

FRITZ FLEINER

INSTITUCIONES
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

FRITZ FLEINER

INSTITUCIONES
DE
DERECHO
ADMINISTRATIVO

TRADUCCIÓN DE LA OCTAVA EDICIÓN ALEMANA

POR

SABINO A. GENDIN
Secretario del Ayuntamiento de Oviedo



EDITORIAL LABOR, S. A.
BARCELONA - MADRID - BUENOS AIRES

1933



Sabino A. Gendin

CAPÍTULO PRIMERO

Ideas fundamentales

§ 1. Administración ⁽¹⁾

I. Toda la vida política se encuentra sometida a un orden fundamental, escrito o consuetudinario, que nosotros llamamos Constitución del Estado.

Ella es la que provee de órganos al Estado y le hace capaz de voluntad y de actividad. Por ella el Estado viene a ser una persona jurídica, y se encuentra, mediante la gestión de sus negocios, en situación de verificar o realizar los fines que le son propios. La actividad que una persona física o jurídica consagra a la gestión de sus negocios se denomina administración (2). En esta obra no vamos a estudiar la administración de los particulares; sólo a la administración del Estado dedicaremos nuestra atención, y su estudio formará el objeto de las páginas que siguen.

La Administración, en sentido amplio, a diferencia de la Constitución, viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales.

Así como la Constitución representa en el Estado el elemento estable, permanente, en la Administración, por el contrario, se nos manifiesta el Estado en actividad. Hasta el siglo XVIII se usaba el vocablo «gobierno» para designar esta actuación.

Pero, muy pronto, un estudio más profundo reveló que esta ingente actividad funcional del Estado se ejerce en varias direcciones, y, en consecuencia, quedó afirmada la diversidad de las funciones que competen al poder del Estado, a saber: Legislación, Jurisdicción y Administración en sentido estricto.

(1) OTTO MAYER, I, § 1. PAUL SCHOEN, «Enzyklop. d. Rechtswissenschaft», IV, 195 y s. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», 3.ª ed. por WALTER JELLINEK, 1914, pág. 595 y s. G. MEYER-ANSCHÜTZ, «Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts», 7.ª ed., 1919, pág. 750. W. JELLINEK, pág. 1 (con amplias notas bibliográficas). MERKL, 1 y s. ULBRICH, «Der Rechtsbegriff der Verwaltung» (Grünbuts Z., 9, 1882, pág. 1 y s.). VIERHAUS, «Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit» (VerwArch, 11, 222). ERICH KAUFMANN, «Verwaltung, Verwaltungsrecht» (WStVR., III, 688). W. SCHELCHER, «Oeff. Gewalt und öff. Verwaltung» (Fischers Z., 35, 1909, pág. 1 y s.).

(2) *Ver-walten, walten, valere*: dirigir, regir, manifestar una voluntad.

Mediante la actividad legislativa el Estado responde a su misión de crear el Derecho. La resolución de lo que, conforme a la ley vigente, es Derecho en cada conflicto jurídico, incumbe a la Justicia.

La legislación y la administración de justicia constituyen los fines específicos del Estado, pero no son las únicas funciones del mismo.

Un Estado que se limitase solamente a dar leyes y a dictar sentencias caminaría rápidamente a su destrucción (3), pues con la publicación de leyes y sentencias no se agota su actividad.

La ley debe ser observada, y el fallo ejecutado; ello constituye una especial función estatal, que es la ejecutiva. En este sentido no hay motivo para diferenciar si la ejecución del precepto legal se encomienda desde un principio a la autoridad ejecutiva, o si la intervención de ésta se limita a obligar a un ciudadano cuando éste se niegue a obedecer un mandato legal, personalmente dirigido a él (4).

La función ejecutiva no agota el círculo de los negocios que competen al Estado, además de la Legislación y de la Jurisprudencia, pues también le incumben otras tareas, aun cuando ninguna ley se las haya encomendado especialmente.

Del mero hecho de la existencia de un Estado, surge el deber de realizar tales misiones, verbigracia, la protección de sus súbditos y del territorio frente a otros Estados, el mantenimiento del orden público en el interior y otras obligaciones de esta índole.

Si llamamos función ejecutiva a la que pone en práctica una voluntad extraña — como es, también, la que realiza la voluntad del Poder legislativo — mediante organismos políticos especiales, denominaremos, en cambio, gobierno a la realización de la propia voluntad de los organismos activos.

La función ejecutiva y el gobierno representan dos facetas de la tercera función política, esto es, de la Administración en sentido propio; así, todo lo que cae fuera de las atribuciones del legislador y de los Tribunales, es, por tanto, Administración en sentido estricto o simplemente Administración: conjunto de funciones de naturaleza técnica, intelectual y jurídica, cada una de las cuales tiende a alcanzar resultados útiles para el bien común (imposición de tributos; llamamiento a filas; licencias para la apertura de establecimientos de bebidas; construcción de caminos y puentes; reglamentación del personal de servicios; conclusión de contratos de compra, alquileres y arrendamiento, etc.).

Sólo la Administración en sentido estricto constituye el objeto de la especial disciplina denominada Derecho administrativo; mas, por otra parte, éste no se limita a estudiar la gestión del Estado.

(3) LABAND, « Staatsrecht », II, 5.ª ed., pág. 176.

(4) Bajo el nombre de « ejecución » se puede entender no sólo la realización del mandato de la ley por parte de los ciudadanos, sino también el ejercicio del Poder ejecutivo por parte de las autoridades especiales. Sin embargo, según HÄNEL, « Gesetz im formellen und materiellen Sinne », 1888, pág. 196, la expresión política « ejecución » la hemos de limitar a aquellos casos en que los mandatos de la ley deben ser realizados por los órganos especiales del Estado o las Corporaciones de Derecho público.

Como veremos más adelante (en los §§ 6 y 7), se incorporan al Estado diversas personas morales como Municipios, Mancomunidades de Municipios, Cajas de previsión contra enfermedades, etc., que satisfacen intereses generales y con medios esencialmente idénticos a los del Estado. Ello justifica considerar, desde un punto de vista científico y abstracto, la Administración de estas entidades, junto con la del Estado, como Administración pública, frente a la administración de los particulares que sólo tiende a la satisfacción de intereses individuales.

La Administración puede constituir el objeto de una disciplina jurídica en cuanto la competencia y el deber de actuación de sus órganos derivan del orden jurídico, y en cuanto tales órganos se sirven de medios jurídicos para la realización de sus fines. Los recursos de Derecho privado que la ley concede a los ciudadanos para la consecución de sus fines están también a disposición de la Administración pública; ésta los aplica al realizar determinadas funciones públicas (5). Pero el Estado, en la mayoría de sus negocios administrativos de carácter público, disfruta de un medio, a saber, la potestad imperativa o imperio (*imperium*), que no está al alcance de los particulares. La potestad imperativa significa la facultad de dictar órdenes a los hombres libres, y de obligarles a cumplir estas órdenes (6). En esencia, solamente el Estado es capaz de imperio (7); sin embargo, el Estado puede otorgar esa potestad a ciertas entidades como los Municipios, etc., que tienen a su cargo negocios administrativos de carácter público.

Son funciones soberanas exclusivas del Estado la Legislación y la Administración de Justicia. En cuanto el Estado realiza soberanamente sus tareas administrativas, la Administración se coloca al nivel de las demás funciones políticas.

Para distinguir de una manera positiva la Administración de las demás funciones públicas, se ha sostenido hasta los últimos tiempos que competen a aquélla todos los asuntos que han de ventilarse, no según determinadas normas jurídicas, sino según el libre arbitrio de la autoridad. De esta manera se ha llegado a considerar el « libre arbitrio » como elemento esencial de la Administración, presentando a ésta en evidente contraste con la Justicia, que se somete a la ley. Este punto de vista se basa en un error, puesto que desconoce que actualmente la ley es un límite no sólo para la Administración ejecutiva, sino también para la gubernativa, como estudiaremos más detenidamente en el § 9. En el Estado de derecho sólo se concibe una « Administración conforme a ley ». En tanto que los organismos administrativos estén sometidos a las reglas de Derecho, su posición con respecto a la ley es la misma que la de los Tribunales.

(5) Por ejemplo, al aceptar empréstitos, al comprar o arrendar fincas, etc.

(6) GERBER, « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts », 2.ª ed., 1869, pág. 21. LABAND, « Staatsrecht », I, 5.ª ed., pág. 68. JELLNER, « Allg. Staatslehre », 3.ª ed., pág. 427 y ss.

(7) Abstracción hecha de los vestigios de la antigua soberanía familiar que se ha conservado en el padre frente a sus hijos.

Mas, por otra parte, aunque una determinada materia se regule con toda minuciosidad, ningún legislador es capaz de prever la multiplicidad y variedad de aspectos que ofrecen las necesidades en el presente y en el porvenir, ni de establecer normas fijas para cada caso concreto.

Frecuentemente el legislador ha de limitarse a dictar normas jurídicas de carácter general, dejando para la Administración el cuidado de ordenar, dentro del marco que aquél le señaló, lo que requiere y exige el caso concreto (8). El libre arbitrio juega un importante papel en la Administración, pero no es nota privativa de ésta (9). No es raro tampoco el caso en que la ley autoriza al juez para juzgar libremente, dentro de un marco determinado, por ejemplo fijando el importe de una indemnización, atendidas todas las circunstancias del caso (10).

Manifiéstase aquí el contraste entre la actividad libre y la condicionada. También en los demás aspectos se equiparan el funcionario administrativo y el juez en punto a la ejecución de la ley, pues igualmente aquél tiene que determinar ante todo si un hecho especial cae o no bajo el dominio de la ley, aplicando al efecto el precepto jurídico abstracto para obtener las conclusiones jurídicas oportunas. En resumen: hechos, normas jurídicas y conclusiones jurídicas. Por lo tanto, el funcionario administrativo que ejecuta la ley, no ejerce una actividad esencialmente distinta de la del juez cuando pronuncia un fallo conforme a la ley.

Mas para la Justicia — y en esto estriba la diferencia entre ésta y la Administración — su propio fin es la aplicación del Derecho, en tanto que respecto de la Administración la aplicación del Derecho no es más que el medio para un fin.

La Justicia tiene que establecer en sus sentencias lo que es justo según la ley vigente, prescindiendo de las consecuencias que resulten para el Estado y partes interesadas. Por el contrario, la Administración tiene que proveer al bien común, y procurar cosas útiles.

El elemento vital de la Administración es la actividad, la intervención activa, la obtención inmediata de determinados resultados materiales. Su norma es la oportunidad y la utilidad. En atención a ello, la Administración se puede llamar « poder activo del Estado », en contraposición al Poder legislativo y al judicial, los cuales agotan su función en formular decisiones de voluntad; pero la Administración sólo es capaz de desarrollar toda su actividad dentro de una ordenación

(8) Ejemplo: « Allg. Preuss. Landrecht », parte II, título 17, art. 10. « Es misión de la policía disponer los medios para conservar la tranquilidad, seguridad y orden públicos, y para evitar el peligro que amenaza a la colectividad o a cualquiera de sus miembros. »

(9) JELLINEK, « Allg. Staatslehre », 3.ª ed., pág. 616 y s. ADOLF MERKL, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », 1917 (en « Deutschen Richterzeitung »).

(10) Ley de enjuiciamiento civil, art. 287, Cod. civil suizo, art. 4 (y además el « Kommentar », de EGGER, 2.ª ed., 1928, pág. 85). Código suizo de las obligaciones, art. 42, F. STIER-SOMLO, « Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung » (« Staatsrechtliche Abhandlungen », Homenaje a LABAND, II, pág. 445 y siguientes).

jurídica. El Derecho impulsa su actividad, pero al mismo tiempo la limita. Sin embargo, la Administración no emplea el Derecho con el exclusivo objeto de servirle y de proporcionar eficacia a sus normas, sino para alcanzar, bajo su amparo, un determinado rendimiento material que está fuera del ámbito de realización del Derecho.

Por razón de sus fines, el funcionario administrativo no es un colega del juez, sino que está asimilado a un simple súbdito de la ley, que vive conforme a ella porque sólo dentro de los límites del orden jurídico encuentra los medios de coerción necesarios para lograr sus fines.

II. De acuerdo con lo que acabamos de exponer, entenderemos por Administración toda la actividad que el Estado o cualquier otra Corporación de Derecho público desarrolle, en su propio orden jurídico, para alcanzar sus fines esenciales, y no pertenezca a la esfera de la Legislación ni de la administración de Justicia (*).

La actividad de la Administración comprende un conjunto de negocios en número casi ilimitado. Sin embargo, esas operaciones se clasifican desde el punto de vista técnico en varias ramas administrativas, a saber: Administración de Asuntos exteriores, de Guerra, de Justicia, de Hacienda y del Interior.

No obstante, las ramas administrativas de asuntos exteriores y de guerra (asuntos militares) sólo en parte pertenecen a la Administración interior del Estado, en cuanto el propio orden jurídico de carácter público viene llamado a crear los órganos de esta rama de la Administración, señalándole de antemano sus fines (11); por el contrario, las relaciones jurídicas que existan con los Estados extranjeros en la guerra y en la paz, o sea las diplomáticas y las bélicas, no son regidas por el Derecho público interior sino por las reglas del Derecho internacional (12). La administración de Justicia que establece y asegura el funcionamiento de los Tribunales es, al contrario de la Jurisprudencia, una verdadera Administración; pero por razones de índole práctica está encomendada a los Tribunales (véase pág. 14).

(*) El autor, como puede verse, concreta su pensamiento sobre lo que debe entenderse por Administración en estas palabras: Lo administrativo no se determina por la calidad de la persona ni del órgano en general que realiza determinados actos, sino por su contenido material. Actos de administración son las leyes de presupuestos, o las concesiones ferroviarias otorgadas en forma de ley, por más que las realice el poder legislativo; finalmente, son actuaciones de orden administrativo los nombramientos de jueces municipales que verifican las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales. Cfs. más adelante, pág. 14 y ss.

(11) La afirmación de KARL NEUMEYER en « Vom Recht der auswärtigen Verwaltung » (ArchöfFR, 31, 99) es acertada en cuanto sostiene que los principios jurídicos dictados para el servicio de la Administración exterior de Alemania son parte integrante del orden jurídico público interior, o sea del Derecho administrativo alemán. Cfs.: NEUMEYER, « Internationales Verwaltungsrecht », I, 1910; II, 1922; III, 1, 1926, y « Grundlinien des internationalen Verwaltungsrecht », 1911.

(12) Constitución del Reich, art. 4: « Las reglas del Derecho internacional que sean generalmente reconocidas, obligan como si formaran parte del Derecho alemán del Reich. » (Traducción española de la Constitución alemana, con comentarios de D. BÜHLER, publicada en la « Biblioteca de Cultura política ». — EDITORIAL LABOR, 1931). Véanse los comentarios de ANSCHÜTZ y de GIESE.

La Administración financiera y la interior constituyen el núcleo en derredor del cual gira el presente Tratado.

En la Administración interior se incluye todo lo que no pertenezca a alguna de las otras ramas administrativas; abraza especialmente (13) cuanto promueve la cultura moral y material, y es la rama más moderna de la Administración. Para atender a las múltiples funciones de la Administración interior, en el curso del pasado siglo, fué preciso organizar departamentos especiales, verbigracia, para los servicios de comunicaciones (ferrocarriles, correos, telégrafos y teléfonos); para la educación e instrucción; para la economía, etc.

Finalmente, la Administración de Hacienda, Administración de los ingresos y gastos públicos y del patrimonio del Estado, ha tomado un mayor incremento en estos últimos tiempos, desarrollándose paralelamente a ella la legislación tributaria. Sobre la Administración interior y la Administración financiera se han desarrollado las más modernas y originales teorías del Derecho administrativo alemán.

§ 2. Separación de Poderes (1)

I. En el Estado absolutista, todos los Poderes públicos estuvieron concentrados en manos del soberano. Un elemental principio — el de la división del trabajo — le indujo a transferir la función judicial a tribunales adecuados y especiales para tal objeto. Contribuyó también a ello la idea de que un órgano desinteresado en los asuntos políticos podía ofrecer al súbdito, deseoso de hacer valer su derecho, una garantía mayor que los organismos del « Gobierno »; pero en manera alguna quedó rota, por ello, la relación entre los organismos judiciales y el Gobierno. El titular del Poder público, el Príncipe, estaba facultado en todo tiempo para ejercitar la función judicial, y para dictar sentencia con su Gabinete (*Kabinettsjustiz*), en cual-

(13) GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, « Staatsrecht », 7.ª ed., 750. GEORG MEYER-DOCHOW, « Verwaltungsrecht », 4.ª ed., pág. 1 y s.

(1) FRIEDRICH STEIN, « Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung », 1912 (cfs., además, la crítica de KORMANN, ArchöfR, 30, 253). JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », 3.ª ed., pág. 606 y ss. OTTO MAYER, I, § 6 y « Justiz und Verwaltung » (Discurso rectoral en la Universidad de Estrasburgo, 1902). ANSCHÜTZ, « Justiz und Verwaltung » (en « Kultur der Gegenwart », de HINNEBERG, 2.ª ed.,; « Systematische Rechtswissenschaft », 2.ª ed., 1913, pág. 372). STIER-SOMLO, « Hdbch. d. Politik », I, 3.ª ed., 296. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » (« Revue du Droit public », 13, 14, 17, 20). W. SCHELCHER, « Justiz u. Verwaltung » (suplemento a la « Fischers Z. », 1919, vol. 50). HOFACKER, « Rechtsweg und Verwaltungsweg » (« ArchivPraxis », 118, pág. 281). RICHARD SCHMIDT, « Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts », 2.ª ed., 1906, § 30 (« Justicia civil y Administración »). K. HELLWIG, « System des Deutschen Zivilprozessrechts », I, 1912, págs. 43 y ss. ROSENBERG, « Lb. d. deutschen Zivilprozessrechts », 1927, pág. 19 y s. STIER-SOMLO, I, 71 y s. HASBACH, « Gewaltentrennung, Gewaltenteilung und gemischte Staatsform » (« Vierteljahrsschr. f. Sozial und Wirtschaftsgeschichte », Bd. 13, 1916, pág. 567). EMIL OTT, « Rechtspflege und Verwaltung » (« Festschrift für Franz Klein », 1914, pág. 51). KELSEN, « Allg. Staatslehre », pág. 229. W. JELLINEK, pág. 6 y s. MERKL, pág. 6 y s., 21 y s.

quier pleito pendiente, en virtud de sus plenos poderes jurisdiccionales (2).

En el año 1749, por el célebre Reglamento de competencias de Federico el Grande, se dispuso que en Brandenburgo y Prusia todos los asuntos procesales referentes al *privatum vel jura partium quarum interest*, habían de ser discutidos y resueltos *regulariter* por los Colegios de justicia ordinarios de cada lugar (3). Sin embargo, fué Montesquieu, en su célebre libro *De l'esprit des lois* (1748), el primero en solicitar que para cada uno de los tres poderes (*puissance exécutrice, puissance législative et puissance de juger*) se instituyera un órgano o resorte especial.

Los poderes, reunidos en una sola mano, ahogan, según Montesquieu, la libertad del individuo; la división de poderes (*séparation des pouvoirs*) entre distintos órganos está basada en la misma esencia del Estado (4). Pero Montesquieu presupone que la ley obliga al poder ejecutivo (*puissance exécutrice*) y al poder judicial (*puissance de juger*). A esta teoría se enlaza más tarde la de Rousseau, que concedía a la ley, como emanada de la *volonté générale*, un poder preeminente sobre la Justicia y la Administración. Ahora bien, la idea de Montesquieu y de los Tribunales franceses era que la *puissance exécutrice* había de tener una limitación en la *puissance de juger*, encargada de juzgar los actos administrativos que suponen una infracción de las leyes (*le pouvoir arrête le pouvoir*). De aquí que hasta la Revolución, la Administración francesa tuviera que luchar contra la ingerencia de los Tribunales (5). Apoyándose en la teoría de la separación de poderes, la legislación del período revolucionario puso todo su empeño en librar la Administra-

(2) ADOLF STÖLZEL, « Fünfzehn Vorträge zur Brandenburgisch-Preussischen Rechts- und Staatsgeschichte », 1889, pág. 157 (*Machtssprüche*).

(3) EDGAR LOENING, « Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen » (« Verwaltungsarchiv », II, pág. 266). Sobre la eliminación de los *Machtssprüche*, es decir, de las sentencias dimanadas de los plenos poderes jurisdiccionales, cfs. también ADOLF STÖLZEL.

(4) MONTESQUIEU, « L'esprit des lois », liv. XI, chap. IV: « La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés: elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». Liv. XI, chap. VI: « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parcequ'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. »

(5) Sobre las causas de esta intromisión cfs. A. ESMEIN, « Cours élémentaire d'histoire du Droit français », parte III, tit. II.

público depende de si se ha realizado por el respectivo órgano dentro de los límites de su competencia (56). Por eso, cada autoridad viene obligada a abstenerse de resolver sobre el fondo del asunto, si se considera incompetente.

En el juicio de competencia no se decide nada sobre el Derecho aplicable; sin embargo, esta regla no entra en vigor en los casos en que los Tribunales declaran procedente la vía judicial, porque entonces aprecian en el asunto litigioso un «pleito de carácter civil» (57).

En el examen de su propia competencia, ni la autoridad administrativa ni el Tribunal están obligados a aceptar las pretensiones y pareceres de las partes. La autoridad requerida sólo viene obligada a manifestar cuál es el carácter jurídico que, en virtud de su propia investigación científica, reconoce a la relación planteada en la demanda (58).

El examen de cuanto llevamos dicho nos ha situado ante el magno problema de desdoblamiento del Derecho material, como consecuencia de la separación entre Justicia y Administración; de ahí la necesidad de determinar los límites entre Derecho privado y Derecho público.

(56) Por esto dispone la ley de Enjuiciamiento civil (texto del 22 mayo 1910), art. 547: «Sin consideración al valor del objeto del recurso tiene lugar la revisión (en el Tribunal del Reich) 1: cuando se trata de la inadmisibilidad de la vía judicial o de la inadmisibilidad de la apelación.... Por la misma razón, la excepción sobre la incompetencia de los Tribunales judiciales pertenece a las excepciones dilatorias; ley de Organización de los Tribunales, art. 274, apart. 2, núm. 2; cfs., también, arts. 275 y ss. STEIN-JONAS, ZPO., 14.ª ed., págs. 77 y s. Cfs. sobre esto los considerandos del Tribunal civil del Reich en la sentencia del 12 noviembre 1902 (53. 35 y ss., espec. pág. 37): «La admisibilidad de la competencia judicial forma la condición lógica necesaria para que lleguen a actuar, en resumidas cuentas, los Tribunales. El examen es, por consiguiente, de tal manera independiente de las actuaciones de las partes y principios fundamentales del procedimiento civil que, declarada la incompetencia judicial, aun en la misma instancia de revisión, debe anularse una sentencia dictada en instancia favorable al demandante y rechazarse la demanda sin consideración a los derechos procesales que resultaran de la relativa fuerza jurídica de la sentencia.» Lo que el Tribunal del Reich aplica a este caso rige también para el examen de la competencia con autoridades administrativas y Tribunales administrativos» (*).

(*) Con arreglo al n.º 6 del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, es motivo de casación por infracción de ley el exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, bien conociendo el Tribunal inferior en asunto que no sea de la competencia judicial, ora dejando de conocer cuando hubiera el deber de hacerlo.

(57) RGerZ., 57, 350, GIERKE, «Deutsches Privatrecht», I, pág. 31 y las sentencias que cita.

(58) Cfs. sobre esta cuestión: STÖLZEL, «Rechtsweg und kompetenzkonflikt», págs. 22 y ss. y la jurisprudencia que cita STEIN-JONAS, ZPO., 14.ª ed. I, pág. 12; 253, nota III, 3. W. JELLINEK, págs. 44 y s. ROSENBERG, «Zivilprozessrecht», pág. 23 y s. HARTMANN, «Archiv. Prax.», 121, 1923, pág. 297. Ejemplos: «El demandante impugnó el derecho de la autoridad administrativa a intervenir gubernativamente en su propiedad (reparación forzosa de un balcón en ruina), invocando en defensa de su demanda el derecho de propiedad. Pero en este caso se discute la cuestión de la esfera gubernativa y por eso tal relación jurídica, a pesar de fundamentarse la demanda en el Derecho privado, pertenece al Derecho público. El Tribunal tiene que declararse incompetente y remitir el asunto a las autoridades administrativas y Tribunales contencioso-administrativos.

§ 3. Desarrollo histórico del Derecho administrativo y de la Ciencia del Derecho administrativo (1)

I. Cuando la Revolución francesa derrocó las instituciones políticas del «antiguo régimen», la práctica y la legislación pudieron proceder libremente a formar un Derecho público homogéneo para la Administración pública, Derecho que gravitó en torno a un punto central: las relaciones del Poder público con sus súbditos, los ciudadanos. En Alemania, el desarrollo ha seguido otro camino. El Derecho administrativo alemán en la actualidad no fué originado por una crisis violenta del Estado y de la Sociedad, sino el fruto de una transformación lenta ocurrida en cada uno de sus Territorios. Este desarrollo no se verificó al mismo tiempo en los distintos Estados alemanes, y en ninguno de ellos el nuevo Derecho establecido llegó a derogar radicalmente el antiguo; en cada período se observan vestigios jurídicos de antiguas concepciones, ya superadas. Pero en todos los períodos se determinan nuevas maneras de concebir la posición del Poder público respecto de sus súbditos y del Derecho, distintas a las anteriores. Hay que tener presente que de una época a otra varían las concepciones acerca del alcance de los fines del Estado (*).

1. En el Derecho germánico de la Edad Media, fué desconocido el contraste entre Derecho privado y Derecho público (2). No se hacía diferencia alguna entre las facultades privadas y las públicas, de carácter jurídico, que tenían las personas. Unas y otras facultades dimanaban de un Derecho de igual naturaleza. En este sistema jurídico único, uniforme, la orden que la autoridad pública daba al súbdito en virtud de su soberanía y las acciones del súbdito contra el Poder público, fundados en un *derecho adquirido (ius quaesitum)*, resul-

(1) OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», I, §§ 3 a 5. OTTO MAYER, «Justiz und Verwaltung (discurso rectoral en la Universidad de Estrasburgo), 1902. EDGAR LÖNING, «Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen. (Verwaltungsarchiv», II, págs. 217 y ss.; 437 y ss., III, págs. 94 y ss., 510 y ss.). ERICH KAUFMANN, «Verwaltung, Verwaltungsrecht» (WSTVR., 2.ª ed., III, 689 y s.). HANS FEHR, «Deutsche Rechtsgeschichte», 1925, págs. 146 y s., 241 y s. W. JELLINEK, § 5. A. MERKL, § 5, HERRNITT, § 4, F. FLEINER, «Ueber die Umbildung Zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht», 1906.

(*) La concepción de un Derecho administrativo autónomo es general en todos los sistemas jurídicos continentales. No así en el Derecho británico. Como escribe DICEY, la terminología inglesa no posee ningún vocablo equivalente a la palabra francesa *droit administratif*. Los términos *administrative Law*, que serían su traducción literal, son desconocidos a los jueces y a los juristas ingleses, y en sí mismos son ininteligibles si no se les acompaña de alguna explicación. Evidentemente existe en Inglaterra una legislación administrativa, pero no un Derecho administrativo, es decir, un conjunto de reglas de fondo encaminadas a determinar las consecuencias jurídicas de los actos de la Administración, y la situación de sus agentes, con contenido distinto a como se determinan las consecuencias de los actos similares efectuados por los particulares.

(2) GIERKE, «Das deutsche Genossenschaftsrecht», II, 1873, págs. 131 y ss. y 266. ANDREAS HEUSLER, «Deutsche Verfassungsgeschichte», 1905, págs. 138 y ss. FRITZ KERN, «Recht und Verfassung im Mittelalter» (Histor. Zeitschrift, 120, 1919, págs. 1 y s.). Toman como punto de partida una concepción distinta. G. v. BELOW, «Der deutsche Staat im Mittelalter», 2.ª ed., 1925.

taban pretensiones equivalentes. Si alguien discutía la pretensión, había que probar el título adquisitivo. El Poder público consistía en un conjunto de derechos de soberanía puestos en manos del Príncipe, el cual, sin embargo, no podía ejercitarlos sino para el bien común (*iura regalia*). El centro de gravedad de este desenvolvimiento hay que buscarlo también en los Territorios; su esencia formaba la jurisdicción. El Poder público tenía por fundamento la salvaguardia del Derecho, la protección jurídica.

Se puede considerar toda esta época como el período de los derechos de soberanía de los príncipes territoriales (*Estado patrimonial*). De este modo de concebir la cuestión se derivaba igual protección jurídica para la autoridad que para el pueblo (3). En los Tribunales del Reich — el *Reichskammergericht*, establecido en el año 1495, y el *Reichshofrat* instituido en 1501 — se crearon jurisdicciones a las cuales también el Príncipe tenía que someterse. De este modo se presentaba al súbdito una vía expedita para querrellarse del mismo Príncipe ante los Tribunales, en el supuesto de que éste le hubiera lesionado al ejercitar un derecho de soberanía, a menos que el Príncipe, en virtud de su *ius eminens*, hubiera obrado inspirándose en el supremo interés de la comunidad (4). De este modo ejerció especialmente el *Reichskammergericht* un control sobre la vida administrativa de los Territorios.

2. El naciente Estado-policía estaba a punto de reunir todos estos derechos particulares de soberanía en un Poder público homogéneo, cuando la Reforma otorgó también a los Príncipes territoriales, mediante el *ius reformandi*, el poder formal sobre la vida del pueblo en el aspecto religioso y, por lo tanto, la responsabilidad de la salvación espiritual de sus súbditos. La conservación de la verdadera fe llegó a ser el supremo anhelo del Poder público secular; constituyó una enorme ampliación de poder que suprimió los límites existentes de las competencias soberanas y transformó el poder del Príncipe en una potestad pública absoluta. Los funcionarios y el ejército del Príncipe fueron las columnas o pilares del Estado territorial. Con el derrumbamiento de la Iglesia antigua se abrieron para el Estado, en los Terri-

(3) Cfs. para las cuestiones siguientes: JOHAN JACOB MOSER, « Von der Deutschen Justiz-Verfassung », 1774. GÜNTHER HEINRICH V. BERG, « Handbuch des Deutschen Polizeirechts », 2.ª ed., I, 1802, págs. 152 y 154-156; en estas mismas obras puede hallarse bibliografía más antigua. HERMANN SCHULZE, « Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts », I, 1881, págs. 635 y ss. EGDAR DÖNING, « Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts », 1884, págs. 771 y ss. TEZNER, « Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege » (« Verwaltungsarchiv », VIII, págs. 228 y ss.). RICHARD SCHRÖDER-KÜNSSBERG, « Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte », 1922, págs. 913 y s. RUDOLF SMEND, « Das Reichskammergericht », I, 1911, págs. 51 y ss. G. MEYER-ANSCHÜTZ, op. cit., 7.ª ed., págs. 83 y s. HANS FEHER, « Deutsche Rechtsgeschichte », 2.ª ed., págs. 228 y s.

(4) En aquellos Territorios, cuyos príncipes gozaban del derecho a *Austräge* (Tribunales arbitrales), debían los súbditos previamente demandar en justicia al príncipe ante ellos. Si el litigio quedaba resuelto definitivamente en esta instancia, no era preciso acudir ya a los Tribunales del Reich. PÜTTER, « Anleitung zum Deutschen Staatsrecht », traducción del latín por HOENTHAL, I, 2, 1792, pág. 147. SCHRÖDER-KÜNSSBERG, « Deutsche Rechtsgeschichte », pág. 916. R. SMEND, « Reichskammergericht », I, págs. 54 y ss.

torios evangélicos, campos de acción que hasta entonces el Derecho canónico había dominado. La nueva omnipotencia del Príncipe penetró en este terreno y la teoría del *ius politiae* (*la police*), que tuvo su origen en Francia, justificó la extensa competencia del poder del Estado (5). El *ius politiae* concedió al Príncipe el derecho y la obligación de obviar con su autoridad los peligros que amenazasen a la felicidad en esta vida, es decir, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos. El objeto del *ius politiae* consistía en la preocupación por el « buen estado de la cosa pública » (*politia*). El Príncipe podía disponer en todo lo que el interés de la *Policey* requiera, y decidir discrecionalmente sobre la necesidad (« conveniencia ») de una disposición y sobre los medios que habían de aplicarse para darle efectividad (6). De esta suerte se echaron las bases del poder absoluto del Príncipe. El Estado-policía quedó establecido.

Los nuevos fines del Estado, especialmente el de realización del bienestar de los ciudadanos, tal como eran concebidos por el Estado-policía, exigieron una amplia intromisión de la autoridad en la esfera privada de los súbditos; la actuación de aquella no tenía en sus orígenes ninguna limitación legal; de ello surgió una abierta oposición entre Justicia y Policía (Gobierno). Este dualismo vino preparado ya, por lo que a sus órganos se refiere, desde que se crearon los cargos de funcionarios públicos profesionales dependientes del Príncipe — uno de los más grandes aciertos de los príncipes alemanes, sobre todo del prusiano — y se organizaron « Colegios de Justicia » especiales, estableciéndose así una separación entre los órganos de la Justicia y los de la Policía (Gobierno) (7). El Príncipe manejaba el poder gubernativo a su libre arbitrio (8). Las normas según las cuales los funcionarios habían de regir la Administración eran órdenes de servicios, no preceptos jurídicos. Sólo la Justicia fallaba conforme a principios de Derecho, los cuales habían de ser publicados (por medio de edictos, pragmáticas, rescriptos, etc.).

Los asuntos de Justicia y los de Policía llegaron a ser, de este modo, los dos polos de la actividad del Estado. « Para el bien público, y por motivos en que se hace abstracción completa del Derecho, el poder gubernativo procura evitar males futuros, y mientras se parte sólo de este punto de vista y no se toma en consideración los derechos

(5) Cfs. también infra, § 24. STIER-SOMLO, artículo « Polizei », en el « Handwörterbuch der Staatswissenschaften », IV, pág. 519. Sobre el concepto de « regalia suprema » en el siglo XVII; véase STUTZ, « Sitzungsberichte der Preuss. Akademie der Wissenschaften. Philolog-histor. Klasse », 1922, pág. 20.

(6) En este sentido GÖNNER, « Teutsches Staatsrecht », 1804, págs. 328, 550, pudo sostener que no hay « Derecho de policía » (Derecho administrativo). Así también G. H. VON BERG, « Handbuch des Deutschen Polizeirechts », IV, págs. 1 y ss. (« ¿Hay un Derecho de policía? »)

(7) E. KAUFMANN, « Wörterbuch des Teutschen Staats- und Verwaltungsrechts », II, 693. KARL FRIEDRICH, artículo « Beamtenrecht » en « Handwörterbuch der Rechtswissenschaften », I, 544 y la bibliografía en él citada.

(8) GÖNNER, « Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses », 2.ª ed., II, 1804, págs. 1 y ss., especialmente pág. 59 (« Berichtigung des Begriffs der Justizsachen »).

de un individuo perjudicado, el asunto no es asunto de Justicia » (Gönner) (9). De aquí el proverbio jurídico : « En materia de Policía no hay apelación » (apelación ante los Tribunales). Por lo tanto, sólo podía aspirar a una decisión conforme a Derecho el ciudadano que sabía imprimir a su reclamación contra la autoridad el carácter de asunto judicial; pero para esto bastaba sostener que la autoridad había lesionado derechos individuales, existiendo entonces « un asunto gubernativo de carácter judicial », « siendo indiferente que la lesión del Derecho se infiriese en asuntos privados o en el ejercicio del poder del Príncipe, que el litigio versara sobre derechos del particular o sobre los del Estado, que se hubiera cometido una injusticia al establecer una norma general o al hacer la subsunción, y que la reclamación se refiriese a la violación del Derecho en materia disciplinaria, política, cameral, fiscal, legislativa o gubernativa » (Struben) (10). Gracias a este criterio, el particular lesionado en sus derechos (propiedad, libertad) gozaba de la facultad de invocar la protección de los Tribunales. Verdad es que los Tribunales del Príncipe en cada Territorio no estaban facultados para tramitar demandas contra su autoridad o contra sus funcionarios, pues el Príncipe no estaba sometido a su propio Poder judicial; pero, en cambio, el demandante podía acudir a los Tribunales del Imperio. La jurisdicción del *Reichskammergericht*, protegía a los ciudadanos contra los abusos de poder del Príncipe, determinando « según principios naturales del Derecho » los límites que el poder del Estado había de respetar frente a los « derechos adquiridos » de los ciudadanos (11), a menos que la autoridad, en algunos casos excepcionales, pudiera invocar la teoría del *ius eminens* para desconocer estos derechos.

Sin embargo, el poder absoluto del Príncipe procuró, mediante la obtención de imperiales *privilegia de non appellando* y de *privilegia de non evocando* sustraerse al control de los Tribunales imperiales (12). Y cuando no podía obtener un privilegio imperial, lograba frecuentemente su objeto acudiendo a la violencia. Cuando se hablaba a Fede-

(9) GÖNNER, « Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, II, pág. 44.

(10) DAVID GEORG STRUBEN, « Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justizsachen », Hildesheim, 1733, págs. 173 y ss. Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses », II, pág. 38.

(11) G. H. v. BERG, « Handbuch des Teutschen Policeyrechts », I, págs. 87 y ss. RUDOLF SMEND, « Brandenburg-Preussen und das Reichskammergericht » (« Forschungen zur Brandenburgischen und Preussischen Geschichte », tomo XX, págs. 161 y s.). El asesor imperial y del Reichskammergericht, barón v. CRAMER, nos ha conservado en los 124 tomitos de su « Wetzlarischen Nebenstunden », 1755-1779, numerosos ejemplos sacados de la práctica del Reichskammergericht, mencionada en el texto; cfs., por ejemplo, el vol. 33; vol. 64, tratado 5.º; vol. 70, tratado 5.º; vol. 85, tratado 2.º. Cfs. también OTTO MAYER, « Justiz und Verwaltung », págs. 7 y ss.

(12) PÜTTER, « Anleitung zum Teutschen Staatsrecht », II, pág. 167 y ss. « El Jüngste Reichsabschied » del año 1654, art. 123, y el proyecto de un « Cabildo electoral permanente », de 8 julio 1711, art. XVIII, han asignado al Tribunal del Sacro Imperio la misión de « hacer un examen reflexivo de los privilegios de los Estamentos y tenerlos debidamente en cuenta ». ZEUMER, « Quellensammlung z. Geschichte d. deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit », 1913, págs. 416 y 474.

rico Guillermo I de Prusia de las reclamaciones que sus súbditos interponían contra él ante los Tribunales del Reich, el Rey ordenaba que se causara a los nobles recalcitrantes toda clase de molestias a fin de que de este modo se abstuvieran en lo sucesivo de realizar semejantes intentos criminales e impíos, que no otra cosa significaba el hecho de proceder contra su natural señor y soberano (13). La laguna que ocasionó la supresión del control de los Tribunales, se pretendió llenarla mediante la llamada teoría del Fisco (14). Según esta teoría, el patrimonio público no pertenecía ni al Príncipe ni al Estado soberano, sino a un sujeto jurídico distinto de ambos: al Fisco, o sea a una persona sometida al Derecho patrimonial. La teoría del Fisco consideró el Derecho patrimonial como una parte del Derecho privado; por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter el Fisco, como un particular cualquiera, a la Justicia y a las normas jurídicas, es decir al Derecho civil (15). Esta nueva concepción imprimió a los « asuntos fiscales » el carácter de asuntos litigiosos. Paralelamente a la formación de la teoría del Fisco, se desarrolló la de la independencia de los Tribunales frente a la Administración (cfs. supra, pág. 10). De este modo, esta teoría proporcionó al súbdito la posibilidad de demandar a la autoridad, en la persona del *Fiscus*, ante sus propios Tribunales territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviera carácter patrimonial (16). La teoría del Fisco sometió numerosas relaciones jurídicas en que la Administración pública intervenía como participante, al dominio del Derecho privado: verbigracia, las relaciones económicas entre el Estado y sus empleados, las pretensiones de los particulares frente al Estado fundadas en « títulos de Derecho privado » (contrato, *condictio* (17), etc.). Mas no se agota con esto la teoría del Fisco. Su conquista más interesante está contenida en el intento de lograr también protección jurídica para el súbdito frente a los actos soberanos de la autoridad. Ciertamente que no logró esto directamente, pues los Tribunales territoriales no tenían competencia para anular una decisión dictada por el Gobierno en « asuntos gubernativos »; pero los Tribunales civiles obtuvieron, en virtud de la teoría del Fisco, la facultad de condenar al Fisco al pago de una suma como indemnización a favor del súbdito cuyo derecho particular adquirido hubiera sido lesionado por una disposición de la autoridad. La indemnización por lesión de

(13) OTTO MAYER, « Justiz und Verwaltung », pág. 6. W. JELINEK, ob. cit., págs. 80 y 81.

