

# HACIA UN CONCEPTO ESTRUCTURALISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

EMILIO SUÑE LLINAS

## 1.1. NOCIONES INTRODUCTORIAS

Es difícil reflexionar sobre el concepto de Derecho Administrativo, sin tener presente en lo más profundo de nuestra mente la afirmación de Rivero, según la cual, los administrativistas merecemos compasión, porque hemos de edificar sobre el terreno inestable.

La observación de Rivero, absolutamente cierta, más que provocar el desánimo, ha de ser una voz permanente de humildad, que nos advierta frente a construcciones dogmáticas abocadas a no ser perfectas, entre otras cosas, porque no pueden serlo.

Quizás adelantándome a la exposición de las doctrinas subjetivistas y objetivistas sobre la Administración Pública y su actividad, a partir de las cuales se han construido distintas nociones del Derecho Administrativo; he de observar que tanto un pilar como el otro están sujetos a la relatividad de los hechos históricos. Muy bien decían los neokantianos Dilthey y Rickert que las Ciencias Sociales, a diferencia de las Ciencias de la Naturaleza, requieren para su explicación, además de la lógica, la Historia. En el fondo se trata de Ciencias de objeto variable, con todos los problemas que ello comporta.

En este sentido debo decir:

1º. Que, históricamente, se han dado múltiples modelos de comunidad política, conforme ha precisado muy bien Balandier, uno de los cuales es el multifacético Estado soberano. Ello ha de originar forzosamente, que no sea invocable una perspectiva unívoca de la Administración, relativizada, por definición, a la concreta forma política de pertenencia.

2º. Por lo que hace referencia a la actividad administrativa, es de indicar que ésta suele estar en relación ideológica con la noción de "interés general". Pero *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 14 (Palma de Mallorca 1986).

también pertenece a cada forma de comunidad política, la necesaria delimitación sobre qué parte de este interés general está encomendado a las Administraciones Públicas y asimismo, la concreción de este concepto jurídico indeterminado; puesto que no es lo mismo la noción de interés general en el Estado Liberal, productor de orden como prerrequisito y sustancia de la libertad -conforme señala Villar Palasí-, que en el Estado Social, productor además de bienes y servicios.

3º. Por añadidura, en nuestros tiempos, no existe una división tajante entre sociedad civil y Estado; lo cual difumina los límites de la Administración Pública, con escasas barreras a su intervencionismo y contribuye a dejar borrosa la noción del Derecho Administrativo.

Con tales premisas, resulta evidente, antes de entrar en ello, que ni las perspectivas subjetivistas ni las objetivistas, nos van a solucionar, con carácter definitivo, el problema conceptual del Derecho Administrativo; de la misma forma que tampoco nos van a ofrecer una solución adecuada las teorías de la relación jurídica, institucionalistas, etc.; por cuanto que no pueden prescindir del sujeto Administración ni de la actividad que le es característica.

Pues bien, lejos de dejar que cunda el desaliento y de renunciar, sin más, a definir el Derecho Administrativo, aunque por esta vía se hayan decantado, también muy razonablemente, Villar Palasí y Villar Ezcurra, y estuviera a punto de hacerlo Gascón y Marín; me inclinaré por aportar un concepto que, a sabiendas de su relatividad, tenga en cuenta la actual realidad y las necesidades de exposición académica de la disciplina.

Constatada ya la existencia de un problema político en la raíz misma del Derecho Administrativo, que hace inútil cualquier intento de formalización jurídica dogmática universal e intemporal; procede entrar ahora en el análisis y crítica serena de cada uno de los grupos de criterios definitorios, para exponer después mi propia perspectiva.

## 1.2. CRITERIOS QUE ATIENDEN AL SUJETO ADMINISTRACIÓN

Las nociones subjetivas para el enfoque del Derecho Administrativo, no necesariamente apuntan hacia una concepción de la Administración como persona jurídica. Sin perjuicio de que en ocasiones así lo hagan, la idea central consiste en ver a la Administración como núcleo del Derecho Administrativo, cuando aquélla actúa como poder público.

En este marco, Garrido Falla, al que sigue Entrena Cuesta, cataliza el Derecho Administrativo en torno a la Administración, pero se alude a ella desde una perspectiva orgánica y no como sujeto de Derecho en sentido formal.

Para Garrido, Derecho Administrativo es "aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la Administración direc-

ta e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado”.

Nótese que la inclusión de la voz Derecho Público es una alusión indirecta a la “puissance publique” y, por lo tanto, a la actuación de la Administración revestida de “imperium”.

Además, es obvio que para dicho autor, el Derecho Administrativo está integrado por normas de organización y normas de comportamiento (relaciones), siendo en él evidente el carácter propiamente jurídico de las normas de organización.

Por último, denomina Administración directa a la Administración del Estado, que además es persona jurídica de Derecho Público, y Administración indirecta a los otros Entes Públicos que, por razón del fin perseguido, pueden conceptuarse indirectamente como órganos propios de la Administración del Estado.

Entrena Cuesta dice que el Derecho Administrativo es “el conjunto de normas de Derecho Público interno, que regulan la organización y actividad de la Administración Pública”.

Realmente, Entrena se limita a ir algo más allá de lo ya expuesto por Garrido.

Hablar de Derecho Público interno, es tanto como circunscribir el Derecho Administrativo al ámbito estricto del Estado.

También matiza más las distintas normas jurídico-administrativas, puesto que de las de organización separa tanto las reguladoras de las relaciones entre los Entes Públicos, como aquellas otras que establecen relaciones entre los Entes Públicos y los particulares, y en las que se armonizan las prerrogativas del poder con la necesaria garantía de los derechos de los ciudadanos, indispensable en un Estado de Derecho.

Para ambos, pues, lo determinante es la referencia del Derecho Administrativo a la Administración, entendida como complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo.

Otras nociones, dentro del mismo grupo, son las que reparan básicamente en el carácter personal de la Administración Pública, otorgando al Derecho Administrativo un carácter estatutario. Ahí se encuadran García de Enterría y Fernández Rodríguez, así como S. Martín-Retortillo; e incluso Villar Palasí participaba de la idea con anterioridad a su última obra general sobre la materia, escrita en colaboración con Villar Ezcurra.

Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, Derecho Administrativo es “un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de sin-

gulares especies de sujetos, que se agrupan bajo el nombre de Administración Pública, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común”.

De esta definición se deducen con claridad varios extremos:

1º. El carácter estatutario del Derecho Administrativo, reactualiza la vieja categoría medieval, en la medida en que viene a resolver el mismo problema, puesto que se trata de excepcionar a la mayoría de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración Pública, del Derecho Común aplicable a toda clase de sujetos, que es el Derecho Civil.

2º. El Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia, al ser la Administración Pública la única personificación interna del mismo, cuyos fines asume y al ser, además, el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos.

3º. El Derecho Administrativo es, incluso, Derecho Común de las Administraciones Públicas, al tratarse de un ordenamiento con principios generales específicos, capaz de autointegrar sus propias lagunas, sin necesidad de acudir a otros Derechos.

4º. La trascendental importancia de la presencia de la Administración Pública, para que exista una relación jurídico-administrativa, excluye la entrada en la materia de las funciones administrativas desempeñadas por el Poder Legislativo o el Judicial y, en cambio, sí se incluirán las actividades de los particulares, cuando éstos actúan en el ejercicio de potestades que les han sido delegadas por la Administración.

5º. La organización administrativa forma parte del Derecho Administrativo y en el lugar preeminente que le confiere su estabilidad, en relación con la mucho más variable actividad administrativa. Es más; el criterio de la integración en la organización de la Administración es fundamental para determinar la pertenencia a ella de determinado Ente.

Visto ya este elenco conceptual, que aún circunscrito a la doctrina española, es significativo de la integridad de los enfoques subjetivistas existentes; corresponde ahora apuntar unas breves líneas críticas:

En primer término, es evidente que este orden de nociones se vincula demasiado a la teoría de la división de poderes, haciéndose depender la Administración del Ejecutivo y así es difícil comprender la existencia de Administraciones al servicio de otros Organos del Estado, extremo evidente en el actual Derecho Constitucional de España.

