana*), cuando reasumió en el acto de administrar el de "beneficiar ó tratar, hacienda, persona ó república."¹

De lo expuesto se deduce no es lícito afirmar "que la administración no se refiere á la ordenación de la vida en sí misma, sino más bien á poner en disposición adecuada, los medios por virtud de los cuales aquella ordenación se consigne y reina;"² pues tal palabra se refiere á la actividad y función total del sér de que se trata y en el aspecto de que se le trata, ya sea de fines, ya de medios. Lo que sucede es que, como la palabra administración puede tomarse en varias acepciones, "se ha ido rebajando ó elevando y ennobleciendo con proporción á la mayor ó menor importancia y superioridad de los servicios á que se ha consagrado, y por una contraposición natural entre las razones de etimología y las ideas que á primera vista se forman de las cosas, ha sucedido que se ha dado el mismo nombre al que sirve diversas clases de cargos y oficios, ya superiores ó inferiores, ya privados, ya públicos, y que, como estos últimos, no pueden desempeñarse sin ejercer funcio-

¹ Arrazola, *Encic. jur. de Der y Admin.*, 1878.

² Posada. *La Administración y la organización administrativa*, pág. 32.

nes de mando, de gobierno, de justicia y otras semejantes, resulta que los servidores, Ministros ó Administradores del Estado, lo hacen ejerciendo las atribuciones más nobles;" por lo que "mandan los que *sirven* en la sociedad, y la distinción é importancia del servicio, les da el carácter y consideración que no puede menos de atribuirse á los que merecen la confianza y están adornados de la rectitud, inteligencia y demás cualidades que son necesarias para desempeñarlo."¹

Lo que resulta, además de lícito, necesario, es distinguir, entre las numerosas acepciones de la palabra "administración," las dos siguientes, en las que se refunden todas las demás: 1.^a, *acepción estricta*, que considerada la administración como acción parcial y subordinada de la actividad, simple ordenación y procuración de medios, gestión secundaria en la importancia, limitada en la extensión, y ejercida por personas que son auxiliares de otros funcionarios más altos é importantes; acepción que revela en las frases "Administrador de una casa ó Sociedad," "Cuerpo administrativo del Ejército;" y 2.^a, *acepción lata*, para la cual es la administración, orden de actividad referente á fines, oficio excelente y principal, ejercicio de las funciones más importantes del ser que se trata; en suma, toda la actividad puesta en ejercicio para el fin, según indican las frases "Administración de justicia," "Administración de un sacramento" y otras análogas. Siendo aplicable esta doble acepción á la Administración del Estado, resultará que la actividad administrativa de éste puede considerarse en dos sentidos: 1.^o como actividad parcial y limitada, parte de actividad ó determinación de actividad; 2.^o como actividad total del Estado, toda la que éste ejercita para cumplir su fin; y en efecto, estudiados con el debido detenimiento los diferentes conceptos que del Derecho administrativo dan los autores, se encuentran en ellos una de estas dos ideas.

¹ Arrazola, obra citada.

II

Al exponer los diversos conceptos de los autores, prescindiremos de discutir la opinión de aquellos que pasan sobre esta cuestión como si no existiera, ó la resuelven de un modo tan indeterminado, que es como si no la resolvieran. Tal sucede á Dufour¹ que según advierte Orlando,² comienza hablando del Jefe del Estado como órgano de la Administración, sin investigar qué sea ésta; tal sucede á los escritores franceses Ducrok,³ Batbié⁴ y al italiano Gioannis Gianquinto,⁵ citados también por Orlando,⁶ al reducir el Derecho administrativo al comercio y glosa de las leyes administrativas; tal sucede á Maurice Bloch,⁷ cuando escribe que el Derecho administrativo trata "de la relación del ciudadano con el servicio público y viceversa," y á Lafferrière,⁸ que lo hace consistir en la organización del servicio público; ó conjunto de relaciones entre los individuos y la administración para la ejecución del servicio público; y tal sucede, por fin, á los autores españoles, que no penetraron más que los extranjeros, y definen el Derecho administrativo "el que se ocupa de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, el gobernante y los gobernados." En efecto; si es anti-científico entran en el Derecho administrativo, dando por sentado el concepto del mismo,—que tantas controversias suscita,—no acusa gran lógica el reducirlo al comentario de las leyes administrativas, pues, como advierte Posada,⁹ "falta el criterio para discernir las leyes administrativas de las que no lo son;" y en cuanto á las ideas "servicio público" y

¹ *Traité general de Droit administratif appliqué*, 1854.