(14) OTTO MAYER, « Deutsches Verwaltungsrecht », I, 49. También en Inglaterra existía el principio de que el Rey no está sometido a sus propios Tribunales, estableciéndose en la práctica, en virtud de la *Petition of right*, concedida al súbdito, una equivalente de la teoría del Fisco. HATSCHKE, « Englisches Staatsrecht », I, 1905, págs. 88 y ss.

(15) GIERKE, « Deutsches Genossenschaftsrecht », III, págs. 796 y ss. GIERKE, « Deutsches Privatrecht », I, pág. 476. HATSCHKE, « Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch » (« Verwaltungsarchiv », 7, págs. 414 y ss., especialmente págs. 457 y ss., y « Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht », I, 803.

(16) PÜTTER, « Anleitung zum Teutschen Staatsrecht », II, pág. 288.

(17) FLEINER, « Umbildung zivilrechtlicher Institute », pág. 23.

derechos adquiridos asumió, así, el carácter de una institución de protección jurídica en la esfera del Derecho público, que no tenía su fundamento en distinguir si el Estado había obrado legal o ilegalmente. Basta recordar el punto de partida de toda la teoría: la expropiación forzosa.

El concepto del Derecho que acabamos de presentar tuvo que pasar muy pronto por una dura prueba. Se había llegado a formar un poder público netamente absoluto, y se reconoció la separación entre la esfera privada del monarca y su posición como órgano del Estado (18). Frente al nuevo poder público se formulan en el siglo XVIII dos grandes teorías antiabsolutistas que tratan de amparar al individuo: la teoría de la separación de los poderes (cfs. supra, pág. 9) y la de los derechos innatos del hombre, derechos inmutables que la Naturaleza ha concedido al individuo y que no caen bajo el poder del Estado (*les droits antérieurs et supérieurs à la constitution*). La teoría del Derecho natural aportó la justificación moral y política de tales derechos (19).

Esta aspiración hacia una mayor protección jurídica del individuo recibió su formulación especial, frente a la Administración pública, con la teoría de los derechos privados lícitamente adquiridos. De la idea de que los «derechos lícitamente adquiridos» eran los derechos innatos del hombre, se pasó a la afirmación de que tenían la condición de «derechos adquiridos» todos los basados en títulos jurídicos especiales, para acabar dejando en la práctica al juez en plena libertad de admitir un derecho individual en todos los casos en que la conciencia jurídica exigía la protección del individuo frente al poder del Estado. Mientras, por una parte, los Tribunales no vacilaron en conceder aun a los simples intereses de los particulares el carácter de derechos subjetivos (20), en cambio, se dejaron llevar por la idea de que derechos irrecusables del individuo sólo se admitían en la esfera del Derecho privado. En cuanto reconocía ciertas pretensiones de los súbditos contra el poder público, les imprimía automáticamente el carácter de derechos privados.

La tendencia a vincular la Administración pública del Estado absoluto a reglas fijas había tomado carta de naturaleza con esta teoría que en amplios sectores sometía la Administración pública al Derecho civil y a la jurisdicción ordinaria. El Fisco había llegado a ser el eje del Estado (21). Cuanto más decaía la jurisdicción de los

(18) GIERKE, «Deutsches Genossenschaftsrecht», II, pág. 644 y ss., III, pág. 597. A. HEUSLER, «Deutsche Verfassungsgeschichte», 1905, pág. 287. Cfs., también, PH. A. V. SEGESSER, «Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern», III, 1857, págs. 244 a 248; IV, 1858, págs. 720-723. GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., pág. 270.

(19) A. MANIGK, «Wie stehen wir heute zum Naturrecht?», 1926. Del mismo autor, «Die Idee des Naturrechts» (*Festgabe für Stammeler*, 1926, págs. 1-30). GEORG JELLINEK, «Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechts», 3.ª ed., publicada por W. JELLINEK, 1919. HANS FEHR, «Deutsche Rechtsgeschichte», págs. 258 y s., 303 y s.

(20) G. H. V. BERG, «Teutsches Policeyrecht», I, págs. 165 y ss.

(21) C. BORNHAK, «Preussisches Staatsrecht», II, 1889, pág. 464.

Tribunales del Imperio (22), tanto más victoriosa avanzaba la teoría del Fisco. Al derrumbarse el poder imperial, fueron pocos los Territorios (Hessen-Kassel, Pomerania sueca) en que el control ejercido sobre la Administración pública por los Tribunales imperiales, pasó intacto a los Tribunales superiores de los Estados particulares (23).

3. El nuevo Derecho constitucional que se formó en el periodo revolucionario, estableció también bases para la Administración pública. Merced a la doctrina de la separación de los poderes, se evitó en Francia la intromisión de la Justicia en la Administración, como ocurría en el antiguo régimen, separándose ésta con todo rigor de la Justicia (24), y privando a los Tribunales civiles de la facultad de juzgar las relaciones jurídicas en que era participe la Administración pública. Pero en sustitución de ellos, la ley (1801) instauró dentro de la Administración misma, Tribunales administrativos especiales (25) y les confirió competencia para anular, a instancia de los ciudadanos, los actos ilegales de la Administración. De la incompetencia de los Tribunales civiles la práctica dedujo la inaplicabilidad del Derecho civil a aquellos litigios. De aquí que en Francia se consolidara el principio de que el Estado vive fundamentalmente con arreglo al Derecho público, y que el Derecho civil sólo tiene aplicación sobre el Estado en aquellas relaciones en que éste se ha sometido expresamente a su soberanía (26).

(22) El fracaso del «Reichskammergericht» tuvo su causa no sólo en los *Privilegia de non appellando*, anteriormente mencionados, sino ante todo en los defectos generales de este Tribunal, que Goethe ha descrito de un modo clásico («Dichtung und Wahrheit», parte III, libro 12) a base de un conocimiento directo de los mismos (Wetzlar, 1772).

(23) OTTO BÄHR, «Der Rechtsstaat», 1864, pág. 135 y ss. E. V. MEIER en «Zeitschrift für deutsches Staatsrecht», I, págs. 297 y ss. OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», I, 54, nota 28. GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, ed. cit., págs. 401 y 782.

(24) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, en una carta de 10 octubre 1831, dirigida al vizconde de Blossville ha descrito las circunstancias originadas a consecuencia de esta separación, del modo siguiente: «Vous savez que chez nous le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre.» (A. DE TOCQUEVILLE, «Oeuvres complètes», VII, pág. 67).

(25) Ya, bajo el *Ancien régime*, se fué elaborando en las luchas de los monarcas contra las extralimitaciones de los Tribunales ordinarios una jurisdicción administrativa. A. DE TOCQUEVILLE, «L'ancien régime et la Révolution» (Oeuvres complètes, IV, pág. 77).

(26) HAURIOU, «Précis de Droit administratif», 11.ª ed., 1927, pág. 34 («Caractères spécifiques et valeur pratique du droit administratif français»). A. ESMEIN, «La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante» («Jahrbuch des öffentlichen Rechts», vol. V, 1911, pág. 3). FLEINER, «Die Staatsauf-fassung der Franzosen», 1915. (Conferencias en la Fundación Gehe). JÉZE, «Principes de Droit administratif», pág. XIII. HATSCHER, «Einführung in das öff Recht», 1926, pág. 66. KAUFMANN, «Wort, d. Deuts. Staats- und Verwaltungsrechts», III, 703 y s. DUGUIT, «Les transformations du droit public», 1915, pág. 32. En la solución del problema para formar un Derecho al que se someta el Estado mismo, ha llegado en lo esencial la legislación francesa a los mismos resultados que el Derecho romano. En Roma el Derecho privado patrimonial regia sólo para las relaciones *inter privatos*; para la protección del patrimonio público existían formas especiales distintas de los medios protectores propios del Derecho privado. MOMMSEN, «Römisches Staatsrecht», 2.ª ed., I, págs. 162 y ss., 227; II, págs. 102, 454,

De otro modo se desarrollaron las cosas en Alemania. Las Cartas constitucionales otorgaron al monarca el derecho al Poder público en toda su integridad. Mas aquél sólo se reservó la actividad administrativa con la cooperación de ministros responsables.

La justicia se organizó con independencia del monarca. Pero sobre la Justicia y la Administración se impuso la Legislación como poder supremo en el Estado, pudiendo solamente ser ejercida ésta por el monarca con el concurso de una representación nacional. La ley fué emancipada del poder unilateral del monarca, resultando así inviolable también para la Administración. De esta suerte el legislador llegó a imponer determinados límites jurídicos a las autoridades administrativas en sus relaciones con los súbditos. Las normas administrativas alcanzaron « fuerza vinculativa bilateral » (Ihering) (27), es decir, obligando al funcionario administrativo no sólo con respecto al superior, sino también respecto al súbdito. Se desarrolló para la Administración pública un Derecho público especial equivalente a las « normas de la justicia », al Derecho civil. De este modo, el ejercicio de la Administración llegó a ser « conforme a Justicia ». En el año 1828 el jurista württembergués Carlos de Pfizer caracterizaba con las siguientes palabras el gran cambio operado a la sazón :

« A las obligaciones de los súbditos fundadas en las relaciones de dependencia corresponden, por otra parte, los derechos de los súbditos como tales. Ambos aspectos se presentan como consecuencia inmediata de una misma relación jurídica : del contrato de dependencia. Ambos tienen un lado activo y otro pasivo. El soberano no sólo tiene derechos, sino, además, obligaciones, y el súbdito no sólo tiene obligaciones, sino también derechos » (28).

Sin embargo, el triunfo de este concepto no determinó en ningún Estado alemán una reorganización sustancial de la Administración, ni la instauración de autoridades especiales para la jurisdicción contencioso-administrativa. En este punto — en la falta de órganos suficientes de protección jurídica en el terreno de la Administración pública — radica la explicación de que el desarrollo del Derecho administrativo en Alemania fuese conducido por vías muy diferentes que en Francia. Bien es verdad que no faltó en la literatura jurídica

952 y ss. E. MEIER en la « Enzyklopädie der Rechtswissenschaft » de HOLTZENDORFF y KOHLER, II, pág. 732. Lo contrario sucede en Inglaterra : la práctica administrativa elevada a la categoría de Derecho forma parte integrante del *common law*, es decir, del Derecho civil general. Por eso los Tribunales ordinarios tienen fuerza para ejercitar regularmente, bajo los títulos más diversos, un control sobre la actividad de la Administración pública. HATSCHKE, « *Englisches Staatsrecht* », II, pág. 609 y ss., 649 y ss. y los autores que cita del mismo autor, « *Einleitung in das öffentliche Recht* », págs. 63 y s. O. KOELLREUTTER, « *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege im modernen England* », 1912, 5. JÉZE, « *Principes* », págs. 1, 2, 266. DUGUIT, « *Transformations du Droit public* », págs. 176 y s.

(27) IHERING, « *Der Zweck im Recht* », I, págs. 344 y ss. (« *Die zweiseitig verbindende Kraft der Norm* »). KAUFMANN, « *Wört. d. Deut. Staat u. Verwaltungsrecht* », III, págs. 701 y s. G. JELLINEK, « *Allgemeine Staatslehre* », 3.ª ed., págs. 388 y siguientes.

(28) CARL V. PFIZER, « *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz* », 1828, pág. 18.

un sector (29) que sustentara el criterio de que el Derecho público está tan bien garantido por las autoridades administrativas como por los Tribunales, pues la actividad del funcionario administrativo en nada se distingue de la del juez : la misión de ambos es aplicar la ley. Pero la opinión pública y la teoría no pudieron borrar la impresión de que las autoridades administrativas, al fallar litigios entre la Administración pública y el ciudadano, fueran juez y parte, faltándoles independencia judicial. Por esta razón se reclamó imperiosamente la organización de una instancia judicial independiente de la Administración para juzgar los « asuntos contencioso-administrativos » (cfs. infra, § 16). En la práctica los Tribunales independientes no se hallaban muy dispuestos a abandonar su función tutelar para aquellos asuntos en que tal protección ya les estaba encomendada (30) ; así sucedió que todos los asuntos litigiosos que la teoría del Fisco había sometido a la jurisdicción ordinaria, continuaron perteneciendo a su competencia, y el Derecho civil continuó también facilitando las normas según las cuales estas relaciones jurídicas habían de ser juzgadas.

Sin embargo, el concepto de Fisco sufrió un cambio, aunque insensible y lento. El dualismo entre Estado y Fisco resultaba incompatible con la institución de un Poder público único y homogéneo, ya que el nuevo Derecho político enseñaba que el Fisco no es una personalidad distinta del Estado, sino que sólo representa un aspecto del Estado mismo : el que afecta a sus relaciones de Derecho patrimonial (31). A pesar de todo, no sufrió alteración la competencia de los Tribunales civiles para juzgar los litigios de carácter fiscal. Pero precisaba justificar de nuevo la aplicación del Derecho civil al Estado. De esta tarea se ha encargado la teoría que predomina en la ciencia y la práctica alemanas hasta el día de hoy : la Administración del Estado se rige por un doble Derecho, a saber, el Derecho público y el Derecho privado. No se puede decidir con fórmulas generales a qué relaciones han de aplicarse las normas jurídicas de carácter público, y a cuáles las de carácter privado. Esto ha de determinarse, en cada

(29) Cfs. especialmente G. L. FUNKE, « *Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz* », 1838, especialmente págs. 124 y ss. y 143.

(30) OTTMAR BÜHLER, « *Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts* », 1911.

(31) H. A. ZACHARIAE, « *Deutsches Staats- und Bundesrecht* », 2.ª ed., 1854, II, págs. 402, 403. Cfs., además, por ejemplo, G. v. WEILER, « *Ueber Verwaltung und Justiz* », 1830, pág. 8, § 14 : « Finalmente puede el Estado mismo o sus representantes concluir aquellos negocios jurídicos que se determinan por el Derecho privado. En este caso el Estado mismo se somete a los efectos del Derecho privado. La aplicación del Derecho privado a las relaciones del Estado no está establecido por la ley ; pero éste se halla bajo los efectos de la ley, porque con su actividad, como cualquiera otro sujeto jurídico, se sitúa bajo la acción de aquél. Los derechos y obligaciones de la nación como persona jurídica privada, independientemente de su relación subjetiva y accidental con el Estado, pertenecen al Derecho privado y no al público. » Cfs. también WILHELM JOSEF BEHR, « *Die Verfassung und Verwaltung des Staats* », II, 1812, pág. 107. JELLINEK, « *System der subjektiven öffentlichen Rechte* », 2.ª ed., 1905, pág. 60.

caso particular, a base del desenvolvimiento histórico y de la legislación vigente.

Pero el desarrollo del siglo XIX no se ha detenido ante los resultados producidos por la teoría del Fisco. De una manera progresiva se ha ido imponiendo el criterio de Derecho público liberando las relaciones de Derecho público de las formas del Derecho privado (32). La prioridad histórica de este proceso corresponde a la teoría de las « relaciones jurídicas mixtas ». Esta teoría enseñó que determinadas instituciones de Derecho, consideradas antes como meras figuras de Derecho civil, constituyen una unidad integrada por elementos de Derecho civil y de Derecho público, y están sometidas, por tanto, en parte a un Derecho y en parte a otro. Recuérdese, si no, el doble carácter, público y privado, de la relación de servicio en que se halla el funcionario público, o bien este mismo desdoblamiento en la institución de la expropiación forzosa. Esta distinción hace que las pretensiones jurídicas de carácter económico del funcionario y del expropiado frente al Estado caigan bajo el dominio del Derecho privado; pero, en cambio, las demás facetas de la institución entran en la esfera del Derecho público. Con esto se ha obtenido una fórmula jurídica que hace posible liberar del Derecho privado a una relación jurídica cuyo desarrollo se sale del marco de tal Derecho, y mantener, por otra parte, en el terreno del Derecho civil, aquel elemento para el cual la legislación de entonces no ofrecía sino garantías incompletas de protección jurídica. La creación de Tribunales contencioso-administrativos en los principales Estados alemanes (desde 1863), puede señalarse como momento culminante del desarrollo, coronando la formación del Estado de Derecho (cfs. infra, §§ 9, 16). Una jurisdicción administrativa, independiente de las autoridades gubernativas, fué encargada de examinar, a instancia de los ciudadanos, si la Administración pública había lesionado derechos subjetivos al dictar una orden de Gobierno. Al mismo tiempo, fuera del marco de la jurisdicción administrativa, quedó margen suficiente para formar una concepción orgánica de Derecho público acerca de las relaciones jurídicas entre la Administración del Estado y los ciudadanos.

La práctica y la doctrina no tuvieron necesidad de destruir violentamente una institución homogénea para poner a una de sus partes bajo la protección del Derecho privado y conceder así al ciudadano una acción, jurídicamente protegida, contra la Administración pública (33). La creación de una jurisdicción administrativa especial trajo consigo un cambio en la teoría de los « derechos privados lícitamente adquiridos ». Con el establecimiento de garantías directas de protección jurídica, la demanda de indemnización civil por violación

(32) Para las cuestiones siguientes, cfs.: FRITZ FLEINER, « Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht », 1906.

(33) Cfs. sobre esto a Z. GIACOMETTI, « Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur der Schweiz. Bundesgerichts », 1924.

de derechos adquiridos perdió su antigua significación (34), pues lo que llegó a ser misión de la jurisdicción administrativa no fué la reparación del patrimonio mermado, sino el asignar al súbdito el goce de la situación jurídica que se le había garantizado. La demanda de indemnización — abstracción hecha de la responsabilidad de los funcionarios — queda desde entonces limitada a los casos en que la autoridad pública haya lesionado el patrimonio de los particulares, en los actos que lleva a cabo en uso de sus facultades regladas (*).

La evolución expuesta ha dado al Derecho público la supremacía en grandes sectores de la actividad pública de gobierno, eliminando de ellos al Derecho civil. Esta exclusión del Derecho tiene su justificación en la circunstancia de que este Derecho parte de la igualdad jurídica de los individuos y está concebido para equilibrar los intereses igualmente legítimos de los particulares. Pero a medida que fué ensanchándose el círculo de los intereses del Estado, la Administración pública se vió en la imposibilidad de tratar sus asuntos, frente a los ciudadanos, con los medios del Derecho privado. Sólo con ayuda del poder de soberanía y autoridad es capaz de realizar sus últimos y más altos fines, y desde el momento en que la Administración pública se coloca frente a los ciudadanos de un modo soberano y autoritario, se hace inaplicable el Derecho civil, que coloca a las partes en un mismo nivel. En ese mismo instante empieza la esfera del Poder público.

Según demuestran las anteriores explicaciones, el Derecho público ha nacido como un Derecho especial para aquellas relaciones de la Administración pública respecto de las cuales el Derecho privado no

(34) Un ejemplo evidente nos ofrece el desarrollo del Derecho en Württemberg. La Constitución de Württemberg del 25 septiembre 1819 sienta el siguiente principio en su art. 95: « A ningún ciudadano, a quien por consecuencia de un acto del poder público se le haya lesionado en su derecho privado, fundado en un título especial, se le puede impedir que recurra al juez ». Con esto se daba la seguridad de una protección judicial. Mas en la práctica, al interpretar este precepto, no se obtuvo ningún resultado definitivo: llegó a ser opinión dominante que la Constitución, en su art. 95 concedía sólo un derecho de indemnización. Con la creación de garantías directas de protección jurídica, perdió toda consistencia la idea de que el precepto citado concede un control de los Tribunales ordinarios sobre la Administración. FRITZ FLEINER, « Staatsrechtliche Gesetze Württembergs », 2.ª ed., 1907, pág. 55. OTTMAR BÜHLER, « Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württemberg. Recht », págs. 94 y ss.

(*) La jurisdicción contencioso-administrativa se instauró en España en el año 1845, atribuyéndose en primera y segunda instancia, con el carácter de *retenida*, a los Consejos provinciales y al Consejo Real. Con el mismo carácter de jurisdicción retenida fué atribuida a la sección de lo Contencioso del Consejo de Estado, en virtud de la ley orgánica de este Alto Cuerpo, de 1860. El decreto-ley de unificación de fueros de 1868 llevó lo contencioso al Tribunal Supremo de Justicia y a las Audiencias, de donde nuevamente volvió al Consejo de Estado en 1875. La ley de 5 abril 1904 atribuyó, tras las vicisitudes expuestas y algunas otras, la jurisdicción contenciosa al Tribunal Supremo de Justicia, creando en el mismo una sala especial — la tercera — encargada de ejercerla en única o en segunda instancia, según los supuestos, y siguiendo atribuida en la esfera provincial a Tribunales especiales compuestos de magistrados y diputados provinciales. El Estatuto municipal de 8 marzo 1924 modificó la composición de estos últimos; y el Decreto de 6 mayo 1931, convertido en ley por la de 16 septiembre del mismo año, ha elevado a dos el número de salas del Tribunal Supremo encargadas de fallar los negocios contencioso-administrativos.

representaba el Derecho « adecuado ». Mas ni en el Reich ni en los Estados alemanes particulares, como tampoco en los países extranjeros, se ha hecho el intento de reunir en un Código los principios del Derecho administrativo. El Derecho administrativo no se ha formado ni desarrollado sino lenta y laboriosamente, en relación con las distintas ramas de la Administración. Aun hoy día tiene que luchar para su reconocimiento frente al predominio del Derecho privado, que encuentra su apoyo en la completa codificación de la legislación civil alemana, en la posición central de la jurisdicción civil y en la formación acentuadamente civilista de una gran parte de los juristas alemanes, consecuencia de esta misma posición. Tampoco puede quedar en silencio el hecho de que, en parte, la misma imperfección formal del Derecho público ha permitido que los preceptos del Derecho civil continuaran rigiendo; pues para numerosas relaciones de la Administración pública faltan todavía normas jurídicas aplicables a cada supuesto especial.

Durante la Guerra mundial y en la postguerra se ha ensanchado notablemente el círculo de los fines de la Administración admitiéndose nuevas formas, especialmente por la intromisión del Estado en la vida económica (35). De este modo se han desarrollado nuevas instituciones de Derecho administrativo que representan un progreso del Derecho administrativo alemán.

Este desarrollo rico y complejo desemboca en el Derecho actual. Sus puntos principales no son resultado de disposiciones legislativas. El progreso ha sido fruto de la práctica de las autoridades y de los Tribunales administrativos, y de la ingente labor de la ciencia. En muchos aspectos se ha llegado a la madurez; sin embargo, en su mayor parte es algo que se está formando todavía o que se formará en adelante.

II. La ciencia ha sido también en este terreno el fiel espejo del desarrollo del Derecho (36). En la época del Estado-policía, la ciencia consideró como misión suya registrar sobre qué objetos se extendía la tutela de la *Policey* y qué motivos impulsaban la intervención del Estado (37). Después de implantado el Estado constitucional y la separación de los órganos de Justicia y Administración, la ciencia se ocupó en hallar el límite de competencia de estas esferas y en procurar una fórmula general, según la cual los « asuntos contenciosos »

(35) NUSSBAUM, « Das neue deutsche Wirtschaftsrecht », 2.ª ed., 1922. GOLDSCHMIDT, « Reichswirtschaftsrecht », 1923. ERWIN JACOBI, « Grundlehren des Arbeitsrechts », 1927, págs. 34 y s.

(36) OTTO MAYER, op. cit., I, págs. 18 y ss. EDGAR LÖNING, « Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts », 1884, págs. 21 y ss. E. KAUFMANN, « Wörterbuch des Deutschen Staats und Verwaltungsrechts », 2.ª ed., III, págs. 716 y s. L. SPIEGEL, « Die Verwaltungsrechtswissenschaft », 1909. ADOLF MERKL, págs. 85 y s. Como algo concluyente y enjundioso, hasta en sus detalles, cfs. W. JELLINEK, « Verwaltungsrecht », ed. cit., págs. 94 a 109.

(37) Un ejemplo entre muchos: GÜNTHER HEINRICH V. BERG, « Handbuch des Deutschen Policeyrechts », 2.ª ed., 1802 y ss.

podieran ser diferenciados de los « asuntos de Gobierno » (38). Al mismo tiempo empezó a evolucionar el antiguo « Derecho alemán de *Policey* » hacia una nueva forma, la « Ciencia de la Administración », experimentando las diversas ramas administrativas, con todos sus aditamentos, un importante desarrollo. También se dedicó cierta atención a los preceptos jurídicos dictados para cada una de las ramas especiales de la Administración. Planteábase en primer lugar la discusión de los motivos aducidos en pro o en contra de la intervención del Estado en cada una de las esferas de la vida. De esta suerte, la Ciencia de la Administración ha conservado hasta el presente su carácter sustantivo (39).

Independientemente de la Ciencia de la Administración, la Ciencia del Derecho se dispuso a sistematizar y a ordenar los principios del Derecho reguladores de materias administrativas. Para ello se valió en primer lugar del llamado método de las ciencias del Estado. Este tomó del armazón de la Ciencia de la Administración, la división en ramas administrativas, y sobre esa base ha clasificado los principios de Derecho. De este modo ha surgido un gran número de materias jurídicas (policía de incendios, policía de aguas, policía de construcciones, policía médica, instrucción, sanidad, etc.). Los tratados de conjunto redactados conforme al método de las ciencias del Estado han recopilado el ingente material del Derecho positivo echando los cimientos para todo ulterior trabajo científico (40). Las mejores de ellas contienen ya un conjunto de « teorías generales » del Derecho administrativo alemán. Sin embargo, apoyándose en un esquema puramente extrínseco destinado para los fines de la práctica administrativa, resultó a menudo deshilvanado lo que en la ciencia jurídica debía estar unido y formando un conjunto sistemático. Frente al análisis de los preceptos aislados del Derecho la labor de síntesis: la sistematización de aquéllos en instituciones jurídicas ha resultado insu-

(38) Cfs. los escritos anteriormente citados (págs. 37 y ss.) de FUNKE, PFIZER, BEHR, WEILER y otros. Particularmente característico de toda esta tendencia es el tratado de MITTERMAIER, « Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses » (« Archiv für Zivilistische Praxis », vol. IV, 1821, páginas 305 y ss).

(39) La Ciencia de la Administración ha fomentado esencialmente nuestros conocimientos del Estado y de las instituciones administrativas. El representante clásico de esta dirección es LORENZ VON STEIN: cfs. su « Verwaltungslehre », 7.ª parte, 1865-1868. Del mismo modo FERDINAND SCHMID en su discurso de apertura de la Universidad de Leipzig, « Ueber die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft », (« Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », vol. 65, 1909, págs. 193 y ss), ha roto una lanza en defensa del cultivo académico de la Ciencia de la Administración. Según SCHMID (pág. 213), la Ciencia de la Administración toma su materia « en gran parte de otras ramas científicas, especialmente de la Historia, de la Estadística, de la Economía política, de las Ciencias técnicas, de la Moral y, en fin, también de la Ciencia del Derecho, esforzándose también ella — aunque de otra manera que el Derecho administrativo — por penetrar a fondo el contenido jurídico de las instituciones de Derecho público y de ponerlo a contribución de sus fines especiales. »

(40) Cfs. la bibliografía al principio de este libro.

ficiente por demás (41). Sólo en los tiempos más recientes, en la actualidad, ha podido introducirse el método estrictamente jurídico de la Ciencia del Derecho administrativo (42). La misma técnica jurídica, a la que la ciencia del Derecho privado debe su esplendor, fué aplicada también al estudio de los problemas de Derecho administrativo. Es Otto Mayer quien ha trazado el camino con su fundamental obra sobre Derecho administrativo alemán (1895-96) (43). A su influencia se debe el ensayo de la Ordenanza de tributación del Reich de 13 diciembre 1919, que recoge principios generales (disposiciones, etc.) de carácter administrativo en determinados preceptos de ley, haciéndoles así útiles para el Derecho tributario y su aplicación (44).

El Derecho administrativo representa una rama del Derecho público en el más amplio sentido. Un estudio por separado de esta disciplina sólo puede ser justificado y necesario con la condición de reducir a sencillas fórmulas jurídicas fundamentales las complicadas y múltiples relaciones que existen entre la Administración del Estado (y de las Corporaciones de Derecho público que lo integran) y los ciudadanos (45). Con la formulación de estas ideas de Derecho, se logra aquella gran simplificación que pone al juez y al funcionario administrativo en situación de obrar adecuadamente siempre que se presente una relación jurídica nueva acerca de la cual nada diga la ley.

(41) No se puede negar que causa de ello son la prolijidad y la escasa duración de las leyes administrativas, las cuales apenas promulgadas suelen ser ya objeto de nueva revisión. Cuanto más sencilla y más breve es una ley, tanto más duradera resulta, tanto más ordenado y orgánico su desarrollo en la práctica y en la ciencia.

(42) El primero que aplicó este método fué un jurista práctico, F. F. MAYER, *Oberamtmann*, de Württemberg, en sus «Grundsätze des Verwaltungsrechts», Tubinga, 1862.

(43) OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrechts», 2 vols., 1895-96, en el «Systematischen Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft», de BINDING, vols. 1 y 2; 2.ª ed., 1914-17; 3.ª ed. (terminada poco antes de morir el autor), 1924. En la Bibliothèque internationale de Droit public, editada por BOUCARD y JÉZE, apareció una traducción de su obra hecha por el mismo OTTO MAYER. OTTO MAYER, «Le Droit administratif allemand», avec une préface de H. BERTHÉLEMY, 4 vols. Paris, 1903-1906. Sobre OTTO MAYER (1846-1924): Autobiografía de Otto Mayer en la colección editada por PLANITZ: «Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen», I, 1924, págs. 153 y s. FLEINER, en la «Schweiz. Jur. Zeitung», año 21, pág. 77. E. KAUFMANN, «Otto Mayer» («Verw. Arch.», 30, 1925, pág. 377; exposición crítica). Más bibliografía sobre Otto Mayer y su obra: W. JELLINEK, op. cit., págs. 99-101. Antes de Otto Mayer emplearon el método puramente jurídico dos obras de extensión más modesta: F. F. MAYER, «Grundsätze des Verwaltungsrechts», 1862. O. V. SARWEY, «Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege», 1880.

(44) Cfs., por ejemplo, la RAO., arts. 1 y s., 73 y s. El redactor de la RAO., ENNO BECKER, en su comentario a la RAO. (nota preliminar al art. 73) ha hecho alusión expresamente a esta influencia de Otto Mayer. Cfs. sobre esto las ponencias y deliberaciones publicadas por la «Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer», cuaderno 3.º (Congreso de Münster i. W., marzo 1926), «respecto del influjo del Derecho tributario en la formación ideológica del Derecho público», especialmente las ponencias de ALBERT HENSEL y OTTMAR BÜHLER.

(45) F. FLEINER, «Wie ist der akademische Unterricht im Verwaltungsrecht zweckmässig zu gestalten?», informe presentado al 32. Deutschen Juristentag, 1914; «Verhandlungen», vol. I, págs. 305 y s. EBERH. V. SCHEURL, «Einführung in das Verwaltungsrechtliche Denken», 1927.

§ 4. Derecho administrativo (1)

I. Es misión del orden jurídico determinar los derechos y obligaciones que los diversos sujetos jurídicos tienen unos para con otros. Incumbe, por lo tanto, al Derecho administrativo regular las relaciones jurídicas que se crean entre la Administración del Estado (u otra Corporación de Derecho público encargada de llevar a cabo funciones de carácter administrativo) y sus súbditos (personas individuales y colectivas).

Ya hemos expuesto por qué motivos históricos Alemania no ha llegado al desarrollo de un sistema completo. Las normas según las cuales la Administración pública vive, pertenecen en parte al Derecho privado y en parte al Derecho público.

1. Para la gestión de un gran número de sus negocios, la Administración pública se sirve de aquellos mismos medios jurídicos que el Código civil ha puesto a disposición de las personas privadas. Puede procurarse los objetos, prestaciones personales y medios financieros necesarios para sus fines, celebrando contratos civiles de compra, de alquiler, de servicios, de préstamo (2). En este aspecto, obra como

(1) OTTO MAYER, DVR., I, § 2. LABAND, «Staatsrecht», II, 5.ª ed., págs. 176 y ss., 185, y ArchöfFR., II, págs. 150 y ss. WACH, «Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts», I, § 8. HELLWIG, «Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts», I, pág. 60 y ss. JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», 2.ª ed., 1905, págs. 54 y ss. STIER-SOMLO, «Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht», 1900, § 3. HALBEY, «Ueber Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts» («Verw. Archiv», 4, 129). JACOB HOLLIGER, «Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht u. dem Privatrecht», tesis doctoral presentada a la Universidad de Zurich en 1904. GEORG MEYER-DOCHOW, «Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts», § 5. KORMANN, «Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts» («Annalen des Deutschen Reichs», 1911, págs. 850 y s.; 1912, págs. 36 y s., 195 y ss. KARL FRIEDRICH, «Der Allgemeine Teil des Rechts», 1927, especialmente § 4 (apareció por primera vez en los «Annalen des Deutschen Reichs», 1927, pág. 385 y s.). W. JELLINEK, págs. 44 y s. A. MERKL, § 6. Cfs., además, TRIEPEL en el «Festgabe d. Berliner Juristenfakultät f. H. BRUNNER», 1914, págs. 523 y s. E. JUNG, «Ueber die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentl. Recht» («Zft. f. Rechtsphilosophie», vol. 2.ª, 1919, pág. 293. ARTHUR BAUMGARTEN, «Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode», II y III, 1922, págs. 1 y s. WALTHER BURCKHARDT, «Die Organisation der Rechtsgemeinschaft», 1927, págs. 1 y s. GUSTAV ADOLF WALZ, «Vom Wesen des öffentl. Rechts», 1928.

(2) Por el contrario, el Derecho administrativo francés presentó una serie de contratos que pueden ser concluidos en favor de una rama administrativa (especialmente los contratos de obras públicas) en calidad de actos de Derecho público (*contrats administratifs*), y en consecuencia los litigios que por eso surgen entre la Administración y los particulares han de ser juzgados por autoridades administrativas y Tribunales contencioso-administrativos. E. LAFERRIÈRE, «Traité de la juridiction administrative», 2.ª ed., I, pág. 597. FUZIER-HERMAN, «Répertoire général alphabétique du Droit français», vol. XXVII, pág. 222, cfs. artículo «Marchés administratifs». JÉZE, JahrböfFR., 1911, pág. 634. HATSCHER, «Einführung in das öffentliche Recht», pág. 80. DUGUIT, «Transformations du Droit public», pág. 170. JÉZE, «Principes», pág. 390. JÉZE, «Les contrats administratifs», 1927 (*).

(*) Cfs. la ley española de 22 junio 1894 (art. 5): «Continuarán atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos, de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie».

simple sujeto de Derecho privado. El Estado que administra obra en este terreno con sus ciudadanos de igual a igual. Se somete al Derecho civil y a los Tribunales ordinarios. Sin embargo, esto no excluye el que el legislador atienda a las necesidades de la Administración pública, dentro del marco del Derecho procesal privado y del Derecho penal estableciendo al efecto preceptos especiales (3). Cuando se habla del Estado como Fisco en contraposición al Estado como Poder, se considera al Estado como sujeto de relaciones jurídico-privadas (4); mientras que por Fisco, sin esa contraposición, se entiende el Estado en general como poseedor de derechos patrimoniales privados o públicos. La homogeneidad de la personalidad del Estado no se destruye por eso, ni siquiera dividiendo al Fisco en varias *stationes fisci*, pues éstas son solamente secciones; cajas especiales de una misma Administración pública del patrimonio, no sujetos jurídicos autónomos (5).

Al contrario, cada vez que el Estado atiende los asuntos administrativos en calidad de Poder superior, de soberano, se hace inaplicable el Derecho privado. Entonces existe, entre sujetos jurídicos desiguales, una relación que necesita un Derecho especial, a saber: el Derecho público (6). Sus características principales son la disposi-

(3) Ejemplo: Conforme al art. 90 de la Ley del Reich sobre el Registro de la Propiedad de 24 marzo 1897, en cada Estado particular alemán el Fisco puede, mediante una disposición soberana ser exonerado de la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad sus inmuebles sobre *privilegia fisci*. Cfs. THELEMANN en el PrVBL., 34, 383. ENDEMANN, «Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts», I, pág. 221 222. Así también el Estado puede castigar el incumplimiento de obligaciones de Derecho privado para con la administración pública. Así, el Código penal, art. 329, castiga con prisión a cualquiera que no cumpla con los compromisos de suministros concluidos con una autoridad, sobre las necesidades del Ejército o de la Marina en tiempo de guerra, o sobre víveres para aliviar o suprimir una necesidad pública. FRANK, «Comentarios al Código penal», 17.ª ed., pág. 715.

(4) En este sentido habla el Código civil del «fisco», sobre todo en su art. 89. HATSCHKE, «Die rechtliche Stellung des Fiscus im BGB» («VerwArchiv», 7, pág. 424) JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechts», pág. 60. O. MAYER, DVR., 3.ª ed., I, pág. 118 y s. W. JELLINEK, pág. 19, 23 y s. FRIEDRICH, PrVBL., págs. 41, 489 y 514.

(5) O. MAYER, 3.ª ed., pág. 118. GIERKE, «Deutsches Privatrecht», I, § 61. ENDEMANN, «Lehrbuch des Bürgerl. Rechts», I, 9, pág. 221. RICHTER, «Der Reichsfiscus», 1908 («Abhandlungen aus dem Staats- und Völkerrecht», editados por ZORN y STIER-SOMLO, IV, 3). «Fisco postal» y «fisco marítimo» y «fisco fluvial» son locuciones abusivas; designan *stationes fisci*. HATSCHKE, WSLVR., 2.ª ed., I, 803, artículo «Fiscus». STIER-SOMLO, artículo «Fiscus», HWR., II, 449 (y la bibliografía en él citada). W. JELLINEK, 19, 23 y s. 178. Resolución del Tribunal civil del Reich, 17 septiembre 1927 (J. W., 1927, 2848): Los negocios jurídicos entre *stationes fisci* sólo tienen importancia a los fines de contabilización.

(6) La exposición del texto mantiene firme la oposición entre el Derecho público y el Derecho privado. Este dualismo que tiene su origen histórico, presupone especialmente la necesidad de un Derecho público acomodado a las necesidades de la Administración pública. Yo me atengo, pues, firme a esta idea fundamental — especialmente contra MEYER, «Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems» («ArchöfFR.», 23, 529) y contra KELSEN, «Zur Lehre vom öffentl. Rechtsgeschäft» (en la misma revista, 31, pág. 53 y 190). En el sentido de la escuela de Viena también MERKL, «Allgemeines Verwaltungsrecht», pág. 31, 80. KELSEN ha negado de nuevo enérgicamente esta oposición y la ha rehusado como una peligrosa «intrusión de la política en la doctrina del Derecho». Cfs., por ejemplo, KELSEN, «Allgemeine Staatslehre», 1925, págs. 80-91, y la bibliografía en pro y en contra por él citada, págs. 388-390. Olvida KELSEN que el Estado, para la regulación de sus negocios más importantes, tiene que servirse realmente de un medio de importancia considerable, como es el mandato de la autoridad y la coerción. El ejercicio

ción unilateral y el poder coercitivo implícitamente contenido en la primera. Recuérdese, si no, el modo de exigir impuestos, el reclutamiento militar, bajo el antiguo sistema del servicio militar obligatorio, la actuación de las autoridades gubernativas, etc.

El Derecho público representa, pues, la suma de todos los preceptos jurídicos para la regulación de las relaciones jurídicas soberanas entre el Estado y el ciudadano (7). Presupone partes desiguales. Una excepción tiene lugar con las llamadas relaciones mancomunadas de orden jurídico-público (8). Un deber de prestación pública (conservación de caminos, fundación de una escuela, etc.) puede imponerse a una pluralidad de personas físicas o jurídicas, de tal manera que la obligación haya de cumplirse por todos en común (cfs. infra, § 26). De este modo nace también una relación jurídica entre los coobligados. Como cada obligación particular es un elemento de la común obligación de Derecho público, resulta que también las relaciones entre los coobligados están sometidas al Derecho público (9).

La delimitación del Derecho público con respecto al Derecho civil ofrece algunas dificultades. En el curso del desarrollo histórico se ha operado en Alemania una transformación de las doctrinas sobre la naturaleza de numerosas relaciones jurídicas. Mas como este proceso de transformación no se ha realizado al mismo tiempo en los diferentes Estados particulares, ha sido posible en la actualidad que una misma relación jurídica esté dominada aún en unos Estados por el Derecho privado, mientras en otros se ha abierto camino la concepción jurídico-pública (10). Para decidir si una relación jurídica está sometida al

de este medio se regula por un Derecho especial, a saber, por el Derecho público. No es posible entrar en más pormenores en este momento. Véase sobre el desarrollo de la oposición y la relación de autores que reconocen un Derecho público, en el artículo «Derecho público», de KOELLREUTTER, HWR., IV, 265. STIER-SOMLO, I, 1-25 y «Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preuss.-deutsche Verwaltungsrecht», 1900, § 3. HOLLIGER, «Kriterium des Gegensatzes zwischen Privatrecht und öff. Recht», págs. 11 y s. FRIEDRICH, «Verwaltungsrechtspflege», I, 1920, págs. 258 y s. SCHENK, «Die Abgrenzung des öffentlichen und des privaten Rechts» («Oest ZöfR.», I, 63 y s.). DYROFF, BAYER, «Verwaltungsgerichtsgesetz», 6.ª ed., 1925, págs. 490 y s. ERWIN JACOBI, «Grundlehren des Arbeitsrechts», 1927, págs. 377 y s.