En segundo lugar, la Administración, bien se la entienda como órgano, bien como persona jurídica, sería una creación del Derecho, que no sirve como prius lógico del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, además, existió una falta de delimitación entre Gobierno y Administración, en relación con los actos políticos; concepto que, a partir de la Constitución, ha de ser planteado de otra forma.

### 1.3. CRITERIOS OBJETIVISTAS, RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Para el otro gran grupo de teorías, el Derecho Administrativo regula la función o actividad administrativa. Este es precisamente la base y el punto de coincidencia entre ellas, por más que surjan discrepancias a la hora de determinar cuál es esta "actividad administrativa".

Muy significativa de este elenco de teorías, consideradas en abstracto, es la definición de Ballbé, para quien el Derecho Administrativo es "aquella parte del Derecho Público interno, que determina el ejercicio de la función administrativa".

Poco hay que comentar de la noción acuñada por el malogrado Ballbé, puesto que no entra en la sustancia de la "función administrativa objetivamente considerada" (conforme él mismo la denomina). Destacan aspectos más secundarios, como el carácter ordinamental que atribuye al Derecho Administrativo, el cual pasa a ser algo más que un mero conjunto de normas, destacando el papel de los principios y la naturaleza misma de las instituciones. Por otra parte, al ser el Derecho Administrativo de carácter Público, quedan excluidas de su ámbito las relaciones privadas entre la Administración y los particulares.

Otros autores intentan hurgar más en la naturaleza y contenido de la función o actividad administrativa, así Serrano Guirado entiende que se trata del desenvolvimiento de la función ejecutiva, la organización y el servicio público.

Los maestros franceses de la Escuela de Burdeos (Leon Duguit y Gaston Jeze) intentaron centrar la actividad administrativa, exclusivamente en la idea de Servicio Público, al que, conforme es sabido, llegaron a configurar como representativo de la entera actividad estatal y a emplearlo como sustituto de la noción de Soberanía. De todas formas, al haber sufrido el Servicio Público en Francia, las consecuencias de su propia crisis de extensión, esta perspectiva ha tenido escaso predicamento en España y los autores objetivistas, en la época de máximo relieve de la concepción, prefirieron despegarse en lo posible de la multívoca noción de Servicio Público.

Veamos ahora una muestra de estas definiciones de Derecho Administrativo:

Posada: "Es el orden jurídico de la actividad política encaminada a procurar la buena disposición de las instituciones del Estado, a fin de realizar eficazmente la gestión y prestación de los servicios exigidos para el cumplimiento de los fines del mismo".

Santamaría de Paredes: "Es la rama del Derecho referente a la organización, funcionamiento y procedimiento del Poder Ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida". Nótese que está presente la idea de actividad, por más que Santamaría la refiera al Poder Ejecutivo.

García Oviedo: "Es el Derecho que establece el límite, la extensión y las formas de acción de los fines de interés general del Poder".

Fernández de Velasco: "Es el Derecho de la gestión administrativa, que comprende por necesidad inmanente, la organización y autoridad que la justifica".

Alvarez Gendín: "Es la Ciencia Jurídica que estudia los principios que inspiran y las normas que regulan la organización, las funciones y la Jurisdicción Administrativa".

Royo Villanova: "Es el conjunto de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado".

Gascón y Marín, algo más escéptico, dice que se trata del "conjunto de normas o reglas jurídicas relativas a la actividad encaminada a la realización de los fines de interés general". No obstante, advierte claramente que no es una definición precisa, porque tampoco lo es la materia administrativa a que se refiere.

Clavero Arévalo: "Es el ordenamiento común de la función administrativa".

Boquera, de una forma bastante original dentro del grupo, señala que lo trascendental del Derecho Administrativo está en los efectos de la actividad y no en el autor. De alguna forma intenta centrar nuestra disciplina en el acto administrativo, que es el más débil de los actos del poder, pero superior a los actos privados. Otros actos de poder (no administrativos), serían el acto-ley, al que atribuye un pretendido carácter soberano; el acto-sentencia y el acto político.

Con el elenco de definiciones citadas, se observa que, con las excepciones de Clavero, Boquera y Ballbé, los defensores de las posturas objetivistas se sitúan antes, cronológicamente, que los subjetivistas; cosa lógica si se tiene en cuenta la influencia en ellas de la "belle époque" del Derecho Administrativo francés, centrada en el Servicio Público. En todo caso, le es aplicable la misma crítica, basada en la indefinición de la actividad administrativa, cuya heterogeneidad no logran descifrar con fortuna. A pesar de todo, estas teorías tienen un punto positivo, que no es sino el refuerzo de las garantías ciudadanas frente a actuaciones administrativas, no dependientes del poder ejecutivo.

#### 1.4. POSTURAS ECLÉCTICAS: LA RELACIÓN JURÍDICA

Dadas las insuficiencias de ambos grupos de teorías, hay autores que intentaron llegar a una síntesis entre las mismas. Así, García-Trevijano, consciente del

problema de la definición subjetiva, en relación con la existencia de funciones administrativas desarrolladas por órganos del Estado no integrados en el Poder Ejecutivo y consciente a su vez de la escasa concreción presente en las posturas objetivistas, e incluso de las funciones no administrativas del Poder Ejecutivo (como la potestad reglamentaria), ofreció la siguiente definición:

Derecho Administrativo es "un 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 de la Justicia Administrativa".

De la noción aportada por García-Trevijano es plausible el pragmatismo que la imbuye, pero constituye más una descripción, sin duda muy acertada, del actual Derecho Administrativo, que una definición del mismo.

Otros autores, con una intención parecida a la de García-Trevijano, han intentado profundizar más en el sentido conceptual, en base a las nociones de relación jurídica y de Institución.

Realmente, la relación jurídico-administrativa está implícita en las posturas subjetivistas; pero con toda probabilidad se profundiza en ella, para evitar la compleja problemática que supone el hecho de tener que adentrarse en la actividad administrativa.

Otros autores sí han intentado construir el Derecho Administrativo a partir de la relación jurídica. En este sentido, Baena del Alcazar ha llegado a afirmar que no hay que preguntarse por el criterio de reconocimiento del Derecho Administrativo, sino de la relación jurídica administrativa.

Por su parte Zanobini, con un criterio que me gusta y sobre el que volveré cuando exponga mis propios planteamientos, señala que "la relación jurídico-administrativa se distingue de la relación de Derecho Común en que la Administración actúa en uso de una potestad".

He dicho que el criterio de Zanobini me gusta, por cuanto que en el mismo está implícita la no existencia de potestades en el Derecho Privado. Otra cosa es que me identifique con él y no lo hago al cien por cien, por cuanto entiendo que si bien la presencia de potestades suele individualizar a la relación jurídica administrativa, no es menos cierto que existen potestades extraadministrativas (aunque públicas en todo caso), de la misma forma que no todo el Derecho Administrativo es Derecho de potestades. No me extiendo más sobre el tema porque, como ya he afirmado, volveré sobre el mismo.

Centrándonos de nuevo en la teoría de la relación jurídica, ésta es imprescindible si se admite, como lo hace Rivero, que para definir el Derecho Administra-

tivo es preciso emplear un criterio pluralista que conjugue principios complementarios.

El propio Posada, objetivista, admite, al igual que en el fondo lo hacen los subjetivistas, que el Derecho Administrativo es Derecho porque se refiere a relaciones jurídicas, las cuales están cualificadas por la intervención de la Administración como poder, con la indudable utilidad de que el poder jurídico es limitado, lo que constituye una garantía para el administrado. De ahí según Posada y por eso es objetivista, que no importe tanto la Administración sujeto, como la garantía del particular.

Conforme puede observarse, no se suele poner en duda por nadie la existencia de una relación jurídico-administrativa; más bien se piensa de distinta forma sobre el elemento de dicha relación (sujeto Administración u objeto) que determina la existencia del Derecho Administrativo. Es más, Ballbé llegó a decir que constituía un piconasmo afirmar que el Derecho Administrativo rige relaciones intersubjetivas, puesto que se trata de algo propio del Derecho.