² *Principii di Diritto Amministrativo*; 1892, pág. 10.

³ *Cours de Droit administratif*, 6.^e ed., Paris, 1881.

⁴ *Cours de Droit pub.*

⁵ *Corso di Diritto pubblico amministrativo*; Firenze, 1881.

⁶ Obra citada, pág. 11.

⁷ *Dictionnaire de l'Acad.*, *loc. Droit administratif*.

⁸ *Droit pub. adm.*, 5.^e ed., pág. 378.

⁹ *La Administración y el Derecho administrativo*, pág. 30.

“relación entre gobernantes y gobernados,” se necesita analizarlas previamente, pues son tan amplias, y en especial la última, que comprenden no ya la relación administrativa, sino la política, y aun toda relación jurídica. En tales autores no hay, propiamente, concepto del Derecho administrativo.

Los escritores que se preocupan de este concepto y lo discuten, pueden dividirse en dos grandes grupos, señalados por desarrollar en forma científica una de las dos acepciones que hemos indicado más arriba: en efecto; unos entienden por Derecho administrativo el que se ocupa de *parte* de la actividad del Estado, y otros sostienen que *toda* la actividad de este ser es el objeto de esta ciencia. Los examinaremos por este orden.

Entre los autores que conciben la actividad administrativa como parte de la actividad del Estado, hay disparidad de criterios para señalar esta parte y diferenciarla de las demás; esta disparidad produce diversos conceptos del Derecho administrativo.

Hay, en primer lugar, escritores que fijan el concepto del Derecho administrativo oponiéndolo al del Derecho político, y diciendo que éste se ocupa de lo fundamental en el Estado, de lo sustantivo y principal, quedando bajo el dominio de aquel lo variable, secundario y adjetivo. Persico¹ ve entre ellos relación semejante á la que existe en el orden privado entre el derecho civil y el procedimiento, en lo cual sigue á Rossi² cuando concluye la exposición de las relaciones entre uno y otro derecho, diciendo el derecho constitucional y el Derecho administrativo se encuentran en una relación muy análoga á la que existe entre el derecho, propiamente dicho, y el procedimiento; y Colmeiro, Ferrán y Vico, cuando nos dicen que el derecho político es el antecedente y el administrativo la consecuencia; que uno es el principio fundamental y otro el desarrollo de este principio, vienen á sostener la misma doctrina. Mas afirmar que el Derecho político es sustantivo y el admi-

¹ *Principii di Diritto amministrativo*; 3.^a ed., Nápoles, 1882.

² *Cours de Droit constitutionnel*.

nistrativo adjetivo, es desconocer que tanto un derecho como otro, tienen parte sustantiva y adjetiva, como lo atestigua el lenguaje hablándonos de leyes y procedimientos políticos y de leyes y procedimientos administrativos; ni aun por analogía puede servir esta idea para explicar las relaciones de ambas ciencias; y si Coutuzzi¹ califica la afirmación de Rossi de “simple metáfora,” debemos añadir que es metáfora inaplicable y poco afortunada. Hablar, como los autores españoles, de parte principal y secundaria, de principio y consecuencia, de antecedente y consiguiente, equivale á colocar en teoría en lugar secundario al Derecho administrativo, que luego en la práctica abraza la vida entera del Estado, y á elegir, como criterio diferencial, nociones generalísimas y vagas necesitadas de precisión; por ello quedan sin fijar los límites de ambas ciencias; porque ¿cuál será lo fundamental y cuál lo secundario? ¿Qué se entiende por principio y qué por consecuencia? ¿Hasta dónde llega el antecedente y comienza la consecuencia ó aplicación del mismo?

La segunda opinión, que es la más generalizada, reduce el Derecho administrativo al conjunto de reglas ó principios que se ocupan del Poder Ejecutivo; es la opinión sostenida por gran parte de los escritores franceses é italianos, y la que siguen muchos autores españoles. Meucci,² Ducroq,³ Gioannis Gianquinto,⁴ W. Belime,⁵ Contuzzi,⁶ Santamaría,⁷ Azcárate⁸ y tantos otros, entienden por derecho administrativo el estudio del Poder ejecutivo, que consideran en sí, en relación con los demás Poderes, y en su acción y desenvolvimiento: para estos autores, separada la actividad legislativa y la judicial, y se-

¹ *Tratato di Diritto costituzionale*, Torino, 1895, pág. 99, nota.