(7) LABAND, «Staatsrecht», III, pág. 381. OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», I, § 11.

(8) OTTO MAYER, I, 1.ª ed., pág. 107.

(9) STÖLZEL, «Rechtsweg und Kompetenzkonflikt», págs. 161, 235. APALT, «Der Verwaltungsrechtl. Vertrag», 1920, págs. 134 y s. «Praxis des schweiz. Bundesgerichtes», XVI, núm. 13 (Sent. del 21 diciembre 1926).

(10) Piénsese, por ejemplo, en la devolución de contribuciones exigidas indebidamente. La ley de introducción al Código civil, art. 104, ha dejado la cuestión para el Derecho territorial. Para un legislador territorial sólo puede ser decisiva la consideración de que la acción reclamando la devolución de los impuestos indebidamente pagados persigue solamente el fin de precisar el alcance del deber tributario; la devolución es una consecuencia lógica desde el momento en que se declare que, en concreto, no ha existido una obligación de contribuir en la extensión impuesta por el Estado. Si el legislador trata esta relación bajo este punto de vista, a mi parecer el verdadero, entonces pertenece al Derecho público (tributario). Pero si se parte del supuesto de que la suma pagada con exceso no es una contribución, porque no ha existido obligación de contribuir, entonces la devolución aparece como una *condictio indebiti* de Derecho civil. La duda sobre el alcance de la obligación de contribuir se considera en este caso sólo como una cuestión

Derecho privado o al Derecho público, han de tomarse por base los siguientes principios :

Ante todo ha de consultarse el texto de las leyes. Desde el momento en que la ley misma imprime a una relación jurídica el sello de pública o privada, ya se tiene resuelta la cuestión. En el Reich alemán es decisivo, en este punto, el Derecho federal, pues éste ha formulado normas especiales de naturaleza pública para ramas administrativas completas (Derecho industrial, Derecho de Seguros obreros, etc.), considerando por otra parte como relaciones de Derecho privado las reguladas por el Código civil (11). El mismo proceso se repite en el Derecho de los Estados particulares. Recordemos especialmente que en el Código civil se reservan numerosas materias — sobre todo aquellas en que el contacto entre Derecho privado y Derecho público es frecuente — al Derecho de los Estados (arts. 52 a 152 de la Ley de introducción al Código civil), dejándose a éstos en libertad para atribuir las al Derecho público o al privado.

Sin embargo, este resultado no se obtiene con frecuencia, bien porque los preceptos vigentes no incluyen formalmente una relación jurídica en uno u otro campo (12), o bien porque ciertas relaciones no han sido reguladas por ninguna ley (13). Entonces existe entre ambos campos jurídicos una zona por cuyo dominio están luchando el Derecho privado y el Derecho público. En tales casos, la ciencia ha de examinar y decidir, con los medios que estén a su alcance, si este dominio pertenece a uno o a otro Derecho.

Se ha intentado hallar una fórmula fija para este *judicium finium regundorum*. Bajo el influjo de las concepciones imperantes en el campo del Derecho privado, una opinión muy difundida que se ha conservado hasta nuestros días en la doctrina y en la práctica, ha sostenido el principio de que ciertos caracteres jurídicos demuestran lisa y llanamente la naturaleza jurídico-privada de algunas relaciones. Están sometidos al Derecho privado: 1.º, todas las relaciones jurídicas que afecten al patrimonio; 2.º, todas las relaciones jurídicas fundadas en títulos de Derecho privado (contratos, *condictio*, *negotiorum gestio*, etc.), y 3.º, las relaciones jurídicas para cuyo fallo sean competentes los Tribunales civiles. Sin embargo, esta teoría es inadmisibles. El elemento patrimonial no es esencial para la naturaleza de una relación jurídica, pues como demuestran los derechos y obligaciones de carácter financiero que se derivan de las leyes sobre impuestos o de las de seguros sociales, el Derecho privado no puede identificarse con el Derecho patrimonial. Tampoco es esencial el título jurídico, pues, como se dirá en su lugar, contrato, *condictio*, etc., son formas que encuentran su aplicación en todas las ramas del sistema jurídico; no están limitadas al Derecho privado (14). Por último, tampoco es esencial la remisión de un litigio a los Tribunales civiles, pues éstos pueden ser competentes también en litigios de Derecho público (cfs. supra, pág. 12). Estos caracteres extrínsecos nada significan. Lo único que puede considerarse terminante es la naturaleza interna de la relación jurídica. Pero esto sólo puede determinarse según que en la relación concreta entre el ciudadano y la Administración pública, el Estado — o el Municipio — aparezca como titular del poder soberano, o, dicho en otras palabras, actuando como una *potentior* persona frente al súbdito, o bien se coloque al mismo nivel que éste en cuanto a derechos y obligaciones actuando como una persona privada (por ejemplo, para la reparación de edificios públicos, de calles, etc.). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el Estado obra como soberanía y autoridad, no sólo en el ejercicio de su poder de mando y coactivo (poder fiscal, poder gubernativo, autoridad militar, etc.), sino también en los casos en que, en virtud de disposiciones legales, presta al ciudadano servicios de protección y previsión (jurisdicción voluntaria, tutela, asistencia benéfica y protección pública en general, etcétera) (15).

Así, la actuación soberana presenta como características esenciales su unilateralidad y el mayor crédito de que gozan sus actos jurídicos, además de la circunstancia de que para su ejecución dispone, como *ultima ratio*, del poder coactivo del Estado. Por eso ha de examinarse de modo escrupuloso cómo se ha desarrollado históricamente una relación jurídica y si ha intervenido orgánicamente en alguna institución de Derecho privado o de Derecho público. Esto ha de considerarse especialmente en aquellos casos en los cuales de una relación de Derecho público resultan derechos patrimoniales de carácter privado. Mencionemos, por ejemplo, el derecho de los funcionarios a los haberes, o bien el de los expropiados a una indemnización. Una teoría muy difundida no ve en ello sino derechos subjetivos de carácter privado, porque tienen como fundamento el interés individual, es decir, el interés de determinadas personas. Pero la « teoría del interés »

previa de Derecho público, sobre la cual puede fallar conforme a los principios ya sustentados (véase pág. 20) el juez civil que es competente en el asunto principal. Cfs. acerca de toda esta cuestión LASSAR, « Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht », 1921. W. MERK, « Steuerschuldrecht », 1926, pág. 157. Sobre el particular está hoy vigente la RAO., art. 227, la cual cierra la vía judicial para la devolución de impuestos ya ingresados. Cfs. también el art. 127 de la RAO. W. JELLINEK, pág. 49.

(11) Por ejemplo: La obligación de indemnizar que pesa sobre el funcionario cuando infringe los deberes del servicio (Código civil, art. 839). Constitución del Reich, art. 131. Además: La hipoteca para asegurar un crédito aunque éste tenga su origen en una relación de Derecho público sólo puede ser constituida como una garantía civil (Ley de introducción al Código civil, art. 91), etc.

(12) Ejemplo: una ley se limita al siguiente precepto: las contribuciones pagadas indebidamente o con error pueden ser reclamadas en el término de 5 años.

(13) Ejemplo: se desvía una calle municipal, de lo cual resulta un perjuicio pecuniario para los vecinos, — o entre expropiante y expropiado, al incoarse un expediente de expropiación forzosa, fué concluido un contrato, por el que se cede una parcela, pagando una determinada suma por indemnización. Para ambos casos faltan disposiciones legales en los correspondientes Estados.

(14) TEZNER, « Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht » (ArchöfR., 9, 325 y ss.; 489 y ss.).

(15) V. TUHR, « Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts », I, págs. 624 y ss. GIERKE, « Genossenschaftstheorie », pág. 297. REGER-DYROFF, « Bayrisches Verwaltungsrechtsgesetz », 6.ª ed., 1925, pág. 230. RGERZ., vol. 55, pág. 365, vol. 56, pág. 25, 88; vol. 107, pág. 403. STEIN-JONAS, ZPO., I, pág. 10.

no resuelve la cuestión, porque no ofrece un fundamento jurídico firme. Sólo es decisivo el saber con qué medios jurídicos cumple el Estado su misión. Si para lograr los fines de una institución pública (relación de servicios burocráticos, expropiación por utilidad pública, seguros obreros, etc.) se sirve de su soberanía política (*imperium*), entonces las pretensiones de los particulares contra el Estado, originadas en semejante institución jurídica, quedan sometidas también al Derecho público.

Las normas del Derecho vigente son las únicas susceptibles de precisar de un modo exclusivo si una relación jurídica determinada está sometida o no a la soberanía del Derecho público; poco importa que el Derecho bajo el cual se formó se aparte de las concepciones jurídicas modernas (16): es el Derecho actual lo que se impone. Sin embargo, en virtud de los motivos históricos anteriormente expuestos (pág. 29), la propiedad señorial, los derechos de regalía, la facultad de explotar una industria, el aprovechamiento de aguas y el uso particular de reclinatorios en las iglesias, considerados como derechos privados (17) en el Estado-policía, han quedado reconocidos también hoy día como derechos privados, y disfrutan de las garantías de la propiedad (18). El legislador puede no obstante transformar tales derechos privados en relaciones de Derecho público, pero dejando intacto el contenido en caso de que aquéllos sean compatibles con la nueva ley. Ahora bien, si pugnan con el nuevo Derecho público (19) es preciso

(16) STEIN-JONAS, ZPO., I, pág. 5, nota 29, con sus correspondientes citas.

(17) ANDREAS HEUSLER, « Institutionen des Deutschen Privatrechts », I, pág. 336 y ss., 363. GIERKE, « Deutsches Privatrecht », II, págs. 15, 84, 400, 620. R. HÜBNER, « Grundzüge des Deutschen Privatrecht », 1913, págs. 241 y ss. SCHMID, « Ueber dingliche Gewerberechte Archiv Praxis, vol. 44 ».

(18) GIERKE, « Deutsches Privatrecht », I, pág. 192. Ejemplos: El llamado « derecho real para el ejercicio de una industria » o sea el derecho anejo a un edificio (como parte integrante en el sentido del art. 96 del Código civil) para la explotación de un establecimiento de bebidas (derecho real de hospedaje) o para regir una farmacia (privilegio farmacéutico), o para la explotación de un matadero. La actual existencia de estos legítimos derechos reales industriales se reconoce en la ordenanza industrial, art. 10, apart. 2. En lo sucesivo no podrán fundarse derechos reales industriales. Cfs. art. 48 de la citada ley. LANDMANN-ROHMER, GewO., I, 8.ª ed., pág. 152. De las 290 farmacias de Württemberg, 197 son explotadas sobre la base de un « privilegio de farmacia » real. El Tribunal de Conflictos de dicho país descubre en tales privilegios, aunque sin razón, relaciones de Derecho público; (Sent. 26 febrero 1913. DJZ., 18, 815), « Apothekengerechtigkeit als Zubehör einer Grundstückes » Pr. Ober Verwaltungsgesicht, 57, pág. 122. PrVBL., 45, 59. Sobre privilegios de Mataderos (Establecimientos de matanza de animales y de destrucción o aprovechamiento de reses muertas). LUPPE, artículo « Abdecker », del HWR., I, 3. Sobre los antiguos derechos reales en Suiza (los llamados « ehehafte »): EUGEN HUBER, « Schweiz Privatrecht », IV, pág. 686. Dos derechos reales de molinos flotantes, pesca, transporte y flotación. GIERKE, « Deutsches Privatrecht », II, págs. 621 y s. Cfs. las leyes de aguas de 23 marzo 1907, de Baviera, art. 207, y de 7 abril 1913, de Prusia, arts. 379 y 382.

(19) El primer camino lo ha escogido la Ley de aguas de Württemberg del 1.º diciembre 1900, art. 1, apart. 3: « Los derechos legítimamente adquiridos por particulares para el uso de estas aguas tengan su origen en el Derecho público o en el privado continúan subsistiendo como un derecho de aprovechamiento perteneciente al Derecho público con contenido invariable en el sentido de esta ley. Su ejercicio está sometido a los preceptos de esta ley. » Del mismo modo que la Ley

extinguirlos conforme a los principios relativos a la indemnización de Derecho público (cfs. § 18).

2. Si en el *judicium finium regundorum* que acabamos de exponer, una relación jurídica se halla sometida al Derecho privado, por lo general, no es difícil hallar los respectivos preceptos jurídicos, ya que el Derecho civil ha encontrado más completa formulación en el Código civil del Reich alemán y en las leyes complementarias de los Estados particulares. El juez que caracteriza una relación jurídica como privada se encuentra, pues, en situación favorable de poder aplicar un Derecho con el que está familiarizado.

Al contrario, si una relación jurídica es de carácter público, resulta difícil hallar las normas jurídicas que han de aplicarse, si se carece de una ordenación especial para semejante relación (20). En este orden de cosas se revela la imperfección formal del Derecho público respecto del Derecho civil. En ningún Estado alemán existe una codificación del Derecho público vigente para la Administración. Las normas están dispuestas en leyes aisladas que de un modo meramente externo se agrupan en diferentes ramas administrativas o alrededor de ciertos problemas económicos (por ejemplo, el movimiento obrero). La ciencia ha convertido algunas de estas materias en disciplinas especiales y autónomas, haciéndolas objeto de un profundo estudio científico. Basta recordar el Derecho de seguros sociales y, principalmente, el de previsión (21), el Derecho financiero y, recientemente, el Derecho obrero; este último reúne en un sistema los preceptos de Derecho privado y de Derecho público que se han dictado para la aplicación

sobre aguas, de Baden (de 12 abril 1913), art. 113. El segundo camino (redención) está previsto en la ley industrial del Reich, § 8: los antiguos derechos industriales de ejecución forzosa son susceptibles de ser redimidos mediante indemnización de perjuicios en cuanto la ley no los haya anulado sin esa indemnización. STIER-SOMLO artículo « Privilegia » del HWR., IV, 589. LANDMANN-ROHMER, GewO., I, 8.ª ed., pág. 146. Sobre la redención de antiguos derechos reales económicos en Suiza (dispuesto en algunas leyes cantonales), cfs. SCHOLLENBERGER, artículo « Ehehaften », en el HWB., der Schweiz. Volkswirtschaft des Reichesberg, I, 1903, pág. 836; además en la Zeitschrift für Schweiz Recht, nueva serie, II, pág. 382, núm. 51 a- 51. CURTI, « Entscheidungen des Schweiz Bundesgerichts in abgekürzter Fassung », I, núms. 1522, 1529, 1556; II, núms. 3222-3224.

(20) Otra cosa sucede si por caracterizarse como de Derecho público una relación se aplica éste a una situación objetiva ya conocida y regulada por la ley. Ejemplo: Un pueblo compra una instalación particular de distribución de agua. En el curso del tiempo se transforma en un establecimiento de Derecho público en una parte integrante de su aparato administrativo (cfs. infra, § 19). Conforme a esto, las remuneraciones de carácter privado que se abonan antes por el aprovechamiento del establecimiento deben ser consideradas en adelante como tasas. Se aplican, pues, sin más los preceptos sobre tributos públicos.

(21) Constitución del Reich, art. 161: « Para conservar la salud y la capacidad de trabajo, para la protección de la maternidad y para la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, debilidad y azares de la vida, el Reich establecerá un vasto sistema de seguros con la correspondiente colaboración de los asegurados. » CAHN, « D. soz. Versicherung d. Deutschen Reichs », 1923. STIER-SOMLO, RV.O., 2.ª ed., 1922, y apéndice, 1923. KASKEL, « Jahrböf. », 10, 1921, 55. GIESE, « Comentarios a la Constitución de Weimar, 7.ª ed. Para los arts. 161 y 163, apart. 2 de la RVerf., cfs. SOMLO-STIER, artículo « Erwerbslosenfürsorge » en el HWR., II, pág. 346.

y protección de los trabajadores (22). Pero ninguna de las leyes administrativas sienta principios generales que se impongan en todo el Derecho administrativo (23) (*).

En la legislación administrativa falta la parte general. Por lo tanto, si para una relación concreta de naturaleza jurídico-pública no existen preceptos aplicables ni en la legislación ni en el Derecho consuetudinario, entonces es la ciencia la que ha de procurarlos.

En tal caso se ha de averiguar, primeramente, si la relación pertenece a una institución jurídica que en un grado anterior del desarrollo del Derecho haya sido atribuida al sector privado, pero que según la concepción moderna está dominada por el Derecho público. Entonces es posible, o que la ley antigua siga prevaleciendo, en cuanto su contenido, en el nuevo terreno jurídico, si bien con el matiz jurídico-público (24), o bien que en el nuevo terreno jurídico una costumbre haya mantenido el contenido de una norma civil ya abolida, transformándola en norma de Derecho consuetudinario de carácter público. Así

(22) Constitución del Reich, art. 157: «La clase trabajadora está bajo la protección especial del Reich.» Cfs., también, los comentarios de ANSCHÜTZ y de GIESE a este artículo. KASKEL, «Arbeitsrecht». En preparación una traducción castellana de esta obra, que se publicará en esta Enciclopedia, 1928 («Enzyk. d. Rechts u. Staatswissenschaft», editada por KOHLRAUSCH y KASKEL, XXVIII). Puede verse más bibliografía en STIER-SOMLO, I, págs. 458 y s. y en GIESE, «Comentarios al art. 157».

(23) De un lado se ha pretendido que en el moderno Derecho tributario la ley misma se elevaba a «formular conceptos generales» (HENSEL); de otro lado se ha querido atribuir el carácter de normas administrativas de contenido general a los principios generales de la ley tributaria del Reich. Cfs. sobre esto las publicaciones de la Asociación de catedráticos alemanes de Derecho político (Asamblea de Münster de W., 29 al 30 de marzo 1926, cuaderno 3). Ambas afirmaciones van, en mi opinión, demasiado lejos, según lo expuso acertadamente BÜHLER, cap. cit., págs. 102 y s. En tanto que en el Derecho administrativo alemán puedan encontrarse determinados principios fundamentales, éstos serán de aplicación también a las situaciones jurídicas de naturaleza fiscal, y la ley tributaria del Reich admite desde luego su reconocimiento legal para determinadas situaciones objetivas. Pero una cosa se ha de conceder: sólo el estudio profundo de las diferentes ramas administrativas es capaz de aclarar si los diversos preceptos positivos contienen la expresión de conceptos jurídicos generales y hasta qué punto, o si se trata de disposiciones especiales para una materia concreta. También en este caso es misión de la ciencia intentar elevarse a principios generales sobre la base de la regulación especial de las distintas materias.

(*) En el Derecho español tampoco puede hablarse de una codificación del Derecho administrativo *strictu sensu*. Algunas leyes, sin embargo, pueden considerarse como verdaderos códigos de la materia a que afectan; así, por ejemplo, aparte del Código del trabajo, y Estatutos municipal y provincial, sólo en parte actualmente vigentes, la ley de Aguas de 13 junio 1879. Son leyes administrativas de aplicación general, y cuyas normas y principios afectan a todos los ramos de la Administración, entre otras, la de Administración y Contabilidad del Estado de 1 julio 1911; la de 19 octubre 1889 sobre bases del procedimiento administrativo; y la ley de bases sobre los funcionarios públicos de 22 julio 1918, y su reglamento de 7 septiembre del mismo año, etc.

(24) El Tribunal administrativo de Baviera ha declarado en dos sentencias (31 octubre 1902 y 15 noviembre 1905) que, en contra de la práctica anterior, las normas sobre cargas para la construcción de iglesias caen bajo el Derecho público, y, por lo tanto, los litigios sobre estas cargas pertenecen a los Tribunales administrativos. En el territorio bávaro, en el cual ha estado en vigor ya antes de 1.º enero de 1900, el Derecho general de Prusia, sigue en vigor conforme a la ley de introducción al Código civil, art. 132, los antiguos preceptos prusianos sobre las cargas para construcción de iglesias (APLR., II, 11, §§ 699 y ss.). Colección de sentencias del Tribunal administrativo de Baviera, 24, pág. 225; 27, pág. 29.

— para no citar más que un solo ejemplo — el funcionario, a quien durante su servicio activo le son disminuidos sus haberes por el legislador, puede exigir, fundándose en el Derecho público, una indemnización en virtud de un principio que tuvo origen en el período en que la relación del funcionario estaba regulada bajo las normas del contrato de arrendamiento de servicios (25). No se diga que en tales casos la relación jurídica en cuestión no recibe más que una etiqueta nueva, mientras que, por lo demás, todo permanece como antes estaba. La traslación al Derecho público se hace en adelante efectiva en todos sentidos; adquiere importancia para los Tribunales en las cuestiones de competencia de la jurisdicción, la prescripción, la ejecución, etc.

Estos fenómenos son, sin embargo, de naturaleza singular. En la mayoría de los casos no queda otro remedio que atenerse, en el silencio de la ley, al principio que sienta que cada sistema de Derecho ha de suplirse por sí mismo y que, por lo tanto, una laguna aparente en el sistema del Derecho público no debe suplirse por vía de analogía aplicando prescripciones de Derecho privado (26), sino que ha de llenarse con preceptos emanados del sector del Derecho público. Para comprender estos principios no escritos de Derecho público basta recordar que en todo Derecho se encierran conceptos jurídicos de carácter tácito (27). Tales principios no llegan inicialmente a conoci-

(25) OTTO MAYER, II, 208. La tesis desarrollada en el texto ha encontrado su expresa aprobación en la Constitución del Reich, art. 129, IV (Inviolabilidad de los derechos legítimamente adquiridos por los empleados). Tiene igual reconocimiento en Suiza, aunque la ley no lo declare expresamente. «Entscheidungen der Schweiz. Bundesgerichts», 16, 1890, págs. 435 y ss. El tránsito de la consideración civil a la consideración administrativa de las relaciones de los funcionarios, lo podemos ver en PERTHES, «Ueber der Staatsdienst in Preussen, 1838». GIACOMETTI, «Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtstituten in der Judikatur des schweiz. Bundesgerichts», 1924.

(26) OTTO MAYER, I, 117. De otro parecer, es decir, partidarios de llenar las lagunas mediante analogía de Derecho privado son: DRONKE, «Die Anwendung des BGB. auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse» («Z. f. Zollverwaltung», XI, 165); FRIEDRICH, «Archiv für bürg. Recht», 42, 28. H. MEIER, «Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht» («Archiv R.», 11, 230 y la bibliografía que cita). MALLACHON, «Aufrechenbarkeit» («Verw. Archiv.», 28, 279). — Otra manifestación jurídica tenemos cuando el legislador, por medio de referencias dispone expresamente que algunos preceptos de Derecho privado aislados o un conjunto de ellos han de aplicarse a situaciones jurídicas de carácter público. Cfs., por ejemplo, la RAO., arts. 64, 83, 95, etc. En tal caso, estas disposiciones, que por su contenido están sacadas del Código civil, rigen como preceptos de Derecho público, H. MEIER, cit. 237 (*).

(*) La jurisprudencia española ha declarado que las normas del Código civil sobre interpretación de contratos, son aplicables a los contratos administrativos; sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de éstos resuelve la sentencia de 9 marzo 1907 que, caso de duda, es forzoso decidirse por aquella inteligencia que se halle más en armonía con el interés general.

(27) Estoy de acuerdo con la opinión que HELLWIG en su «Deutsches Zivilprozessrecht», 11, págs. 163 y ss., ha desarrollado de un modo magistral. Lo que HELLWIG expone para el Derecho civil y el Derecho procesal, se aplica también para el Derecho administrativo. Los diversos métodos de formación del Derecho los expone PH. HECK, «Das Problem der Rechtsgewinnung», 1912, págs. 7-12. Cfs. además E. J. BEKKER, «Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung», 1910, pág. 174 y ss., 194 y ss. A. MANIGK, artículo «Formalismus

miento del legislador, porque su mirada sólo se dirige, como es natural, sobre lo ya existente, sobre lo practicable que puede aplicarse inmediatamente, no sobre las ideas latentes ni sobre las posibilidades abstractas. Por tal razón, un nuevo principio jurídico que encontramos en la ley o en el Derecho consuetudinario, resulta la expresión de una sola faceta — inmediatamente aplicable — de una idea jurídica general. Pero si la actividad incesante de la vida origina nuevas formas que requieran una ordenación jurídica, entonces la ciencia se ve ante el problema de separar de los preceptos jurídicos vigentes lo accidental, condicionado por las variaciones de las circunstancias, para deducir de este modo los conceptos jurídicos generales que rigen las nuevas relaciones de la vida. Para lograr este fin, lo primero que ha de hacerse en cada caso nuevo es plantear la cuestión para saber a qué conjunto jurídico pertenece la relación de que se trata. Por ejemplo, en el caso del propietario de un jardín que se ve amenazado por las balas disparadas desde un polígono o campo de tiro militar, se plantea la siguiente cuestión jurídica (28): ¿Puede el propietario mediante una acción ante los Tribunales ordinarios (*actio negatoria*) impedir el ejercicio legítimo del derecho de soberanía militar? O bien ¿puede invocar un principio del Derecho público que concede una indemnización al particular damnificado por el legítimo ejercicio de un poder público? Una vez asignado a una relación jurídica el lugar que le corresponde junto a otras relaciones análogas, en lo sucesivo se tratará de hallar solamente las normas pertinentes que han de regirla. La investigación ha de averiguar, pues, si de las especiales disposiciones vigentes para los fenómenos ya conocidos puede deducirse un principio general bajo el cual quepa también la relación nueva. En el ejemplo mencionado, ha de averiguarse, por tanto, si en las normas conforme a las cuales un Estado que obra legítimamente concede indemnización al particular por daños causados en su patrimonio (expropiación, etc.), tal concesión responde a un principio jurídico general, o si, por el contrario, la indemnización existe solamente porque la ley lo ha previsto de una manera expresa. También ha de averiguarse, al solucionar la primera cuestión (suspensión de los ejercicios de tiro), si el ciudadano particular está facultado para impedir al Estado, con medios de protección jurídica de carácter privado, el uso de sus derechos de soberanía (29).

und Freirechtsschule » en HWR., II, 474. MANIGK expresa oportunamente (artículo « Auslegung » HWR., I, 434) que los límites de la interpretación y de la creación del Derecho son muy confusos. Así el Tribunal del Reich, remitiéndose a los principios sobre la « buena fe », y a la cláusula *rebus sic stantibus*, ha sentado por vez primera el principio de que, a consecuencia de la depreciación monetaria, la norma « marco por marco » ya no tiene vigencia (por ejemplo, RGERZ., 103, 329), criterio que ha conducido posteriormente a la Ley sobre revalorización. MICHAELIS, artículo « Aufwertung », HWR., I, 392. W. JELLINEK, 207, 222 y ss. Cfr. también W. JELLINEK, « Schöpferische Rechtswissenschaft, discurso rectoral en Kiel, 1928. (28) Anschütz, Verwalt-Archiv, 5, 95.

(29) En cuanto a la contestación de la primera cuestión (deber de indemnizar) V. infra, § 18; en cuanto a la segunda cuestión (*actio negatoria*), V. infra, § 19.

Refiriendo, de esta suerte, los preceptos jurídicos a sus últimos fundamentos y apurando el alcance de determinadas ideas de Derecho, se deduce que una serie de instituciones y formas jurídicas son comunes al Derecho privado y al público (30).

Así sucede con la prescripción, e igualmente con los títulos que sirven de base a los derechos subjetivos: contratos, *negotiorum gestio*, *condictio*, etc. (31). Es cierto que estas formas se elaboraron y utilizaron primero en el seno del Derecho privado; pero esto no significa que sean de naturaleza esencialmente privada. Como el concepto en que se basa la prescripción es eficaz para todos los títulos jurídicos (32), sirven éstos para justificar principalmente los derechos subjetivos; pero reconociendo la existencia de derechos públicos subjetivos, tales formas son aplicables también a la esfera del Derecho público.

En las observaciones precedentes sólo se trazan, sin embargo, líneas generales de conducta. La facultad de reconocer exactamente cuáles son los factores de importancia jurídica en los procesos del mundo exterior y la forma de hallar la norma jurídica adecuada para cada caso, deben dejarse al sentido práctico y al tacto jurídico de los llamados a enjuiciar.

3. El Derecho público y el privado no están separados por un abismo, sino que en la vida jurídica se compenetran y complementan mutuamente. Ya se hizo resaltar de qué manera la legislación reciente ha aceptado las intromisiones jurídico-públicas en instituciones de Derecho

(30) Cfs. sobre esto los minuciosos comentarios de Göz, « Verwaltungsrechtspflege in Württemberg », págs. 118-164. FRIEDRICHS, « Der allgemeine Teil des Rechts », « Annalen des Deutschen Reichs », 1917, 385: « Los conceptos y doctrinas generales son aquellos que rigen necesariamente en cada ramo jurídico y que en todas partes han de ser aplicados, no como parte integrante de un ramo jurídico extraño, sino como un bien propio » (425. RGERZ., 107, págs. 189 y s.): « Los preceptos del Derecho privado no pueden encontrar aplicación oportuna a la relación de los funcionarios. Pueden servir a tal fin sólo en el caso en que sean expresión de un pensamiento jurídico general que rija igualmente en el Derecho público y que, por lo tanto, esté reconocido para llenar las lagunas del Derecho positivo, como una parte integrante del Derecho público de los funcionarios ». Cfr. sent. Trib. supr. cont. adm. de Prusia, 22 marzo 1927 (JW. 1927, 2166 y 2732). También el concepto expuesto en la « legislación de la revalorización de la moneda », de que por la depreciación de la moneda alemana, el marco ya no es igual al marco, sino que ha de operarse conforme al poder adquisitivo del marco, resulta expresión de una consideración jurídica general, y, por lo tanto, rebasando la primitiva esfera del Derecho privado, ha de ocupar también un puesto en el Derecho público. La sentencia del Tribunal contencioso-administrativo de Hamburgo del 14 junio 1926 (JW., 1927, 2948) fundamentó acertadamente esta solución en el principio de la buena fe. Sobre el problema de la revalorización monetaria en todos sus aspectos cfs. JELLINEK, págs. 222 y ss. Contra el parecer de que hay instituciones jurídicas comunes al Derecho público y al Derecho privado: OTTO MAYER, I, 3.^a ed., 117.

(31) Sobre el mandato en el Derecho público: A. AFFOLTER, « Das Mandat im öffentlichen Rechte » (ArchöffR., 30, 538).

(32) KORMANN, « Die öffentlich-rechtliche Verjährung und Verschweigung in der Rechtssprechung des Oberverwaltungsgerichts » (PrVBl., 33, pág. 644, y « Annalen des Deutschen Reichs », 1912, págs. 120 y ss. RGERZ. Vol. 78, pág. 202. H. MEIER, ArchöffR., nueva serie, 11, 245. RAZZI, « Rivista per le Scienze giuridiche », vol. 61, 1918. CAMMEO, « La prescrizione nel diritto amministrativo » (Giurisprudenza italiana, vol. 74, 1922).

privado y especialmente en la libertad de contratación (33). Pero aun hecha abstracción de esto, una relación de Derecho privado puede ser premisa para una de orden público y así producir efectos públicos, y viceversa (34). Recordemos, además, que hay obligaciones jurídico-públicas que han de cumplirse con las formalidades de las privadas (35). Más aún, en una misma institución se ven combinados elementos de Derecho público con otros de Derecho privado; así, por ejemplo, ha de distinguirse en casos de uso público la propiedad privada y el aprovechamiento público (36). Esta compenetración del Derecho público y del Derecho privado es una nota característica del Derecho administrativo alemán, a diferencia del sistema de Derecho administrativo francés, que se sujeta a una construcción homogénea. Pero también en Alemania, debido al desarrollo descrito, llegó a aceptarse para la Administración del Estado el Derecho público como regla, y el Derecho privado como excepción.

4. Con la expresión « Derecho administrativo » no se indica en Alemania, al contrario de Francia, una clase especial de Derecho. Considerado en su más amplio sentido, el Derecho administrativo

(33) Un ejemplo elocuente nos ofrece la legislación del Reich en materia de protección de inquilinos desde el decreto de protección de inquilinos (23 septiembre 1918) hasta la Ley del Reich sobre alquileres (24 marzo 1922) y la referente a la crisis de la vivienda (28 julio 1923). Fueron dictadas por la carencia de viviendas y la penuria económica, y fijan al dueño el máximo de renta que puede pedir a los inquilinos; además se le puede suprimir el derecho a disponer libremente de sus locales. Orro KRIEG, artículo « Mietrecht » del HWR., págs. 40 y s. (cfs. la bibliografía en él citada) (*).

(*) En un sentido análogo, aunque con diferente contenido, cfs. Decreto de alquileres de 26 diciembre 1930.

(34) Ejemplos: a) El impuesto de sucesiones sólo puede ser exigido de A. si A. es el heredero conforme a los preceptos del Código civil; b) si el propietario de una casa, que no ha limpiado la acera en tiempo de helada, está o no obligado a pagar los daños sufridos por el peatón que se lastimó al resbalar, depende de si tenía obligación de limpiar la acera conforme al Derecho público vigente; c) se resuelve igualmente conforme al Derecho público si debe entrar en el activo de la quiebra de una Sociedad particular de seguros, la fianza prestada por la misma a una autoridad pública, en metálico o en valores, y también hasta qué límite puede ser permitida la restitución de dicha fianza. « Entscheidungen der Schweiz. Bundesgerichts », vol. 29, 1903, parte 1.ª, pág. 500. Cfs. también la ley del Reich sobre empresas particulares de seguros (12 mayo 1901), art. 7, apar. 2. También tocante a la caución que debe prestar el empresario de teatro, cfs. Ley industrial, art. 32, apart. 2, y LANDMANN-ROHMER, I, págs. 369 y s. HARMANN, en DJZ., 17, 482; 18, 227; LUDWIG GEIGER, « Sicherheitsleistung der Theaterunternehmer » (« Blätter f. Administrative Praxis », vol. 62, pág. 203), concibe esta relación con un criterio puramente civilista.

(35) Ejemplos: a) La obligación de hacer efectivos determinados tributos (por ejemplo, impuestos sobre la renta, sobre el capital), no se puede satisfacer sino entregando dinero. W. MERCK, « Steuerschuldrecht », 1926, pág. 139; b) Las fianzas de los funcionarios por razón de su cargo — en la actualidad sólo juegan esencialmente algún papel tratándose de cargos municipales — se constituyen en la forma corriente de la prenda o fianza del Derecho privado; asimismo las cauciones por contribuciones de urbanización adoptan la forma jurídica de la hipoteca de seguridad. Cfs. PLANCK sobre las fianzas de funcionarios. Ley de introd. del Código civil, art. 90. Sobre garantías por contribuciones e impuestos, art. 91 de la misma ley. PLANCK, « Kommentar zum BGB., VI », pág. 206. STÖLZEL, « Rechtsweg und Kompetenzkonflikt », pág. 141, sent. R. Trib. sup. cont. adm. de Sajonia, de 18 enero 1905 (Jahrbücher Kgl. Sächs. OVG., 7, pág. 40).

(36) Cfs. infra § 23.

comprende todas las normas jurídicas que regulan la actividad de las autoridades públicas administrativas, importando poco que estos preceptos administrativos pertenezcan al Derecho público o al Derecho privado. Pero la ciencia jurídica no admite este concepto en un sentido tan amplio, antes bien considera que en Alemania el desarrollo de los principios jurídicos especiales para la Administración pública se ha hecho, regularmente, sólo en aquellos casos en que las normas generales de Derecho privado, penal y procesal, en toda su extensión, no puedan proteger, o lo hagan insuficientemente, los intereses especiales de la Administración pública. Basándose en este desarrollo pueden contarse hoy día en Alemania como pertenecientes al Derecho administrativo, en sentido estricto, sólo los preceptos de naturaleza jurídico-pública, que forman, en su conjunto, un Derecho especial de la Administración pública (37). Por lo tanto, Derecho administrativo, en el sentido de las explicaciones subsiguientes, no es otra cosa que el Derecho público elaborado para satisfacer las necesidades de la Administración pública.

Un Derecho administrativo general en este sentido sólo existe en Alemania en cuanto que el Reich ha establecido tales normas. Pero en lo demás, el Derecho público radica en la legislación de los Estados particulares. El Derecho administrativo alemán en el Imperio y los Estados surgió de una estructura política que encomendó la ejecución de las leyes administrativas a una clase de funcionarios profesionales ajenos a las luchas políticas y económicas, clase que influyó considerablemente en la evolución ulterior del Derecho administrativo. Siendo este Estado burocrático el resultado de una evolución histórica esencialmente igual en todos los Estados alemanes particulares, también la legislación administrativa y el Derecho consuetudinario de tales Estados se basan en idénticos principios (38). De la práctica cotidiana de Derecho público, en las Administraciones del Imperio y en la de cada uno de los Estados, se puede deducir un conjunto homogéneo de ideas jurídicas. Estas demuestran la tendencia singular y la predisposición del espíritu jurídico común dominante en la Administración de los Estados alemanes (39). Trataremos de averiguar cuáles son estas ideas jurídicas, no para construir un Derecho natural que se imponga a la Administración, sino para conocer las ideas jurídicas originarias de que se nutrió la vida jurídica de los pueblos alemanes,

(37) OTTO MAYER, I, 3.ª ed., pág. 21. ROBERT COESTER, « Die Rechtskraft der Staatsakte », 1927, pág. 102, ve en la regulación del procedimiento gubernativo (Veranlagungsverfahren, Verleihungsverfahren.....) la misión propia del Derecho administrativo, y por eso dice que el Derecho administrativo constituye una de las dos partes del Derecho procesal; a ambos Derechos procesales se oponen el Derecho privado y el Derecho público como los grandes complejos jurídicos del Derecho objetivo. Esta concepción es demasiado estrecha; de la abundancia de la materia hace resaltar unilateralmente un elemento en el que se fija sólo para la determinación de la idea.

(38) LABAND, « Staatsrecht », III, 5.ª ed., pág. 381.

(39) Análogo al « Derecho privado alemán », antes de la vigencia del Derecho civil. Cfs. sobre eso las magníficas explicaciones de ANDREAS HEUSLER, « Institutionen des Deutschen Privatrechts », I, págs. 13 y ss.

ideas que han tomado forma fija en la legislación y en la práctica jurídica. Sólo en este sentido debemos de hablar de un Derecho administrativo alemán.

II. No adoptan la forma de preceptos jurídicos todas las disposiciones generales obligatorias para las autoridades administrativas (40). Para la ejecución de las leyes, surge con frecuencia la necesidad de reglamentar homogéneamente, dentro de los límites de la potestad discrecional, la actividad de cada una de las autoridades (41), lo que se hace por medio de mandatos generales que las autoridades superiores dirigen a los órganos inferiores, en virtud de su poder oficial.

Estos mandatos se conocen con las denominaciones «ordenanza administrativa», «reglamentos», «instrucciones de servicio», «normas generales de servicio», «órdenes circulares», etc. (42) (*), y contienen los preceptos indicando los principios técnicos, políticos y económicos, conforme a los cuales debe aplicarse la ley en cada caso concreto (43); o distribuyen, dentro de las atribuciones delimitadas por la ley, los asuntos entre los diferentes departamentos oficiales de igual orden,

(40) LABAND, «Staatsrecht, II. 5.^a ed., págs. 197 y ss. ROSIN, «Polizeiverordnungsrecht in Preussen», 2.^a ed., 1895, págs. 27 y ss. HÄNEL, «Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne» (Studien zum Deutschen Staatsrecht, II, 1888), págs. 201 y ss. JELLINEK, «Gesetz und Verordnung», págs. 244 y ss. HUBRICH, «Das Reichsgericht und die Begriffe «Gesetz» und «Verwaltungsvorschriften» (VerwArch., 13, pág. 441), y la bibliografía que cita GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, pág. 668, v. SEYDEL, «Bayer. Staatsrecht», II, págs. 327 y ss. THOMA, «Polizeibefehl im Badischen Recht», I, 1906, pág. 348. O. MAYER, I, 84. HATSCHEK, «Einl. i. d. öff. R.», 98.

(41) Constitución del Reich, art. 77: «El Gobierno del Reich tendrá la facultad de decretar, mientras las leyes del Reich no dispongan otra cosa, cuantas disposiciones de carácter general sean necesarias para el cumplimiento de las leyes del Reich. Para ello necesitará aquél obtener el consentimiento del Consejo del Reich cuando la ejecución de las leyes del Reich corresponda a los organismos territoriales». Art. 15, II: «Cuando las leyes del Reich deban ser ejecutadas por las autoridades territoriales, el Gobierno del Reich podrá dictar instrucciones generales». Cfs. los Comentarios a la Constitución del Reich, arts. 19 y 77 de ANSCHÜTZ y de GIESE.