Los autores que parten de la relación jurídica misma, para comprender el Derecho Administrativo, de hecho no han conseguido evitar la indeterminación del objeto (que, en este caso, suele identificarse en abstracto con el poder público) y corren el riesgo de olvidarse de la Administración interna corporis (organización administrativa), por más que el problema se salve, diciendo que es un término de la relación. Esto lo acepto, aunque no estaría de más una mayor insistencia en el sujeto Administración. Más discutible me parece que se haga entrar con pie forzado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como protección jurisdiccional de la relación jurídico-administrativa; lo que no puede obedecer sino al prurito artificioso de lograr un rigor absoluto. En verdad no creo que la Jurisdicción, que es puro Derecho Procesal, se encuadre en el Administrativo, por otra razón que no sea una pragmática división académica de las materias.

En general, la artificiosidad y el formalismo impregnan la perspectiva relacional, probablemente más allá de la resolución efectiva de los problemas; porque sigue quedando pendiente la concreción del objeto y del propio sujeto: ¿Es Administración sólo el entramado orgánico integrante del Poder Ejecutivo?. A pesar de todo, le reconozco el gran valor de no renunciar a perspectiva alguna de entrada.

No despreciar ninguno de los elementos de la relación jurídico-administrativa es necesario, pero construir el Derecho Administrativo a partir de ella es excesivamente formalista y puede conducir al círculo vicioso de saber qué es antes y qué es después, si el Derecho o la relación jurídica.

Por esta vía han venido las críticas institucionalistas, de la mano de Santi Romano y Hauriou, cuyos planteamientos ha vuelto a recoger en los últimos tiempos Garrido Falla, con expresa dejación de su anterior idea subjetivista.



Para este sector de la doctrina, el Derecho es un producto de la Institución, entendida como una determinada forma de organización de la vida social, que también precede y hace posible la relación intersubjetiva.

El Derecho y la calidad de jurídica de la relación entre personas, debe derivar de un aspecto institucional y organizativo previo.

Entiendo que la solución de todo ello, máxime si se tiene en cuenta que una organización abstracta, como la administrativa, no es posible sin el Derecho, pasa por una visión estructuralista de la realidad jurídica.

También volveré sobre la cuestión, porque ahora corresponde agotar la exposición de los planteamientos existentes, con la referencia a la negativa de Villar Palasí y Villar Ezcurra, sobre la posibilidad de definir el Derecho Administrativo.

#### 1.5. EL ABANDONO DE LA DEFINICION POR LA DESCRIPCION FENOMENOLOGICA

El tema, conforme ya fue apuntado, ha sido planteado abiertamente por Villar Palasí y Villar Ezcurra, aunque tiene precedentes en el reconocimiento por Gascón y Marín de la relatividad histórica de la actividad administrativa (idea que, por evidente, no tengo más remedio que compartir). También García-Treviajano, de hecho, procedió más a describir el actual Derecho Administrativo que propiamente a definirlo.

Villar Palasí y Villar Ezcurra, después de abordar con decisión lo que es una definición, expresan claramente que el elemento Administración sólo es indicativo de la posibilidad de que una determinada relación se encuentre regulada por el Derecho Administrativo, al existir múltiples supuestos en que la Administración Pública actúa sometida al Derecho Privado. De otro lado, la heterogeneidad de las materias tradicionalmente incluidas en el Derecho Administrativo, hace imposible en la práctica, cualquier intento de reconducción a los sencillos términos de una definición omnicompreensiva de su contenido.

Por lo tanto, según Villar Palasí y Villar Ezcurra, si no es posible la simplificación que supone definir, hay que descubrir.

En esta descripción entrarían tres elementos:

1º. Presencia de una Administración Pública, lo que efectivamente confiere al Derecho Administrativo un carácter estatutario.

2º. Estructura peculiar del Ordenamiento Administrativo, que viene dada, en resumen, por la existencia de grupos normativos; lo cual determina a su vez el tercer elemento.

3º. La teoría de las normas, tal como se deduce del Derecho Administrativo, es parte sustancial de la Teoría General del Derecho.

A pesar de la importante aportación de los autores aludidos, entiendo que no hay que renunciar a definir el Derecho Administrativo, puesto que las razones reales que inducen a la descripción pueden entrar en una definición y los elementos imprecisos de ésta, pueden ser objeto de definiciones sucesivas. De ahí que anuncie, a pesar de todo, mi intención de dar una noción, para lo cual antes he de resolver algunos problemas ya apuntados y plantear otros.

## 1.6. SOBRE LA NECESIDAD DE UN ESTRUCTURALISMO JURÍDICO

Ya ha sido visto cómo cualquier intento de definir en profundidad el Derecho Administrativo, ha de tener muy presentes los elementos tanto subjetivos como objetivos de la correspondiente relación jurídica. De la misma forma, habrá podido observarse cómo las críticas institucionalistas a los teóricos de la relación jurídica y viceversa, nos encierran en círculo vicioso.

Pues bien, este círculo vicioso tiene una salida con los planteamientos estructuralistas, que desgraciadamente han tenido poca fortuna en el ámbito de lo Jurídico. Intuyo que la razón de ello está en que el Institucionalismo constituye una forma no consciente de Estructuralismo que nadie ha reconocido como tal y consecuentemente, no ha aprovechado las aportaciones generales de esta corriente, que le hubieran ayudado a superar sus imperfecciones técnicas.

El Estructuralismo, nacido con el "Cours de Linguistique Générale", publicado por F. de Saussure en 1916, se ha extendido hoy a absolutamente todas las Ciencias, conforme se recoge en una obra general sobre el tema de Piaget, en la que el autor se interroga además sobre la posibilidad de un Estructuralismo Jurídico y alude también a Kelsen, más gestaltista que estructuralista, perdiéndose la ocasión de reconducir a este campo las obras de Hauriou y Santi Romano, aunque no se pueda culpar de ello a Piaget, dada su calidad de psicólogo y biólogo, materias ambas muy ajenas al conocimiento jurídico en profundidad.

El Estructuralismo es un método, más que una filosofía, que sirve y se emplea para el estudio de todas las Ciencias y disciplinas, a las que no considera como compartimentos estancos. Es más, a través de una cadena de subestructuras se intenta crear un sistema integrado de las Ciencias. Por todo ello difícil considerar al Derecho como ajeno al método estructuralista, que a mí me seduce y procedo a esta construcción, que acaso se considere arriesgada, porque el empleo universal del Estructuralismo por gente destacada de los más diversos campos del conocimiento, da razón sobrada al intento en el marco de lo Jurídico, máxime cuando permite resolver el importante problema apuntado al principio de este capítulo.

Por otra parte, el empleo de este método en el ámbito de lo jurídico, tiene

claros antecedentes en los profesores españoles Hernández Gil y Elías Díaz. Con respecto al extranjero, recientemente E. Alonso García, ha puesto de relieve cómo en los Estados Unidos está muy al uso, en cuanto a la interpretación constitucional (Black).

Una estructura se define como “un sistema de transformaciones que entraña unas leyes que relacionan los elementos del sistema, el cual se conserva o se enriquece por el mismo juego de sus transformaciones, sin que éstas lleguen a un resultado fuera de sus fronteras o reclame unos elementos exteriores”.

Si nos imaginamos el sistema social como estructura, tendremos que sus elementos son las personas, relacionadas por leyes no necesariamente jurídicas (pueden ser también morales, meros usos, etc.), que se va transformando en el tiempo (diacrónicamente), sin dejar de ser estructura social.

Una subestructura de la estructura social sería el Estado, que compartiría con la sociedad los mismos elementos personales, pero cuyas leyes serían las políticas y las jurídicas predominantes en el Estado de Derecho constituido; teniendo entendido que la pertenencia tanto a la estructura como a la subestructura de los mismos elementos y el hecho de que las leyes jurídicas sean parte de las sociales, genera un sistema de transformaciones interdependiente entre estructura y subestructura.

Sobre estas bases estructurales se explica que no tenga sentido plantearse qué es antes y qué después entre el Derecho y la Institución y pueden comprenderse perfectamente tanto las relaciones sociales generales, como específicamente las relaciones jurídicas. Asimismo, se entiende cómo el Derecho es motor de transformación social y las demás leyes reguladoras de las relaciones sociales inciden también sobre el Derecho y el Estado.