² *Instituzioni di diritto amministrativo*.

³ Obra citada.

⁴ Obra citada.

⁵ *Philosophie du Droit*. París, 1856, pág. 369.

⁶ Obra citada.

⁷ Curso de Derecho administrativo.

⁸ Discurso del Ateneo.

gún algunos la moderadora, todo lo restante queda bajo el dominio del Derecho administrativo. Tal opinión resulta clara y definida, como afirma P. Pujol en el prólogo de la obra de Santamaría; pero no por ser clara y definida es verdadera.

En primer lugar, como dice Orlando, toma como característica de la ciencia la noción del Poder Ejecutivo, que es vaga en su expresión y en su contenido, y susceptible de ampliación ó restricciones que alteran de un modo notable su extensión. En segundo lugar, siendo el Poder ejecutivo parte del Estado, una de sus funciones ó poderes, su ciencia no será distinta de la del Estado; el Derecho administrativo es un mero capítulo del Derecho político, sin adquirir independencia y sustantividad como ciencia, á no conferirla el carácter de tal por sus *numerosas* disposiciones,¹ en cuyo caso se distinguen las ciencias por *cantidad* y no por *calidad*; con tal criterio sería fácil encontrar, dentro del Derecho administrativo, no ya una, sino varias ciencias. En tercer lugar, si se ocupa el Derecho administrativo del Poder Ejecutivo, no se puede desarrollar su materia sin comprender algo de político: ¿por qué este Derecho se ha de ocupar del *organismo* de los demás Poderes públicos, y la *organización* del ejecutivo ha de estudiarse en otra ciencia? ¿No es, por ventura, el aspecto orgánico del Estado, propio del Derecho político, según estos autores reconocen? De otra parte, se dice que el administrativo trata del Poder ejecutivo, y resulta que también se estudia este Poder en Derecho político, como lo prueba las mismas obras de Derecho político de estos autores, que dedican un capítulo al estudio de la naturaleza y organización de aquel Poder. Santamaría y Contuzzi han querido salvar esta contradicción hablando el uno de que el Poder Ejecutivo "se puede concebir como todo en sí y como parte de un todo superior;" y el otro de "las relaciones constitucionales de este Poder;" pero la contradicción sigue en pie, pues si el Poder ejecutivo antes de ser

¹ Es el criterio que sigue Santamaría.

todo es parte de un todo superior, y á más de ser Poder en sí tiene relaciones constitucionales con los demás, no es lícito afirmar que el Derecho administrativo se ocupa del Poder ejecutivo, pues también lo estudia el político. Por último, no es cierto que el Derecho administrativo se reduzca, ni aun en el concepto de estos autores, al estudio de la acción del Poder ejecutivo, pues cuando desarrollan un punto cualquiera, ejército, beneficencia, minas, etc., estudian el problema no sólo en la acción del Poder Ejecutivo sobre el mismo, sino en totalidad, en sí mismo, delineando su naturaleza, investigando los principios que la rigen, criticando las leyes que la sancionan, enumerando los derechos que origina, es decir, puntos de vista, no sólo para el Poder ejecutivo, sino para los demás que hay en el Estado; y con razón, en verdad, pues las fincas de esta institución no se cumplen por un poder, sino por todos. Por esto ocurre, que cuando quiera el legislador dar una ley sobre cualquier punto de Administración, v. g., carreteras, y el Juez ó Magistrado orientarse para el fallo de un negocio sobre asuntos administrativos, acuden á este derecho, donde encuentran los principios que han de servir de guía para su conducta; luego el Derecho administrativo ilustra la acción de todos los poderes del Estado, en cuanto se ocupan de materia administrativa; luego no se reduce al Poder ejecutivo, que será todo lo amplio que se quiera, pero no es más que un Poder del Estado.

La tercera opinión es defendida por Posada,¹ desarrollando las indicaciones que se encuentran en las obras de Giner de los Ríos. Lamentándose de la desesperante confusión que existe en materia administrativa, y partiendo del erróneo concepto de que *administración* significa tan sólo *ordenación de medios*, distingue en el Estado, además de las funciones legislativa, ejecutiva, judicial y de relaciones, otra que nutre, repara y conserva el organismo de aquel sér, dotándole de los medios necesarios para conseguirlo; á esta función la denomi-

¹ Obra citada, Introducción.