(42) La distinción entre ordenanzas jurídicas y ordenanzas administrativas es admitida de una manera casi general. Cfs. bibliografía en LABAND, «Staatsrecht», II, 5.^a ed., pág. 87, nota 2. FRIEDRICHS, «Allg. Teil des Rechts», pág. 45. ANSCHÜTZ, «Komm», págs. 233, 235. GIESE, Komm, pág. 229. JÉZE, «Principes», pág. 29. Sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones administrativas. Cfs. KELSEN, «Allg. Staatslehre», pág. 237. A. MERKL, «Allg. Verwaltungsrecht», pág. 121.

(*) En el Derecho español, decretos, órdenes ministeriales, acuerdos, circulares, instrucciones, etc. La significación de estos términos no es, sin embargo, análoga a la del texto, como ulteriormente indicaremos.

(43) Ejemplo: Según la ord. industrial del Reich, art. 33, apart. 2, se ha de denegar el permiso para el funcionamiento de un establecimiento de bebidas, si el local no reúne las condiciones exigidas por la policía. Debido a esto las autoridades ministeriales de varios Estados han dictado instrucciones generales a las autoridades competentes sobre las circunstancias que han de considerarse al examinar la cuestión del local. LANDMANN-ROHMER, GewO., I, al art. 33, apart. 2: Compárense, además, PrOVG., 43, 300. «Los preceptos sobre la entrega de cadáveres a los institutos anatómicos», que fueron dictados por el Ministerio de Justicia y Cultos e Instrucción, de Baden, contienen sólo instrucciones de servicios para las autoridades locales de policía. Sent. del Tribunal administrativo de Baden, vol. III (BEHR), pág. 177, n.º 318. En este sentido también la Ley de Registro de penados de 8 marzo 1926 (HUE DE GRAIS, pág. 365). Cfs. sobre la cuestión en general. THOMA, «Polizeibefehl im bad. Recht», I, pág. 350, VIERHAUS, «Festschrift f. Fr. Klein», 1914, pág. 222 (Reglamentos de inspección).

o regulan la tramitación de los expedientes (formalidades para despachar los asuntos, etc.) (44). Las «ordenanzas» contienen, por consiguiente, «órdenes oficiales de carácter general» (45) y prescriben al funcionario un cierto proceder, fundándose su deber solamente en la obediencia al superior. La «instrucción de servicio» es tan sólo una *res interna* de la Administración y se dirige exclusivamente al funcionario, pues no origina unas obligaciones del funcionario frente a persona extraña de la Administración, por más que la «instrucción de servicio» repercute en la vida del ciudadano. No hace surgir entre el ciudadano y la Administración una relación jurídica. A los mandatos de la «instrucción de servicios» les falta la «fuerza obligatoria bilateral» de la norma jurídica. Son disposiciones exclusivamente dictadas para las autoridades administrativas. El lenguaje usual las denomina «preceptos administrativos», en contraposición a los preceptos jurídicos» (46). Las normas de esta naturaleza no se promulgan como las jurídicas; basta que se den a conocer a los respectivos funcionarios, en cualquier forma oficial. El Derecho supone relaciones entre dos sujetos jurídicos independientes. El funcionario que recibe una «instrucción de servicio», y el superior, frente a quien el deber se cumple inmediatamente — considerándolo de modo puramente externo —, no son sujetos jurídicos en tanto que cumplen con el deber oficial, sino ruedas en el gran aparato del organismo público. La «instrucción de servicio» no delimita, pues, esferas jurídicas, sino que tiende a mantener la buena marcha de la máquina administrativa.

Este contraste se observa claramente en las consecuencias jurídicas que derivan, por una parte, del incumplimiento de la disposición administrativa, y por otra, de las infracciones de la disposición jurí-

(44) Por el contrario, las normas sobre la organización de oficinas administrativas, contienen principios de Derecho, no porque — como cree JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», págs. 238 y ss. — las normas dirigidas a los órganos públicos sean al mismo tiempo normas para los hombres que desempeñan aquéllas, pues esto sucede también del mismo modo en ordenanzas puramente administrativas, sino porque también las normas sobre organización contienen una limitación de las esferas de voluntad. No sólo para los demás órganos públicos sino también para el súbdito, el precepto de organización establece bajo qué prescripciones una voluntad humana determinada ha de considerarse como voluntad de Estado. Cfs. también WALZ, «Bad. Staatsrecht», 1909, págs. 209-210. HÄNEL, «Gesetz im formellen und materiellen Sinn», págs. 222, 226, 232. THOMA, «Polizeibefehl im Bad. Recht», I, pág. 118. Las meras ordenanzas de organización son, por lo tanto, ordenanzas jurídicas. Así también NAWIASKY, «Bayer. Verfassungsrecht», 1923, págs. 343 y 441. PRESUTTI, «Istituzioni di diritto amministrativo italiano», I, pág. 51. LUTZ RICHTER, «Die Organisationsgewalt», 1926. De otro parecer son, por ejemplo, ANSCHÜTZ en la «Enzyklopädie der Rechtswissenschaft», IV, 163. STIER-SOMLO, I, 335 y los escritores que cita.

(45) El deber de obedecer estas órdenes se deriva, para el funcionario, de las relaciones especiales de dependencia (relación de poder), que se han creado por el hecho de aceptar el empleo. Sin embargo, el reglamento administrativo no puede permitir sanciones a cargo de las autoridades inferiores, si aquéllas son derivadas (deducidas) de la autoridad que tiene competencia para dictar Reglamentos de policía. (PrOVG., 33, 341; vol. 35, 342. REGER, 19, 170; 20, 164).

(46) Contra esta distinción, cfs. ARNDT, «Das Reichsgericht und die Begriffe «Gesetz» und Verwaltungsvorschriften» (VerwArch., 13, pág. 207); «Verfassung Deutschen Reichs», 5.^a ed., 1913, pág. 109. JULIUS KAHN, «Die Abgrenzung des Gesetzgebungs- und Verordnungsrechts nach deutschem Reichsstaatsrecht, 1912, y la crítica de ROSIN en VerwArch., 21, pág. 347.

dica. Si el funcionario infringe una « instrucción de servicio » (disposición administrativa), es probable que haya incurrido en una pena disciplinaria. La autoridad superior ha de intervenir de oficio. También el particular perjudicado por la infracción puede formular queja ante el jefe del funcionario y provocar su intervención. Ahora bien, todos los procedimientos y medios ordinarios establecidos por la ley para reparar las lesiones de derechos individuales son denegados en estos supuestos (47); por eso el ciudadano perjudicado no está facultado para formular ante el juez civil una demanda de indemnización contra el funcionario, pues la demanda de indemnización supone que el funcionario haya infringido « obligaciones que le competen frente a tercero » (Código civil, § 839) (48).

(47) Ejemplos: a) Se construye un edificio para la Administración pública. El funcionario público (prusiano) encargado de inspeccionar la construcción no observa las normas de las instrucciones prusianas de servicio dadas para los arquitectos, y debido a esto y por culpa suya se rebasa la cantidad presupuesta. Por reclamación del Fisco, se le condena a la reparación de los daños. El funcionario condenado, reclama en vía de revisión contra la resolución citada, alegando que el Tribunal sentenciador ha interpretado erróneamente la instrucción de servicio: y el Tribunal Supremo del Reich declara no haber lugar a dicha revisión fundándose en que la instrucción de servicio no contiene normas jurídicas, y aquella sólo puede tener fundamento, según la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 549, 550, cuando se ha violado una norma jurídica. (RGERZ., vol. 13 pág. 259). Cfs sobre la jurisprudencia — en parte contradictoria — del Tribunal del Reich en general: STEIN-JONAS, ZPO., 13.ª ed., II, observaciones II y III al art. 54. b) Un individuo condenado por la Sala de lo Criminal afirma que el juez instructor ha aplicado indebidamente el Reglamento del Gobierno prusiano sobre intervención de la policía contra personas militares. El Reichsgericht (Trib. del Reich) ha rechazado la revisión porque el reglamento de Gobierno no contiene normas jurídicas (Ley de Enjuiciamiento criminal, art. 376, nuevo 337), sino sólo órdenes respecto al servicio (RGERStr., vol. 29, pág. 180). c) En una ordenanza urbana sobre contratas (adjudicación de obras públicas) no se establecen normas del Derecho civil; una empresa constructora que no ha sido tenida en consideración no puede, por razón de haber sido violada semejante ordenanza administrativa, reclamar contra el Municipio la reparación de daños. « Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts », 46, II, pág. 369. Tampoco pueden interponerse reclamaciones ante el Tribunal contencioso-administrativo (recurso jurídico) contra la actuación de la policía en una huelga, etc., aunque infrinja los preceptos de las instrucciones de servicio, de las leyes de construcción, de los reglamentos de policía de ferrocarriles, etc. SOERGEL, « Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht », I, pág. 66, n.º 549, § 2; pág. 676, n.º 79, « Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OGV. », 17, pág. 136. LABAND, « Deutsches Reichsstaatsrecht », 7.ª ed., pág. 136. Es posible, sin embargo, que en un mismo reglamento se dicten instrucciones de servicio y normas jurídicas. RGERZ., vol. 79, pág. 154.

(48) La cuestión fué discutida de una manera muy especial en relación con los principios establecidos por el Bundesrat (Consejo federal) en el año 1882, los cuales tratan sobre la admisión (colocación) de militares supernumerarios en el servicio del Reich y del Estado. Los Tribunales se han pronunciado en distintos sentidos. Cfs. la jurisprudencia en KAMPTZ y DELIUS, « Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentl. Rechts » I, págs. 17 y ss., apéndice 1906-1910, págs. 22-23. RGERZ., vol. 48, pág. 84. REGER, 22, pág. 260 y volumen complementario III, pág. 169. ALFRED SCHULZE, « Reichsbeamten-gesetz », pág. 41. Está en lo cierto LABAND, « Staatsrecht », II, 5.ª ed., pág. 183, nota 3 (eran disposiciones administrativas). Entre otras cosas, la cuestión adquiere importancia práctica también si los funcionarios de telégrafos han reproducido inexactamente el texto de los telegramas. En estos casos los Tribunales han de resolver si los preceptos de las instrucciones de los empleados de Correos y Telégrafos, inobservadas por el empleado culpable, se dirigen sólo a los empleados, o si contienen normas jurídicas a las cuales pueden apelar también aquellos que usan del servicio telegráfico. Cfs. sobre todo esto dos sentencias del Tribunal del Reich del año 1904, en « Archiv für Deutsches Bürgerl. Recht », vol. 14, 1904, páginas 356-360. ALFRED SCHULZE, « Reichsbeamten-gesetz », págs. 88-89.

Las disposiciones administrativas no han de ir revestidas con la forma de un reglamento administrativo. También las leyes y las ordenanzas jurídicas pueden contenerlas en estrecha unión con normas jurídicas (49); luego, no es posible distinguirlas de las otras por sus caracteres externos (50). No siendo por la interpretación, no hay otro medio de averiguar si nos hallamos ante normas jurídicas o frente a meras instrucciones administrativas.

En el Estado-policía, la mayoría de las normas según las cuales se encauzó la Administración, no fueron sino disposiciones administrativas (cfs. supra, pág. 26). El Estado de Derecho ha convertido en normas jurídicas las más de ellas sin cesar la fuente de donde brotan (51). El Estado de Derecho tampoco puede prescindir enteramente de las disposiciones administrativas, porque no es raro que por medio de ellas se logre expresar lo que la oportunidad exige cuando resultan insuficientes los preceptos jurídicos. Tales disposiciones administrativas son propicias para fundar una tradición administrativa, la cual puede ser transformada después por la ley en normas jurídicas (52).

Las instrucciones a los funcionarios no representan la única clase de disposiciones administrativas. Cierta semejanza con la situación de los funcionarios tiene también la relación de dependencia que se produce por la sumisión libre o forzada de personas particulares a los estatutos de un establecimiento público: escuela, presidio, matadero, etc. (cfs. infra, § 12). Estas personas viven sometidas a la dirección especial de la autoridad superior del establecimiento y reciben de ella las órdenes para su conducta en el mismo (53). El usuario llega a constituir una rueda en la organización del establecimiento, no llevando una existencia independiente frente al Estado y quedando mediatizado por aquél. Por lo tanto, las normas de conducta que se exponen en los estatutos de tales establecimientos no son preceptos jurídicos, sino disposiciones administrativas.

(49) Las ord. de Enjuiciamiento civil y criminal contienen numerosos preceptos que van sólo dirigidos a los jueces. Ellas no contienen ninguna norma « revisable »; el Reichsgericht no está facultado para examinar si las normas en la primera instancia se han interpretado rectamente, pues sólo le compete una *revisio in iure* (*). HEILBUT, « Müssen und Sollen in der Zivilprozessordnung » (Archiv Praxis, vol. 69, pág. 331). SELIGMANN, « Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag », I, 1886, pág. 40. STEIN-JONAS, ZPO., II, págs. 102-103. Otra opinión en HÄNEL, « Gesetz im formellen und materiellen Sinn », págs. 245 y ss. HÄNEL manifiesta que la inclusión de un decreto administrativo en una ley experimenta un cambio fundamental de su naturaleza: se hace norma jurídica.

(*) Contra, Derecho español, donde se admite el recurso de casación fundado exclusivamente en el quebrantamiento de forma (ley de Enjuiciamiento civil, arts. 1688, 1693 y 1749 y ss.).

(50) O. MAYER, DVR., I, 66: « Por eso de cada ley, sin distinción, tiene que hacerse publicación formal, publicación que en rigor sólo corresponde a las normas jurídicas. Luego hay que esperar con calma que la vida real oponga su variedad incalculable a estas decisiones legales, para que se pueda ver cuándo hay en ello un principio jurídico. Antes no hace falta saberlo... ».

(51) Sobre la importancia jurídica de las antiguas reales órdenes del Gobierno (Königlichen Kabinettsordres): RGERZ., 96, 31: PrVBl., 45, 42.

(52) LABAND, « Staatsrecht », II, 5.ª ed., pág. 186. ROSIN, « Polizeiverordnungsrecht in Preussen », pág. 31.

(53) OTTO MAYER, « Staatsrecht des Königreichs Sachsen », 1909, págs. 185 y 186. ANSCHÜTZ, « Komm. », pág. 258.

§ 5. Fuentes del Derecho administrativo ⁽¹⁾

I. Los principios del Derecho administrativo proceden de las mismas fuentes que las demás normas jurídicas. La exposición subsiguiente se limitará, pues, a deducir de las reglas generales de las fuentes del Derecho lo que tiene importancia especial en el Derecho administrativo.

1. La fuente principal del Derecho administrativo es la ley (2). En virtud de la Constitución, la facultad para crear el Derecho es inherente a la ley. La función esencial de la ley es la formación del Derecho, y así hoy día empleamos el término «ley» en sentido amplio, como sinónimo de norma jurídica (3). Además de la ley existen otras fuentes de Derecho. Ahora bien, éstas no pueden sentar normas jurídicas de una manera libre, sino sólo conforme a ley (*secundum legem*), con la autorización de la ley o con la tolerancia de la misma, pero nunca contra la ley (*contra legem*) (4). En la «roca de bronce» de la ley se estrellan todos los preceptos jurídicos que la contradicen. Esta circunstancia asegura la primacía de la ley (5).

(1) OTTO MAYER., DVR, I, § 8. STIER-SOMLO, «Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preus.-deutsche Verwaltungsrecht», 1900, §§ 9-11. ANSCHÜTZ, «Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts» (PrVBL., 22, págs. 83 y ss., especialmente páginas 86 a 90). GEORG MEYER-DOCHOW, «Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts», 4, § 6. STIER-SOMLO, I, págs. 323 y ss., 657-674 y artículo «Rechtsquellen» del HWR., IV, 733, HERRNRITT, págs. 79 y s. MERKL, págs. 98 y s. W. JELLINEK, páginas 110 y s. (con numerosísimas referencias bibliográficas).

(2) ANSCHÜTZ, artículo «Gesetz» en el WStVR., 2.ª ed. II, 212. STIER-SOMLO, I, 323. MERKL, 109 y s., cuenta entre las fuentes de Derecho administrativo los convenios internacionales, si bien, como se lee en MERKL (pág. 110), se considera así en tanto que son introducidos en el orden jurídico interno de los respectivos Estados. FLEINER, «Schweizerisches Bundesstaatsrecht», 757.

(3) Ley de introducción al Código civil, art. 2: «Ley en el sentido del Código civil y de esta ley lo es toda norma jurídica». Cfs. además la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 549, 550, y ley de Enjuiciamiento criminal, art. 337. En el moderno Estado constitucional toda ley contiene una declaración de la voluntad del Estado, que se realiza bajo la cooperación de la representación nacional. Por lo tanto, si la representación nacional ha de ser participe en los negocios saliéndose de la mera legislación, este fin puede lograrse por un precepto que diga que el acto administrativo en cuestión ha de adoptar forma de ley. CARL SCHMITT, «Verfassungslehre», 1928, pág. 143 y s. En esto consiste la diferencia entre leyes en sentido material (leyes que establecen principios jurídicos) y leyes en sentido meramente formal (leyes que no establecen principios jurídicos). LABAND, «Staatsrecht», II, 5.ª ed., págs. 61 y ss. OTTO MAYER, «Staatsrecht des Königreichs Sachsen», pág. 158. FLEISCHMANN, «Die materielle Gesetzgebung» (Hbch. d. Politik, I, 3.ª ed., 1920, pág. 219). P. SCHOEN, «Die formellen Gesetze» (Hbch. d. Politik, I, 3.ª ed., 1920, pág. 241). Sobre la diferencia entre ley material y ley formal y sus partidarios e impugnadores en la ciencia, cfs.: STIER-SOMLO, I, 329, «Münchener Tagung des Vereins d. deutschen Staatsrechtslehrer», 1927 (Publicaciones, cuaderno 4) y ArchöfR., 13, 110. La distinción de la teoría italiana: PRESUTTI, «Istit. di diritto amm.», I, 2.ª ed., pág. 70.

(4) Una excepción son las ordenanzas de necesidad, que pueden ser dictadas por el Gobierno (el Jefe del Estado) en virtud de autorización constitucional, cuando una necesidad urgente requiera la intervención legislativa, cfs. infra, nota 25.

(5) La preferencia de la ley es únicamente un caso de aplicación del principio de que la fuente principal del Derecho, la norma de rango preeminente (norma del grado superior, Kelsen, «Allgemeine Staatslehre», 293) tiene preferencia con respecto a la fuente jurídica inferior. Por eso la ley constitucional precede a la ley simple; lo mismo si fué aprobada por un *pouvoir constituant* especial o por la autoridad legislativa ordinaria con un procedimiento especial como se ha determinado en el art. 26 de la Constitución del Reich. Por eso antes de la aplicación de una ley

Las normas de Derecho administrativo actúan bilateralmente hacia fuera y hacia dentro. Hacia fuera, constituyendo las relaciones jurídicas entre el Estado y sus súbditos, fijando lo que el Derecho es para los últimos. Así, pues, cada norma jurídica hay que darla a conocer al súbdito bajo una forma determinada. La obligatoriedad de cada norma jurídica depende de su publicación en la forma prescrita. También actúa la norma jurídica hacia dentro, dando al funcionario la orden de ejecutar lo regulado. El carácter de la norma no varía en nada, ya la aplique el funcionario de una manera mecánica a un determinado grupo de relaciones, ya se deje en la ejecución un margen a su libre arbitrio.

Sin embargo, no todas las normas del Derecho administrativo moderno tienen determinada la finalidad administrativa que dejamos escrita. Gran parte de ellas tienen carácter penal (6). Por ejemplo: según el Código penal del Reich, § 366, n.º 8, se impone una multa hasta 70 marcos o prisión hasta 14 días, a toda persona «que arroje a la vía pública objetos que por su caída puedan producir lesiones a las personas, o quien los pone o cuelga en la vía pública sin sujetarlos convenientemente, o quien arroje o vierta líquidos u objetos sólidos que pueden lesionar o ensuciar a alguien». Preceptos como éstos se encuentran frecuentemente tanto en el Derecho penal del Reich como en el de los Estados particulares. Basta recordar el capítulo XXIX del Código penal del Reich sobre las contravenciones, y la legislación penal de policía de los Estados alemanes particulares. En las normas penales a que venimos haciendo referencia es muy frecuente que la amenaza de un castigo baste para instar la obediencia a las órdenes y prohibiciones administrativas, es decir, a los preceptos que imponen a los ciudadanos determinadas acciones u omisiones (7). De esta manera la legislación penal llegó a ser fuente de numerosas normas administrativas (8).

ordinaria el Juez ha de examinar si su contenido está conforme con la Constitución y ha de denegar su reconocimiento a un precepto de ley inconstitucional. Sin embargo, las opiniones en Alemania están muy lejos de ser iguales. Cfs. la relación de ANSCHÜTZ, «Komm.» al art. 70, 8.ª ed., págs. 215 y s. GIESE, «Komm.» al artículo 70, 7.ª ed., págs. 210 y s. STIER-SOMLO, I, 674-679. Los artículos de SCHEICHER, «Fischers Z.», 59, RGerZ. 111, pág. 320. CARL SCHMITT, «Verfassungslehre», 1928, págs. 117, 137 y 194 (*). Para el extranjero: JÉZE, «Principes», 3.ª ed., 350, 367, 368; especialmente para Italia: PRESUTTI, «Istituz. di diritto amm.», I, 2.ª ed., pág. 64. Para Suiza: FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrechts», páginas. 275, 276, 399, 443, 444 y el trabajo publicado en «Schw. Zbl. für Staats und Gemeinde Verwaltung», vol. 28, 1927, pág. 575.

(*) Cfs. además, C. SCHMITT, «La defensa de la Constitución». Traducción española publicada en la BIBLIOTECA DE CULTURA POLÍTICA LABOR, 1931.

(6) THOMA, «Polizeibefehl im Bad. Recht», I, págs. 54, 82 y ss.

(7) FRANK, «Strafgesetzbuch», 17.ª ed., 1926, pág. 761: Contravenciones de policía son aquellos delitos, cuyas normas están determinadas por las exigencias generales del tráfico. Las nuevas leyes administrativas que contienen condenaciones penales, separan lógicamente las normas jurídicas administrativas de las normas de Derecho penal. Cfs., por ejemplo, las prescripciones penales, que aparecen al final de la ley industrial del Reich, en los arts. 146-150.

(8) Esto explica por qué los códigos de policía general de Baden, Baviera y Württemberg han consignado principios generales de policía entre sus normas de introducción o preliminares.

anteriormente, los funcionarios profesionales. El saber profesional, el conocimiento del Derecho, la tradición y la práctica administrativa procuran a los funcionarios profesionales una superioridad sobre los « administrados » y sobre los que sólo accidentalmente se dedican a la Administración. De su ecuanimidad y respeto a las leyes, y de su capacidad para la ejecución e interpretación racional del Derecho, depende el futuro del Estado burocrático y el orgánico desarrollo del Derecho administrativo.

§ 7. La autonomía administrativa (1)

1. En Alemania, el Estado no ejerce un monopolio sobre la Administración pública.

En los Municipios, sobre todo, se han desarrollado históricamente organizaciones de intereses locales con fines propios y diferentes a los del Estado (2).

La administración de su peculiar patrimonio, la administración económica, fué por doquier el fin esencial de estas organizaciones. Pero más adelante, la administración se hizo extensiva a la satisfacción de todas las necesidades locales: construcción de caminos vecinales, abastecimiento de agua a las poblaciones, servicio de extinción de incendios, y en algunos Estados también la organización de la policía local, etc. De esta manera se ha originado el concepto de una esfera de acción propia de los Municipios, enfrente de la esfera de competencia de la Administración del Estado, y con la cual el legislador ha de contar como un factor importante. Las leyes municipales han organizado tal competencia, ateniéndose y circunscribiéndose a las ideas y necesidades dominantes en cada época. Además de los Municipios, se han organizado agrupaciones locales de categoría superior con fines propios (las Provincias prusianas, Corporaciones públicas wuertemburguesas).

Las Corporaciones a que venimos haciendo referencia rigen su Administración pública mediante órganos que de ordinario nombran ellas

(1) De la bibliografía anterior a la Guerra mundial: ROSIN, « Oeffentl. Genossenschaft », págs. 40 y ss. Del mismo autor, « Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung » (Annalen des Deutschen Reichs, 1883, págs. 265 y s.). HUGO PREUSS, « Das städtische Amtsrecht in Preussen », 1902. Del mismo autor, « Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität (Homenaje a Laband, II, 1908) », páginas 199 y s. Del mismo autor, artículo « Selbstverwaltung », HWB. d. Komm. W., III. KORMANN, « Grundzüge eines Allgemeinen Teil des öffentl. Rechts (Annalen, 1911, págs. 856 y ss., 863 y s.). PAUL SCHOEN, « Deutsches Verwaltungsrecht », pág. 200 (Enzykl. d. Rechtswiss. IV). G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., páginas 384 y s. La nueva bibliografía (especialmente desde 1918) está consignada en HANS PETERS, « Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen », 1926. H. HELFRITZ, « Grundriss der preuss. Kommunalrechts », 1927. STIER-SOMLO, artículo « Selbstverwaltung und Staatsaufsicht », HWR., V, 434. Del mismo autor, « Hbch. der Komm. Verwaltungs- u. VerwRechts in Preussen, 1919 y s., 2.ª ed., 1928. W. JELLINEK, 57, 59 y s., 66 y s., 504, 509 y s. Una exposición especial en OTTO MAYER, II, pág. 322 y s. (Die rechtsfähigen Verwaltungen).

(2) Carta constitucional del Estado de Württemberg del 25 septiembre 1819, artículo 62: « Los Municipios son el fundamento de la Sociedad-Estado. »

mismas (3). Con esta manera de gestionar los asuntos, los interesados participan en la Administración de las Corporaciones, ya sea indirectamente, como electores de los que hayan de desempeñar cargos administrativos, o directamente, como miembros elegidos para las Corporaciones comunales. En estos casos se justifica el hablar de autonomía administrativa (4). No es el Estado quien administra, sino los propios interesados quienes rigen la Administración pública. Una Administración que está confiada completa o parcialmente a ciudadanos independientes, corre parejas con la Administración del Estado encomendada a los funcionarios profesionales. La autonomía administrativa constituye una limitación de la omnipotencia del Estado, y establece, políticamente hablando, la posibilidad de proporcionar a los ciudadanos una educación ciudadana, haciéndoles colaborar en la Administración pública, y suscitando su interés por los asuntos de aquella. Mediante este sistema, el Estatuto municipal de Stein, del año 1808, ha iniciado la renovación del Estado prusiano (5). La autonomía administrativa en la vida pública alemana fué asumiendo, en los años anteriores a la Guerra, hasta cierto punto, las funciones que pertenecen, en la pura democracia, a los llamados derechos nacionales; es decir, la colaboración activa de los ciudadanos en los asuntos del Estado (6).

(3) Están interesados en primer lugar los miembros de la Asociación. Pero aparte de estos miembros, pueden también, eventualmente, ejercer funciones de órganos personas que no sean miembros. Eso ocurre, por ejemplo, con las Cajas de socorros para caso de enfermedad, dentro del seguro obrero. Miembros de la Caja de socorros para caso de enfermedad, son los obreros asegurados; pero los patronos contribuyentes tienen, al lado de ellos, derecho a una representación en los órganos de la Caja; es decir, en la Dirección y en el Comité. RVO., 327. Cosa distinta ocurre cuando se trata de un establecimiento público. En él no hay miembros, sino solamente beneficiarios o usuarios, los cuales no están en la posición de representados por los órganos directivos de aquél. Podemos, sin embargo, hablar de administración autónoma de un establecimiento cuando los usuarios toman parte en cualquier forma en la dirección del mismo. Cfs. RVO., arts. 1351 y ss.

(4) Las diferentes opiniones sobre el concepto « autonomía administrativa » están recogidas en LABAND, « Staatsrecht des Deutschen Reichs, I, pág. 102, y « Deutsches Reichsstaatsrecht », 7.ª ed., pág. 28. HANS PETERS, « Grenzen der Kommunalen Selbstverwaltung », págs. 6 y s.

(5) ERNST V. MEIER, « Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg », 2.ª ed. por F. THIMME, 1912. MAX LEHMANN, « Freiherr vom Stein », 1902-1905. CLAUSSWITZ, « Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin », 1908. GIERKE, « Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin » (Schmollers Jahrbuch., 36, 1912), págs. 369 y s.

(6) FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », §§ 32-34. Sobre la autonomía administrativa en Inglaterra: HARSCHER, « Englisches Staatsrecht », II, págs. 410 y ss. y « Das englische Local government » (Verwaltungsarchiv., IX, 319). REDLICH, « Englische Lokalverwaltung », 1901. KOELLREUTTER, « Verwaltungsrecht in England », págs. 26 y ss. Inglaterra ha encomendado totalmente la administración local a los Municipios, Condados y a las Asociaciones civiles; en esta esfera se ha reservado el Estado solamente una actividad supletoria. En Francia, el Poder público centralizado, desde la Revolución ha considerado rival a la administración autónoma. Solamente con gran trabajo se logró, merced a la ayuda de la teoría del « pouvoir municipal », adquirir una medida moderada de independencia para los Municipios. En lo principal, la administración autónoma, expresada en la elección de órganos del Colegio, más parece una cooperación de los ciudadanos a la administración del Estado, que una administración de asuntos propios. BLODIG, « Selbstverwaltung als Rechtsbegriff », 1894, págs. 82 y ss. OTTO MAYER, « Theorie des franz. Verwaltungsrechts », págs. 426 y ss. HAURIU, « Précis de Droit administratif », 11.ª ed., 1927, págs. 130 y 179.

El mejor medio de una descentralización de la Administración pública está en la autonomía administrativa (7). La Corporación con vida autónoma rige sus asuntos administrativos bajo su propia responsabilidad, siendo de su cuenta los gastos. El Estado queda descargado de esas atenciones. En la vida pública alemana, la autonomía administrativa hizo grandes cosas; no hay más que recordar la actividad que desplegaron, desde tiempo inmemorial, las ciudades alemanas en el terreno moral y social (8). El Estado confiere a las Corporaciones autónomas un cierto poder de soberanía (imperio) para cumplir su misión, pues si han de dirigir bien la Administración pública, necesitan los mismos medios de que el Estado dispone.

1. El Estado utiliza para su servicio, de una manera inmediata, a las Corporaciones administrativas autónomas existentes. En numerosos casos se limita a regular por ley una materia administrativa, pero confiere su ejecución a una Corporación autónoma. De esta manera, tal Corporación llega a sustituir al Estado en el desempeño de las funciones administrativas públicas, y ejerce la Administración pública por derecho propio, puesto que, según la ley, tiene facultad para regir esta administración. Entre las Corporaciones territoriales a las que puede confiarse esta tarea, se encuentran en primer lugar los Municipios y las organizaciones superiores, como las Mancomunidades municipales, organizaciones integrales que llevan una existencia propia, paralela a la del Estado, con una esfera de acción propia. Aparte de ellas, poco a poco las legislaciones del Reich y las de los Estados particulares han creado instituciones especiales independientes, en número cada vez mayor, para la ejecución de los nuevos deberes administrativos y cuya organización ha sido adaptada a fines especiales: Cajas de socorro y Cooperativas profesionales de Seguros obreros (9); asociaciones de beneficencia (10), etc. Tales asociaciones pueden denominarse, en un sentido amplio, establecimientos públicos.

2. La Constitución de Weimar ha garantizado expresamente la autonomía administrativa (art. 127). « Los Municipios y las Mancomunidades municipales tienen el derecho de regirse autónomamente dentro de los límites de la ley », y se encuentran preceptos análogos en las Constituciones de muchos Estados particulares (11). Pero, a pesar de este reconocimiento, el carácter de la autonomía administrativa ha cambiado en la Alemania republicana.

(7) Sobre las ventajas y desventajas de la centralización y descentralización Hauriou, « Précis de Droit administratif », 7.^a ed., págs. 125 y ss. Según Hauriou la desventaja principal de la centralización consiste en que: « Elle tue la vie publique et l'esprit public des populations qui n'ont jamais à s'occuper de leurs affaires ». Uno de los principales inconvenientes de la descentralización por el sistema de la administración autónoma, es que « L'administration devient infiniment plus coûteuse ». Cfs. también Hauriou, « Principes du Droit public », págs. 472 y ss.

(8) Preuss, « Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland » (Hbch. d. Politik, I, pág. 281).

(9) Ley alemana de seguros, arts. 3, 225 y s., 623 y s. Jacobi, « Die Träger der Sozialversicherung » (Leipziger Festgabe f. Otto Mayer, 1916).

(10) Cfs. ley sobre el deber de asistencia pública (13 febrero 1924), arts. 1 y s. E. Ritter, artículo « Fürsorgeverbände » en HWR., II, 561.

(11) Por ejemplo, en las Constituciones de Prusia, art. 70; Baden, art. 20; Baviera, art. 22.

Esto es debido, principalmente, a las tendencias unitarias de la Constitución del Reich (12). Así el Reich ha logrado, por medio de disposiciones jurídicas, el derecho a intervenir también en el Estatuto jurídico de los funcionarios municipales (13), encontrándose un precepto particular sobre el caso en la Constitución del Reich, art. 17, § 2, que extiende también los principios del Derecho electoral del Reichstag a las elecciones municipales y la legislación del Reich ha intervenido, asimismo, muy intensamente el Derecho tributario municipal (14). De esta manera, los Municipios han quedado más directamente sometidos al Poder del Reich; pero, por otra parte, la legislación general les ha confiado nuevas misiones (15).

De gran significación política es, por lo demás, el hecho de que el sistema parlamentario vigente hoy día en Alemania descansa en la misma base democrática que la Administración autonómica de los Municipios y de las Corporaciones locales superiores. El parlamentarismo y la autonomía administrativa parecen, pues, como la emanación del gobierno autónomo del pueblo, y el contraste antiguo entre el Estado monárquico absoluto y la administración autónoma tan saturada de principios democráticos — que dió lugar a muchos conflictos, pero fué también el acicate para la conservación de la autonomía administrativa —, fué perdiendo lentamente su matiz político (16), redu-

(12) Stier-Somlo, « Referat i. d. Verh. d. deutschen Staatsrechtslehrer », cuad. 2, 1925, págs. 122 y s.

(13) Cfs. la Constitución del Reich, art. 10, núm. 3; arts. 129-131.

(14) Cfs. especialmente la Ley del Reich sobre coordinación de la Hacienda entre el Reich, los Estados particulares y los Municipios (Ley sobre coordinación de las Haciendas) en el texto de 27 abril 1926, cfs. especialmente, art. 3. « Los impuestos territoriales y locales que puedan perjudicar al Reich, no deberán ser establecidos si a ello se oponen intereses notables de la Hacienda del Reich. La llamada *Besoldungssperrgesetz* (ley que fija el sueldo de los empleados) del Reich de 21 diciembre 1920 (revisada el 24 marzo 1925) ha limitado los elevados sueldos de los funcionarios municipales, por razones de concurrencia. Peters, « Grenzen der komm. Selbstverwaltung », págs. 145 y s. La ley mencionada dejó de estar vigente el 1.^o abril 1926.

(15) Ejemplo: La Ley del Reich sobre escasez de viviendas, del 26 julio 1923, ha impuesto a los propietarios la admisión de inquilinos y ha confiado a los Municipios la ejecución de este régimen forzoso. Const. del Reich, art. 10, núm. 4. Stern, « Wohnungsmangelgesetz, 1927. Hue de Grats, 24.^a ed., pág. 887. Cfs. además PrVBl., 45, pág. 471; 46, pág. 116. Sent. Trib. Supr. ad. de Prusia 14 diciembre 1922 (PrVBl., 44, 432). Además de esto, recuérdese la tercera ordenanza de necesidad en materia de impuestos, del 14 febrero 1924, art. 42, según la cual « las funciones públicas en materia de asistencia social, instrucción y cultura, y policía se confían a los Estados particulares para su regulación y ejercicio autónomo, conforme a los preceptos jurídicos consignados en las bases que aprueba el Reich. Los Territorios determinarán hasta qué punto los Municipios (o las Mancomunidades municipales) deberán participar en el ejercicio de las distintas funciones. Una ampliación más importante de su esfera de acción delegada recibirá el Municipio alemán por la futura ley escolar del Reich, si ésta, conforme a la Constitución, art. 114, hace participar a los Municipios en el control público sobre la enseñanza. Por otra parte, los Municipios dependerán directamente del Reich en materia de Hacienda por las subvenciones a los gastos de administración que conceda el Reich a los Municipios en que residan obreros afectos a las empresas explotadas por el Reich. Ley federal sobre el derecho recíproco de tributación, de 10 agosto 1925, arts. 8 a 10. Cfs., además, la Ley sobre las haciendas locales, refundida en 9 abril 1927, artículos 54 y 57. Hue de Grats, 213.

(16) Basta recordar con qué facilidad se logró la estatificación total o parcial de la política local, en los Estados republicanos de Alemania del Sur, uno de los puntos esenciales de la antigua administración municipal autónoma.

ciéndose la cuestión a delimitar la Administración del Estado de la Administración local. No por eso se quebrantará la vitalidad de la autonomía administrativa, en tanto los sentimientos de solidaridad comunal de los ciudadanos permanezcan despiertos.

II. Las asociaciones e instituciones que no tienen carácter estatal (Corporaciones administrativas autónomas), de que hicimos mención anteriormente, están obligadas frente al Estado a cumplir sus propios servicios administrativos y aquellos que se le encomienden. Para facilitarles esta obligación, es frecuente que el Estado les ayude pecuniariamente mediante subsidios, subvenciones, dotaciones, etc. (17). Pero el factor decisivo para la calificación del régimen jurídico de estas asociaciones es la circunstancia de que se les confiera el derecho soberano de la potestad imperativa (*imperium*).

Depende del fin a que se destine la respectiva asociación, el hecho de que sus órganos puedan ejercer este poder político nada más que sobre sus miembros, o también sobre terceros. En tanto que la asociación obra con prerrogativas de autoridad, se entiende que sus relaciones con las personas que le están sometidas, se rigen por el Derecho público; por este motivo les daremos el nombre de « asociaciones de Derecho público ».

1. Nada se ha dicho todavía con esto sobre la forma jurídica de estas asociaciones. Una ojeada a la legislación nos muestra que la forma más adecuada para conseguir un fin común en el terreno del Derecho público (18) es la asociación corporativa, la Corporación de Derecho público (19). Piénsese en los Municipios y en las Corporaciones locales de orden superior, en las Comunidades especiales (para fines escolares, etc.), en las Cajas locales de socorro a enfermos (Corpora-

(17) Cfs., por ejemplo, Ley prusiana sobre sostenimiento de las escuelas públicas, de 28 julio 1906, art. 18. « En caso de que el Patronato escolar demuestre la imposibilidad de obtener los ingresos necesarios para la escuela nacional, se concederán a los Municipios medios complementarios dentro de los límites disponibles en el presupuesto del Estado ».

(18) Cfs. supra pág. 48. A los ejemplos anteriormente citados hay que agregar que los Sindicatos de aguas poseen amplias facultades coactivas también sobre los que no son miembros. ANSCHÜTZ, *HWStWissenschaften*, 4.ª ed., artículo « Deichwesen ». Ley de aguas prusiana de 7 abril 1913, arts. 294 y ss. (Sindicatos de aguas). J. v. GIERKE, artículo « Deichverbände », *HWR.*, II, 1 y s. BOCHALLI, « Deichrecht », (*VerwArch.*), 30, 432).

(19) Eso no debe inducir a la conclusión de que el carácter mencionado tiene que encontrarse en todas las asociaciones que el lenguaje corriente califica pomposamente de Corporaciones o institutos de Derecho público. Se empezó, sin razón, a caracterizar como persona de Derecho público la Corporación o el establecimiento que el legislador por cualquier atributo (asociación forzosa, garantías judiciales, etc.) elevó por encima de la esfera del Derecho privado. En casos así sería mejor emplear la expresión de « Corporaciones calificadas », según propone KAIL, « *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik* », I, 1894, pág. 340. La limitación del calificativo « de Derecho público » a aquellas corporaciones que reúnen los caracteres mencionados en el texto, es también de importancia para la aplicación del art. 89 del Código civil. Cfs., sobre esta cuestión, infra, § 17. Acerca de la distinción entre asociaciones de Derecho privado y de Derecho público, cfs. ROSIN, « *Oeffentliche Genossenschaft* », págs. 16 y ss. GIERKE, « *Deutsches Privatrecht* », I, págs. 619 y ss. Cfs. TUHR, « *Allg. Teil des Bürgerl. Rechts* », I, págs. 452 y ss. OTTO MAYER, II, 2.ª ed., págs. 322 y s. W. JELLINEK, 163 y s., 168 y s. Sobre las relaciones en Suiza, cfs. Código civil suizo, art. 59 d y además, « *Zürcher Kommentar zum Schweiz. ZGB.* », vol. I (Zurich, 1927), refundido por A. EGGER.

ciones de los obreros asegurados) y en las Mutualidades profesionales de seguros obreros (Asociaciones de patronos) (20), etc. Como miembros figuran regularmente personas individuales (21); pero algunas Corporaciones de Derecho público constituyen a su vez otras personas jurídicas (22). Con la concesión de la personalidad jurídica de carácter público, se otorga al mismo tiempo la capacidad jurídica de carácter privado (23).