Para acabar de rematar el planteamiento, que servirá de punto de partida para la definición del Derecho Administrativo, no están de más unas precisiones adicionales:

1ª. En la estructura del Estado, las propias leyes crean unos elementos, órganos y personas jurídicas (no es casualidad que se emplee el término persona), que son susceptibles de entrar en relación jurídica con otros elementos de la misma especie, o con personas naturales.

2ª. El Derecho mismo es una subestructura pura, dentro de las estructuras estatal y social, cuyos elementos son las normas y cuyas leyes de relación suelen ser, a su vez, normativas, al constatarse la existencia, profusa en el título preliminar del Código Civil, de normas sobre normas, a las que aludía, con la voz *nomotesia*, Santamaría de Paredes.

El Derecho, además, e independientemente de la estructura que en sí mismo representa, es el conjunto de leyes (y empleo esta expresión en el sentido estruc-

turalista), que definen las relaciones válidas entre los elementos del Estado, los de la sociedad civil y el Estado como tal con los distintos elementos de la sociedad civil.

Sobre este tema no corresponde insistir aquí, porque ya he cumplido mi propósito explicativo. Nótese solamente que he necesitado introducir el término validez, lo que por esta vía conduce, aunque lo deje para mejor ocasión, a un análisis de ésta, en relación con la legitimidad y la eficacia de los distintos sistemas jurídicos.

3ª. El Derecho Administrativo es, a su vez, una subestructura de la estructura jurídica, cuya precisión se hará cuando se le defina.

4ª. Para acabar de comprender los planteamientos estructuralistas, es preciso decir que la estructura, conforme a la definición dada por Piaget, es una totalidad de transformaciones autorregulada.

a) Una estructura es una totalidad, porque conforme se ha apuntado, está formada de elementos, los cuales están subordinados a unas leyes que caracterizan al sistema "qua talis" y estas leyes, llamadas de composición, confieren al todo, en su calidad de tal, unas propiedades de conjunto distintas de aquellas de los elementos.

Ahora bien, esta totalidad no es estática.

b) Conforme a lo que se acaba de apuntar, una estructura es un sistema de transformaciones, por cuanto que lo esencial de las totalidades estructuradas concierne a sus leyes de composición y éstas son estructurantes por naturaleza. En Derecho, rechazar ésto equivaldría a negar su valor transformador de la realidad social.

c) Existe autorregulación porque una actividad estructurante consiste en un sistema de transformaciones, que mutan la estructura sin romperla. Este dato, acaso en apariencia chocante, sólo significa que las transformaciones no cambian la naturaleza de la estructura: las sociedades son sistemas esenciales diacrónicos, que mutan en el tiempo sin dejar de ser sociedades. Igual sucede con el Derecho.

En resumen y conclusión: Instituciones, Derecho y relaciones jurídicas conviven en una misma estructura, sin que sea necesario preguntarse por el antes y el después.

5ª. Puesto que he aludido a Kelsen con la voz "gestaltista", estoy obligado a ofrecer una breve explicación sobre el Gestaltismo y su relación con el Estructuralismo. El Gestaltismo, que procede de la voz alemana "gestalt" (forma), comenzó como una escuela de Psicología, fundada por Wetheimer, Köhler y Koffka (1912). Según esta escuela, los fenómenos físicos, biológicos y psicológicos constituyen una unidad, un todo funcional que no se puede analizar en sus par-

tes, ya que no está constituido por la suma de los elementos separados.

Conforme puede observarse, el Gestaltismo es muy semejante al Estructuralismo. La gran diferencia es que el Gestaltismo se queda en lo sincrónico y el Estructuralismo tiene además en cuenta lo diacrónico, sin lo cual es imposible ver la estructura como sistema de transformaciones.

Voy a citar literalmente un párrafo de Piaget sobre el Gestaltismo en general, para que se observe hasta qué punto cuadra con el pensamiento de Kelsen:

"La Gestalt representa un tipo de "estructuras" que gustan a un cierto número de estructuralistas cuyo ideal, implícito o confesado, consiste en buscar unas estructuras que puedan considerar como "puras" porque las desearían sin historia y a fortiori sin génesis, sin funciones y sin relaciones con el individuo. Es fácil construir esencias de este tipo en el terreno filosófico, donde la invención está libre de toda coacción, pero es difícil encontrarlas en el terreno de la realidad comparable".

### 1.7. PRECISIONES PREVIAS A UN CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Comencé la exposición con la advertencia de la sujeción de la realidad administrativa a la coyunturalidad histórica, tanto en su aspecto de sujeto-Administración, como con referencia a la actividad que ésta desempeña. A pesar de todo he creído conveniente ofrecer una definición del Derecho Administrativo, que se ajuste a los datos más estructurales de nuestro tiempo. Para llegar a ello, son necesarias todavía algunas precisiones:

1ª. Zanobini definía la relación jurídico-administrativa por la presencia de una potestad, lo que sin duda constituye un relativo acierto.

La presencia de una potestad comporta necesariamente la existencia de una norma de Derecho Público, sea éste Administrativo (supuesto estadísticamente más probable) o no.

Personalmente he elaborado una tesis doctoral sobre la potestad y en ella, al igual que sucede implícitamente en Zanobini y explícitamente en Bodino, se rechaza la existencia de potestades en el ámbito del Derecho Privado; con lo cual, forzoso es admitir que mi criterio discrepa en puntos esenciales del de Santi Romano, fuente de la práctica totalidad de los planteamientos actuales sobre la cuestión.

En la tesis, a la que me remito, definí la potestad como "toda manifestación del poder soberano, que entra en el ámbito de lo jurídico a través de la Constitución del Estado, para ser distribuida entre los distintos niveles de su estructura orgánica, sin que jamás pueda formar parte del ámbito posible de poder de los

ciudadanos como tales, dada la realidad política de su naturaleza última”.

Por contraposición a la potestad, el derecho subjetivo es, simplemente, una esfera de poder legítimo que puede ostentar el ciudadano como tal. En concreto, las pretendidas potestades de Derecho Privado, no tienen de potestad más que el nombre. Así sucede con la patria potestad, que sin duda lo fue en Roma, dada la naturaleza política de la organización familiar; pero que hoy es una situación jurídica en la que los derechos subjetivos están muy contrapesados por obligaciones que protegen los derechos e intereses de los hijos.

Es cierto, pues, que las potestades únicamente aparecen en el Derecho Público; pero en el Derecho Administrativo se regulan también privilegios, auténticos derechos subjetivos y actos administrativos que no son de autoridad.

Aparte de todo lo anterior y ya fuera del Derecho Administrativo, nos encontramos con la actuación de la Administración en régimen de Derecho Privado.

Tanta condensación de ideas merece, sin duda, una explicación detallada:

a) Además de potestades, la Administración tiene privilegios, fenómeno que se da en todo Derecho estatutario (incluido el Mercantil). Un claro ejemplo de privilegio lo constituyen las reclamaciones previas al ejercicio, contra la Administración, de acciones civiles y laborales. En este caso existe privilegio y no potestad, puesto que no nos encontramos ante actuaciones positivas de los Entes Públicos que emanen de un “imperium” derivado de la Soberanía, sino ante técnicas protectoras del singular status jurídico de que disfrutan las Administraciones Públicas y que se articulan como obligaciones del ciudadano, conexas a su derecho al ejercicio de la acción procesal.

Conforme expone De Castro, los privilegios (que no necesariamente han de ser atribuciones positivas), suponen un status jurídico singular predicable de determinadas personas o Entidades. Se trata de una cuestión recesiva en el ámbito del Derecho Privado, a raíz de la universal aceptación en los Estados Democráticos del principio de igualdad, tal como lo entendió la Ilustración.

b) De la Administración son predicables auténticos derechos subjetivos (y correlativas obligaciones), no sólo cuando actúa en régimen de Derecho Privado. Existen también derechos subjetivos amparados en normas de Derecho Administrativo, a los que sería partidario de denominar “derechos públicos subjetivos”, si no fuera porque la variabilidad histórica de la expresión la ha hecho tan confusa, que me siento impelido a abandonarla.