La asociación a quien se le encomienda la Administración pública puede estar organizada también como sociedad (24).

(20) ERWIN JACOBI, « *Die Träger der Sozialversicherung und ihre Angehörigen* » (Leipziger Festgabe für Otto Mayer, 1916).

(21) La calidad de miembro puede basarse en la inscripción voluntaria, o imponerla el Estado. En algunas Corporaciones la calidad de miembro está vinculada a la posesión de determinadas fincas, de manera que el eventual propietario será *ipso iure* miembro de una Corporación por la adquisición de una finca, Cfs., por ejemplo, la Ley de aguas para el reino de Sajonia del 12 marzo 1909, art. 104, y además el « *Kommentar* » de W. SCHELCHER, 2.ª ed., 1915. Ley de aguas del Estado de Prusia del 7 abril 1913, arts. 206 y ss., y el « *Kommentar* » de HOLTZ-KREUTZ-SCHLEGELBERGER, 4.ª ed., 1927.

(22) Ley de Prusia sobre sostenimiento de las escuelas públicas, del 28 julio 1906, art. 1: « ... los Municipios (distritos territoriales) formarán Patronato escolar independiente o se unirán para el sostenimiento de una o varias escuelas populares en un Patronato escolar común (*Gesamtschulverband*). Las circunscripciones territoriales como obligadas a las cargas escolares, así como los Patronatos escolares comunes, poseen los derechos de las Corporaciones de Derecho público ». Es muy interesante la ley de Asociaciones de fines especiales de Prusia, de 19 julio 1911. Según ésta pueden (art. 1) « las Ciudades, los Municipios, los Distritos, las Alcaldías y las Circunscripciones provinciales, constituir entre sí asociaciones para fines especiales en el sentido de dicha ley para el cumplimiento de determinados fines locales de diversa índole, si las partes interesadas así lo acuerdan ». Art. 6, apart. 2: « Las asociaciones de fines especiales gozarán de los derechos de una Corporación pública en caso de que a todos los miembros de la misma les correspondan ya de por sí ». NEUWIEM, « *Die kommunalen Zweckverbände in Preussen* », 1919. HELFRITZ, « *Grundriss des preuss. Kommunalrechts* », 2.ª ed., págs. 96 y s. HWB. Komm. W., IV, 621, artículo « *Zweckverbände* » por Kopsch, *Jahrböftr.*, VII, 135. El primer caso de aplicación se presentó en la ley de Asociaciones especiales para Gross-Berlin, de 19 julio 1911 (*Jahrböftr.*, VII, 138). Esta fué dictada para los Municipios que rodeaban la capital y que aún no habían sido agregados a ella. Con la agregación de estos Municipios a la capital y la consiguiente fusión de todos en un solo Municipio, Berlín, quedó disuelta la anterior composición para fines especiales. Ley prusiana sobre la formación del nuevo Municipio urbano de Berlín, de 27 abril 1920. HELFRITZ, « *Grundriss* », pág. 99. Artículo « *Gross-Berlin* » (WEARMUTH, HIRSCH), en HWB. d. komm. W., II, 400 y vol. adic., pág. 700 (HIRSCH). Sobre personas jurídicas como miembros de una Corporación: GIERKE, « *Genossenschaftstheorie* », págs. 152 y ss. « *Deutsches Privatrecht* », I, pág. 492.

(23) OTTO MAYER, II, 3.ª ed., págs. 322 y s. HUBRICH, « *Die Entstehung öffentlicher Korporationen* » (*Arch. f. Bürgerl. Recht.*), vol. 33, págs. 22 y ss.). Para todas las materias de Administración que quedaron confiadas al Derecho de los Estados partiales podrán éstos instituir Corporaciones de Derecho público. Ley de int. al Cód. civil, art. 82: « Continúan en vigor las prescripciones de las leyes de los Estados sobre la constitución de aquellas entidades que gozan de capacidad jurídica por concesión del Estado ». Cfs. también los arts. 83 y 84 de la citada ley.

(24) Por ejemplo, el art. 128 de la Ley municipal prusiana de 3 julio 1891, organiza las Mancomunidades para caminos (*Wegeverbände*) entre los Municipios y Circunscripciones provinciales para cumplir las obligaciones sobre construcción de caminos. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 24 octubre 1907 (*Entsch.*, vol. 51, pág. 252). GERMERSHAUSEN, « *Wege-recht und Wegeverwaltung in Preussen* », 3.ª ed., I, 1907, págs. 384 y ss. Hoy rige, en primer lugar, sobre la formación de Mancomunidades de caminos la ley de Asociaciones para fines especiales, de 19 julio 1911. Un ejemplo muy interesante lo constituye la unión de las trece parroquias protestantes de la ciudad de Zurich, que forman una asociación con el fin, entre otras cosas, de nivelar las Haciendas entre

Pero, además, se confían a establecimientos independientes funciones administrativas importantes de Derecho público, dotándolos de propia personalidad jurídica (25). Estos establecimientos se crean por la voluntad del Estado o de un Municipio, y se hacen independientes por el decreto que las regula, imprimiéndoles un espíritu para regirse, o, lo que es igual, instituyéndolos como fundaciones de Derecho público, con su patrimonio (26). Un ejemplo evidente se observa en el Derecho de los seguros sociales: la legislación del Reich ha creado establecimientos especiales para la ejecución del Seguro de invalidez y vejez, y Seguro de empleados, y estos establecimientos son jurídicamente independientes del Reich y de los Estados particulares (27) (*).

las Comunidades ricas y fuertes en ingresos y las Comunidades pobres (ley sobre Asociación de las Iglesias evangélicas en las ciudades del cantón de Zurich, de 18 abril 1909). ROSIN, « Offentl. Genossenschaft », pág. 52. Además, según la ley industrial, arts. 104-104 n, los gremios pueden unirse en federaciones, aunque no se hallen sujetos a la misma autoridad de control. « Las federaciones tienen por misión salvaguardar los intereses de los oficios en ellas representados, ayudando a los gremios, comisiones gremiales y cámaras de artesanos a realizar sus deberes legales; así como cooperar con las autoridades, con sus iniciativas y sugerencias. » Están autorizadas para reglamentar la demanda de trabajo, así como para crear y sostener escuelas especiales. Por cuanto las asociaciones gremiales son reguladas por el Derecho civil, se consideran como sociedades, pero también pueden ser investidas de los derechos de las Corporaciones. STIER-SOMLO, artículo « Innungsrecht, HWR., III, 274.

(25) GIERKE, « Deutsches Privatrecht », I, págs. 635 y ss. Se trata exclusivamente de establecimientos con propia personalidad jurídica. REGELSBERGER, « Pandekten », I, pág. 344.

(26) HEUSLER, « Institutionen des Deutschen Privatrechts », I, 1885, pág. 255: « La voluntad del fundador está personalizada, porque ella viene a ser el titular del patrimonio de la fundación, y este último en adelante debe emplearse solamente conforme a dicha voluntad, y, por consiguiente, será regido y dirigido por ella durante años y siglos. » La diferencia entre establecimiento y fundación estriba sólo en un elemento externo. Si en el destino de un patrimonio para un cierto fin el fundamento económico se traduce en instituciones externas, entonces se habla de establecimiento, en otro caso de fundación. REGELSBERGER, « Pandekten », I, págs. 344 y 345. En el antiguo Derecho (sobre todo en la Edad Media) se prevenía la institución de fundaciones para fines (beneficencia, enseñanza) que según el criterio de la época pertenecían a la esfera de la Iglesia y no del Estado. Incumbía a los órganos de estas fundaciones, hasta un cierto grado, el desempeño de esta rama de la Administración. La legislación moderna ha conferido, en su mayor parte, las funciones que realizaban estas fundaciones al Estado o a las Corporaciones seculares de la Administración autónoma. Por consiguiente, la legislación del Estado ha asignado en alguna forma los ingresos de estas fundaciones a las cajas de las Corporaciones que, según el Derecho actual, tienen que encargarse de los fines referidos. SARTORIUS, artículo « Stiftungen », págs. 278 y ss. FRIEDBERG, « Lehrbuch des kathol. und evang. Kirchenrechts », 6.ª ed., 1909, pág. 552. HANS HEIMBERGER, « Die konfessionell beschränkte weltliche Stiftung und ihre Verwaltung im Grossherzogtum Baden », 1907, págs. 107 y ss. (« Kirchenrechtliche Abhandlungen », editadas por STUTZ, cuaderno 41); del mismo « Die Veränderung des Stiftungszweckes », 1913 (Deutschrechtliche Beiträge, VIII, cuaderno 3.º). HARSCHKE, « Städtische Anstalt und städtische Stiftung, VerwArch. », 19, 303. W. JELLINEK, 148, 169.

(27) Ley de seguros del Reich, de 19 julio 1911 (texto de 1924-26), arts. 1326 y ss.: Ley de seguros para los funcionarios, de 20 diciembre 1911 (texto de 1924), arts. 96 y ss. ERWIN JACOBI, « Die Träger der Sozialversicherung », 1916. W. JELLINEK, 518. STIER-SOMLO, artículo « Angestelltenversicherung », en HWR., I, 170, artículo « Invaliden- und Altersversicherung », HWR., III, 358. Sobre las empresas de seguros de incendios: WSTRVR; I, 2.ª ed., pág. 776, artículo « Feuerversicherung » (v. HAAG); y MOLDENHAUER, artículo « Feuerversicherung » en HWR., II, 412.

(*) Ejemplo de estos servicios descentralizados con personalidad independiente, son en la Administración española las Mancomunidades hidrográficas, el Instituto Nacional de Previsión, y, en cierto modo también, las Juntas de Puertos, y algunos canales del Estado; por ejemplo, el Imperial de Aragón, el de Isabel II, etc.

La Administración pública y la Administración autónoma guardan conexión y se complementan recíprocamente. Por eso, la legislación ha puesto, frecuentemente, al lado de los Distritos administrativos políticos, las Corporaciones autónomas, según la necesidad lo requiriese, estableciendo vínculos entre ellos y confiando a las Corporaciones autónomas la realización de ciertas funciones estatales (28).

2. En la organización general de la Administración pública, las Corporaciones públicas autónomas se caracterizan por dos notas: la esfera de su competencia y su subordinación al control del Estado.

a) La esfera de competencia de las Corporaciones públicas está trazada, bien mediante su desenvolvimiento histórico, de tal manera que el legislador moderno cuenta con él como una entidad preexistente (Municipios), o bien por la ley del Estado que le dió origen. La organización de las Corporaciones públicas está adaptada a esta esfera de acción. Los límites de su competencia son, para cada Corporación pública, los límites de su poder jurídico.

Esto se evidencia claramente en las Corporaciones que han sido instituidas para el cumplimiento de una sola misión administrativa, concretamente determinada (seguros de enfermedad, entretenimiento de caminos, protección de las riberas, etc.). Una ampliación de sus atribuciones puede tener lugar si la ley ha otorgado a las Corporaciones públicas la facultad de hacerse cargo, además de sus funciones obligatorias, de otras facultativas, fijadas de antemano. Si la Corporación pública ha extendido su actividad sobre tales funciones facultativas, entonces está obligada a cumplirlas como si fuesen asuntos obligatorios (29).

Pero las más importantes Corporaciones administrativas autónomas no cumplen sólo tales misiones especiales. Su fin principal consiste en ocuparse de todo lo que el desenvolvimiento histórico en Alemania

(28) Así, por ejemplo, en Prusia, la provincia es circunscripción administrativa del Estado (gobernador) y corporación local superior (Dieta provincial). HUEDEGRAIS, 24 ed., págs. 94 y s., 152 y s. En Württemberg coinciden las *Amtskörperschaften* (corporaciones locales superiores) con los distritos provinciales del Estado (*Oberamtsbezirken*) el funcionario de la Administración del Estado (*Oberamtsvorstand*) pertenece a la Asamblea provincial como Presidente. Por otra parte, tienen que nombrarse hoy los gobernadores (*Oberpräsidenten*) y los Presidentes de distrito (*Regierungspräsidenten*) de acuerdo con el Consejo provincial (*Provinzialausschuss*). El Consejo provincial será elegido por el *Provinziallandtag* (Dieta provincial, órgano de la Administración autónoma). Constitución de Prusia del 30 noviembre 1920, art. 86. W. JELLINEK, § 4, ofrece una magnífica exposición, con todo detalle, de la organización administrativa de los Territorios, Municipios y Mancomunidades municipales.

(29) Ejemplos lo forman las llamadas *Mehrleistungen* (primas supletorias discrecionales) del seguro obrero. Las cajas de socorros en caso de enfermedad pueden disponer en sus estatutos un aumento y ampliación de sus prestaciones obligatorias por la ley (de seguros obreros) a favor de sus asegurados, por ejemplo, aumentar la cuota del socorro de defunción, o la concesión de la asistencia de los enfermos pertenecientes a la familia del asegurado, que de no ser así no tendrían derecho a exigirla. Ley de seguros del Reich, 179, 204, 205 b y otros. Son funciones voluntarias de los Municipios, por ejemplo, los expedientes relativos a la municipalización de servicios: abastecimiento de aguas, mataderos, fábricas de electricidad, etc. V. BLUME, artículo « Gemeinden » (*sozialpolit. Aufgaben*), HWSTW., IV, 4.ª ed., pág. 770.

ha reservado para la Administración local, en contraposición con la Administración del Estado.

Figuran a la cabeza los Municipios (30). Se han formado históricamente de las antiguas Comunidades, es decir, de aquellas asociaciones de personas que ostentaban doble carácter: el de sistema de organización local y el de comunidad de explotación agrícola (asociaciones agrarias para la explotación en común de bosques y pastos) (31). El aspecto político de las Comunidades ha subsistido en los modernos Municipios y pueblos. Huellas de las Comunidades, como Corporaciones agrícolas, se han conservado en los «derechos civiles de aprovechamiento», en la facultad que compete a una clase de ciudadanos de aprovechar para sus fines personales ciertas partes de las tierras comunales (bosques, campos) etc. (32) (*).

El Municipio es una asociación corporativa, asentada en un determinado territorio (demarcación). Representa el tipo de Corporación territorial (33). Territorio e individuos son los elementos esenciales del Municipio (34). Hasta principios del siglo XIX, éste tuvo como base la asociación de los vecinos (comunidad de vecinos). El individuo entraba en esta asociación por nacimiento, matrimonio o, también, por otorgamiento de carta de vecindad. La comunidad de vecinos era su patria, dispuesta a acogerle en todo tiempo y asistirle en caso de necesidad, aun cuando hubiera estado largo tiempo fuera de su país. Desde el año 1842, la legislación prusiana comenzó a minar el antiguo

(30) GIERKE, «Deutsches Privatrecht», I, §§ 71 y ss. y la bibliografía por él citada. GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, §§ 110 y ss. y la bibliografía que citan SCHOEN, «Enzycl.», IV, págs. 238 y s. JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», 2.ª ed., págs. 275 y ss. HUGO PREUSS, «Das städtische Amtsrecht in Preussen», 1902. WSTVR., II, 2.ª ed., pág. 39., artículo «Gemeinde» (por WALZ, STIER-SOMLO, etc.) Artículo «Gemeinde», HWR., II, 664. HERRNITT, págs. 201 y ss. OTTO MAYER, II, 3.ª ed., § 58. Además, numerosos artículos en HWB. der Kommunalwissenschaften (Fischer, Jena, 1922 y s.). Sobre el nuevo desarrollo del Derecho municipal en Alemania, cfs. las comunicaciones de STIER-SOMLO, L. v. KÜHLER y HELFRITZ en las «Veröffentl. d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer. cuaderno 2.º, 1925; las conclusiones ibid., págs. 248 y s.

(31) HEUSLER, «Institutionen des Deutschen Privatrechts», I, págs. 262 y ss., 305 y ss. HÜBNER, «Grundzüge des Deutschen Privatrechts», 2.ª ed., págs. 107 y siguientes.

(32) GIERKE, «Deutsches Privatrecht», I, págs. 605 y ss. «Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung», 1887, págs. 198 y ss. KAMPTZ y GENZMER, «Die Rechtsprechung des Kgl. Preuss. OVG.», I, 1897, págs. 667 y ss. Göz, «Württ. Staatsrecht», pág. 274. WALZ, «Bad. Staatsrecht», pág. 178.

(*) Cfs. en el Derecho español el disfrute de ciertos bienes patrimoniales que en algunos municipios va unido a la condición de vecindad.

(33) PREUSS, «Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften», 1889. Constituyen una excepción las circunscripciones territoriales independientes, esto es: posesiones señoriales (tierras de nobles, etc.), cuyos señores en su jurisdicción gozan del poder público de un Municipio. STIER-SOMLO, HWR., III, 77. HELFRITZ, «Grundriss», 88. RIEMANN, «Zur Auflösung der Gutsbezirke in Preussen» (JW., 1928, 452).

(34) Sobre fusiones y agrupaciones de Municipios, cfs. STIER-SOMLO, artículo «Eingemeindungsrecht», HWR., I, 173. STIER-SOMLO, «Eingemeindungsrecht» (en Festgabe f. d. Preuss. OVG., pág. 144 y s.). A. HEUSLER, «Der Einfluss von Gemeindevereinigungen auf Gemeindeschulen» (Z. f. Schweiz. R., nueva serie X, 1891, pág. 353). W. JELLINEK, págs. 74, 110, 137, 185. PETERS, «Grenzen», 100, 109 (Bibliografía).

derecho de vecindad, suprimiendo las restricciones que hasta entonces existían para residir en todos los pueblos del territorio nacional y concediendo después de un cierto tiempo a los residentes el derecho de subsidio exigible a las juntas de beneficencia de su domicilio (35). La legislación del Reich (36) hizo suyos los principios del Derecho prusiano y suprimió poco a poco el contenido esencial del antiguo derecho de vecindad. Los principales derechos exigibles al Municipio (utilización de las instituciones municipales, subsidios, ejercicio de la profesión, etc.) no son sólo patrimonio del vecino, sino de todo súbdito del Reich en cualquier municipio que resida (37). La asociación de habitantes ha sustituido a la asociación de vecinos en la mayor parte de las funciones y de las cargas administrativas autónomas (38). El legislador ha organizado entidades locales superiores a los Municipios (Circunscripciones y provincias en Prusia, Corporaciones administrativas en Württemberg, Círculos de distritos y Asociaciones administrativas en Baden, etc.) (39). Se forman regularmente por la fusión de varias Corporaciones territoriales del mismo rango. La entidad local mayor es también una Corporación territorial. Sus miembros tienen regularmente una doble cualidad: lo son al mismo tiempo de la

(35) LOENING, «Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts», págs. 696 y ss. RÖNNE-ZORN, «Preuss. Staatsrecht», II, 5.ª ed., pág. 170 y s.

(36) El desarrollo está señalado por las siguientes leyes: Ley del Reich sobre libertad de circulación, de 1.º noviembre 1867, que ha concedido a todos los alemanes el derecho a domiciliarse o residir en todos los lugares del territorio del Reich. Según la ley del Reich sobre supresión de las trabas de policía para la celebración del matrimonio de 4 mayo 1868, no necesitan los alemanes para celebrar matrimonio, o para la consiguiente creación de un hogar propio, ser miembros de un Municipio ni adquirir tal condición, ni siquiera el derecho de vecindad, así como tampoco la autorización del Municipio (o jurisdicción señorial) ni de la Junta de Beneficencia. Tampoco podrá exigirse cantidad alguna a quien desee contraer matrimonio con una vecina de otro Municipio, en concepto de derecho de avendamiento u otro análogo. La ley industrial para la Confederación germánica del Norte, de 21 junio 1869, introdujo en todo el territorio de aquella la libertad industrial y señaló especialmente en el art. 13: «No depende de la posesión del derecho de ciudadanía la admisión al ejercicio de una profesión en ningún Municipio y en ninguna profesión». Finalmente, la Ley de la Confederación sobre el domicilio de socorro, del 6 junio 1870, impuso también el principio del domicilio en materia de beneficencia. G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., págs. 429, 822, 949, 962. SCHOEN, «Enzyklop.», IV, 244.

(37) Reglamento de beneficencia de 13 febrero 1924, que ha derogado la Ley del domicilio de socorro. Cfs. el «Kommentar» de BAATH, 5.ª ed., 1927. RITTER, artículo «Fürsorgepflicht», HWR., II, 557. Debe tenerse también en cuenta el art. 110, apart. 2 de la Constitución del Reich. (Cfs. los comentarios de ANSCHÜTZ y GIESE) y el art. 111 del propio texto legal.

(38) Art. 17, ap. 2.º de la Constitución del Reich. Es característico el precepto de la ley municipal de Baden, de 5 octubre 1921, art. 93. «En los Municipios de más de 10 000 habitantes no se adquiere por compra el derecho de ciudadanía, que sólo se adquiere por haber nacido en un Municipio determinado.....» Artículo «Einwohnergemeinde», de DIRTRICH en HWR. d. Komm. W., I, 600. Sobre las reminiscencias del derecho especial de ciudadanía municipal y los derechos de aprovechamiento anejos a la posesión de esta calidad, cfs. DIRTRICH, artículo «Gemeindeangehörige», HWB. d. Komm. W., II, ELSTER, artículo «Allmende», HWR., I, 103, G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., 419. W. JELLINEK, 198. Sobre la evolución de estas relaciones en Suiza: FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», páginas 90 y s.

(39) W. JELLINEK, 74.

entidad mayor y de la menor (40). Es posible también que la entidad local superior se componga exclusivamente de entidades menores administrativas (41). Las entidades locales mayores tienen una organización parecida a los Municipios y a propósito para tomar a su cargo funciones de la Administración local. La ley o el uso pueden, pues, transferirles asuntos administrativos para cuyo desempeño resultarían insuficientes los elementos de que disponen los Municipios (42) (*).

Los asuntos que mediante un lento proceso histórico se han considerado propios del Municipio o de la entidad local mayor de igual naturaleza y que, por lo tanto, constituyen su fin esencial, forman el verdadero círculo de acción de las Corporaciones (43) (**) (asuntos de

(40) Ejemplos: Ley provincial de Prusia para las provincias orientales (29 junio 1875), art. 5: «Son naturales de una provincia todos los naturales de los distritos que pertenecen a aquella provincia.» Ley de los Distritos de Baden, del 19 junio 1923, art. 3: «Quien vive en un territorio municipal perteneciente al distrito, es natural del distrito.»

(41) Ejemplos: Las «Amtskörperschaften» del Estado de Württemberg.

(42) Ley de Distritos de Württemberg, de 28 julio 1906, art. 13: «Incumbe a la Corporación oficial la administración de los intereses generales de los Municipios y de los naturales al Distrito...» Ley de Distritos de Baden, 19 enero 1923, art. 6: «Los Distritos han de realizar las funciones estatales que les encomienden las leyes del Reich. Además, les incumbe cumplir los fines de la Administración local para el bien general o el bien de los naturales del Distrito, y ayudar a los Municipios en las necesidades culturales, económicas y de beneficencia.»

(*) Sobre Comunidades — Mancomunidades? — de Municipios en España, cfs. Ley municipal de 2 octubre 1877, arts. 4, 74, 80, 81, etc. Los Ayuntamientos están facultados para formar entre sí asociaciones y comunidades para la construcción y conservación de caminos, guardería rural, etc.; las cuales se regirán por una junta compuesta de un delegado por cada Ayuntamiento, y serán presididas por el vocal que la Junta designe. Sobre entidades locales menores, o puestos agregados a un término municipal, cfs. Ley de 2 octubre 1877, arts. 90 a 96.

(43) Por ejemplo: Constitución de Baviera de 1919, art. 22: «A los Municipios y a las Mancomunidades municipales les será garantizado el Derecho a administrarse autónomamente. Administrarán con arreglo a las leyes sus propios asuntos y los que les transfiera el Estado.» Asimismo la Constitución de Baden de 1919 (art. 20) garantiza a los Municipios la libre disposición y administración de sus asuntos propios. Una limitación de estos derechos o una imposición de obligaciones que exceda de las fijadas en las leyes vigentes sólo puede acordarse para lo futuro cumpliendo las normas que rigen para revisar la Constitución. Sobre la debida cuestión de si existe una esfera propia de los Municipios (en el sentido del texto), cfs. los informes de STIER-SOMLO, L. v. KÖHLER y HELFRITZ, y las discusiones de la Asamblea de Profesores alemanes de Derecho político (1925). Publicaciones, cuaderno 2.º. H. PETERS, «Grenzen der Komm. Selbstverwaltung», págs. 21 y s. El Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera resolvió en 20 diciembre 1911 que el realizar gastos para la construcción de un horno crematorio municipal pertenece a la esfera de la Administración autónoma de los Municipios, y, por consiguiente, no puede prohibirse fundándose en el derecho de control reservado al Estado. Por otra parte, ha declarado el Tribunal Supremo administrativo de Prusia, en sentencia del 21 septiembre 1886 (Entscheidungen, vol. 14, pág. 76) que la indemnización de los gastos de viaje a los compromisarios (para las elecciones del Landtag) no es obligación municipal. A pesar de la autonomía administrativa no debe utilizar el Municipio su patrimonio para cualesquiera fines. Tampoco debe el Municipio destinar los ingresos municipales en favor de huelguistas. (VerwArch. 31, 243). También se relaciona con esto la cuestión de saber hasta qué grado son competentes las autoridades de un territorio para obligar a los Municipios a enarbolar la bandera en los edificios oficiales el «día de la Constitución». W. JELLINEK, 510, DJZ., 32, 1130 y 1198.

(**) Determinan las materias que son de la competencia de los Ayuntamientos, y las obligaciones de los mismos en el Derecho español, los arts. 72 y 73 de la Ley municipal.

la administración autónoma en sentido estricto). El Estado tiene, además, la facultad de encomendar a tales Corporaciones autónomas ciertos asuntos administrativos de la competencia del Estado. En este caso, la Corporación autónoma actúa como mandataria y en interés del Estado. Entonces se habla de transferencia de un sector de actividad («asuntos delegados»). Esta delegación de funciones necesita siempre hallarse autorizada por un precepto legal, en virtud del cual las entidades administrativas adquieren también el derecho a que se efectúe aquélla: las atribuciones así delegadas no pueden retirarse por una simple revocación. La entidad está obligada a ejecutar, mediante sus funcionarios, los asuntos que le están asignados y, caso de que no haya una regulación especial, a sufragar con sus propios medios los gastos que de ello se deriven (44). De esta manera los Municipios pueden tener a su cargo funciones judiciales, de policía y el Registro civil (45). Los límites entre la esfera de acción propia y la delegada son confusos. En cada Estado deben de ser determinados especialmente atendiendo a su desenvolvimiento histórico (46). Por ejemplo, la policía local, en Prusia, es fundamentalmente misión del Municipio. Sin embargo, el Estado puede encargar a los Municipios o a determinados órganos municipales el ejercicio de la policía local bajo ciertas condiciones, y por su parte la reciente legislación municipal en Baden y Württemberg ha declarado lícito para algunas ciudades el encomendar ciertas actividades de policía, sobre todo de policía local, a las autoridades del Estado (47) (*).

(44) THOMA, «Polizeibefehl», I, págs. 154 y ss. Ley para la Administración del país de Turingia, del 10 junio 1926, art. 25. Cuando el Municipio, en virtud de lo dispuesto en la legislación del Reich o del Territorio (cfs. supra nota 15) requiere los locales particulares para suplir la falta de viviendas, tiene que indemnizar por ello (RGERZ., 3 julio 1925; JW., 1925, 2227).

(45) Según la ley del Reich sobre el estado civil de las personas, del 6 febrero 1875, art. 4, en las demarcaciones de registros civiles que no abarquen más de un Municipio, son órganos del Municipio los que atienden los asuntos del estado civil. Cfs., además, la reserva a favor de la jurisdicción municipal en la Ley de organización de los Tribunales, art. 14, núm. 3. A. HEGLER, «Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg», 1910 und WStVR., 2.ª ed., II, pág. 156. BOVENSIEPEN, artículo «Gemeindeggerichte» en HWR., II, 681.

(46) Así, las facultades que confiere a los Municipios la legislación del Reich sobre escasez de viviendas, pertenecen a la esfera de los llamados asuntos delegados. Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera, de 25 noviembre 1921 (REGER, 42, 172), así como la del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 18 diciembre 1923 (HUE DE GRAIS, 24.ª ed., pág. 888). Sobre educación tutelar, cfs. PrVBL., 45, 250 y 379 (artículos de KIRZ y BLUMENTHAL).

(47) Para Prusia, cfs. PREUSS, «Städtisches Amtsrecht in Preussen», págs. 215 y s. Constitución de Prusia de 1920, art. 72 y, además, los comentarios de GIESE-VOLKMAN, 2.ª ed. Para los Estados del Sur de Alemania, cfs. ponencias de la Asamblea de Profesores alemanes de Derecho político (1925, cuad. 2). Para Württemberg, especialmente: KÖHLER, «Archöffr.», 42, 206. SARTORTUS, «Jahrböffr.», 13, 390.

(*) En España, es más bien el alcalde que el Ayuntamiento quien tiene la consideración de delegado del Poder central. La Corporación municipal efectúa a veces actividades de la Administración general del Estado. Por ejemplo, clasificación de los mozos a efectos del reclutamiento y reemplazo del Ejército. (Cfs. Real decreto-ley de 29 marzo 1924, R. D. de 4 diciembre 1929, y Decreto-ley de 21 julio de 1931.)

Queda a la facultad del legislador el alterar los confines entre el círculo de acción propio y el delegado (48). También hay que considerar que pueden originarse posiciones intermedias y transiciones, en la esfera de acción delegada, entre la propia Administración del Estado y la Administración autónoma. Así, no se puede formular un principio único aplicable para todos los Estados respecto a si los maestros nacionales son funcionarios del Estado o del Municipio. Para solucionar la cuestión sobre si la escuela nacional es institución del Estado o municipal, no basta considerar un solo aspecto, por ejemplo, si el maestro ha sido nombrado por la autoridad estatal o por la autoridad municipal, o si está pagado por el Estado o por el Municipio (49); lo único decisivo es saber a qué círculo (Estado o Municipio) pertenece la función orgánica del empleado (50). Pero esto no puede determinarse sino ateniéndose al desarrollo histórico y a toda la legislación de la enseñanza vigente en cada Estado (51).

Los asuntos administrativos de la esfera de acción delegada son transferidos al Municipio como tal y éste los gestiona mediante sus propios funcionarios; poco importa que el funcionario municipal tenga que despachar asuntos propios del Municipio o asuntos delegados por el Estado. También en la «esfera de acción delegada» el funcionario continúa siendo órgano del Municipio, y en principio no está subordinado sino a los órganos municipales superiores. La designación de los funcionarios municipales como «funcionarios mediatos del Estado» no es adecuada en los casos en que la relación (52) se desenvuelve en forma pura. Pero la ley puede quebrantar la autonomía administrativa y subordinar directamente los funcionarios municipales a las autoridades del Estado en cuanto aquéllos se ocupen de los asuntos de la esfera de acción delegada (53) (*). El funcionario llega a ser de este modo un miembro de la organización estatal: un «funcionario mediano» del Estado en el sentido antiguo. El control sobre el organismo administrativo local se ejerce entonces por el Poder público sobre el mismo funcionario municipal (54). Pero el

(48) Este objeto persigue, por ejemplo, la Constitución de Prusia de 1920, art. 72, para las provincias.

(49) PREUSS, «Städt. Amtsrecht in Preussen», pág. 208 y ss.

(50) La cuestión será de suma importancia cuando se trate de juzgar si el perjudicado por culpa de un maestro nacional (vigilancia defectuosa de los alumnos, etc.) tiene que dirigir reclamación de daños contra el Municipio o contra el Estado. Para el Derecho prusiano: RGerZ., vol. 80, pág. 338. ANSCHÜTZ, «Preuss. Verfassungsurkunde», I, 1912, pág. 418 y s.

(51) La cuestión litigiosa no queda resuelta por el art. 143, apart. 3.º de la Constitución del Reich: «Los maestros de las escuelas públicas tienen los mismos derechos y obligaciones que los funcionarios del Estado.» El Derecho de los Países decide. Cfs. los comentarios de ANSCHÜTZ y de GIESE y la bibliografía que citan sobre el art. 143.

(52) Cfs. GIERKE, «Genossenschaftstheorie», págs. 158 y ss. PREUSS, «Städt. Amtsrecht», pág. 118, 151.

(53) PETERS, «Grenzen», 121 y s.

(*) Por ejemplo, facultades de los alcaldes como delegados de la Administración, en materia de aguas. Cfs. Ley, arts. 23, 48, 51, 52, 56, 76, 106, 127, 162, 178, 210, 251, etc.

(54) OTTO MAYER, II, 3.ª ed., pág. 362.

funcionario continúa siendo órgano del Municipio, y por ello responde el Municipio en cuestión con respecto a tercero de los perjuicios que puede ocasionarle la actividad del funcionario en la esfera de acción delegada (55). Por ejemplo, la legislación prusiana no ha transferido la administración de policía local a los Municipios como tales, sino a los órganos municipales taxativamente designados por el legislador (Alcalde, Consejo municipal, etc.), incorporándolos a la organización de las autoridades estatales en cuanto a la esfera transferida (56). El legislador ha escogido el mismo procedimiento para la transmisión de otras funciones públicas (Registro civil, policía judicial, etc.).

En la competencia de la autonomía administrativa no se comprende *ipso jure* el derecho de atribuirse la autonomía legislativa, la autonomía sobre todos los asuntos referentes a la administración descentralizada (cfs. supra, § 5) (57). La legislación del Estado fija los límites dentro de los cuales las Corporaciones administrativas locales pueden disponer su propia organización y establecer en una carta (Estatuto, Ordenanzas) normas jurídicas sobre las materias que están sometidas a su administración. A este respecto las Corporaciones administrativas locales no tienen más autoridad que sobre sus miembros. Por lo tanto, sólo mediante expresa autorización de la ley podrán establecer preceptos jurídicos que hayan de tener vigor más allá del círculo de sus miembros.

b) Las Corporaciones administrativas locales están sujetas a la inspección del Estado (58). Este procura evitar que rebasen su esfera

(55) DELIUS, PrVBL., 45, 348.

(56) La Ley de Prusia sobre la Administración de la Policía, del 11 marzo 1850, art. 1, dice: «La administración de la policía local se ejercerá en nombre del Rey, por los funcionarios determinados en los preceptos de la Ley municipal (alcaldes, gobernadores, intendentes, etc.), con reserva de la excepción prevista en el art. 2 de la presente ley. Las autoridades gubernativas locales están obligadas a ejecutar las instrucciones que recibieren de la autoridad del Estado en asuntos de policía...» PREUSS, «Städt. Amtsrecht in Preussen», pág. 215. ANSCHÜTZ, «Polizei, Staat und Gemeinde in Preussen» (Berliner Festgabe für Brunner, 1914, pág. 339). FRIEDRICH, «Gemeindepolizei und Staatspolizei (Z. f. Staats- und Selbstverwaltung, 1922-23, pág. 160). Más bibliografía en W. JELLINEK, 406. Con la atribución de la policía local a los órganos municipales toma la cuestión de los llamados «gastos de policía» una especial importancia. ¿Cuáles son éstos? ¿Quién tiene que soportarlos? JELLINEK, 406, 411. La ley de Baden sobre Administración de la policía de 1923, arts. 7 y s., ha intentado resolver este problema.

(57) GIERKE, «Deutsches Privatrecht», pág. 142 y ss. («Die autonome Satzungssetzung»). ROSIN, «Oeffentliche Genossenschaft», págs. 181 y ss. THOMA, «Polizeibefehl im Bad. Recht», I, págs. 351 y ss. PREUSS, «Städt. Amtsrecht», pág. 154 y ss., 367 y ss. WALZ, «Bad. Staatsrecht», pág. 188. PETERS, «Grenzen der komm. Selbstverwaltung», pág. 113 y s. JACOBI, «Arbeitsrecht», pág. 140.

(58) Para las cuestiones siguientes, cfs. especialmente las exposiciones de GIERKE, «Genossenschaftstheorie», págs. 652 y ss., y PREUSS, «Städt. Amtsrecht in Preussen», págs. 296 y ss. (PREUSS ha delimitado con especial claridad la distinción entre control del Estado y subordinación). MARKULL, artículo «Staatsaufsicht» (sobre Municipios) en WStVR., 2.ª ed., II, 153. y en el artículo, «Gemeindeorganisationen» (control del Estado), II, en la misma Enciclopedia, 2.ª ed., págs. 35 y ss. OTTO MAYER, II, 861. ROSIN, «Oeffentl. Genossenschaft», págs. 102 y ss., SCHOEN, «Recht der Kommunalverbände in Preussen», págs. 9 y ss., 336 y ss. WALTER SCHÖNBORN, «Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen

de competencias, tanto propia como delegada, y, por otra parte, se esfuerza para que cumplan con sus obligaciones y que sean capaces de responder de ellas en todo tiempo, especialmente en materias financieras (59). Las autoridades competentes del Estado han de ejercer este control constantemente, no sólo a instancia de parte sino de oficio; pero en este punto están sometidas a normas jurídicas fijas determinadas por las leyes. De todas suertes, al Estado le incumbe controlar la legitimidad de los actos de las Corporaciones administrativas locales, y generalmente está llamado también a examinar la oportunidad de algunos de sus actos (60) (*).

En virtud del poder de control que incumbe al Estado, sus autoridades tienen *ipso jure* la facultad de inspeccionar por sí mismas la actividad de las Corporaciones administrativas locales. Además, el legislador ha dotado al control del Estado de medios represivos y preventivos. En el Estado-policía, la función preventiva estaba en primer plano; el Derecho moderno ha preferido la represión (61). El medio más importante de la represión jurídica es la competencia de la autoridad gubernativa para suspender los actos ilegales de las Corporaciones administrativas e instar su revocación de los órganos de la Administración local o anular dichos actos en virtud de la soberanía

Staatsrecht» (tesis doctoral presentada en la Universidad de Heidelberg), 1906. WALZ, «Bad. Gemeinderecht», págs. 385 y s., 388. GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, 7.^a ed., pág. 438, 463. STIER-SOMLO, HWR., V, 439. PETERS «Grenzen der kommunal. Selbstverwaltung», 216 y s. «Veröffent. d. Vereinigung deutscher Staatsrechtler», cuaderno 2.^o, 1925. TRIEPEL, «Reichsaufsicht», 1917. FRIEDRICH, «Gemeindeaufsicht» (VerwArch., 30, 74 y 179). VON GEHE, «Selbstverwaltung und staatl. Aufsichtsrecht nach d. sächs. GemO» (Fischers Z., vol. 56). GRUMBKOW, «Geschichte der Kommunalaufsicht in Preussen», 1921. W. JELLINEK, 504 (Bibliographia), 511. HELFRITZ, «Grundriss», 61 y s., 86 y s., 119, 127.

(59) Cfs., por ejemplo, la Ley municipal de Württemberg, de 1906, art. 186: «El ejercicio del control por parte de la autoridad del Estado sobre la administración municipal se limita: 1.^o, a evitar que los Municipios se excedan de las facultades que les pertenecen legalmente; 2.^o, a que se cumplan las obligaciones públicas que incumben legalmente a los Municipios; y, 3.^o, que sean observadas las prescripciones legales en la administración de los asuntos municipales, especialmente sobre el patrimonio de los Municipios y de las fundaciones.

(60) Por ejemplo, en la confirmación de las elecciones de los funcionarios de la Administración local, y en la aprobación de los Estatutos locales, etc. Cfs. Constitución de Hamburgo, de 1921, art. 68, que dice: «El control del Estado se limita al examen de la legalidad y la pureza de la Administración, así como respecto de los fundamentos de la legislación de Hacienda». Además, Ley municipal de Hamburgo de 2 enero 1924, art. 60; y Ley sobre Municipios rurales de Hamburgo, de 2 enero 1924, art. 55 y s.

(*) La tendencia, sin embargo, es a vincular directamente a la ley la actuación de las autoridades municipales, independizándolas de otras administrativas del Estado. Según este sistema, los acuerdos de los Ayuntamientos sólo son recurribles ante los Tribunales Contenciosos. Cfs. lo que antes consignamos a propósito del art. 168 del Estatuto municipal. El sistema de recursos de dicho Cuerpo legal, conservado íntegramente por la legislación de la República, sigue dicha orientación.