A modo de ejemplo expondré el siguiente: La potestad expropiatoria lo es, por tratarse de una manifestación del Poder Soberano; pero la ocupación del bien expropiado, en el procedimiento ordinario, no es sino una facultad del derecho de propiedad, independientemente de que encuentre su regulación en una norma de Derecho Público, como lo es la ley de Expropiación Forzosa.

c) Por último, existen actos administrativos que no son de autoridad y que no implican, por lo tanto, el ejercicio de una potestad... y no me refiero, precisamente, a la actuación de la Administración en régimen de Derecho Privado.

En las formas clásicas de la actividad administrativa, están presentes auténticas potestades en la de Policía (coacción y limitaciones) y en el Servicio Público (poder derivado de la asunción de titularidad en materias prestacionales); pero no en el Fomento, al menos de forma sistemática. Una subvención o un honor se otorgan a través de un acto administrativo que no es de autoridad, sino de pura gestión. A pesar de todo, se trata de una auténtica resolución, susceptible de recurso con arreglo al Derecho Administrativo, que puede ser anulada en base al artículo 48 LPA, revisada de oficio, etc.

Lo mismo se puede predicar de los actos separables, que están por entero sujetos al Derecho Administrativo, aún cuando no conlleven el ejercicio de imperium. Un ejemplo claro está en el acto separable de enajenación de un bien del Patrimonio del Estado.

La conclusión es tan clara como desalentadora, si la consideramos desde el punto de vista de la definición del Derecho Administrativo: Incluso en los supuestos en los que la Administración no utiliza instrumentalmente el Derecho Privado, es decir, cuando estamos ante auténticas normas de Derecho Administrativo, no aparecen diferencias nítidas con aquél. Ello hasta el punto de que acaso no fuera desacertado referirse a un Derecho Privado estatutario de la Administración, englobado también en el Derecho Administrativo, junto a las normas (mayoritarias) de Derecho Público, cualificadas por la presencia de potestades.

Este hipotético Derecho Privado estatutario de la Administración, que englobaría privilegios, derechos subjetivos y actos administrativos de gestión, y que es distinto de la actuación de la Administración sujeta al Derecho Privado ordinario (Civil y Mercantil), no ofrece singularidades dignas de mención, puesto que los privilegios y derechos subjetivos pueden imponerse mediante actos administrativos de autoridad (ejecutorios y que encierran potestades) y asimismo, los actos administrativos de gestión, al estar sujetos a procedimiento, participan del régimen jurídico general de los actos administrativos.

Ciertamente la presencia de potestades (mayoritaria) es típica y exclusiva del Derecho Público; pero los privilegios, los derechos subjetivos y los actos de gestión aparecen tanto en el Derecho Público como en el Privado. Es más; sólo la potestad cualifica a todas las ramas del Derecho Público; pero los privilegios, derechos subjetivos y actos de gestión son específicos del Derecho de la Administración dentro del Derecho Público, dada la naturaleza de aquélla, esencialmente intervencionista y relacional con los ciudadanos.

En cuanto a la diferencia entre los privilegios, derechos subjetivos y actos de gestión con las figuras correlativas de Derecho Privado, ésta se da por cuanto que

los primeros derivan de un Derecho estatutario específico de las Administraciones Públicas.

2ª. Dado que me referí al Derecho de la Administración, debo indicar que la diferencia de éste con el Derecho Administrativo no es sustancial, sino que obedece exclusivamente a la especialización académica de las disciplinas. Entre el Derecho Fiscal o el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo, no existen diferencias de esencia, sino meramente pragmáticas. En todo caso, esta parte académica del Derecho de la Administración, constituida por el Derecho Administrativo, al ser más completo, general y acabado, tiene el carácter de Derecho Común de las Administraciones Públicas y la cualificación de residual, sin que esto signifique mengua alguna de su extensión (antes bien, todo lo contrario).

La característica definitoria por excelencia de todo el Derecho de la Administración, está en el grupo normativo, en la potestad reglamentaria, que no aparece en el Derecho Privado ni en las demás ramas del Derecho Público.

El papel que la potestad reglamentaria asume en el Derecho de la Administración, viene dado por la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. De ahí que la mayor parte del Derecho Hipotecario (la vertiente registral) sea Derecho de la Administración y no Derecho Privado. Otra cosa es que por comprensibles razones académicas, que los administrativistas debemos incluso agradecer, lo impartan los especialistas en Derecho Civil.

En todo caso, ha sido puesto de relieve un criterio para la definición del Derecho de la Administración que no por ser exclusivamente formal es menos interesante: Sólo en el Derecho de la Administración aparece la potestad reglamentaria y, por lo tanto, existen grupos normativos.

Conforme ha sido ya expuesto, la presencia de reglamentos en normas consideradas "civiles", remacha el carácter público de éstas.

Es también la presencia de reglamentos propios de Organos y Poderes del Estado, distintos del Ejecutivo, la que nos señala la presencia de Administraciones Públicas no dependientes de éste (Reglamentos de las Cámaras, del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional).

La presencia de la potestad reglamentaria, diferencia al Derecho de la Administración de otras ramas del Derecho Público (ej. Político o Procesal).

3ª. En cuanto a la relación entre el Derecho Administrativo (es preferible archivar ya la noción "Derecho de la Administración") y la división de poderes; se trata de una relación conflictiva, en la medida en que no existe una estricta correlación poder-función (actividad). Las Administraciones Territoriales dictan normas de carácter reglamentario y juzgan, en el supuesto de los recursos administrativos. El Poder Judicial administra, cuando actúa como Jurisdicción Voluntaria.



ria y legisla de forma negativa cuando decide sobre la inconstitucionalidad de las leyes (el tema es muy claro en los países anglosajones y menos en los continentales, debido a la existencia de Tribunales Constitucionales). El Parlamento administra, por ejemplo, cuando alguna ley de él emanada es un acto singular y no una norma general, e incluso juzga en algunos países a altos cargos del Poder Ejecutivo ("impeachment").

Que la Administración se integre mayormente en el Poder Ejecutivo es lógico, puesto que la Administración no debe definir los grandes fines del Estado (cosa que hace el Parlamento, mediante la ley, subordinada a la Constitución), sino ejecutarlos.

Cierto es que el Poder Judicial también ejecuta la Ley (de ahí que en Locke y en la Constitución Británica no se le separe con nitidez del Ejecutivo); pero en un sistema democrático, la necesaria independencia del Poder Judicial, que ha de verse reflejada en todos sus órganos, impide una estricta jerarquía y es incompatible con la atribución de potestad en línea jerárquica, a sus órganos.

Por otra parte, el Poder Judicial, al no ser un poder intervencionista y transformador, como el Ejecutivo, sino resolutorio de conflictos, no necesita ordenar la realidad mediante una potestad reglamentaria, sino delimitar cuál es el orden correcto, en el marco de la norma.

De acuerdo con lo anterior, la tradición británica que apunta hacia un Derecho de creación jurisprudencial, más que de creación normativa, no provoca la necesidad de una separación tajante entre el Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

Parece claro que la Administración por antonomasia y el sector abrumadoramente mayoritario del Derecho Administrativo, ha de encuadrarse en el Poder Ejecutivo, tanto por ser poder relacional con los ciudadanos e intervencionista (potestad reglamentaria de trascendencia general), como por la macroestructura organizativa que eso conlleva (potestad reglamentaria de organización).

Los demás Organos y Poderes del Estado con potestad reglamentaria propia (Cámaras Legislativas y Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, básicamente), la tienen atribuida por una razón determinada y con un modo de ser específico.

a) La razón de los reglamentos propios de estos organismos, estriba en que la atribución de esta potestad al Gobierno comportaría una inadmisibles injerencia del Ejecutivo (vicario y no dominus del poder), en otros Organos y Poderes del Estado.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial dictó el primero de ellos, con fecha 12 de noviembre de 1980, para estructurar sus Organos Técnicos, al amparo de lo dispuesto en la antigua LOCGPJ 1/1980, de 10 de enero. Lo mismo hizo el Tribunal Constitucional, mediante Acuerdo Plenario de 15 de enero de

1981, con respecto a los temas de Organización y Personal.

Tales Altos Organos del Estado han seguido produciendo este tipo de Reglamentos propios, en función de sus necesidades, el último de los cuales es reciente y tiene su origen en el CGPJ surgido de la nueva LO del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

Es más, el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, configurado en el artículo 41 del Estatuto de Autonomía, aprobado por LO 4/1979, de 18 de diciembre; y regulado en la Ley Autonómica 1/1981, de 25 de febrero, tiene en realidad un Reglamento propio. Dicho Reglamento fue aprobado por el Consejo Ejecutivo, pero a propuesta vinculante del propio Consejo Consultivo.

No es extraño que así fuese, dadas las garantías de independencia que requiere un órgano que es asesor tanto del Consejo Ejecutivo, como del Parlamento de Cataluña.

b) El modo de ser de tales reglamentos, obedece a estrictas necesidades autoorganizatorias de sus propios servicios y no relacionales con el ciudadano. De ahí que sus reglamentos se circunscriban a organización y personal.

También las Cortes tienen Reglamentos de tipo (Estatuto del Personal de las Cortes Generales), aprobadas por las Mesas de ambas Cámaras, y con regulaciones, a veces muy diferentes de la general, conforme se ha podido observar en materia de incompatibilidades de su personal (de régimen jurídico singular). Es más, los propios Reglamentos de las Cámaras, como el del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982 y el del Senado, de 26 de mayo del mismo año, aunque sean formalmente Leyes, por el Organo del que emanan, en lo demás, no difieren de los Reglamentos propios, al encomendarles el artículo 72.2 de la Constitución, la regulación del régimen de sesiones.

El tema de las Administraciones no encuadradas en el Poder Ejecutivo, ha abierto un interesante debate, sobre todo a partir de las obras de Garrido Falla, López Rodó, López-Guerra y Santamaría Pastor.

Por último, sólo me resta indicar en este punto, que el incremento de funciones estatales, normalmente a costa de la sociedad civil, no puede hacerse por otro poder que no sea el Ejecutivo, puesto que es éste el agente del intervencionismo. De ahí que la función administrativa tenga un claro carácter residual, conforme tantas veces se ha afirmado y que consecuentemente el Derecho Administrativo, como Derecho Común de las Administraciones Públicas, tenga a su vez un carácter residual con respecto al Derecho Público y al Derecho de la Administración; sin que la palabra "residual" suponga mengua de su importancia y volumen. Antes bien, todo lo contrario.

4ª. Resulta inevitable, sin embargo, reconocer que no toda la actividad del Gobierno es administrativa, sino que desempeña también una actividad política.

Evidentemente, el tema de los actos políticos no puede plantearse hoy como antaño, en el sentido del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que equivalía a declarar injusticiables determinados actos del Gobierno.

Tampoco merece demasiado la pena bucear en la Historia; puesto que, conforme señaló el profesor Baena, no cabe distinguir la actividad política y administrativa del Gobierno con criterios intemporales y abstractos; e incluso es evidente que el origen de la noción "acto político" en Francia (temor del Consejo de Estado a entrar en asuntos relacionados con el patrimonio de los Bonaparte) y en España (idéntico temor del Consejo de Estado, en relación con el patrimonio de la familia Godoy) se produce asimismo por razones políticas y no jurídicas, de idéntica forma que la fluctuación de la noción a lo largo del tiempo.

Con la Constitución en la mano, en la España actual todo acto del Gobierno es justiciable (sea por la Jurisdicción Constitucional, sea por la Contencioso-Administrativa), con lo cual, la problemática de los actos políticos ha dejado de existir en su dimensión histórica.

No obstante, reciente todavía la Constitución, insistió Garrido Falla en que los actos políticos pervivían en distinta forma y sentido. No se trataría ya de pretendidos actos políticos por naturaleza, sino de actos de relación entre Poderes Constitucionales, y en el caso de plantearse conflictos, tendría competencia decisoria el Tribunal Constitucional; con lo cual queda abierto un interrogante no a analizar aquí, pero sí a apuntar: ¿Cuál es la naturaleza de una sentencia del Tribunal Constitucional y, en general, de toda decisión de última instancia?

En el fondo, la idea que se apunta con los nuevos "actos políticos", es que existe un Derecho Político, junto al Derecho Administrativo, delimitación que conscientemente no ha planteado problemas fuera de la cabeza del Ejecutivo o Gobierno.

La conclusión es la siguiente:

Toda relación entre Organos Constitucionales del Estado es Derecho Político. El resto de la actividad del Gobierno y todas las funciones de los demás órganos de la Administración, integran el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo abarca asimismo la organización de los otros Organos y Poderes del Estado y aquella parte de la actividad por ellos desarrollada, que no les está constitucionalmente atribuida en conjunto. Por lo tanto, es claro tanto que se inserta en el Derecho Político la actividad legislativa de un Parlamento, como que es Derecho Procesal la regulación de la actividad de los Juzgados y Tribunales. No obstante, el contenido propio de los Reglamentos de las Cámaras y en general del denominado Derecho Parlamentario, es Administrativo, al igual que los actos de aquéllas ajenos a su función constitucional (léase, por ejemplo, contratación). Por último, y también a guisa de ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye en su disposición adicional 1ª.2, potestad re-

glamentaria genérica al Gobierno; dato formal que confirma mi hipótesis de que también la organización judicial pertenece al Derecho Administrativo.

En resumen: Sólo la actividad constitucionalmente atribuída a órganos y poderes del Estado, distintos del Ejecutivo, escapa al Derecho Administrativo.

La estructura compleja del Estado, como sucede en el caso de nuestro Estado de las Autonomías, únicamente resta claridad a la solución apuntada, pero no le hace perder ni un ápice de validez.

Una Comunidad Autónoma es un Organismo Constitucional del Estado, dividido en órganos y Poderes Estatutarios, e interna corporis le es aplicable la misma doctrina ya apuntada: existen actos de relación entre Poderes, que no están sujetos al Derecho Administrativo, como el que se produce cuando el Presidente de la Comunidad disuelve la Asamblea Legislativa y que en el sentido apuntado por el profesor Garrido son actos políticos (es decir, sujetos al Derecho Político, en nuestras nuevas coordenadas). Los demás actos del Ejecutivo Regional, que no le relacionan con otros Poderes Estatutarios, estarían sujetos al Derecho Administrativo.

Sin embargo, las Comunidades Autónomas permiten hacer algunos interesantes matices:

a) En el esquema de división de poderes, el Judicial sigue siendo un poder global en el seno del Estado, puesto que a pesar de tener el Tribunal Superior de Justicia consideración de órgano autonómico (artículo 152 C.E.), no es de echar un saco roto el principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 C.E.).

b) Pueden existir Organismos Estatutarios sin reflejo Constitucional que son copartícipes del equilibrio de poder entre los Altos Organismos de la Comunidad Autónoma, como sucede con el citado Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña.

c) Las Comunidades Autónomas elevan definitivamente a teoría las hipótesis que he venido manejando.

Acaso pudiera pensarse, con un criterio puramente formalista, que los actos de los Poderes Públicos no sujetos al Derecho Administrativo ni al Privado, son enjuiciables ante el Tribunal Constitucional; mientras que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conocería con exclusividad de los actos (empleo la expresión en sentido amplio) sujetos al Derecho Administrativo.

Tal conclusión formalista funciona por aproximación, pero no es exacta. El tema ya se entrevé, sin tomar en consideración a las Comunidades Autónomas, si se tiene en cuenta que algunos actos administrativos, aunque sea de forma mediata, pueden ser recurridos ante el Tribunal Constitucional, por vía de Amparo. No obstante, las Comunidades Autónomas arrojan luz definitiva sobre la mate-

ria, al ser claro en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, que una disposición reglamentaria, al ser globalizable como actividad de la Comunidad Autónoma, puede originar un conflicto constitucional de competencias; lo que despeja visiones simplistas, que a priori pudieran deducirse del artículo 153 de nuestro Texto Fundamental.

5ª. Dado que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se suele incluir dentro de la noción de Derecho Administrativo, se impone entrar en la cuestión.