(61) DREWS, «Grundzüge der Verwaltungsreform», 1917, pág. 236, prefería con razón que, en vez de la aprobación por el Estado, prescrita hoy para ciertos actos de la Administración local, el Estado tuviera derecho de veto. La Ley sobre los Municipios urbanos de Hamburgo del mismo año, art. 54, ha provisto de este medio al control del Estado.

del Estado (62). La autoridad dispone de otro recurso en la llamada «inscripción forzosa en el presupuesto»: la autoridad pública hace figurar forzosamente en el presupuesto de una Corporación administrativa local la suma necesaria para el cumplimiento de una obligación que ésta había dejado desatendida, obligando así a la Corporación a ocuparse del asunto (63). Según algunas legislaciones, forman «ultima ratio» las medidas por las cuales el Estado destituye a los miembros negligentes de los organismos administrativos locales, convocando nuevas elecciones (64). Una medida aún más severa es la exclusión de los órganos normales de la Administración autónoma local y la transmisión de sus funciones a un delegado gubernativo (65). Aparte de todos estos medios queda la posibilidad para el Estado de proceder contra los órganos de las Corporaciones administrativas que hayan cometido actos ilegales, mediante imposición de sanciones disciplinarias y ejercer en ellos coerción para que actúen de conformidad a la ley.

Los medios preventivos de control originan en determinados sentidos una tutela del Estado sobre las Corporaciones administrativas locales. Sucede esto sobre todo en aquellos casos en que un acuerdo de la Corporación administrativa necesita la sanción de la autoridad gubernativa: emisión de empréstitos, enajenación de fincas cuyo valor rebasa una cierta cantidad, etc. Sólo después de la autorización gubernativa alcanza validez el acuerdo. El mismo caso se presenta si la elección de los más altos funcionarios de la Administración local (66)

(62) La Ley municipal de Württemberg de 1906, refleja en su art. 187 el concepto común: «Los acuerdos u órdenes de las autoridades municipales que estén en contradicción con las leyes o con los preceptos generales dictados en virtud de las leyes, se dejarían sin efecto a reserva de las disposiciones dadas en el art. 195 en materia de recursos por el *Oberamt*, y frente a las grandes ciudades y a las de segundo orden por el gobierno del Círculo o Distrito, si no son revocados por las mismas autoridades municipales, dentro de un plazo determinado. En caso necesario se suspenderá inmediatamente su ejecución. Si el acuerdo contiene solamente un perjuicio para determinadas personas, entonces puede interponerse un recurso en tiempo y forma para que aquél se revoque o se rectifique.» La Ley municipal de Baden, del 5 octubre 1921, en su art. 2, dice: «El control del Estado vela por que las obligaciones públicas de los Municipios se cumplan, sus límites fijados sean respetados y se observe lo dispuesto en materia de procedimiento.»

(63) JEBENS, «Verwaltungsrechtliche Aufsätze», 1899, pág. 28 y ss. SCHOEN, «Recht der Kommunalverbände», págs. 337 y ss. HÜBNER, «Ueber Zwangsmassnahmen gegen Gemeinden» PrVBl., 46, 234. W. JELLINEK, 504, 511. WEINREICH, artículo «Zwangsetatisierung» HW. d. komm. W. IV, 620. La llamada inscripción forzosa tiene lugar cuando la Corporación administrativa autónoma no cumple una obligación que legalmente le incumbe y esté fundada en el Derecho público. Si la Corporación autónoma tiene que cumplir obligaciones de Derecho civil de cualquier clase, es cuestión que debe resolver no la autoridad administrativa, sino el juez civil. Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, del 10 marzo 1888 (Entsch., vol. 16, pág. 218). Pero una vez establecida jurídicamente la obligación del Municipio para hacer una prestación financiera, debe, a nuestro parecer, ser admitida también en este caso la inscripción forzosa. Cfs. PETERS «Grenzen», 240 y s. FRIEDRICH, en la revista «Staats- und Selbstverwaltung», VII, 129. Cfs. art. 188 de la Ley municipal de Württemberg, de 1906.

(64) Es admisible en las antiguas provincias de Prusia, Schleswig-Holstein, Hessen-Nassau. PETERS, «Grenzen», pág. 247 y s.

(65) PETERS, «Grenzen», pág. 231, 233, 239. HUE DE GRAIS, 24.^a ed., pág. 128.

(66) PREUSS, «Städt. Amtsrecht», págs. 169 y ss. BITTERS, HWB., artículo «Bestätigung der Kommunalbeamten», vol. 1, 2.^a ed., pág. 284. PETERS, «Grenzen», 115, 117 y s.

o cuando los estatutos locales necesitan la aprobación estatal (67). En todos estos casos, la voluntad corporativa y la capacidad de obrar están restringidas por el Estado, que se halla colocado en un plano superior. Esta restricción tendrá mayor o menor importancia según que la autoridad política pueda actuar discrecionalmente al conceder o rehusar la aprobación, o haya de limitarse a comprobar si la decisión de la Corporación administrativa local está adoptada con arreglo a Derecho (68). El acto autorizado no pierde el carácter de acto de la Corporación administrativa autónoma (69). Sus defectos no se subsanan con la autorización superior (70).

Hay intromisión en el dominio de la Administración autónoma en los casos en que el Estado en el ejercicio de su tutela nombra directamente a los funcionarios para esta Administración. Pero no por eso son éstos, funcionarios del Estado; sus funciones orgánicas pertenecen a las Corporaciones administrativas locales, y esta sola circunstancia determina su condición (71). Sin embargo, en la legislación moderna, desde la guerra mundial se tiende a sentar el criterio de que las Corporaciones administrativas autónomas elijan libremente sus órganos (72).

Según la legislación de la mayoría de los Estados alemanes, las Corporaciones administrativas locales están protegidas contra las demasías del control del Estado por los recursos contencioso-adminis-

(67) Si la autoridad política de control puede decidir libremente respecto a la aprobación de un Estatuto local, su decisión no está sujeta al control del Tribunal Contencioso-administrativo. Sentencia Tribunal Supremo administrativo de Sajonia, de 15 abril 1908 (Jahrbücher, XI, pág. 193, y bibliografía allí cit.). WALZ, DJZ., 32, 1649.

(68) Ley municipal de Baden, de 1921, art. 6.º, dice: «Los reglamentos municipales no deben contradecir a las leyes, ni tampoco oponerse al sentido y al espíritu que preside a las leyes del Reich y del Estado. La publicación debe solamente efectuarse después de haberse declarado su legalidad por la autoridad de control del Estado.»

(69) El estatuto local autorizado por el Estado es sólo un reglamento municipal; el jefe de la Administración municipal confirmado por el Estado es un nuevo funcionario del Municipio. La autorización por el Estado, no obstante, es, en caso de duda, uno de los requisitos para la validez de los acuerdos municipales. Preuss. OVG., vol. 54, pág. 128. WALZ, «Bad. Gemeinderecht», pág. 395. Sólo desde que se otorgó su autorización es válido y ejecutivo un acuerdo municipal; la autorización, por consiguiente, *in dubio*, no surte efectos retroactivos. WALZ, «Bad. Gemeinderecht», pág. 395. GLÜNICKE, DJZ., 32, 639. Pero si un acuerdo municipal, por ejemplo, una ordenanza sobre contribuciones de urbanización, ha fijado un plazo determinado, a partir del cual deben hacerse efectivas determinadas prestaciones, la autorización posterior del Estado representa también una confirmación de este plazo acordado por el Municipio.

(70) La autorización por el Estado de una ordenanza sobre impuestos municipales no puede dar validez a los preceptos que contravengan la ley. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 26 mayo 1908 (PrVBl., 30, 307), y R.G. de 5 mayo 1882 (Entsch., vol. 7, pág. 230). El estatuto local que fué confirmado como formalmente válido por la autoridad superior del Estado tiene que ser examinado por el juez (civil, penal o administrativo) antes de su aplicación, respecto a su coordinación con la ley, sin tener en cuenta la autorización del Estado. PrOVG., 32, 122.

(71) PREUSS, «Städt. Amtsrecht in Preussen», págs. 208 y ss. Los casos de nombramiento por el Estado son numerosos en el Derecho de Prusia; cfs. PETERS, «Grenzen», 117-118.

(72) Para Prusia: HBLFRITZ, «Grundriss», págs. 94 y s.

trativos (73). Al igual que los individuos, las Corporaciones administrativas locales deben estar facultadas para defender su libertad de acción, acudiendo a los Tribunales contencioso-administrativos contra las intromisiones ilícitas del Estado (*).

§ 8. Nuevas formas de organización

Al sobrevenir la guerra mundial, en Alemania se pensaba que los órganos de la Administración del Estado y de los Municipios disponían de competencia y capacidad para hacerse cargo de los nuevos asuntos que trajo consigo la ampliación del círculo de las funciones públicas. Esto se entendió especialmente respecto de la administración del patrimonio público y de las actividades cada vez más destacadas del Estado y las Municipalidades en el terreno puramente económico. La guerra mundial y el cambio de situación política y económica acaecido en Alemania desde la firma de la paz, han conferido en la vida del Estado una importancia eminente a las manifestaciones económicas. No se llegó a «socializar» las empresas industriales privadas — una de las posibilidades prevenidas, entre otras, por la Constitución del Reich en su artículo 156 —; pero, por otros medios, el Reich, los Estados particulares y los Municipios intervinieron en la vida económica, comenzando por crear nuevas formas administrativas para las nuevas actividades de la Administración pública, en parte de acuerdo con instituciones anteriores a la Guerra. Hasta la fecha, no han recibido todavía su forma definitiva. En los siguientes comentarios se indican por lo menos las direcciones por las cuales la Administración pública busca la solución para estos nuevos problemas de organización.

I. A consecuencia de las grandes cargas financieras de la Administración pública, el Estado y los Municipios se vieron en la necesidad de explotar lo más racionalmente posible las empresas ya estatificadas y municipalizadas (abastecimiento de aguas, fábricas de gas y electricidad, etc.), y de proceder de la misma manera para las nuevas necesidades de la vida económica. Aún más, el Reich y los Estados particulares se han esforzado sistemáticamente en ampliar la esfera de influencia del poder público ampliando su potencialidad económica, y haciendo valer así la influencia del Estado más allá de sus antiguos

(73) Dicha protección alcanza su más perfecto desarrollo cuando la Corporación autónoma puede invocar la del Tribunal Contencioso-administrativo contra los decretos de las autoridades superiores del Estado, que se entrometen en la esfera de competencia de la Corporación autónoma. Esto ocurre, por ejemplo, para Hamburgo (Ley para los Municipios urbanos, de 1924, art. 63; Ley para los Municipios rurales, de 1924, art. 56); para Baviera (Ley de Administración autónoma de 22 mayo 1919). DYROFF, «Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz», 6.ª ed., pág. 39. Para Austria: HERRBRITZ, pág. 193. También en Suiza están facultados los Municipios para defenderse contra intromisiones en la competencia de la Administración autónoma, mediante recurso ante el Tribunal federal: FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», pág. 446. En la mayoría de los Estados, dicha protección está todavía limitada. FRIEDRICHS, «Verwaltungsrechtspflege», II, pág. 1082.

(*) Con tal propósito estableció el Estatuto municipal, arts. 290 y 291, el recurso por abuso de poder.

dominios tradicionales. La experiencia ha demostrado al Estado y a las Municipalidades la superioridad de los principios de la economía privada para la explotación de grandes empresas económicas. Las formas rígidas de la Administración pública han demostrado poca elasticidad para adaptarse a actividades puramente económicas. Por lo tanto, se inició paso a paso una separación, en la Administración pública, entre la Administración soberana (ejercicio del poder soberano) y la Administración pública de asuntos puramente económicos (se dice también Administración industrial). La Administración del Estado y los Municipios observan en gran escala los principios y formalidades de la economía privada y del Derecho privado. Muchas consideraciones contribuyeron a ello desde su origen: el afán de explotar los servicios industriales del Estado y de los Municipios según los mismos elásticos principios mercantiles que rigen para las empresas privadas (desburocratización); el deseo de apartarse de la política y de rehusar todas las influencias políticas de los partidos, que se impusieron también en la Administración pública después de la introducción del sistema parlamentario; el interés por sustraerse al control parlamentario, que lleva inherente la publicidad ilimitada de la gestión, etc. Fué posible alcanzar este fin únicamente con la autonomía de la Administración financiera frente al ejercicio de la soberanía o, dicho con otras palabras, por una separación técnica o jurídica de la mencionada rama administrativa de la organización administrativa general; una autonomía en la cual, sin embargo, la dirección e inspección ha sido reservada a las autoridades ejecutivas del Estado o de los Municipios (órganos ejecutivos). Se ofrecen dos formas de organización:

1. Una explotación pública puede ser organizada, frente a la organización administrativa general, jurídica o técnicamente como un establecimiento público dependiente o independiente; de tal manera que puede ser dirigido como una empresa mercantil sin sujetarse a los principios que rigen la Administración pública. Después del traspaso de los ferrocarriles de los Estados particulares al Reich, conforme al artículo 89 de la Constitución federal, los «ferrocarriles del Estado alemán» han sido administrados por un corto período como una empresa independiente del Reich, dotada de personalidad jurídica (1). Según el plan Dawes y el Convenio de Londres, del verano de 1924 (2), esta organización quedó sustituida por una Compañía Alemana de los Ferrocarriles del Estado (3), Corporación de Derecho

(1) Cfs. La Constitución del Reich, arts. 89-92, y los Comentarios de ANSCHÜTZ y de GIESE. K. FRITSCH, «Das deutsche Eisenbahnrecht», 1927. Von KRIEPLITZ, artículo «Eisenbahnstaatsrecht» en HWR., II, 231. El conjunto de las leyes del Reich que regulan esta materia puede verse en TRIEPEL, «Quellensammlung zum deutschen Reichstaatsrecht», 2.ª ed., 1926, pág. XI.

(2) ADENAUER, artículo «Dawesgutachten» en HWR., I, 908. HUE DE GRAIS, 24 ed., pág. 926.

(3) Ley sobre la Sociedad alemana de ferrocarriles del Reich, del 30 agosto 1924. SARTER-KITTEL, «Die neue deutsche Reichsbahn-Gesellschaft», 2.ª ed., 1927. FRITSCH, «Eisenbahnrecht», págs. 193 y ss. HUE DE GRAIS, 24 ed., págs. 701 y ss. LASSAR, «Reichseigene Verwaltung», págs. 179 y ss. VON DER LEYDEN, «Die Entstehung der Reichsbahngesellschaft und ihre Entwicklung» (Annalen der Gemeinwirtschaft, año 3.º, 1927, págs. 1 y s.).

público, independiente del Reich. El Reich puso a disposición de esta Corporación el patrimonio ferroviario del Estado y le concedió su explotación hasta el 31 de diciembre de 1964. Esta descentralización se hizo con objeto de afectar los ferrocarriles imperiales al pago de una parte de las reparaciones de guerra debidas por el Reich, parte que la ley específica.

El mejor ejemplo de su clase es también una creación del Derecho del Reich. «Los servicios públicos de Correos y Telégrafos han de ser administrados, como una empresa independiente, bajo la denominación de «Deutsche Reichspost», por el Ministro de Comunicaciones con la colaboración de un Consejo de Administración» (4). El Ministro de Comunicaciones queda responsable ante el Parlamento de que los Correos alemanes sean administrados de conformidad con las leyes y satisfagan las necesidades del tráfico y la economía alemana. Pero, en este caso, las facultades que las Cortes tienen sobre los ramos de la Administración pública son transferidas principalmente al Consejo de Administración, es decir, a «personas que poseen conocimientos especiales y experiencia de las cuestiones económicas y de tráfico». Los bienes del Estado destinados a este ramo administrativo han de considerarse como patrimonio especial de los Correos alemanes y deben estar separados del patrimonio del Reich. A pesar de que la Reichspost pertenece al Reich, y está organizada como establecimiento público dependiente del Reich, no responde de las obligaciones del servicio postal sino con su propio patrimonio en virtud de disposición expresa de la ley. Por otra parte, la Reichspost no responde de las demás obligaciones del Imperio.

Guardan similitud con los mencionados aspectos del Derecho del Reich, entre otros, las explotaciones municipales (fábricas de gas y de electricidad, abastecimiento de aguas, Cajas de ahorro municipales), que son elevadas a la categoría de establecimientos públicos independientes o dependientes, pero diferenciadas de la Administración general del Municipio para satisfacer sus especiales necesidades (5).

2. Un nuevo aspecto consiste en la utilización de las formas del Derecho privado de las Compañías (mercantiles) para atender los asuntos económicos de la Administración pública. Hoy día, el Reich, los Estados particulares y los Municipios rigen, en parte, la Ad-

(4) Ley sobre Correos del Reich, del 18 marzo 1924, art. 1. STAEDLER, artículo «Postrecht» en HWR., IV, 536. Del mismo autor, «Die Reichspost als «Betriebsverwaltung» des öffentl. Rechts» (ArchöfFR., nueva serie 3, 1922, páginas 193 y s.). HELLMUTH, «Die Entwicklung der Reichsidee von der öffentlichen Anstalt im Geschäftsbereich der deutschen Reichspost» (Eisenbahn. Entscheidungen, 43, 1926), págs. 154 y s., 251 y s. y 349 y s.). LASSAR, «Reichseigene Verwaltung», pág. 226. Cfs. más bibliografía en W. JELLINEK, página 484.

(5) BUCK, «Das Recht der Gemeindeanstalten und der gewerblichen Unternehmungen der Gemeinden» (STIER-SOMLO, «Hbch. d. komm. Verf. u. VerWR. in Preussen», vol. II, parte general, 1917, págs. 125 y ss.). STIER-SOMLO, artículo «Gemeindeanstalten», HWR., II, 673.

ministración pública por los medios y las formas del Derecho privado (6).

El comienzo estuvo constituido por la empresa económica mixta (7). La expresión no designa ningún concepto jurídico; enuncia únicamente que para explotar una empresa económica se han asociado el capital privado y el público. Aunque todas las formas del Derecho de Sociedades resultan aplicables, las más adecuadas para el caso son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada; a base de su participación financiera, el Estado o el Municipio son miembros de la Sociedad y ejercen su influjo en sus iniciativas y en su dirección. Ya antes de la Guerra, los Municipios transfirieron el suministro de electricidad a sociedades anónimas de carácter privado, en las que el Municipio hacía valer su influencia en interés común merced a la posesión de un cierto número de acciones. Desde la Guerra también el Reich utilizó esta forma de sociedades. Dos grandes empresas públicas — una para el encauzamiento del Neckar y del Danubio, con objeto de hacerlos accesibles a la navegación de grandes buques, y otra para la construcción y explotación de obras para utilizar la energía hidráulica de estas mismas vías navegables — se llevan a cabo por sociedades anónimas en que el Reich tiene amplia participación (8) (*).

(6) Cfs. para lo siguiente: NÖLL VON DER NAHMER, «Die wirtschaftliche Betätigung von Reich und Preussen» (PrVBl., 46, 1926, pág. 499). Del mismo autor, «Wesen, Bedeutung und Organisation unseres öffentl. Kreditwesens» (46, 215). LASSAR, «Reichseigene Verwaltung», págs. 51 y s., 175 y s. (JahrböfFR., 14, 1926). REUSS, «Allgemeingültiges über staatl. und komm. Wirtschaftsbetriebe», en la revista «Staats- und Selbstverwaltung», 1926 (pág. 32). RIESS, «Gemeindefirtschaft und Wiederaufbau» (ibidem, pág. 34). W. ALEXANDER, «Die Organisation städtischerwerbender Betriebe» (ibidem, pág. 140). «Die öffentl. Hand in der privaten Wirtschaft», por SOGEMEIER, 1926. ERWIN STEIN (Berlín), «Organisationsformen der Gemeindebetriebe» (Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gemeindeverw., 25, 1925, págs. 89 y s., 105 y s., 113 y s.). A. KÖTTGEN, «Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht», 1928. A. JÖHR, «Staatwirtschaft und Privatwirtschaft i. d. Schweiz», 1927. Para Francia: LAPIE, «L'Etat Actionnaire», 1926.

(7) Cfs. sobre el particular la Constitución del Reich, art. 156, I, § 2. PASSOW, «Die gemischten öffentl. und privaten Unternehmungen», 1923, 2.ª ed., Otro SCHREIBER, artículo «Gemischt-wirtschaftliche Unternehmungen», HWR., II, 694, y la bibliografía que cita. BUSSMANN, «Rechtsstellung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen», 1922. GEILER, «Gesellschaftl. Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts», 2.ª ed., 1923. Acerca de las empresas de economía mixta, cfs. los artículos consagrados a estas cuestiones en HWSfW. (GROSS) y en HW. d. komm. W (MARX y MOST). RIESS en la revista «Staats- und Selbstverw.», 1925, pág. 486. ERNST ARBENZ, «Die gemischt-wirtschaftl. Unternehmungen im schweiz. Recht», 1928.

(8) «Die öffentliche Hand i. d. privaten Wirtschaft», pág. 97. Sobre estas importantes obras dan más detalles los informes presentados al Reichstag por el ministro de Comunicaciones en 18 enero 1928 (Canal del Centro, Canal del Rhin-Maine-Danubio, canalización del Neckar; «Reichstag», III, 1924-28; impresos, n.º 3871).

(*) La Compañía de los Ferrocarriles del Oeste se organizó en España con arreglo a estos principios, reconociéndose al Estado determinada participación en pago de la aportación de varias líneas. En el sentido de atribuir también al Estado participación en la empresa, se orientó el R. D. de 10 enero 1928, cláusulas segunda y tercera, sobre aprobación del contrato celebrado entre el Estado y la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos.

Además, el Derecho privado de sociedades ofrece también la posibilidad de fundar sociedades pertenecientes al Reich, al Estado o al Municipio. La entidad pública adquiere todas las acciones de la sociedad y ejerce así la dirección inmediata. De esta manera, los Municipios pueden asegurar el suministro de energía eléctrica por una sociedad anónima separada jurídicamente de la Administración pública y no trabajando más que con el capital social (9). La forma de sociedad del Derecho privado ha permitido al Municipio la conversión de las Cajas de ahorro municipales en Bancos municipales (10). En todas estas organizaciones encontramos la institución pública regulada por el Derecho privado.

Únicamente mediante las formas mencionadas ha sido posible al Estado y a los Municipios participar en las empresas industriales. Basta recordar la fundación del Consorcio industrial patrimonio del Reich (Empresas Industriales Asociadas, Sociedad Anónima, «VIAG») (11), en la que la mayoría (más de 40) de las empresas industriales (Bancos, explotaciones de electricidad, industrias de aluminio, de abonos nitrogenados, etc.) han sido reunidas y cuyas acciones pertenecen en total o en parte al Reich.

En todos aquellos casos en que el Estado y los Municipios administran sus servicios de carácter económico con las formalidades del Derecho privado, logran la libertad de acción anhelada y que difiere de la tradicional rutina administrativa. Su colaboración se efectúa exteriormente en forma de aportación financiera, de cuya administración sólo el Ministro competente responde frente al Parlamento (en las Municipalidades el órgano ejecutivo).

La moderna legislación del Reich y de los Estados favorece este desenvolvimiento (12). El Derecho privado ha proporcionado a la Administración pública una amplitud inmensa.

(9) Así, por ejemplo, la ciudad de Berlín explota sus grandes empresas de gas, agua y electricidad, por medio de sendas Sociedades por acciones y los tranvías por medio de una Sociedad de responsabilidad limitada. Todas las acciones y participaciones respectivas de estas sociedades quedaron, sin excepción, en propiedad de la ciudad de Berlín. El Estado libre de Prusia ha conferido, por Ley del 9 octubre 1923, la administración y explotación de las minas del Estado a una Sociedad anónima (Preussag). Todas las acciones fueron tomadas por el Estado de Prusia, el cual ejerce sus derechos de accionista por los ministros de Comercio y Hacienda. HUE DE GRAIS, 24.ª ed., pág. 692. En la mayoría de los Territorios alemanes la explotación de las minas del Estado se lleva a cabo con las formas de la economía privada, SATTIG en HWR., I, 615.

(10) HANS PETERS, «Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung», pág. 177. TH. G. V. HIPPEL, W. KORD y FRANZ SCHMIDT, «Die öffentliche-rechtl. Kreditinstitute», 1927. Sobre la capacidad de las Cajas de ahorro municipales y de las Corporaciones de Derecho público en general, para efectuar operaciones cambiarias, cfs. JW. 1927, 1251; «Z. f. bad. Verw.», 59, 118. KORN en PrVBl., 49, 115. NICOLAI, ibidem, 49, 455 (Kaufmannseigenschaft der Sparkassen).

(11) FELIX GUGGENHEIM, «Der deutsche reichseigene Industriekonzern», 1925 (Zürch. Volkswirtschaft. Forschungen, ed. por SAITZEW, cuaderno IV). «Die öffentliche Hand i. d. privaten Wirtschaft», págs. 82 y s.

(12) Cfs., por ejemplo, la Ley de Presupuestos del Reich, de 31 diciembre 1922, art. 15, apart. 1: «Las explotaciones del Reich, o algunas de éstas, que están constituidas mercantilmente en atención a su fin económico y a su importancia, pueden ser admitidas en el presupuesto con su resultado final, previsto, en lugar de

II. Por los medios del Derecho privado, la autoridad pública gestiona también los intereses públicos en otras esferas.

1. Con el numerario que nutre las cajas públicas se permite al Reich, a los Estados y a los Municipios prestar fondos, es decir, conceder créditos con las formalidades jurídicas de los préstamos de carácter privado. Como consecuencia de la gran demanda de créditos, la Administración pública ha logrado erigirse en ocasiones en una verdadera potencia capitalista (13).

Más importante es aún el hecho de que, mediante concesión de subsidios a empresas privadas, el Reich pueda proteger ciertos esfuerzos en el terreno cultural y moral, para los cuales el Reich no puede invocar títulos especiales de Derecho público (subvenciones a escuelas profesionales, a sociedades de socorros mutuos, obras científicas, etcétera) (14). Considerándolo desde el punto de vista de la Hacienda pública, el subsidio se presenta como un empleo lícito de los fondos disponibles. El Ministerio competente puede subordinar el subsidio en condiciones que garanticen el fin público especial que se pretende alcanzar (15).

2. Por este procedimiento ha sido posible hasta transferir el ejercicio de una pura función de policía a una sociedad de Derecho privado de las que ni siquiera tienen personalidad jurídica: el llamado auxilio técnico (16). Prestan éste las personas que ponen voluntariamente a contribución su persona y sus conocimientos técnicos en caso de incendio o amenaza de cierre de fábricas que abastecen la población de gas, agua, electricidad, etc. Este auxilio técnico no

una estimación separada de los ingresos y gastos, si la índole de la empresa no permite una explotación según las normas de ingresos y gastos del presupuesto». En el art. 48 está expresamente prevista la participación del Reich en la fundación de empresas con personalidad jurídica propia « que tengan por objeto una explotación industrial o económica de capital importancia ». Cfs., además, Constitución prusiana del 30 noviembre 1920, art. 69: « La hacienda de las empresas económicas del Estado puede regularse por ley de manera distinta a los preceptos de los arts. 63-68 ». HATSCHKE, « Inst. d. deutschen Staatsrechts », 11, 328. GIESE-VOLKMAN, « Komm. z. preuss. Verf. », art. 69 y la bibliografía que cita. Las nuevas leyes municipales (por ejemplo, Brunswick 1924 y proyectos prusianos) conceden a la administración municipal el pleno derecho para explotar empresas privadas industriales mediante estatutos, con derecho de exclusiva o monopolio. Cf. « Veröffentl. d. Vereinigung deutsch. Staatsrechtslehrer », cuad. 2, 1925; págs. 171, 243 y s. Esto contradice el Derecho del Reich: Constitución del Reich, art. 151, apart. 3; Ley industrial, art. 10, apart. 1.

(13) Así, por ejemplo, los Correos del Reich (Reichspost) son una de las entidades alemanas que mayores créditos facilitan: téngase en cuenta solamente la fuerza capitalista que dan los giros postales al Reichspost alemán.

(14) POETZSCH, en « Jahrbüch. », 14, 40. LASSAR, « Reichseigene Verwaltung », 20.

(15) En esta forma concede el Reich subvenciones a aquellas empresas aeronáuticas privadas que se obligan a sostener un servicio regular en determinadas líneas. LASSAR, « Reichseigene Verwaltung », pág. 217. Por el contrario, las espléndidas subvenciones que en Suiza otorga la Confederación tienen en gran parte su fundamento en una autorización legal, constituyendo prestaciones de Derecho público, que están bajo el control parlamentario. FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », págs. 547, 562, 595 y 656.

(16) PETERS, en « Neue Z. f. Arbeitsrecht », 1925, págs. 155 y s. LASSAR, « Reichseigene Verwaltung », págs. 100 y s. HUE DE GRAIS, 24.ª ed., pág. 434.

se produce sino en caso de ser requerido por la autoridad gubernativa competente. Como es subvencionado por el Reich, puede estar sometido a la vigilancia del Ministro de la Gobernación.

III. Durante la guerra mundial, el Reich reunió toda la vida económica alemana: privada y pública, en una gran unidad para ponerla al servicio de los fines políticos y militares bajo la dirección de las autoridades. La economía libre fué sustituida por la economía forzosa organizada por el Reich. Este exigió una amplia colaboración a los dirigentes de la economía privada; la economía militar fué organizada en gran parte a base de las « sociedades de guerra » (17).

Al terminar la Guerra, el Reich devolvió, en principio, la libertad a la economía privada. Sin embargo, en virtud del artículo 156, § 2, de la Constitución del Reich, se introdujo la forma de « economía socializada » en una serie de ramos de la riqueza (18). Considerando que el régimen de determinados ramos de ésta (obtención de carbón, hierro, potasa, etc.), que tienen suma importancia en la vida económica del país y para el comercio exterior alemán, no puede ejercerse sino teniendo continuamente en cuenta los intereses públicos, el Reich reunió (por ley) las empresas particulares interesadas en sindicatos forzosos, reservando tanto a los patronos como a los obreros una representación paritaria. Cada una de estas industrias « socializadas » recibió una propia organización, adaptada a sus necesidades especiales. La legislación competente ha conferido a los órganos de la asociación facultad estatutaria y les ha delegado en parte atribuciones de autoridad (por ejemplo, la potestad reglamentaria), encomendando al Reich el control supremo. El hecho de que se hable aquí de autonomía administrativa en la economía, con referencia al texto de la Constitución del Reich (19), debe interpretarse solamente como contraste con la intervención del Estado en la vida económica, que admite el artículo 156, párrafo 1.º de la Constitución, en virtud de la « socialización » de las empresas particulares, y que se había extendido en cierta forma durante la guerra mundial, cuando el Imperio subordinó también temporalmente a su dirección la economía privada. A pesar de la « socialización » de la economía, en los casos del artículo 156, párrafo 2.º de la Constitución, la dirección de la empresa económica queda confiada a los interesados (patronos y obreros).

(17) E. HEYMAN, « Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft, 1921. F. GLUM, « Selbstverwaltung d. Wirtschaft », 1924, págs. 42 y s. Sobre la economía de la guerra en Suiza: FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », pág. 381.

(18) De la copiosa bibliografía citaremos a PAUL GIERKE, « Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen », 1922. WALTER WAUER, « Die wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörper », 1923. FRIEDRICH GLUM, « Selbstverw. d. Wirtschaft », 1924. Para más bibliografía, cfs. STIER-SOMLO, I, 476 y s. y los Comentarios de ANSCHÜTZ y de GIESE al art. 156 de la Constitución del Reich.

(19) La bibliografía indicada en la nota 18 reconoce unánimemente la confusión de los términos *Wirtschaftliche Selbstverwaltung* (Administración económica autónoma) y *Gemeinwirtschaft* (economía municipal); pero las opiniones están muy divididas acerca del sentido jurídico que podría atribuirse a estas vagas ideas. La solución que damos arriba en el texto coincide en importantes puntos con las investigaciones de JACOBI, « Arbeitsrecht », págs. 391 y s.

Lo singular de este nuevo estado de cosas consiste, pues, en que el Estado quiere reglamentar, en determinados aspectos, los ramos importantes de la vida económica que afectan al interés público, pero confiando esta reglamentación a Corporaciones y órganos representativos (Corporaciones administrativas autónomas) que se forman en el mismo círculo de la respectiva economía. El Estado se reserva, pues, únicamente el control supremo.

CAPÍTULO TERCERO

Relaciones fundamentales entre la Administración pública y los ciudadanos

§ 9. La Administración « reglada » (1)

I. El Estado constitucional ha introducido el principio de la « Administración reglada », es decir, la sujeción de la Administración a la ley. Este principio descansa en la circunstancia de que la ley establece prescripciones generales, y normas jurídicas de general aplicación, que excluyen la posibilidad de arbitrariedades por parte de las autoridades ejecutivas al resolver cada caso particular; y responde, por otra parte, al postulado de Derecho público de que sólo mediante las Cortes, o al menos con su colaboración, es posible elaborar la ley; un decreto jurídico del Gobierno únicamente puede tener lugar a base de una delegación especial (cfs. supra, pág. 60). El principio de la Administración sometida a la ley tiene origen político y se instituye como freno a la omnipotencia del Poder ejecutivo.

El Poder ejecutivo, la Administración, recibe de la ley el impulso para obrar. Sin embargo, no lo recibe sólo de la ley, puesto que además hay normas de Derecho consuetudinario que son eficaces, y los conceptos fundamentales políticos y económicos sobre que el Estado concreto está edificado, llegan a ser principios no escritos que presiden su Derecho constitucional y administrativo (2). Todo acto administrativo precisa de un fundamento legal.

(1) OTTO MAYER, I, 3.^a ed., § 6, « ArchöffR. », 17, 464; 18, 96. ANSCHÜTZ, « Allgemeine Begriffe und Lehren des VerwR., nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts » (PrVBL., 22, pág. 83), además, « Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen (VerwArch., 14, 315 y s., espec. 324-331). THOMA, « Polizeibefehl im badischen Recht », I, págs. 98 y s. Del mismo autor, « Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft » (JahrböffR., IV, 1910, págs. 196 y s.). D. DONATI, « Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico », 1910. SCHOEN, « Enzykl », IV, 1914, pág. 275. G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.^a ed., págs. 759 y s. WALTHER BURCKHARDT, « Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung », 1925. H. STOLL, « Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre » (Jherings Jahrbücher, 76, 1926, págs. 134 y s. CARL SCHMITT, « Verfassungslehre », 1927, § 13 (Der rechtstaatl. Gesetzesbegriff). W. JELLINEK, pág. 77 (con abundante bibliografía), 84, 116.

(2) Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la forma del Estado.

« Administración reglada » significa, pues, Administración inspirada en la ley y dentro de sus límites. Esto es evidente para todos los actos de Derecho privado que lleva a cabo la Administración pública. Pero este principio rige también para las relaciones de Derecho público entre el Estado (Municipio) y los ciudadanos, es decir, para las relaciones entre el titular de la autoridad y los sometidos a su mando; por consiguiente, para las relaciones entre sujetos de Derecho de distinta naturaleza. El principio de la Administración reglada, ajustada a « ley », delimita jurídicamente al Estado cuando obra como soberano.

Especialmente, tratándose de actos que afectan a la libertad y propiedad del ciudadano, la Administración sólo podrá llevarlos a cabo cuando así lo permita una ley o un decreto autorizado por la ley (o estatuto autónomo). En el Estado de Derecho los casos dudosos se resuelven a base de la presunción de que el ciudadano está libre de la coacción del Estado. Toda intervención de la autoridad, es decir, toda orden o prohibición que limita al ciudadano en su libertad o le impone la obligación de llevar a cabo una prestación efectiva a beneficio de la Administración pública (impuesto obligatorio, servicio militar obligatorio, deberes de policía, prohibición de construir, etc.), debe ser autorizada por una ley o por una norma jurídica derivada o admitida por ella. Las limitaciones de la libertad y la propiedad del ciudadano pertenecen a las materias « reservadas a la ley » (Otto Mayer) (3). Al erigirse el Estado constitucional, este principio queda expresado en la Constitución bajo una u otra forma; en efecto, según las Cartas constitucionales, la Administración queda reservada al dominio del Príncipe. El hecho de que el gobierno del Príncipe no podía restringir la libertad y la propiedad del individuo sino a base de una ley, significaba que el Gobierno necesitaba para la intervención el asenso del segundo factor de la legislación, o sea del Parlamento. Con esto, la libertad y la propiedad se colocaron bajo la protección de las Cortes frente a la Administración pública (4).

(3) Cfs. también THOMA, « Der Vorbehalt des Gesetzes im preuss. Verfassungsrecht » (Festgabe f. Otto Mayer, 1916). OTTMAR BÜHLER, « Die subjekt. öffentl. Rechte », 1924, págs. 66 y s., deduce, contra la opinión aquí representada, el principio de la Administración legal de un Derecho consuetudinario, que no se ha formado hasta la segunda mitad del siglo XIX. Contra BÜHLER se han expresado la mayoría de los autores. Cfs. GEORG MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., pág. 761, y la bibliografía por él citada.

(4) Cfs. la Carta constitucional de Baden del 22 agosto 1818, art. 65: « Para todas las leyes territoriales nuevas de carácter general que se refieran a la libertad de las personas o a la propiedad de los súbditos, o para la reforma o declaración auténtica de las existentes, es preciso la aprobación de la mayoría absoluta de cada una de las dos Cámaras ». Cfs. WALZ, « Bad. Staatsrecht », pág. 209. Art. 5 de la Constitución prusiana del 31 enero 1850, y además, ANSCHÜTZ, « D. VerfUrK., f. d. preuss. Staat », I, 1912, pág. 132. En este punto destaca el contraste entre la Monarquía y la Democracia. En la Monarquía, la función de la representación nacional consiste en limitar la autoridad monárquica. En la Democracia ejerce la representación del pueblo, o la « ciudadanía activa », la autoridad superior del Estado; no existe otro poder al lado de ella, con la cual tendría que acordar la ley, sufriendo de parte de él una limitación. Por consiguiente, no constituye ningún contrapeso frente a las inclinaciones absolutistas, porque ella misma posee la posibilidad de

En la República, la voluntad del pueblo es la última fuente de todo el Poder público. « El Poder del Estado dimana del pueblo », dice el artículo 1, párrafo 2, de la Constitución de Weimar, de 11 agosto 1919. La voluntad popular halla su expresión en las leyes constitucionales votadas por el Parlamento (Asamblea Nacional) y en las leyes ordinarias. En el Estado democrático no hay competencia que no tenga su origen en la Constitución, en las leyes derivadas de ella o en las normas jurídicas derivadas de la ley (cfs. supra, pág. 58). Las autoridades administrativas no poseen ningún poder autónomo independiente de la Constitución o de la ley. No requiere un reconocimiento constitucional el principio según el cual las autoridades administrativas necesitan de una especial autorización por ley para limitar la libertad y la propiedad del ciudadano (5). De esto se desprende el principio esencial que tanto la Administración como la Jurisprudencia son funciones ejecutivas de la ley.

De lo dicho se concluye que en los casos en los cuales la ley calla, la autoridad no puede intervenir en la esfera jurídica del ciudadano, o, dicho con otras palabras, el ciudadano no tiene que cumplir ningún deber frente al Poder público. « La reserva de la ley » que la Constitución del Reich establece junto a los derechos de libertad del ciudadano, garantizados por ella, tiene por fin establecer el fundamento para la limitación de estos derechos (6). Por otra parte, del principio de la Administración reglada resulta que la autoridad no puede satisfacer una pretensión de Derecho público interesada por un ciudadano, sino en el caso en que la ley la haya reconocido expresamente.

ejercer el absolutismo y de amenazar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. Por tanto, hay que crear para los derechos individuales garantías de clase especial. Estas consisten, en primer término, en la primacía de la legislación de orden constitucional sobre la legislación ordinaria, y en segundo lugar en una jurisdicción constitucional (Tribunal Supremo de Estados Unidos, Tribunal federal suizo), cuyo objeto es proteger los derechos fundamentales garantizados en la Constitución a los ciudadanos contra las ingerencias del legislador. FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », págs. 274 y s. y 442 y s. Sobre la jurisdicción constitucional en Estados Unidos, cfs. GUSTAV VOGT, « Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika » (Z. f. schweiz. R., nueva serie, IX, 566). E. FREUND, « Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika », 1911, pág. 84. JAMES BRYCE, « The American Commonwealth », I, cap. 23. DIETRICH SCHINDLER, Z. f. schweiz. R., nueva serie, 44, 1925, págs. 29 y ss. Sobre las discusiones referentes al derecho de revisión judicial en la República alemana, véase arriba (*).

(*) La Constitución española establece en sus arts. 121 y ss. el Tribunal de Garantías constitucionales; su organización deberá hacerse por una ley especial.

(5) Por eso no contiene la Constitución del Reich de 1919 la cláusula referente a la libertad y propiedad. Como recuerdo histórico se encuentra en pocas Constituciones, por ejemplo, en la Constitución de Baden, 1919, art. 29, II; y en la de Hesse, 1919, art. 7. W. JELLINEK, pág. 116; cfs. también ANDERSEN, « Ungültige Verwaltungsakte », traducido por W. PAPENHEIM, 1927, págs. 295 y s.