Para mí está meridianamente claro que las normas reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto que la organicen, al igual que sucede en general con la Ley Orgánica del Poder Judicial, son de Derecho Administrativo; pero todas las demás disposiciones son, en buena lógica, puro Derecho Procesal.

Entiendo que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras estuvo en la esfera de la propia Administración (retenida o delegada) y no en la del Poder Judicial, formaba parte de la esfera regulada por el Derecho Administrativo; pero hoy eso no es cierto, al tratarse de una jurisdicción meramente especializada, pero siempre dentro de la ordinaria.

Desde el punto de vista académico, se considera conveniente (razón puramente empírica y coyuntural) que dicha Jurisdicción se estudie en Derecho Administrativo y no en Derecho Procesal.

Razones de pura oportunidad siempre abundan en Derecho y no debe extrañarle a nadie. Así, existen cuestiones claramente administrativas de las que no conoce la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la Jurisdicción Laboral (artículo 2.a) LJCA, en relación con el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Que este tipo de cuestiones se estudien en Derecho del Trabajo, abona lo coyuntural y empírico de la división académica de materias.

6ª. Por último, toca entrar en la zona de penumbra entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, tanto mayor cuanto que en nuestra época se han difuminado progresivamente las barreras entre Estado y sociedad civil, por causa del inmenso auge del intervencionismo administrativo en el Estado Social de Derecho.

Este fenómeno da lugar a un estre cruzamiento entre las formas públicas y privadas de gestión, que está en la base de la Administración Institucional.

Por otra parte y con anterioridad histórica a las recientes épocas de auge de la intervención administrativa en la sociedad, aparecen fenómenos de utilización del Derecho Privado, en el ámbito relacional con los ciudadanos (tema claro en materia de contratación), así como la penetración de la sociedad civil en el Estado, a través de las Corporaciones, las cuales tampoco son ajenas a un control so-

cial, que opera en sentido contrario; e incluso mediante el denominado ejercicio privado de funciones públicas.

En estos dos puntos, voy a hacer poco más que ser meramente descriptivo, como no puede por menos que acontecer, en un tema de concepto.

a) La Administración Institucional responde a la idea de descentralización por servicios, acuñada por Hauriou y recibida en España a través de Royo Villanova.

Su figura típica son los Organismos Autónomos, de base fundacional o institucional, en el sentido de masas patrimoniales adscritas a un fin de interés público (no en vano, la denominación clásica en el ámbito local, ha sido la de Fundaciones Públicas).

Se trata de personificar un servicio, bajo las normas de Derecho Público, que regulan también su régimen de actuación. No obstante y dado que se persigue agilizar la gestión, se producen también especialidades, sobre todo en el ámbito presupuestario y en la contratación administrativa.

Sobre la noción básica de Organismo Autónomo, que constituye el centro de la Administración Institucional, se presentan posibilidades de un mayor sometimiento al Derecho Administrativo, como se da en el caso de los Organos de Gestión, sin personalidad diferenciada; o por el contrario, de mayor flexibilidad, como acontece con los Entes con Personalidad Pública y Régimen de Gestión de Derecho Privado, que constituyen uno de los supuestos de sociedades estatales, previsto en la Ley General Presupuestaria (Renfe, Infe, etc.).

Precisamente el supuesto de máxima flexibilidad se da con figuras instrumentales, que escapan casi por entero del Derecho Administrativo, en la medida en que su personalidad es privada y también lo son por entero, su régimen de contabilidad y de contratación. Se trata de las Empresas Públicas, constituidas bajo la forma de sociedad anónima.

Supuestos menos comentados, pero que también existen, de utilizar instrumentalmente formas de organización propias de la sociedad civil, se dan con la constitución de Fundaciones Privadas por Entes Públicos y con la posible utilización instrumental de la legislación de asociaciones, conforme se ha efectuado, por ejemplo, con las Federaciones de Municipios.

b) Si en todo lo anterior (ámbito organizativo), la posibilidad de utilizar una u otra forma de organización es discrecional; en cambio, la utilización del Derecho Privado en el ámbito relacional con los ciudadanos, no puede considerarse de igual forma.

Aquí sucede que el Derecho Administrativo ha ido ganando campo, a costa de empequeñecer el papel que tiene para la Administración el Derecho Privado,

entendido como Derecho Común. En este sentido, está claro que los contratos administrativos, históricamente pasan de no existir a regular, por necesidad reglada, la mayoría de las relaciones de tráfico patrimonial de los Entes Públicos.

La utilización del Derecho Privado en las formas de organización es básicamente discrecional, mientras que en el ámbito relacional suele ser reglada. De ahí que en las zonas de sombra entre lo organizativo y lo relacional (personal) estén muy combinados los elementos reglados y los discrecionales.

No se olvide tampoco que al condicionar la forma de organización la manera de gestión, se da un entrecruzamiento entre lo doméstico y lo relacional, en favor de una mayor discrecionalidad administrativa a la hora de utilizar el Derecho Privado, si bien con el precio de la pérdida de potestades.

Para terminar con el tema de la utilización instrumental del Derecho Privado en relaciones jurídicas con terceros, he de decir (sin aportar nada nuevo), que la formación de la voluntad administrativa es siempre pública (teoría de los actos separables).

c) Considero, en disonancia con la opinión de los profesores Villar Palasí y Baena del Alcázar, que las realidades Administración Institucional y Administración Corporativa, han de separarse. En este punto coincido con las tesis de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, entre otros.

Parece claro que la Administración Corporativa surge como penetración de la sociedad en la estructura del Estado. Esto es históricamente cierto, con independencia del control e incluso del dirigismo social, por parte del Estado, que puede articularse a través de las Corporaciones.

Este fenómeno, así como la naturaleza, asociativa en su base, de la Corporación, me impelen a no considerar la Administración Institucional como un cajón de sastre de realidades heterogéneas.

Sobre la base de estos planteamientos, se puede comprender también cómo las Corporaciones combinan lo privado con lo público y cómo, sólo parcialmente, son Administraciones Públicas.

d) Un problema parecido se presenta con el denominado "ejercicio privado de funciones públicas", planteado por el Consejo de Estado francés, y muy bien expuesto en España por Garrido Falla.

El problema es si cabe que los particulares dicten actos administrativos, tema de trascendental importancia para elegir la vía procesal oportuna en la que puedan ser impugnados.

El supuesto por antonomasia, suelen ser las potestades (normalmente de policía), delegadas en los concesionarios de los servicios públicos.

El profesor Garrido salva la cuestión diciendo que lo normal es conceder un recurso administrativo frente a tales actos, con lo cual se impugnaría ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el acto resolutorio de dicho recurso.

La conclusión es ingeniosa, pero no deja de ser una vía de escape, que en supuestos análogos, como las funciones públicas desempeñadas por el capitán de un buque mercante, ni siquiera resulta explicativo de la naturaleza de la actividad.

Para mí es claro que estas personas, en una parte pequeña de sus cometidos, tienen atribuido el ejercicio de una competencia administrativa y en esta misma medida son titulares de un órgano administrativo, perteneciente a determinada Administración Pública. De ahí, que sus actos sean administrativos.

La confusión se origina por la excepcionalidad de la cuestión: no hay ejercicio privado de funciones públicas, sino titularidad excepcional de un órgano administrativo, lo que provoca que a tales personas no se les pueda aplicar sistemáticamente el régimen estatutario propio de los funcionarios públicos.

De todas formas, con la creciente laboralización de la Función Pública, no todos los que tienen una relación de servicio para con la Administración están sometidos a un régimen jurídico idéntico; es decir, que la relación ejercicio de autoridad/funcionario/régimen estatutario, es susceptible, incluso con carácter normal, de múltiples matices que dependerán únicamente de lo dispuesto en la Ley.