(6) Ejemplos: art. 114, apart. 1.º de la Constitución del Reich: « La libertad de la persona es inviolable. Un perjuicio o limitación de la libertad personal por parte de la autoridad pública sólo es admisible con arreglo a la ley ». Art. 115: « El domicilio de todo alemán es para él un asilo inviolable, salvo las excepciones que admita la ley ». Art. 153, apart. 1.º: Garantía de la propiedad; apart. 2.º: « La expropiación sólo puede llevarse a efecto por causa de interés general y con arreglo a la ley ».

Sin embargo, el legislador del Estado constitucional del siglo XIX no estaba en condiciones de reformar toda la extensa materia administrativa que recogió de los tiempos del Estado-policía ni de poner a disposición de las autoridades una ley, avalada por el Parlamento, para cada caso en que se admitiera una limitación de la libertad y de la propiedad de los ciudadanos (7). Por consiguiente, en los casos en que la autoridad tenía necesidad de intervenir con urgencia, la práctica consideraba los decretos preconstitucionales del Soberano (órdenes de Gabinete, etc.) como equivalentes a las leyes constitucionales, para justificar de esta manera las limitaciones en la libertad y la propiedad del ciudadano (8). Este remedio se admitía como solución provisional. También después de la proclamación de la República en Alemania, las leyes antiguas quedaron en vigor en cuanto no estuvieran en contradicción con la forma republicana del Estado (Constitución del Reich, art. 178, § 2). Todavía hoy, en algunos sectores de la Administración, las antiguas normas sobre la competencia de las autoridades administrativas constituyen la base de sus actos administrativos.

II. El concepto de ley en el Estado de Derecho lleva consigo, orgánicamente, el ejercicio de un derecho igual para todos los ciudadanos (9). El intervencionismo del Estado debe efectuarse en una medida igual para todos. La legislación comenzó por aplicar esta igual-

(7) Discrepando en parte de las consideraciones que hacemos en el texto, THOMA, « Polizeibefehl im badischen Recht », I, págs. 106 y ss. Cfs., además, WALTER JELLINEK, « Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung », 1913, pág. 174.

(8) Cfs., por ejemplo, la orden del Gabinete Real del 4 diciembre 1831, que ha sentado para Prusia los principios jurídicos sobre la obligación de indemnizar el Estado por el ejercicio legítimo del poder público. (ANSCHÜTZ, « Verw. Arch. », 5, pág. 76). Cfs., además, RGERZ., 13, 215. Tiene especial interés el proceso evolutivo operado en la interpretación del precepto del Derecho general prusiano, II, 17, art. 10 (supra, pág. 6: nota 8) referente a las « funciones de policía ». Al principio se contenía en él una mera definición teórica del concepto policía. Después, la práctica comenzó a concederle el carácter de principio jurídico, y al fin se descubrió en él una « ley » que autorizaba a la policía para limitar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. Cfs. SCHULTZENSTEIN en « Verw. Arch. », 18, pág. 548. « Hubo mucho tiempo durante el cual se tuvo completamente olvidado el art. 10, o al menos no se le atribuía importancia práctica alguna. Sólo al instituirse la jurisdicción contencioso-administrativa se volvió al art. 10, y casi se puede decir que fué descubierto nuevamente y considerado como principio jurídico positivo, atribuyéndose a su contenido una aplicación inmediatamente práctica y obligatoria en una extensión más amplia ».

(9) Art. 109, apart. 1.º de la Constitución del Reich: « Todos los alemanes son iguales ante la ley ». HEINRICH ALDAG, « Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung, 1925. GERHARD LEIBHOLZ, « Die Gleichheit vor dem Gesetze », 1925. Del mismo autor, en « Archöffentl. R. nueva serie, 12, 1, 1927. THOMA, en Festgabe f. d. PröVG., 1925, pág. 217. VON HIPPEL, en ArchöfR. nueva serie, 10, 124. CARL SCHMITT, « Verfassungslehre », pág. 226 y s., 252 y s. W. JELLINEK, 148, 155. El principio de la igualdad ante la ley se refiere, a nuestro parecer, no solamente a la aplicación de la ley, sino también a la legislación. FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », § 31. PAUL MEYER, « Das Prinzip der Rechtsgleichheit », tesis doctoral, Zurich 1923. En Alemania se combate esta opinión. ¿Es igualdad ante la ley o igualdad de la ley? ¿Y esta regla concierne sólo al legislador, o también al juez y al funcionario administrativo? Cfs. las ponencias sobre la igualdad ante la ley, en el sentido del art. 109 de la Constitución del Reich, de ERICH KAUFMANN y H. NAWIASKY y la discusión en la Asamblea de Profesores alemanes de Derecho político, 1926 (Veröff. cuaderno 3). Cfs. los Comentarios de ANSCHÜTZ y GIESE al art. 109. STIER-SOMLO, artículo « Grundrechte », HWR., III, 50.

dad jurídica de los ciudadanos estableciendo reglas de carácter general. Estas reglas determinan con exactitud las condiciones en que la Administración del Estado ha de satisfacer las pretensiones de los ciudadanos y puede limitar su libertad y propiedad (10).

Del principio expuesto « igualdad ante la ley » se deducen tres conclusiones importantes:

1. Cuando ha sido transferida a la autoridad administrativa la atribución de regular cierta materia por decreto, no se puede sustituir el decreto por órdenes singulares para disponer lo preciso en cada caso, porque la igualdad jurídica está garantizada solamente por la regulación general abstracta (11). Se intenta eludir este principio cuando la autoridad delegada se limita a dictar un decreto en el cual se estipula que lo que haya de tener vigor será fijado en cada caso por una orden particular (12). Por esta razón, la legislación de policía

(10) De eso no se debe inferir, con v. SEYDEL, « Bayer. Staatsrecht », II, páginas 316 y ss., y ANSCHÜTZ, « Begriff der gesetzgebenden Gewalt », págs. 168 y ss., que todo precepto jurídico concierne a la libertad de la persona y de la propiedad. Cfs. THOMA, « Polizeibefehl im bad. Recht », I, pág. 118, y WALZ, « Bad. Staatsrecht », págs. 209 y 210.

(11) Ejemplos: La Ley general de obras y construcciones, para el Reino de Sajonia, del 1.º julio 1900, art. 94, prescribe que las ordenanzas municipales tienen que dictar disposiciones sobre si se debe construir en línea abierta o cerrada. Si para un pueblo no fué aprobada la ordenanza municipal, entonces no debe la policía disponer cómo hay que construir, en cada caso. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia, de 22 noviembre 1902. (Jahrbücher, III, pág. 219). THOMA, « Polizeibefehl im Bad. Recht », I, páginas 59-76. W. JELLINEK, « Gesetz, Gesetzesanwendung », pág. 259. En sentido contrario resuelve la jurisprudencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, pues acepta que cuando, por ejemplo, la ley de Prusia sobre administración de policía, del 11 marzo 1850, prescribe que determinada materia (precauciones para la vida y la salud, etc.) debe regularse por « preceptos de policía municipal », esto constituye solamente un derecho, pero ninguna obligación para las autoridades, de dictar una disposición de policía sobre esta materia. « Todo lo que se refiere a preceptos de policía puede también ser objeto de una orden de policía, en tanto no se hayan publicado tales preceptos ». Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 27 junio 1877 (« Entsch. », vol. 2, 427, esp. 432); cfs. también Sentencia del mismo Tribunal, de 18 marzo 1886 (« Entsch. », vol. 13, pág. 390 y jurisprudencia que cita). De acuerdo con este criterio, THOMA, « Polizeibefehl », I, 244. HATSCHER, VerwR., 5.ª ed. págs. 138 y s. De opinión distinta OVG., vol. 64, pág. 466 y DREWS, « Preuss. Polizeirecht », 1927, pág. 21. Por otra parte, sin embargo, no debe revestir una orden concreta la forma de reglamento. Eso ocurriría si la autoridad, según la ley vigente no tuviera facultades para dictar un precepto (por ejemplo, una prohibición de construir), y recibiera esa competencia por un reglamento considerado como de carácter general, pero que por las circunstancias estuviera dictado sólo para un caso concreto. Entonces el reglamento y la orden serían nulos. W. JELLINEK, « Gesetz und Gesetzesanwendung », pág. 357. « Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs », III, n.º 333. Cfs. supra, pág. 58. Si un reglamento es válido, por ejemplo, un reglamento de policía, entonces una orden que tenga su origen en él no puede ser impugnada alegando que en aquel caso es injustificada la aplicación del reglamento porque en el mencionado caso sería posible realizar de otra manera el propósito del reglamento en cuestión. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 8 octubre 1910 (PrVBl., 32, 634).

(12) El Municipio de Schöneberg aprobó en el año de 1909 una ordenanza de arbitrios municipales, en la cual se reservaba al Municipio la facultad de fijar anualmente las tarifas para exigir el impuesto territorial atendiendo a las diferentes clases de terrenos. El Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia declaró el 18 junio 1912 que tal ordenanza de arbitrios era nula, porque determinar tales tarifas debe solamente hacerse mediante normas generales fijas (Entsch., vol. 62,

bávvara, por ejemplo, ha otorgado de un modo general a los órganos gubernativos la autorización para aprobar ordenanzas generales, en el sentido que las autoridades han de establecer por decreto de vigencia general, lo que el ciudadano ha de hacer u omitir; mientras que en Prusia y en Baden, por ejemplo, a las autoridades gubernativas se les concede una autorización general para dictar órdenes concretas de policía (13). Cfs. sobre el particular, infra § 24.

2. La ley y las disposiciones similares (reglamento, estatuto corporativo, etc.) obligan a autoridades y ciudadanos de la misma manera, y deben ser ejecutadas por completo. Por lo tanto, la autoridad, sin previa autorización expresa de la ley, no puede conceder legítimamente al ciudadano, de una manera particular, «privilegios» que amplíen sus facultades jurídicas en forma que excedan la medida común, ni atribuirle deberes especiales (14). Cuando la ley impone a los ciudadanos deberes públicos (impuestos públicos, servicio militar obligatorio, limitaciones de policía, etc.), las autoridades han de instar su cumplimiento. Una renuncia a reclamar una prestación debida al Estado en virtud del Derecho público, equivaldría al incumplimiento de la ley (15). En otra situación se encuentra la autoridad que trata con el ciudadano en el terreno del Derecho privado, como simple acreedor en los contratos de arrendamiento, alquiler y compra. El hacer valer una pretensión de Derecho privado es un derecho, no un deber del acreedor, y por lo tanto también los órganos del Estado y de los Municipios pueden, por lo general, renunciar válidamente los derechos de carácter privado que se tengan sobre el deudor (16).

No cabe duda también que en el Derecho público la renuncia a una pretensión de la Administración pública puede ser admitida en ciertos casos. Piénsese en la parte del Derecho penal que hace referen-

pág. 311). El Código penal, art. 366, n.º 10, impone sanciones a la persona que «infrinja los reglamentos de policía dictados para el mantenimiento de la seguridad, comodidad, limpieza y tranquilidad en los caminos públicos, calles, plazas o canales». La Dirección de policía de Munich ha dado un reglamento amparándose en la delegación del art. 2.º, n.º 6, del Código penal de la policía de Baviera, limitándose a disponer que todo el mundo está obligado a obedecer las órdenes de la policía dictadas para un caso particular, a fin de evitar las perturbaciones del tráfico. Los jueces han considerado válido este precepto, apartándose del principio jurídico desarrollado en el texto. REGER 18, 92 y las sentencias citadas en esta obra.

(13) THOMA, «Polizeibefehl im Badischen Recht», I, págs. 252-253.

(14) Es nulo un acuerdo municipal eximiendo del impuesto municipal sobre la renta a personas que contribuyen con la tasa de balneario por el importe del eventual impuesto municipal sobre la renta. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 15 abril 1912 (Entsch., vol. 62, pág. 446).

(15) Sentencias del Tribunal contencioso-administrativo de Prusia. ProVG., 9, 337. Constitución del Reich, art. 134: «Todos los ciudadanos sin distinción alguna contribuirán, en proporción a sus medios, a las cargas públicas en la medida que determine la ley».

(16) Aunque los ingresos de carácter privado figuren en el presupuesto, no sufre merma esta facultad de las autoridades, pues el presupuesto contiene solamente un plan económico de los probables ingresos y gastos. LABAND, Archöffr., 7, 169 y s. Para decidir si un funcionario de Hacienda puede ejercitar la renuncia, hay que tener en cuenta si estaba autorizado para renunciar a un crédito. Si renuncia a él, no obstante estarle prohibido, entonces el funcionario tiene la obligación de indemnizar al erario público.

cia al derecho de gracia. Sin embargo, el incumplir la ley de esta manera sólo es lícito y posible a base de una autorización especial de la ley (17). Puede otorgarse a la autoridad administrativa la facultad para conceder un privilegio, consentir una dispensa, es decir, la no aplicación de la ley en un determinado caso o en una serie de casos análogos, o renunciar total o parcialmente a una prestación vencida (18). Así, por ejemplo, la Hacienda puede tener la facultad de exonerar total o parcialmente por razones de equidad, a ciertas personas, de la obligación de contribuir, renunciar a impuestos exigibles (quitas de contribuciones), conceder moratorias para el pago de los mismos (19). De la misma manera, la mayoría de las leyes de edificación conceden a las autoridades la facultad de dispensar a los particulares la observancia de las rígidas reglas jurídicas en los casos en que la aplicación estricta de las prescripciones de policía urbana (distancias entre construcciones, etc.) llegase a ser excesivamente onerosa (dispensa de edificar, condonaciones) (20). Si el legislador no

(17) Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia del 11 enero 1902 (Jahrbücher, I, pág. 355).

(18) Sobre los diferentes conceptos véanse más detalles en G. MEYER-ANSCÜTZ, 7.ª ed., págs. 762 y s. y la bibliografía que citan. Sobre las exenciones, artículo «Dispensation» de STIER-SOMLO y de G. EBERS HVR., II, 70. KORMANN, «Rechtsgeschäftliche Staatsakte», pág. 120, hace notar acertadamente que la dispensa juzgada por sus efectos jurídicos no es una institución uniforme. Las dispensas se dividen en aquellas que otorgan una autorización y las que suponen un poder.

(19) Ley de Presupuestos del Estado de Prusia, de 11 mayo 1898, art. 18: «La exacción de ingresos pertenecientes al Estado sólo debe dejarse de efectuar, abstracción hecha de la imposibilidad del cobro, en casos particulares y a base de una autorización legal o real. Sólo bajo los mismos supuestos pueden ser restituidas también cantidades ingresadas en la Caja del Estado». Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 21 diciembre 1908, PrVBl., 31, 275; 34, 53, 774. Cfs. también la Ley tributaria del Reich, art. 108, según la cual, el Ministerio de Hacienda puede dispensar total o parcialmente, para casos particulares, los impuestos cuya exacción fuera injusta por razón de las circunstancias especiales del caso. Además, puede el Ministro de Hacienda, con la aprobación del Reichsrat, decretar exenciones o bonificaciones generales de impuestos por razones de equidad. Según el art. 105 de la Ley tributaria del Reich, pueden ser aplazados los pagos de impuestos, «si su cobro llevare consigo una exagerada dureza para el contribuyente». Por el art. 107 de la ley citada pueden «ser suprimidos impuestos, si consta que su exacción no tendría éxito, o si los gastos de la misma no estuvieren en relación con los ingresos». Sobre la exención de impuestos en el marco del Derecho del Reich. Cfs. BECKER, RAO., 5.ª ed., art. 1, nota 9. Cfs. además la recapitulación de STIER-SOMLO, HVR., II, págs. 71-72. Un verdadero privilegio de impuestos contiene la Ley del Reich sobre los Ferrocarriles alemanos del Reich de 30 agosto 1924, art. 14, en favor de la entidad de este nombre (exención de los nuevos impuestos directos del Reich, de los Territorios, de los Municipios, etc.). FRITSCH, «Deutsches Eisenbahnrecht», págs. 370 y s. (*)

(*) La exención de impuestos, perdones, moratorias, etc., sólo pueden efectuarse en los casos y forma que las leyes determinen (Ley de Administración y Contabilidad del Estado, art. 5). Es corriente que como condiciones de algunas concesiones administrativas figure la exención de determinados impuestos. Por ejemplo, de aduanas, para el material ferroviario destinado a una línea en construcción.

(20) Por ejemplo, la Ley general de obras y construcciones para el Reino de Sajonia, de 1.º julio 1900, ha prevenido en el art. 6 un derecho de exoneración general: «Las excepciones a los deberes que imponen esta ley y los reglamentos y ordenanzas locales basados en la misma, pueden ser autorizados, generalmente, por las autoridades provinciales. MOSEL, HWB., I, 13.ª ed., pág. 197. Por el contrario, la Ley de construcciones de Baden, del 1.º septiembre 1907, art. 4, sólo admite excepciones «en el caso que esté admitida la tolerancia, bajo determina-

ha permitido en modo alguno la exoneración de la ley, entonces toda promesa oficial contenida en un contrato o en una disposición unilateral que otorga una exención del cumplimiento de un deber legal, es un contrafuero, y por lo tanto no es válida. Así, todos aquellos contratos en que las autoridades de Hacienda prometen, sin autorización legal, ciertas ventajas (exención de contribuciones de colindancia, o de impuestos sobre ciertas porciones del capital, etc.) a los contribuyentes, presentes o futuros, no pueden tener validez jurídica por su propio contenido (21).

La autoridad administrativa debe cumplir no sólo el Derecho que dimana del legislador, que es superior a ella, sino también el Derecho creado por ella misma, sus propias normas y su estatuto autónomo. Aun cuando en un determinado caso, una norma de un reglamento o de un estatuto resulte inoportuna al darle aplicación jurídica, queda en vigor hasta que la autoridad rectifique el reglamento o el estatuto con carácter general y de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley. No existe ningún principio jurídico que permita a la autoridad administrativa otorgar exenciones respecto a la observancia de los preceptos jurídicos dictados por ella (22).

3. La autoridad ha de observar también el principio de la igualdad ante la ley cuando actúe en el ejercicio de la potestad discrecional. En caso de igualdad de relaciones de hechos efectivos y de relaciones

dos supuestos, por la ley de construcción del Territorio, o cuando con arreglo a las circunstancias del caso se obtenga autorización del Ministerio del Interior. F. J. ROTH, «Badische Landesbauordnung», 2.^a ed., 1909, págs. 23 y ss. Para Prusia: BALTZ, «Preuss. Baupolizeirecht», 5.^a ed. F. W. FISCHER, 1926, páginas 285 y s. Ningún ciudadano tiene derecho a una dispensa. Tan natural es esto, que para el otorgamiento o la negación de una dispensa no deben influir para nada los intereses fiscales. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia de 17 abril 1907 (Jahrbücher, X, pág. 201).

(21) El caso típico: El particular X. declara a la Administración de arbitrios de la ciudad de Y que se trasladará a la Y, si aquélla le asegura que le impondrá solamente contribuciones sobre el patrimonio y la renta, cuyo importe se fijará exactamente de antemano. La Administración de arbitrios se compromete a ello, y hace un contrato de este contenido con el contribuyente; más tarde resulta que el contrato fué concluído con el fin de eludir el pago de tributos. El contrato es nulo, posiblemente lo es ya por razones formales: si el importe de los impuestos del contribuyente tiene que fijarse por decreto unilateral de la autoridad conforme al Derecho territorial vigente. Sentencias del Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera de 14 marzo 1906 (Sammlung, 27, 62) y del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia de 11 febrero 1907 y 11 noviembre 1907 (Jahrb., X, pág. 263; XI, pág. 332). SOERGEL, «Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht», I, pág. 446, núm. 43, I. Cfs. también Pr.OVG., 12, pág. 129; 34, pág. 36. DJZ., 31, 653; cfs. también RGerZ., 22 abril 1913 (Pr.VBl., 34, 773). Es distinto el caso siguiente: Si una autoridad del Estado o Municipio promete a un particular (empresa de gas, etc.) una exención de los tributos públicos, como compensación por el cumplimiento de una determinada prestación (suministro de gas, etc.): en este caso, interpretando debidamente el contrato, no se concede una exención, sino que se consigna una promesa válida de carácter privado de indemnizar hasta cierta suma. Pr.OVG., vol. 33, pág. 107; 38, pág. 147 RGerZ., vol. 46, pág. 245. PrVBl., 33, 11 (Sentencia del Kammergerichts del 29 junio 1911). Cfs. también infra § 11.

(22) Pr.OVG., 9, 332. WALZ, «Badisches Staatsrecht», pág. 224. Una vez concedida una exoneración, no puede ser revocada voluntariamente. Pr.OVG., 29, 371.

jurídicas, no se puede tratar a un ciudadano o una clase de ciudadanos de distinta manera que a los demás (23).

III. De los principios expuestos resulta el deber de las autoridades administrativas de actuar cada vez que un caso particular reúna las condiciones legales para una intervención de la autoridad. En general, en la Administración se halla vigente el llamado principio de legalidad, pero éste se halla sujeto a excepciones (24). Como la protección de los intereses públicos es la regla suprema de la Administración, la autoridad gubernativa, en virtud de una autorización jurídica, puede abstenerse de intervenir si por una actitud pasiva se sirve mejor al interés público que obrando activamente (25). En este caso, el principio aplicable es el de la oportunidad. No hace falta subrayar cuán importante es para la potestad discrecional la inteligencia y el tacto de un funcionario administrativo en cada caso concreto.

§ 10. Contenido de las relaciones de Derecho administrativo en general

1. El Derecho privado deja amplio campo a las partes para crear y modificar discrecionalmente sus relaciones jurídicas. Tal es el ancho campo que ofrece la libertad de contratación. Por el contrario,

(23) «Rechtsprechung d. Badischen Verwaltungsgerichtshofs», 111, 339. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 18 mayo 1909 (Entsch., vol. 54, págs. 262 y s.). «La policía puede imponer libremente a los visitantes de las playas el cumplimiento de órdenes sobre el emplazamiento de sillones de playa. Si la policía ejerce esta facultad, no puede ordenar a un solo dueño de sillones de playa que los retire inmediatamente de usarlos, si al mismo tiempo de acuerdo con los usos de la localidad permite a los demás dueños que dejen los sillones en la playa después de usarlos. Esto sería arbitrario, para lo cual nunca está autorizada la policía». En las disposiciones de las ordenanzas municipales tampoco puede permitirse la autoridad municipal un trato jurídico desigual de los habitantes de un Municipio. Según una decisión del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 3 noviembre 1897 (Entsch., vol. 32, pág. 122) es inadmisibles «que al emprenderse una obra de carácter homogéneo que abarque todo el territorio de la ciudad, se obligue a costearla, no a todos los propietarios de la ciudad a quienes favorezca, sino sólo a los que posean fincas en determinadas partes de la misma». Representa una verdadera mina para el jurista la jurisprudencia del Tribunal federal de Suiza referente a los recursos en materia de transgresión de la igualdad ante la ley por un ejercicio arbitrario de la misma. FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», pág. 287. Relacionada con esta cuestión se halla también la sentencia del Tribunal federal suizo del 18 mayo 1923 (Entsch., 49, I, 293) de que da conocimiento LEIBHOLZ (Verw. Arch., 31, 231): Un apartamiento arbitrario de la práctica administrativa seguida hasta entonces, arbitrario por no fundarse en motivos suficientes.

(24) Cfs. DREWS, «Preuss. Polizeirecht», págs. 35 y s. W. JELLINEK, «Verw. R.», pág. 39. BÜHLER, «Lehrbuch des Staatsrechts», I, págs. 70 y s.

(25) Ejemplos: La policía no tiene por qué intervenir en asuntos nimios. El superior decide si procede incoar un expediente disciplinario contra un subordinado. La autoridad puede renunciar a perseguir una infracción si la culpa del que la comete es baladí y la consecuencia del hecho no tiene importancia, de no existir un interés público en provocar una resolución judicial (ley de Enj. criminal, artículo 153, texto de 1924). *Minima non curat praetor*. Cfs. la Ley sobre los Tribunales de niños de 16 febrero 1923, art. 32, apart. 2. El Ministerio de Hacienda puede ordenar, según la ley tributaria del Reich, que deje de establecerse un impuesto cuando sea de prever que el rendimiento del mismo no llegará a determinada cantidad.

en el Derecho administrativo la situación es otra. Aquí se trata de relaciones jurídicas trazadas principalmente *a priori* por la ley. La ley fija en qué condiciones las autoridades administrativas pueden exigir prestaciones, tanto positivas como negativas, a los ciudadanos, y de qué clase e importancia han de ser estas prestaciones. De la misma manera establece en qué casos los ciudadanos pueden ostentar derechos frente a la Administración pública. Las relaciones del Derecho público carecen de la elasticidad que caracteriza a las obligaciones del Derecho privado. Así lo ha querido el Estado de Derecho porque únicamente sometiendo estrechamente la autoridad a la ley era posible obtener la seguridad e igualdad jurídicas que reclamaba el Estado de Derecho.

A pesar de esto no puede hablarse de rigidez, pues en todo aquello en que la autoridad administrativa no esté vinculada a la ley, decide su « potestad discrecional » (*pouvoir discrétionnaire*) (1). El legislador se basa en esta « potestad administrativa » cuando ordena a la autoridad tomar las « medidas oportunas » para el mantenimiento del orden público en caso de peligro para la seguridad general, o cuando autoriza la expropiación forzosa a favor de una Empresa por causa de « utilidad pública », o cuando supedita el permiso para la venta de alcohol a que se pruebe la « necesidad » del nuevo establecimiento.

En la legislación y la Ciencia del Derecho se habla del arbitrio, o, lo que es igual, del poder discrecional, cuando el Derecho objetivo permite obrar a un órgano político según su propia determinación. Aquí resalta el contraste entre libertad y sujeción a la ley, contraste que tiene importancia también en la jurisprudencia. Sin embargo, en las consideraciones siguientes, sólo se hablará del arbitrio de las autoridades administrativas. El legislador se da cuenta de que en numerosas relaciones de la vida el resultado que quiere conseguir

(1) Cfs., sobre el particular, F. TEZNER, « Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden », 1888. STIER-SOMLO, « Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung », 1908 (Festgabe für Laband, II, págs. 445 y ss., especialmente págs. 498 y ss.). LEOPOLD MENZINGER, « Ermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit im bayer. Recht » (Blätter für administrative Praxis, vol. 58, 1908, págs. 1 y ss.). RUDOLF V. LAUN, « Das Recht zum Gewerbebetriebe », 1908 (Wiener staatswissenschaftl. Studien). RUDOLF V. LAUN, « Das freie Ermessen und seine Grenzen », 1910. PAUL OERTMANN, « Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden », 1912. (Conferencias de la Fundación Gehe, vol. IV, cuad. 2). OERTMANN, « Freies und unfreies Ermessen » en DJZ., 17, 186. WALTER JELLINEK, « Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung », pág. 2 (notas bibliográficas), 36, 89, 137, 157, 177, 188, 194 y ss., 331 y ss. R. V. LAUN, « Zum Problem des freien Ermessens », 1913 (Festschrift für Zitelmann). OTTMAR BÜHLER, « Die subj. öfftl. Rechte », 1914, págs. 21 y s., 162 y s. F. TEZNER, « Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924 (Wiener staatswissenschaftl. Studien, F. vol. VI). HERRNRITT, Verw. R., 1921, § 24. A. MERKL, « Allg. VerwR. », 1927, § 10. ULRICH SCHEUNER, « Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte » (Verw Arch, 33, 1928, págs. 68 y s.). La exposición que hago en el texto coincide en los puntos esenciales con el criterio de HERRNRITT, MERKL y SCHEUNER. Discrepan, en cambio: W. JELLINEK, « VerwR. », páginas 29 y s. (abundante bibliografía, págs. 19-20). La bibliografía italiana ha estudiado a fondo este problema; hay que remitirse, entre otros, al escrito de CARLO FERRARI (Padua), « Il potere discrezionale della pubblica amministrazione » (Rivista di Diritto pubblico, 1924, I, 205).

(protección de los intereses públicos) puede ser alcanzado por distintos caminos. Entonces el legislador se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada caso. El motivo para esto no estriba solamente en el intento de tener en cuenta las particularidades del caso concreto, y de hacer justicia como sucedería con el arbitrio judicial (2). El legislador procede de esta suerte considerando que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar ciertas disposiciones en sentido favorable al interés público. La autoridad administrativa encargada de la ejecución de la norma jurídica ha de expresar cómo debe resolverse cada caso particular de acuerdo con la ley (3), y para ello debe basarse en su manera de ver la realidad, debida a sus conocimientos científicos y a su experiencia práctica de la técnica administrativa. Por el poder discrecional que le ha otorgado el legislador, la autoridad administrativa ha de determinar como pertinente, entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde en el caso concreto a la intención de la ley. En el reglamento de carácter legal siempre se encuentran indicios para saber qué elementos han de ser tenidos en cuenta para el ejercicio del poder discrecional. El legislador cuenta con la circunstancia de que en todos estos casos la autoridad nombrada para ejercer la potestad discrecional se atemperará a las ideas dominantes en cada momento y en cada localidad. Al dejar, pues, que la potestad discrecional del órgano ejecutivo intervenga en la fundamentación e interpretación de las relaciones jurídicas públicas, el legislador incorpora al cuadro de sus principios jurídicos un elemento móvil que permite a dicho órgano ejecutar los preceptos legales de tal manera que responda a las variables exigencias de la vida y del interés público.

Regularmente, el poder discrecional se limita a los puntos concretos que el legislador ha dejado libres en un precepto jurídico. Si la ley permite la expropiación forzosa sólo cuando la « utilidad » pública lo exige, o si permite otorgar una concesión para vender bebidas alcohólicas cuando sea de « necesidad » (Ord. industrial, art. 33) (4), incumbe

(2) Código civil suizo, 1907, art. 4: « Cuando la ley permite al juez resolver discrecionalmente, o conforme a circunstancias o a razones importantes, tiene él que obrar con arreglo a derecho y justicia ». Cfs. sobre esto al « Zürcher Kommentar », I, 2.ª ed., de EGGER, Ley tributaria del Reich, 1919, art. 6: « Cuando las autoridades, en el sentido de la ley, tienen que resolver discrecionalmente, deben de efectuarlo conforme a derecho y justicia ». Cfs. sobre esto el comentario de v. BECKER. Sobre las amplias facultades discrecionales de la Administración fiscal, cfs. BÜHLER, « Lehrb. des Steuerrechts », I, 1927, págs. 66 y s.

(3) Nunca se logrará elevar a sistema el concepto de « interés público », porque las exigencias del interés público varían de una institución jurídica a otra. Por consiguiente, se puede, a lo sumo, describir el concepto de interés público que deriva de la legislación de expropiación, de la legislación sobre impuestos, etc. JULIUS NEUMANN, « Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht » (Annalen des Deutschen Reiches, 1886, pág. 357 y ss.). LAYER, « Prinzipien des Enteignungsrechts », 1902, pág. 176. y los autores por él citados (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen; publicados por JELLINEK y ANSCHÜTZ, vol. III). W. JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung, págs. 68 y ss.

(4) OLSHAUSEN, « Begriff und Nachweis des Bedürfnisses im Sinne des § 33 der GewO. » (PrVBl., 45, 466).

entonces a la autoridad administrativa determinar cuándo debe llevar a la práctica estos preceptos, qué sentido y qué alcance corresponde a la « utilidad pública » o a la « necesidad ». Cuando la ley encomienda a las autoridades administrativas la adopción de medidas « apropiadas » para obviar un peligro que amenace al orden público, aquéllas han de designar por sí mismas en qué han de consistir estas medidas (5).

Existe otra modalidad que se considera con frecuencia semejante a los « casos de la potestad discrecional ». El legislador puede haber dejado amplio margen para la interpretación de un concepto por él empleado. Así, un « accidente de trabajo » proporciona al obrero asegurado el derecho de reclamar ciertas prestaciones a la Mutua patronal, y la « expropiación » prevista en la Constitución del Reich confiere al damnificado un derecho de indemnización (6). ¿Qué es un « accidente de trabajo » y qué es una « expropiación »? La ley parte de la base de que se puede dar a estas preguntas una contestación objetiva e inequívoca, y que es asunto de los órganos (Tribunales, autoridades administrativas) encargados de la ejecución de la ley (o Constitución) interpretarla en consideración a diversas circunstancias. A estos órganos no se les encomienda ninguna resolución discrecional. La solución está en la misma ley, y deberá buscarse a base de una justa interpretación de ella.

Los ejemplos enumerados demuestran que en los verdaderos casos de potestad discrecional, la solución dimanante de la norma jurídica sólo es dada por la autoridad administrativa al presentarse un caso concreto y sólo para él (7); por ejemplo, al despachar la solicitud de una licencia para expender bebidas alcohólicas del señor A; en la prohibición gubernativa para celebrar una asamblea a causa de un peligro de epidemia, etc. Según el principio de la subordinación, mencionado en el § 6, esto no impide que la autoridad superior pueda dar instrucciones generales a los órganos subalternos sobre la forma en que han de aplicar la potestad discrecional en una situación concreta (8) (por ejemplo, expedición de certificados de pobreza). Por lo tanto, queda también reducida la soberanía de los órganos inferiores en lo que respecta a la esfera de su facultad discrecional. La potestad discrecional de las autoridades administrativas desempeña también un papel de cierta importancia en la formación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Fundamentalmente, los Tribunales contencioso-administrativos sólo pueden reparar violaciones del Derecho causadas por los órganos de la Administración. Las cuestiones de la potestad discrecional se sustraen al control de los Tribunales contencioso-administrativos (9).

(5) Ley de Epizootias, de 1909, art. 11, apart. 2. Sobre juicios estimativos: Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, 8 enero 1920 (REGER, 41, 9).

(6) RVO., art. 544 y art. 153, apart. 2 de la Constitución de 1919.

(7) Cuando el legislador otorga a la autoridad administrativa la facultad reglamentaria en una materia (cfs. supra § 5), le confiere también la potestad discrecional. Y puede ser incluso sin límites. Cfs., por ejemplo, la primera ley de autorización del 13 octubre 1923, art. 1: « El Gobierno del Reich está autorizado para tomar las medidas (son, en primer término, ordenanzas) que juzgue necesarias y urgentes en asuntos financieros, económicos y sociales. Puede en tal caso apartarse de los derechos fundamentales de la Constitución del Reich ». Cfs. además la segunda ley de autorización del 8 diciembre 1923 (derogada en 15 febrero 1924).

(8) LANDMANN-ROHMER, « Komm. z. GewO., I, 8.ª ed., 1927, págs. 401 y s.

ciioso-administrativos sólo pueden reparar violaciones del Derecho causadas por los órganos de la Administración. Las cuestiones de la potestad discrecional se sustraen al control de los Tribunales contencioso-administrativos (9).

Sin embargo, las normas de la ley son también ineludibles para el poder discrecional. Por eso, la cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina, es, por sí misma, una cuestión jurídica y no una cuestión de apreciación (10). La extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su poder discrecional: a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia; al ejercer aquélla su potestad discrecional no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la ley quiere que se tengan en consideración. Jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional equivale a una extralimitación (11).

(9) DYROFF, « Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz », 6.ª ed., 1925, págs. 502 y s. Por lo demás, cfs. infra § 16. Frente a la potestad discrecional que ejerce la autoridad administrativa para dictar ordenanzas jurídicas, existe un derecho de revisión de todos los Tribunales, en el sentido ya mencionado. Cfs. sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 5 enero 1920 (REGER, 41, 153). Un reglamento de policía que excluye a las mujeres como operadoras de películas, es nulo por suponer un abuso de la potestad discrecional.

(10) La cuestión tiene cierta importancia para la jurisdicción administrativa. Al examen de los Tribunales contencioso-administrativos son sustraídas las cuestiones que pertenecen al poder discrecional. Pero el apreciar si la autoridad administrativa podía obrar discrecionalmente, es cuestión jurídica; ello no pertenece, por consiguiente, a lo discrecional exento de revisión judicial. Cfs. FLEINER, « Einzelrecht und öffentliches Interesse », págs. 6 y ss. (Festgabe für Laband, II, 1908). Especialmente v. LAUN, « Freies Ermessen », págs. 220 y ss., y también infra § 16.

(11) Ejemplos: La policía puede imponer limitaciones a la libertad de cada ciudadano; pero sólo puede hacerlo para conseguir fines propios de su función, y no para lograr ventajas pecuniarias. La policía no está facultada para prohibir a un particular la colocación de un sillón de playa a la orilla del mar, que pertenece al uso público, para obligarle a pagar un derecho de aprovechamiento, impuesto — injustamente — por el Municipio. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 18 mayo 1909 (Entsch., vol. 54, pág. 262). Corresponde a la obra de R. v. LAUN, arriba citada, nota 1, « Das freie Ermessen und seine Grenzen », 1910, el mérito de haber examinado escrupulosamente la importancia del abuso de la potestad discrecional. Cfs. especialmente su tesis en las páginas 175, 183, 203, 208, 216, 230, 265, 267. Es, además, ilegal la orden de la policía, que prohíbe a un dueño de un cinematógrafo dar las funciones autorizadas para un día determinado, a fin de impedirle que haga competencia a un concierto público anunciado para el mismo día. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 1 octubre 1909 (Entsch., vol. 55, pág. 459). Existe abuso del poder discrecional si una autoridad niega arbitrariamente la concesión de un establecimiento de bebidas, alegando, en contradicción evidente con la situación de hecho, la falta de necesidad (Ley industrial, art. 33). Por otra parte, existe en todos casos una extralimitación de las facultades discrecionales, si se ejercen en relaciones jurídicas que están reguladas por normas fijas; la policía goza de facultad discrecional en la elección de medios para evitar las perturbaciones del descanso nocturno, pero abusa de tal facultad si disuelve una reunión pacífica del Ejército de Salvación, para acallar las manifestaciones hostiles del populacho. Cfs. FLEINER, « Staatsrechtl. Gesetze Württembergs », 1907, pág. 496. Del mismo autor, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », pág. 335. En la jurisdicción contencioso-administrativa francesa se presenta el concepto del *détournement de pou-*

Como quiera que la voluntad propia de los órganos ejecutivos tropieza con las limitaciones precisas del orden jurídico, no es raro que las autoridades administrativas intenten conseguir, mediante un convenio de Derecho privado, la libertad que el Derecho público les deniega. Esta práctica nace del anhelo de imponer al ciudadano por este procedimiento prestaciones que no se pueden obtener por las formalidades del Derecho público. Como necesaria premisa para ello requiere que las autoridades tengan un punto de referencia para inducir al ciudadano a concluir con ellas un contrato de Derecho privado. Esto ocurre en los casos en que el ciudadano solamente pueda ejercer una actividad por él solicitada a base de una autorización o consentimiento oficial, cuyo otorgamiento depende en parte o totalmente de una decisión discrecional de la autoridad (permisos de policía industrial o de policía de edificaciones, dispensa de una prohibición de construir, etc.). En estos casos, la autoridad puede poner como condición para el permiso que el ciudadano se obligue por los procedimientos del Derecho privado frente a la Administración pública (cesión gratuita de terreno para instalar un jardín municipal frente a la casa; contribución por el dueño a los gastos que se hagan para mejorar su calle, etc.) (12). Los Tribunales civiles protegen generalmente tales contratos (13); pero este criterio es erróneo, porque cuando el legislador somete una materia al Derecho público excluye generalmente para la misma la aplicación del Derecho privado (14).

voir como un caso especial del *excès de pouvoir*. « Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui,.... tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré... » HAURIU, « Précis de Droit administratif », 11.ª ed., 1927, pág. 419. FLEINER, « Einzelrecht und öffentl. Interesse », páginas 11 y 12 (Homenaje a Laband, II). BÜHLER, « Subjekt. öffentl. Rechte », páginas 174 y s.

(12) Cfs., por ejemplo, RGerZ. de 16 diciembre 1902 (Entsch., vol. 53, pág. 187): Para obviar la negación de la autoridad municipal a la solicitud de licencia para abrir un hotel (Ley industrial, art. 33, apart. 4) un hotelero se obliga contractualmente con dicha autoridad a no celebrar conciertos en sus jardines, aunque eso no hubiera podido ser impedido según la Ley industrial. Más ejemplos: Stölzel, « Rechtsweg und Kompetenzkonflikt », pág. 48. RGerZ. de 21 mayo 1892 (Gruchots Beiträge. 36, pág. 1183). FLEINER, « Einzelrecht und öffentl. Interesse », págs. 29 y ss. THELEMANN, « Die Servitut als privatrechtliches Mittel zur Unterstützung städte- und strassenbaulicher Bestrebungen im Einzelfalle » (PrVbl., 34, 118). BALTZ-FISCHER, « Preuss. Polizeirecht », 5.ª ed., págs. 288, 291.