## 1.8. DEFINICIÓN QUE SE PROPONE

Con plena conciencia, conforme señalaba al principio, de que no cabe dar una noción ahistórica de ninguna de las Ciencias Humanas, voy a plantear, sin embargo, un concepto del Derecho Administrativo que atienda esencialmente a sus datos más estructurales:

*Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho (subestructura jurídica), aplicable a la organización estatal global, que relaciona a dicha organización con los sujetos en Derecho (elementos personales y organizativos) de la sociedad civil, a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores y mediante normas jurídicas cualificadas por la atribución de potestades a la organización estatal.*

O, si se prefiere una definición más acorde con la terminología que se ha venido manejando y que gana precisión a costa de ser inusual, diré, sin perjuicio de una nueva profundización en sus elementos, que Derecho Administrativo es una subestructura jurídica, estructurante de la organización estatal global, que relaciona a ésta como elemento, a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores, con los elementos personales u organizativos de la sociedad ci-



vil, mediante normas jurídicas cualificadas por la atribución de potestades a la organización estatal.

Analicemos ahora los elementos contenidos en la definición:

a) El Derecho Administrativo es una subestructura jurídica: Con esto se afirma, conforme al marco conceptual en el que me he venido desarrollando, que el Derecho Administrativo es una parte del Ordenamiento Jurídico y que en sí mismo forma un Ordenamiento peculiar, puesto que toda subestructura es, a su vez, estructura.

b) El Derecho Administrativo es estructurante de la organización estatal global: Esto significa que la organización estatal subconstitucional está esencialmente configurada por el Derecho Administrativo y no sólo a nivel del Ejecutivo, sino interna corporis de los demás Organos y Poderes del Estado.

Otra cosa son las relaciones entre esos Organos y Poderes, que cuando se mueven en el marco de sus competencias constitucionalmente atribuidas, se rigen por el Derecho Político, aún cuando actúen por intermediación de sus respectivas Administraciones Públicas (recuérdese la posibilidad de un conflicto constitucional entre el Gobierno y una Comunidad Autónoma, a través de su Consejo de Gobierno).

En cambio, las estrictas relaciones entre Administraciones Públicas se rigen por el Derecho Administrativo o por el Privado, según sea posible o necesario el ejercicio de potestades. No suele ser posible el ejercicio de potestades por una Administración sobre otra, cuanto más efectiva sea la autonomía de la segunda; por ejemplo, cada día aparecerá como más insólito que en el establecimiento de un concierto o de una sociedad entre la Administración del Estado y la de una Comunidad Autónoma, alguna de ellas pretenda imponer a la otra la Ley de Contratos del Estado. Lo normal será contratar con arreglo al Derecho Privado. En cuanto a la no necesidad del ejercicio de potestades, puede darse en las relaciones contractuales entre una Administración Territorial y alguno de sus Organismos Autónomos: ¿Para qué la complicación de contratar con arreglo al Derecho Administrativo, cuando las potestades de la Administración Territorial están aseguradas por su control sobre el Ente?

De hecho, la propia Ley de Contratos del Estado, a pesar de su veteranía preconstitucional, excluye de su ámbito "los convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de Derecho Público" (artículo 2.4.). Sin duda existen hoy muchas más razones que antaño, para que esta norma sea de verdad eficaz, y no se haga en términos como los del artículo 145.2 RSCL, al disponer que "cuando el concierto se estableciera entre dos Corporaciones locales o entre una de éstas y el Estado u otra de carácter paraestatal, no requerirá prestación de garantía", con lo que se aseguraba la persistencia real de la Contratación de Derecho Administrativo y de hecho se cerraban las puertas al Derecho Privado.

Por otra parte, me he referido a la organización estatal, sin reparar en su personificación formal, porque mi planteamiento es inverso al más comúnmente aceptado. Según esa perspectiva usual, la persona jurídica nace de una declaración formal desde el Derecho, con lo cual se originan graves problemas, como los derivados de las relaciones contractuales de Las Cortes, que no están personificadas, o de algunos olvidos en cuanto a declarar persona jurídica a la Administración de otras tantas Comunidades Autónomas. Personalmente pienso que toda organización no integrada jerárquicamente en otra, es centro de imputación de relaciones jurídicas y, por lo tanto, persona jurídica, con independencia de que esto conste formalmente o no. La constancia formal sirve para coadyuvar a la seguridad jurídica, o para delimitar el alcance de la personalidad y, en su caso, para convertir en centros unitarios de imputación de relaciones jurídicas a organizaciones dependientes (como es el supuesto de los Organismos Autónomos).

Me he referido exclusivamente a la organización estatal, para no complicar más el tema con las Organizaciones Internacionales y Comunidades Supranacionales; pero sin duda, a ellas les es aplicable todo lo que ha sido señalado del Derecho Administrativo, en relación con el Estado. En todo caso, y a los efectos de España, esto no constituye problema, puesto que nuestro Ordenamiento Constitucional está inspirado en un fuerte monismo estatista, que hace derivar, incluso al Derecho Internacional, de nuestra *Lex Maxima*; conforme evidencia su artículo 95, al exigir la previa reforma constitucional para concertar un Tratado que pueda contener estipulaciones contrarias a la misma.

c) La organización estatal global es un elemento, dentro de la estructura del Derecho Administrativo, que se relaciona con los particulares a través de órganos fuertemente jerarquizados y transformadores.

Eso significa que si antes fueron analizadas las Administraciones Públicas, aunque de un modo dispar al de la teoría estatutaria, ahora interesa centrarse en la relación jurídica como tal, con especial incidencia en el polo Administración. Precisamente, los elementos relacionales por excelencia de la organización estatal a estos efectos, tienen la característica de ser "fuertemente jerarquizados y transformadores", lo que les diferencia con nitidez del Poder Judicial, cuya jerarquía, por razones de independencia, no conoce apenas más alcance que la vía de recurso; por otra parte, el Poder Judicial resuelve conflictos u opera como garante de la seguridad jurídica (Jurisdicción Voluntaria); pero no es transformador, porque no pretende ser agente del cambio social. No es intervencionista, en suma. Además, este carácter transformador, que la Administración no tiene atribuido en exclusiva, ni a todos los niveles, encaja perfectamente con los postulados generales del Estructuralismo, los cuales se sitúan tanto en lo sincrónico como en lo diacrónico.

d) El otro polo de la relación jurídica son los elementos personales u organizativos de la sociedad civil. En el fondo, y desde la perspectiva que he manejado, podía haberme referido sin rubor a "elementos personales, naturales o jurídi-

cos"; pero he preferido dejar la cuestión en términos más amplios, para evitar los problemas que derivarían, desde perspectivas más convencionales, de la toma en consideración de comunidades de bienes o de herencias yacentes, a los que no se considera personas; pero cuya realidad de tales tiene alguna acogida en ordenamientos sectoriales (artículo 33 de la Ley General Tributaria).

e) Por último, las leyes de la estructura son, en este caso, normas jurídicas calificadas por la atribución de potestades a la organización estatal. Este postrer elemento, al ser evidente, merece sólo una aclaración: el Derecho Administrativo, como rama más extensa y residual del Derecho Público, participa de la nota exclusiva de éste en cuanto al ejercicio de potestades; lo que no significa, conforme ya fue expuesto, que no existan también en él privilegios (al igual que sucede en el Derecho Mercantil), o auténticos derechos subjetivos. De todas formas, destaca el ejercicio de potestades como elemento definidor, en general, de la actividad Pública.

Hemos tenido ocasión de observar cómo en esta perspectiva estructuralista del Derecho Administrativo, se integran armónicamente las nociones subjetivas, objetivistas, relacionistas e institucionalistas, lo que sin duda reafirma la validez parcial de todas ellas, a través de su superación con una perspectiva de conjunto como la que acaba de ser expuesta.

Poco queda por decir ya, dado que el concepto expuesto, con las tan inevitables como necesarias componentes históricas, es suficientemente revelador de lo que, el que esto escribe, entiende como Derecho Administrativo. No obstante, la definición ha sido obtenida, parafraseando a Kant, a través de la razón pura. Resta ahora introducir la razón práctica. En este sentido, el Derecho Administrativo práctico, comprende necesariamente las normas generales de organización y procedimiento del Derecho Administrativo puro (Derecho Administrativo Común), más aquellas materias que se incluyan en el programa de la asignatura, por razones históricas o de oportunidad académica; es decir, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (que hoy es esencialmente Derecho Procesal) y parte del Derecho Administrativo puro (el sector excluido, como sucede con el Derecho Fiscal, no por eso deja de ser conceptualmente Derecho Administrativo).