(13) RGerZ., vol. 67, pág. 291; vol. 73, pág. 19. J. BIERMANN, « Die Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zum Vorteile der Allgemeinheit » (Homenaje a Otto Gierke por sus discípulos, amigos y admiradores, 1911, pág. 89). Criterio sustentado por E. KAUFMANN, « Verwaltung, Verwaltungsrecht », pág. 715 (WBSt. VR., 2.ª ed., III).

(14) Para este caso es aplicable el antiguo proverbio jurídico: *Quum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti* (De regulis iuris, in Sexto). Una excepción: El Estado sólo hace uso de la expropiación después de haber intentado adquirir una finca o terreno concluyendo un contrato privado, sin haberlo conseguido. Los dos caminos, el del Derecho privado y el del Derecho público, están desde un principio expeditos. Esto no se cimenta en un precepto especial de la legislación de expropiación, sino en el dualismo expuesto en el § 21, según el cual el dominio del Estado sobre sus cosas se regula por las normas del Derecho privado; y el Estado, por consiguiente, con independencia de su posición de Derecho público, puede adquirir propiedad con las formalidades ordinarias del Derecho privado.

La autoridad no puede conseguir un resultado jurídico por la vía del Derecho privado; por consiguiente, un contrato concluido sobre tal materia entre autoridad y súbdito no produce efectos jurídicos. Por lo tanto, si un Municipio se hace prometer del propietario de una finca colindante con la vía pública prestaciones que no tienen apoyo en el Derecho de construcciones vigente (cesión gratuita de una parcela de un fundo; promesa de no edificar sobre ciertas parcelas, etc.), tal promesa no origina para el Municipio derecho alguno de carácter privado ni público. Por eso, semejante obligación no puede ser inscrita en el Registro de la Propiedad como una carga de la finca colindante (15); le falta un fundamento jurídico material.

II. En general, poco importa para la determinación de la naturaleza de una relación jurídica el carácter de lo que se adeude con motivo de esta relación. Prestaciones que el Estado y ciudadanos se deben mutuamente en virtud del Derecho público pueden también ser objeto de una relación de Derecho privado: los pagos en metálico, las prestaciones de servicios, las limitaciones de la propiedad, etc. Lo único que decide el carácter jurídico de una relación es la circunstancia de que ésta arraigue en el Derecho privado o en el Derecho público. Esto se demuestra claramente en el cumplimiento de deberes públicos, tanto por parte del Estado como del súbdito. Nada obsta a la naturaleza del servicio prestado por el Estado, el que esté desempeñado por un funcionario nombrado por procedimientos de Derecho público o por un obrero contratado según los modos del Derecho privado. Asimismo, cuando el Derecho público obliga al ciudadano a satisfacer impuestos públicos o a prestar garantías por contribuciones especiales, para el cumplimiento de estos deberes de Derecho público sólo se hace uso de las formalidades de Derecho privado sobre transmisión de la propiedad (16) y establecimiento de garantías hipotecarias. Únicamente las pretensiones por las cuales un ciudadano interesa del Estado la realización de actos de soberanía, acusan específicamente contenido de Derecho público, el otorgamiento de protección jurídico-pública, la expedición de una orden, etcétera.

(15) RGerZ. de 7 junio 1902 y 11 octubre 1905 (Entsch., vol. 51, pág. 418; vol. 61, pág. 338). « Bad. Rechtspraxis », 1908, pág. 72. DJZ., XVI, 478 (infra). Para conferir carácter de Derecho público a tales promesas, la legislación de Sajonia y Baden en materia de edificaciones ha transformado estos deberes contraídos voluntariamente en gravámenes de Derecho público que afectan a las fincas interesadas y deben inscribirse, por lo tanto, en el Registro de los gravámenes de construcción. W. JELLINEK, 187. Cfs. infra § 12.

(16) Como para el concepto del patrimonio activo y pasivo de una persona sólo es decisivo el valor económico de los derechos y no su origen, serán admitidos también en el concurso de esta persona los créditos de carácter público, por ejemplo, los tributos públicos. Ley de concursos, art. 1, art. 61, núm. 2 y el comentario de JÄGER al art. 61, notas 16-20. Von Tuhr, « Allg. Teil des Bürgerl. Rechts », I, pág. 317. KORMANN, « Rechtsgeschäftl. Staatsakte », pág. 121. BECKER, RAO., 5.ª ed. Nota 7 al art. 98. BÜHLER, « Lbch. d. Steuerrechts », I, pág. 491. Cfs. infra § 27.

Cualquiera que sea el objeto de la prestación, ni la autoridad administrativa puede exigir del ciudadano, ni el ciudadano de la autoridad administrativa, otra cosa que lo que la ley prescribe (17).

§ 11. Sujetos de las relaciones de Derecho administrativo

I. El Derecho administrativo regula las relaciones entre el Estado soberano (o una Corporación pública equivalente) y las personas sometidas a su mando: súbditos, ciudadanos, particulares. Por lo tanto, el Estado y los particulares son los sujetos de las relaciones de Derecho administrativo (1). Por la desigualdad de las personas participantes y el valor diferente de los intereses recíprocos, estas relaciones se distinguen netamente de las del Derecho privado. Pero, por otra parte, se da origen a relaciones jurídicas personales, al igual que en las obligaciones del Derecho privado.

1. Este carácter puramente personal se muestra por parte del Estado en el sentido de que éste no se excluye de la relación jurídica aun cuando ceda a una Empresa privada la facultad de hacer efectivos los derechos que nacen de la relación (2). Por lo tanto, en estos casos no cambia la naturaleza de las obligaciones debidas por el particular a la Empresa; los deberes del expropiado son los mismos tanto si es el Estado quien expropia, como si ha cedido su derecho de expropiación a una Compañía de ferrocarriles privada (3); los impuestos, derechos y contribuciones que el ciudadano ha de pagar, conservan la índole de contribuciones de Derecho público, aun cuando el Estado o

(17) Ejemplos: a) El importe de la expropiación tiene que consistir regularmente en dinero. El expropiado no está obligado a tomar otros valores. RGerZ., vol. 41, pág. 257. b) La ley de Baviera autoriza a los Municipios para que impongan a los dueños de casas la obligación de limpiar la calle. Una ordenanza municipal de Munich de 1895 dispuso luego que la Ciudad se haría cargo de la limpieza de la calle, pero que los propietarios tendrían que pagar tasa a la ciudad en lugar de la prestación de servicio (limpieza de la calle). El Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera ha declarado inadmisibles este criterio en 18 octubre 1899 (Sammlung, 21, pág. 5). Cfs. además «Entsch. des preuss. OVG.», vol. 54, pág. 328. c) El ciudadano no tiene ningún derecho a percibir compensaciones en metálico en lugar del «aprovechamiento comunal» consistente en productos en especie (madera, hierbas), y, viceversa, no puede permitirlo el Municipio sin una autorización legal. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Baviera de 23 diciembre 1896 (Sammlung, 18, pág. 125).

(1) Sobre el concepto de relación jurídica en sentido amplio, cfs. v. THUR, «Allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts», I, pág. 125. En este capítulo no nos ocupamos de las relaciones entre titulares de la Administración pública (entre el Estado y los Municipios, entre Municipio y Municipio, etc.). Sobre el particular se ha hablado anteriormente (§§ 6 y 7). Tampoco nos ocuparemos en él de las llamadas relaciones mancomunadas de Derecho público; cfs. supra § 4.

(2) La empresa privada está investida en tales casos de una participación del Poder público, pero sólo *quoad usum sed non quoad ius*; en este sentido discrepo de JACOBI, «Arbeitsrecht», pág. 379. Este mismo criterio sustenta OTTO MAYER, II, pág. 263.

(3) LAYER, «Prinzipien des Enteignungsrechts», 1902, págs. 227 y ss. OTTO FISCHER, «Expropriationsverträge», 1910, págs. 7 y ss.

el Municipio hayan arrendado (4) a un particular su cobro, etcétera (5).

2. Con tanta evidencia como para el Estado, se presenta el carácter puramente personal de la relación jurídica también de parte del súbdito (6). Los derechos y deberes públicos se hacen inherentes a la persona para la cual han sido establecidos. En principio, son intransferibles y desaparecen con el titular. Un cambio en la persona equivale a un cambio de la relación jurídica (7). Por lo general, no hay ni una sucesión universal ni singular en los derechos y deberes públicos (8). En la práctica abundan los ejemplos; el concesionario de un ferrocarril no se libera de sus deberes frente al Estado ni pierde sus derechos de concesión por la venta de su empresa; el poseedor de una «concesión industrial» no lega a sus herederos los derechos de la concesión (9); el propietario de un solar que da a la vía pública y por ello deba contribuir a los gastos que su conservación origine, queda obligado frente al Estado aun después que ha traspasado la propiedad de la finca a un tercero (10); el comprador de una finca no responde de las contribuciones que su predecesor tenía pendientes de pago, etc. (*)

(4) Sentencias del Tribunal Contencioso-administrativo bávaro de 18 octubre 1899 y 27 noviembre 1903 (Sammlung, 21, pág. 5; 25, pág. 25 y las sentencias aquí citadas). KAMPRZ y DELIUS, «Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts», I, pág. 201.

(5) Sobre la Sociedad alemana de Ferrocarriles del Reich a la que éste ha concedido el derecho de explotación, cfs. supra § 8.

(6) JELLINEK, «System der subjekt. öffentl. Rechte», pág. 343. EDGAR LOENING, «VerwArch.», 7, pág. 62. KORMANN, «Rechtsgeschäftliche Staatsakte», págs. 138, 199 y ss.

(7) Cfs. sobre esto las explicaciones de v. THUR, «Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts», I, § 5.

(8) RUD. BOVENSIEPEN, HWR., IV, 714. W. JELLINEK, VerwR., 185 y s.

(9) Según el art. 46 de la Ley industrial puede continuar la explotación de una industria, después de la muerte del industrial, la viuda durante su viudez, o cuando existen herederos menores de edad, una persona competente que los represente. En estos casos no hay ninguna transmisión de derechos, y comprenden a la viuda aun cuando ella no sea heredera. El legislador ha concedido a las personas citadas un derecho independiente sobre la continuación del ejercicio de una empresa existente (un bar, un sanatorio, etc.) por razones de equidad. SCHULTZENSTEIN, «Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht» (VerwArch., 10, 113). LANDMANN-ROHMER, GewO., I, 8.ª ed., pág. 617. VON SEYDEL-SCHNEIDER, «Gewerbepolizeirecht», 1910, pág. 46. Por la venta o arrendamiento de una fonda la concesión del servicio de bebidas no pasa al adquirente (cfs. infra § 25). Las consecuencias de Derecho civil que tiene esto para el comprador o arrendatario que no recibe la concesión, las expone el Tribunal Supremo de Brunschwig en una sentencia de 13 enero 1910 (DJZ., 15, 1472). Cfs. también KULITSCH, «Oesterreich. Gewerberecht», I, 2.ª ed., págs. 343 y ss.

(10) Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 1.º julio 1912 (DJZ., 18, 415). Por esto, la caución que en virtud de las ordenanzas de construcción depositó el que adquirió una licencia de construcción, para responder del pago de las cuotas de urbanización, no favorece, en caso de duda, al que compró luego la finca al dueño anterior. Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia de 17 enero 1912 (Jahrbücher, 18, 122).

(*) Contra, Derecho español. Cfs. hipoteca tácita que sobre los inmuebles establece el n.º 5 del art. 168 y el art. 218 de la Ley hipotecaria, por la anualidad vencida y la corriente, de las contribuciones que gravan a aquéllos.

(11). Es evidente que las cláusulas de un contrato entre comprador y vendedor, según las cuales el comprador de la finca asume las cargas públicas que incumben al vendedor, no pueden producir más que efectos de derecho civil entre las partes contratantes, y no ejercen ninguna influencia sobre la relación de Derecho público entre el Estado y el obligado (12).

La apariencia de una sucesión de Derecho público se origina en los casos en que los deberes y derechos públicos son « afectados » a fincas, como se dice en el lenguaje corriente, surtiendo tales efectos que quien en cada momento resulta propietario o poseedor deviene titular de los derechos y obligaciones en cuestión frente a la Administración pública. Pero aquí no se trata de sucesión jurídica, sino de una designación indirecta del particular que tiene derechos o deberes; la posesión de una determinada finca debe ser la premisa para el nacimiento de un derecho o un deber público (13). De esta manera se fija, según varias leyes alemanas, por ejemplo la persona del obligado al pago de las contribuciones por colindancia de alcantarillado, etc. (14). Pero no por eso estos deberes de contribución

(11) Sentencias del Tribunal Supremo administrativo de Prusia, de 7 diciembre 1908 y 26 enero 1909 (Entsch., vol. 53, pág. 108; vol. 54, pág. 77). GERMERSHAUSEN, « Wegerecht und Wegeverwaltung in Preussen », 3.ª ed., 1907, I, págs. 844-845. « Jahrbücher für württemb. Rechtspflege », vol. 15, pág. 369. Otro ejemplo: En el año 1896 el propietario de una finca se obligó por escrito ante la autoridad competente en materia de edificaciones, a no construir más que una sola casa en ella, y contrajo esta obligación « para él y para los que le sucedieran en aquella propiedad ». El sucesor de la propiedad quiere, contraviniendo esta declaración, construir una segunda casa. La autoridad competente niega la licencia para construir, mostrando el compromiso suscrito por el predecesor. La sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia ha desautorizado esta tendencia de la policía de construcción (sentencia del 5 julio 1905). La obligación del predecesor no es transmisible a su sucesor (Jahrbücher, 8, pág. 27; 9, pág. 14). Hay que tener presente que desde que se puso en vigor la Ley general de obras y construcciones para el Reino de Sajonia, de 1.º julio 1900, art. 2, pueden ser establecidas obligaciones de esta clase como « cargas públicas » de las fincas correspondientes. Cfs. infra § 11, pág. 126. Cfs., además, en el sentido sustentado en el texto, la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera de 5 mayo 1897 (Sammlung, 18, pág. 282).

(12) RGerZ. 6 abril 1900 (Entsch., vol. 46, pág. 245). STÖLZEL, « Rechtsweg und Kompetenzkonflikt », págs. 31 y ss., 48. KAMPTZ y DELIUS, « Rechtsprechung des RG.s und des KG.s auf den Gebieten des öffentl. Rechts », I, pág. 241, núm. 15; 242, núm. 19. GERMERSHAUSEN, « Wegerecht und Wegeverwaltung », I, pág. 445. Ley de aguas de Prusia de 7 abril 1913, art. 113.

(13) Tales obligaciones que se originan en el Derecho público, forman regularmente una de las categorías de las « cargas públicas » de una finca. Cfs. Ley del Reich sobre el procedimiento ejecutivo, de 24 marzo 1897, art. 10, núm. 3. SOERGEL, V, 493 (cargas reales de Derecho público). Cfs. también infra § 26.

(14) Cfs., por ejemplo, la Ley de caminos vecinales de Baden del 15 octubre 1908, arts. 22-25 y además el comentario de OTTO FLAD, 1909; ley de Baden para aplicación de la de procedimiento ejecutivo del Reich, art. 3, núm. 6. Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Baden del 18 diciembre 1911 (Bad. Verw. Zft., 1912, pág. 184). Para Prusia: Sentencias del Tribunal Supremo contencioso-administrativo del 19 noviembre 1907 y otros anteriores. DJZ., 15, 206. Sobre « Dinglichkeit » (carácter real) de las contribuciones sobre alcantarillado en Prusia, cfs. NÖLL-FREUND, Kommunalabgabengesetz, 8.ª ed., 1919, comentario al art. 9, y KOSSMANN, PrVBl., 39, págs. 364 y 375. Cfs., además, K. FRIEDRICH, « Ueber öffentl. dingliche Rechte » (PrVBl., 39, 1918, pág. 297) y bibliografía en W. JELLINEK, 180, 201. También la calidad de miembro de una asociación de Derecho público y los derechos y obligaciones a ella vinculados, pueden tener su origen en la posesión de una finca. Cfs. supra, §§ 6 y 7.

se convierten en cargas « reales » (15) en el sentido que con la finca se traspasan del predecesor al sucesor. Si la ley no se pronuncia de otra forma, el comprador no responde más que de las contribuciones pagaderas durante el tiempo de su posesión y que le han sido exigidas, mas no de las contribuciones adeudadas por su causante; si bien en la duda se entiende que responde de su pago no sólo con la finca, sino con todo su patrimonio (16). Resulta, pues, que con la toma de posesión la relación jurídica se establece nuevamente entre cada nuevo poseedor y la Administración pública.

Casos análogos a los expuestos presentan otro matiz. Al conceder una licencia de construcción o un permiso industrial para establecer una fábrica, o al otorgar una concesión para una presa, etc., la autoridad en su examen se ha de limitar a los elementos reales de la empresa. El peticionario es considerado únicamente como propietario de determinada finca o empresa. De ahí que, por lo regular, el acto administrativo provocado por él no sólo se dicta para esta persona, sino que tiene valor para las personas desconocidas que ulteriormente le sucedan — a título universal o singular — por los medios de Derecho privado, en la posesión de la finca o empresa afectada (17). En una palabra, es titular de los derechos y deberes fundados en la ley o en un acto administrativo el eventual propietario o poseedor.

Sin embargo, de todo esto no debe concluirse que la sucesión jurídica sea completamente desconocida en el Derecho público (18). Pertencen al patrimonio de una persona aquellas relaciones de Derecho público cuyo fin inmediato es proporcionar al particular un crédito

(15) Con el término *Dinglichkeit* (carácter real) se cometen verdaderos abusos. Bajo tal rótulo se resumen varias cosas, especialmente: 1.º, la responsabilidad hipotecaria de una finca por un derecho público (cfs. sobre esto ENDEMANN, « Bürgerl. Recht », II, § 110; cfs., también, infra, § 27); 2.º, la norma que hace que la posesión de una finca constituya un supuesto para una obligación de contribuir; 3.º, que para la sucesión de una finca se participe en la sucesión de los derechos y obligaciones de carácter público.

(16) Es una cuestión aparte la de si la finca es responsable hipotecariamente de contribuciones atrasadas. Cfs. sobre esta cuestión infra, § 11.

(17) OTTO MAYER, I, 3.ª ed., pág. 246. W. JELLINEK, « Gesetz, Gesetzesanwendung », pág. 152. DJZ., 16, pág. 224 (Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Sajonia, 11 septiembre 1909). La jurisprudencia habla en tales casos de « derechos reales públicos ». NIEDER, « Württ. Wassergesetz, 1902, pág. 288. GIERKE, « Deutsches Privatrecht », I, pág. 264; II, pág. 605. Ley de aguas de Prusia, de 7 abril 1913, art. 46, apart. 3.: « La concesión puede ser otorgada a petición del interesado, de manera que el derecho vaya unido con la propiedad sobre una finca. » Cfs., por el contrario, la ley de la Confederación Suiza sobre la utilización de las fuerzas hidráulicas, del 22 diciembre 1916, art. 42: « La concesión puede ser transferida a otra persona únicamente con el consentimiento de la autoridad concesionaria... » Se discute si la « concesión de obras » surte efecto, sin más, en favor también de los sucesores en la posesión. Expresamente le asigna esta eficacia la ley de Baden de 1907 en materia de edificaciones, art. 125 (cfs. sobre esto ROTR, « Bad. Landesbauordnung », 1925). En Prusia se ha discutido la efectividad de esta tesis. P. ACKERMANN, « Baukonsens nach preuss. Recht », 1910, pág. 146. La Ley industrial, art. 25, deja en vigor la autorización una vez otorgada a determinadas industrias (arts. 16 y 24) « aun cuando el establecimiento pase a un nuevo adquirente ». LANDMANN-ROHMER, « GewO. », I, págs. 290-291. W. JELLINEK, 202 y s.

(18) Sobre la sucesión en el derecho y en la relación jurídica, cfs. v. TURR. Allg. Teil des Bürgerl. Rechts », I, págs. 219 y ss.

frente al Estado o imponerle una deuda pecuniaria en favor del mismo. La característica del concepto jurídico de patrimonio es el valor pecuniario; pero es indiferente el origen de un derecho singular, es decir, la circunstancia de si ha sido motivado por el Derecho privado o por el Derecho público (19). Por lo tanto, como parte integrante del patrimonio, también una relación de Derecho público llega a ser susceptible de transmisión jurídica (20). En primer lugar mediante la sucesión jurídica universal. Los créditos y deudas del testador que tienen su origen en el Derecho público, pasan, junto con el resto de su patrimonio, a los herederos como tales. Conforme a eso, los herederos son responsables, por ejemplo, de los impuestos adeudados o defraudados (21), contribuciones por colindancia vencidas (22), obligaciones, etc., del testador; de otra parte tienen derecho al cobro del sueldo (23) y de las prestaciones de la Caja de socorro (24) que el testador hubiera devengado hasta su muerte, y que no hubiese recibido todavía, etc. Por las razones expuestas hay que concluir que el particular puede transferir a otro derechos públicos de valor pecuniario (sueldo a cobrar, demandas por indemnización de Derecho público, etc.) y originar una sucesión parcial de estos derechos (25). Pero la legislación restringe muchas veces la libre alienabilidad en virtud de disposiciones que declaran ciertos derechos como « estrictamente personales », impidiendo por lo tanto que puedan ser transferidos de un sujeto a otro. Junto con la inalienabilidad se declara regularmente la imposibilidad de pignorarlos. Con disposiciones de tal índole, el legislador cuida de que se consiga el fin pecuniario inmediato, para el cual él ha acordado estas trabas jurídicas. Recuérdense las restricciones que se ponen al derecho de transferir o pignorar los subsidios de la Caja de socorro, pensiones de invalidez (26), sueldo y derechos pasivos de los funcionarios (27). De otra parte, la sucesión parcial en los deberes resulta también un caso raro en el Derecho público. No ocurre más que en el caso de una prescrip-

(19) V. TUHR, « Allg. Teil », I, pág. 317.

(20) UNGER, « Oesterreich. Privatrecht », II, § 74. REGELSBERGER, « Pandekten », I, § 122.

(21) RAO., art. 87 y el comentario de BECKER.

(22) PrOVG., 7 diciembre 1908 (Entsch., vol. 53, pág. 110).

(23) En cambio, la pretensión al llamado *Sterbegehalt* (pensión por defunción), que percibe la familia del empleado hasta tres meses después del día de su fallecimiento, no es parte integrante de la herencia, sino un derecho legal de determinadas personas pertenecientes a la familia del muerto (viuda, hijos, etc.). Ley de funcionarios del Reich, del 17 mayo 1907, art. 7.

(24) SOERGEL, I, pág. 307, núm. 30; II, pág. 413, núm. 58.

(25) V. TUHR, « Allg. Teil des Bürgerl. Rechts », I, pág. 219. JOSEF, « Abtretung öffentl. rechtl. Forderungen » (VerwArch., 30, 475).

(26) Cfs. RVO., art. 119.

(27) Ley de funcionarios del Reich, art. 6 y la sentencia del Tribunal del Reich de 30 junio 1911 (DJZ., vol. 16, 1274; vol. 17, 157). Tampoco es transferible la pretensión de los diputados del Reichstag sobre indemnización de gastos. Ley del Reich sobre indemnización de los miembros del Reichstag de 10 julio de 1920, art. 6.

ción legal expresa (28). Se equipara a ella la aceptación voluntaria de un deber público por parte de un particular (cfs. infra § 12).

El contenido de la relación jurídica no sufre variación por el cambio de personas; así, la demanda de los herederos del funcionario en reclamación del sueldo devengado conserva, respecto al sueldo del funcionario, su naturaleza de Derecho público; igualmente la exigencia del Estado instando a los herederos al pago de los impuestos atrasados o defraudados continúa siendo una pretensión de Derecho tributario. Por lo tanto, el heredero tiene que hacer valer su derecho contra el Estado por el mismo procedimiento que el funcionario mismo hubiera demandado su sueldo (29). Por otra parte, el Estado puede reclamar del heredero obligado los impuestos debidos, por el procedimiento

(28) Así la Ley general de obras y construcciones para el reino de Sajonia, de 1.º julio 1900, art. 2, dispone sobre todo que las obligaciones de que se hacen cargo los propietarios de fincas con respecto a sus fincas en materia de policía de construcciones, por una declaración dada a la autoridad de policía de construcciones o a la autoridad municipal, tienen el carácter de gravámenes de Derecho público que pesan sobre las fincas afectadas y se transmiten sin más al sucesor en la propiedad. Cfs. sobre esto el « Kommentar zum Allg. Baugesetz » de RUMPELT, 4.ª ed., 1911, pág. 85 y ss. Para la publicidad de las obligaciones jurídicas que gravan la construcción, tienen que llevar los Municipios, en donde lo requiera la necesidad, un Registro de cargas reales públicas (art. 4 de la ley cit.). Ya antes de entrar en vigor la ley general sobre edificaciones, la jurisprudencia había atribuido efectos de Derecho público a las declaraciones de esta clase hechas por el propietario de la finca; pero su eficacia quedaba reducida a aquella persona que había tomado a su cargo la obligación. « Jahrbuch des Kgl. Sächs. OVG. », VIII, pág. 27; IX, pág. 14. La Ley de caminos vecinales de Baden, del 15 octubre 1908, ha ampliado la institución en su art. 27, apart. 1, aceptando una sugestión de WALZ (Bad. VerwZ., vol. 35, 1903, pág. 276): « Las obligaciones especiales que no resultan de las prescripciones generales de policía en materia de edificación sino que, versando sobre la restauración de edificios o sobre el compromiso de no edificar en un inmueble o en algunas de sus partes, así como sobre la manera de utilizar los edificios o partes de ellos, asumen, frente a las referidas autoridades gubernativas y por indicación de las mismas, los propietarios que deseen adquirir una licencia de construcción, bien para sí, bien para otros interesados, se consideran gravámenes de Derecho público que pesan sobre los inmuebles afectados, si están inscritos en el registro de gravámenes de construcción, y pasan como tales a todo adquirente posterior de la finca. » Cfs. sobre esto el comentario de FLAD, 1909. Más lejos llega aún la nueva Ordenanza de construcciones para Württemberg, de 28 julio 1910, art. 99, pues introduce un Registro de gravámenes de construcciones, y en el cual se inscriben las obligaciones legales de contribuir a los gastos de construcción de canales, carreteras y otros, y la inscripción tiene como efecto que la obligación grava sobre la finca del obligado como una carga de Derecho público y se transmite con la propiedad a los sucesores. Además, es responsable cada propietario personalmente por las obligaciones devengadas mientras disfrute de la propiedad. « El mismo efecto producen las especiales obligaciones de Derecho público que no resultan de las prescripciones generales de la policía de construcción; tales obligaciones que contrae el propietario frente a la policía de construcción o a la autoridad municipal, comprometiéndose a no elevar más el edificio o a seguir determinadas normas en caso contrario, producen el mencionado efecto si se inscriben en el Registro de las cargas de construcción. » OTTO HINSCH, « Die Baulasten im Sinne des art. 99, parte 3, der Württemberg. Bauordnung. Heidelberg », tesis doctoral, 1912; también apareció en « Württ. Z. f. Rpf. und Verw. », 5, 1912.

(29) Sentencias del Tribunal del Reich, de 1.º marzo 1886 (Entsch., vol. 15, pág. 274). KAMPTZ y DELIUS, « Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts », I, pág. 25.

que se usa para la recaudación de los ingresos de carácter público (30) (*).

Fuera del dominio del Derecho patrimonial, a que hicimos referencia, una sucesión en las relaciones de Derecho público no ocurre más que a base de disposiciones legales especiales (31).

II. El concepto expuesto de la esencia de las relaciones de Derecho administrativo surtirá efectos también en otros aspectos.

1. Si la relación de Derecho administrativo origina un vínculo puramente personal entre determinados sujetos jurídicos, el Estado y el ciudadano, de tal relación no puede derivar un tercero derechos en su favor. Así, el fabricante que para proteger a los operarios monta en sus talleres las instalaciones requeridas por el Código de Trabajo del Reich (§ 120 a), o que dicta un reglamento de trabajo conforme a la misma ley (§ 134 a), cumple únicamente con un deber de carácter público frente a la Administración (32). Lo mismo sucede con el propietario de una casa que tiene que limpiar la acera o echar arena sobre ella en caso de helada, según disponen las Ordenanzas municipales, o con la Compañía de ferrocarriles que a tenor de la concesión ha de atender el alumbrado de las vías de acceso a la estación. Pero el tercero (obrero, viandante) no tienen ningún derecho a demandar (ante los Tribunales ordinarios o los contencioso-administrativos) al obligado, al efecto de exigirle el cumplimiento de su deber. Únicamente el Estado o el Municipio pueden tomar tal medida, porque la obliga-

(30) Cfs. la Instrucción de 28 noviembre 1899 sobre ejecución de la ordenanza prusiana de 15 noviembre 1899 concerniente al procedimiento de apremio en la exacción de tributos, arts. 2 y ss. KAUTZ, « Verwaltungszwangsverfahren », 1922, págs. 173 y siguiente.

(*) Sin embargo, con arreglo al art. 209 del reglamento de Derechos reales de 16 julio 1932, cuando los contribuyentes incurridos en multa en cualquiera de los casos previstos por dicho reglamento fallecieron antes que les fuere liquidada dicha responsabilidad, sus herederos quedarán dispensados del pago de la misma, si no hubiere denuncia particular, siempre que presenten los documentos o verifiquen el pago espontáneamente o dentro de los quince días siguientes al requerimiento que con tal objeto se les haga por la Administración; pero no lo estarán en ningún caso del pago del interés legal de demora.

(31) Así, del Derecho privado del inventor sobre su invención (Constitución del Reich, art. 158) se origina una pretensión de Derecho público a la concesión de la patente y el derecho a aceptar la patente concedida, lo mismo en la Ley de patentes del Reich de 7 abril 1891, como en la del 7 diciembre 1923. La pretensión y el derecho son, en una palabra, transmisibles por herencia y por compraventa. KOHLER, « Handbuch des Deutschen Patentrechts », 1908, págs. 410 y ss. GIERKE, « Deutsches Privatrecht », I, pág. 888. HABERLEIN, « Bedeutung und Wesen des Patentsanspruchs », 1913. OSTERRIETH, « Patentrecht », 1924.

(32) Respecto de los obreros, el reglamento de trabajo (Ley industrial, artículo 134 a) constituye una disposición de Derecho privado, dictada por un particular para el cumplimiento de una obligación de Derecho público; su objeto es procurar para los contratos de trabajo un contenido general. CARL KOEHNE, « Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht », 1901. JACOBI, « Arbeitsrecht », pág. 317 y s. KASKEL, « Arbeitsrecht », 3.ª ed., 1928, pág. 56 (en parte se aparta del criterio sostenido en el texto). Copiosa bibliografía en LANDMANN-ROHMER, « Gewerbeordnung », art. 134 a. Del mismo modo las sanciones que el patrono de una fábrica dispone en el reglamento de trabajo, a tenor del art. 134, núm. 4 de la Ley industrial, deben considerarse como penas contractuales. El dueño de la fábrica no posee frente al obrero ninguna competencia para imponer penas de carácter público. LANDMANN, « Gewerbeordnung », II, 6.ª ed., pág. 593. KASKEL, « Arbeitsrecht », 3.ª ed., pág. 148.

ción de dar cumplimiento al acto en cuestión se refiere a estas entidades. El tercero tiene facultad para denunciar la falta del deber a la autoridad competente de la Administración central o municipal, y de instar su intervención a menos que excepcionalmente la ley haya concedido al tercero un derecho subjetivo a la prestación del obligado (33). Pero aparte de todo esto, les queda el derecho de exigir indemnización en caso de que haya sufrido daño por el cumplimiento o incumplimiento defectuoso de los mencionados deberes de Derecho público (accidentes de obreros a causa de las deficientes medidas de protección (34), accidentes de peatones a causa de la mala limpieza de la acera, o del enarenado defectuoso, etc. (35). Esta demanda de indemnización debe ser juzgada según el Derecho civil.

2. Sin embargo, de la naturaleza personal de la relación jurídica no se concluye, para la resolución de la cuestión, que los derechos y deberes que dimanen de la misma hayan de ejercitarse o cumplirse en forma estrictamente personal.

El desempeño personal puede resultar automáticamente de la esencia de una relación jurídica; basta recordar el ejercicio del derecho de sufragio o la prestación del servicio militar obligatorio. Por otra parte, es cierto que en los casos en que el Estado persigue únicamente el éxito de la prestación sin importarle la individualidad del deudor, el obligado puede hacer cumplir su deber por una tercera persona (auxiliar). Así, por ejemplo, el propietario cumple perfectamente con su deber, cuando hace limpiar y enarenar la acera por sus dependientes. No por eso el dependiente que limpia la acera sustituye al obligado frente a la autoridad. Sólo el propietario queda responsable jurídicamente; responde a la autoridad de las equivocaciones o negligencias

(33) Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de Baviera, de 25 abril 1902 (Sammlung, 23, pág. 209). Cfs. también 19, pág. 4. Sentencia Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, del 31 marzo 1910 (Entsch., vol. 56, pág. 351).

(34) Así, la falta de dispositivos de protección en una fábrica puede parecer como infracción a una « ley protectora », en el sentido del Código civil, art. 618, y, por consiguiente, producir consecuencias jurídicas civiles en favor del obrero. JACOBI, « Arbeitsrecht », pág. 188 y s. KASKEL, « Arbeitsrecht », 3.ª ed., pág. 258. Además, considera la jurisprudencia de los Tribunales contencioso-administrativos de Sajonia y Brunswick que también ciertos preceptos de las leyes de construcción originan no solamente obligaciones frente al Estado, sino también derechos subjetivos en favor de los vecinos. VON GEHE, « Inwieweit lassen sich aus dem Baugesetz subjektive öffentliche Rechte ableiten? (Fischers Z., vol. 39, pág. 97). BRACHMANN, « Welche Vorschriften d. sächs. Baurechts dienen dem Rechtsschutz Dritter? » (id., vol. 42, pág. 213). Sentencia del Tribunal Supremo contencioso-administrativo sajón, 9 agosto 1911 (Jahrb. 17, 296). MORAWITZ, « Das subjektive öffentliche Recht und die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in Braunschweig » (Braunschweig. Z. f. Rechtspflege, vol. 57, 1910, pág. 2).

(35) Ejemplo: Si en virtud de una ordenanza municipal vigente el propietario de la casa está obligado a limpiar y enarenar la acera, responde de la indemnización al tercero que resbala en una acera no enarenada y se rompe una pierna. La Jurisprudencia considera que en un caso semejante el propietario de la casa ha faltado a « una ley que tiene por objeto la protección de un tercero » (Código civil, art. 23, apart. 2), pero este criterio es muy discutido. Cfs. sobre esto a LINCHELMANN en el « Archiv für Bürgerl. Recht », vol. 24, pág. 214 (además, también, vol. 13, pág. 78). SOERGEL, I, pág. 41, núm. 26; II, pág. 21, núm. 823. « Spruchsammlung », 1912 der DJZ., pág. 229. Cfs. más para detalles infra, § 21.

de sus empleados y no se exige de responsabilidad aun cuando pruebe que ha invertido la debida diligencia en la selección y aleccionamiento de la dependencia (36).

Por el contrario, se trata de una representación con carácter de Derecho público cuando la ley la haya admitido expresamente para una determinada relación pública, o cuando la sustitución se presenta como consecuencia necesaria de una representación jurídica, merced a la cual el representante debe obrar en lugar del representado, con validez jurídica, en todas las relaciones patrimoniales. Ejemplos de ello los muestra, de una parte, la disposición del Código de Trabajo del Reich (art. 45), según el cual las atribuciones para explotar una industria pueden ser desempeñadas por sustitutos (37); y, de otra, la representación legal del tutor por el pupilo, del marido por la mujer (38), del liquidador por el quebrado, etc. En tanto que la autoridad reconoce la representación debe atribuir al representado los actos que el representante gestione frente a ella; cumplimiento del deber de fijar en sitio visible las Ordenanzas de policía industrial, de limpiar la acera, etc., pero como es el representante quien ha de cumplir frente a la autoridad las obligaciones de Derecho público impuestas al representado, en caso de infracción de estas obligaciones, las sanciones y medidas coactivas para vencer resistencias, pueden ser dirigidas únicamente al representante. El castigo ejecutivo alcanza pues al representante y sus bienes, y no al representado (39). Pero la legislación moderna

(36) El patrono se hace responsable frente a la autoridad, aun cuando demuestre que ha dado orden a sus empleados de cumplir las obligaciones públicas que le incumbían. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo del 28 Septiembre 1910 (PrVbl., 32, 602). Sentencia del Kammergericht de 20 julio 1910 (REGER, 31, 181). El propietario no puede transmitir al inquilino mediante un contrato la obligación administrativa de alumbrar las escaleras; aquél es el responsable frente a la autoridad. Sentencia del Kammergericht de 24 marzo 1922: de las pérdidas de agua causadas por defectos de instalación responde el propietario, no el inquilino (Jbch. KG, 54, 430). En cambio, el empleado que se ha comprometido contractualmente a limpiar la acera y que ha faltado a su obligación, se hace responsable frente a tercero, en el caso de que sea posible, civil (Código civil, 823, 831) y criminalmente. REGER, 27, pág. 462; 42, pág. 370; RGERZ., 63, pág. 308; 102, pág. 269. Sin embargo, el «Kammergericht» de Prusia declara que una orden de policía puede imponer la obligación de alumbrar las escaleras de una casa arrendada no solamente al propietario, sino también al administrador de la casa. Sentencia del «Kammergericht», del 15 marzo 1909 en Jahrb. KG, 37, C. 4. Por el contrario, es nula una disposición de policía que declara responsable criminalmente y de una manera exclusiva al administrador de la casa por el incumplimiento de las obligaciones de los propietarios (obligación de enarenar, etc.). «Kammergericht» 21 diciembre 1911. (SOERGEL, V, 40).

(37) Cfs. Ley industrial, arts. 45-47. LANDMANN-ROHMER, «GewO.», I, 8.ª ed., pág. 609 y s.

(38) Cfs. también Código civil, arts. 1385, 1388. SCHULTZENSTEIN, «Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und den Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem BGB.» (Arch. f. Bürgerl. Recht, vol. 29, págs. 168 y ss.; vol. 33, págs. 187 y ss.; vol. 38, pág. 265). SARAN, en PrVbl., 34, 775. JOSEF, ibidem, 45, 147. RGERZ., 10 junio 1909 (JW., 1909, 415). «VerwArch.», 30, 479.

(39) Esto está muy bien explicado en una sentencia del «Kammergericht» de Prusia, del 2 mayo 1901 (Jahrbuch KG., 22, C. 5): El propietario de una casa quiebra. Después de originarse la quiebra deja de limpiar la calle de su casa y la autoridad le impone una sanción por desobediencia. El «Kammergericht» declara la improcedencia de la sanción.

del Reich no hizo suyo este concepto: además del representante, también el representado queda afecto a responsabilidad subsidiaria para el pago de multa y fianzas (40).

3. ¿Pueden también las personas jurídicas ser sujetos de derechos y deberes públicos? Una rápida ojeada a la práctica nos permite asentar una respuesta afirmativa (41). El derecho de enarbolar el pabellón puede ser ejercido también por una persona jurídica para sus buques mercantes (42); la contribución industrial y el impuesto sobre la renta, los deberes que incumben al patrono según la legislación sobre el seguro obrero, los deberes de policía (deber de notificación, limpieza de las vías públicas, etc.), comprenden de igual manera a las personas jurídicas y a las naturales (43). Recordemos además la actividad administrativa encomendada a las Corporaciones de Derecho público (cfs. supra §§ 6 y 7). El límite más allá del cual los derechos y deberes públicos resultan inaccesibles a las personas jurídicas, está trazado por la misma naturaleza; todas las situaciones jurídicas que requieren una

Cuando por normas de Derecho público se impone cierta obligación a un propietario, éste sólo viene obligado a cumplirla si tiene posibilidad legal de ejercer su derecho de propiedad. Esta posibilidad no la tiene el quebrado, sino únicamente el administrador de la quiebra. Este tiene que preocuparse de la limpieza y a él tiene que dirigirse, por consiguiente, la autoridad. — Una confirmación del criterio sustentado en el texto contiene también la Ley industrial, art. 151: el representante es responsable y sufre las consecuencias. Los actos del representante contra las disposiciones de la policía serán imputables al principal (industrial) solamente cuando hayan sido efectuados con su conocimiento, y tuviera además capacidad para disponer. En el sentido esencial del texto: JOSEF, «Vertretung bei polizeiwidrigem Handeln. (PrVbl., 46, 395) y las sentencias: DJZ, 1908, 141. PrOVG, 28, 391; 43, 383; 70, 327. Así también la ley de seguros del Reich, art. 534. Parte de otro criterio SCHULTZENSTEIN, «Polizeiwidriges Handeln und Vertretung» (Verw. Arch., 14, págs. 1 y ss.). Este autor sostiene que el representado es únicamente el responsable. Por consiguiente, hay que dictar y ejecutar la sanción ejecutiva, por ejemplo, contra el pupilo y no contra el tutor. Esto conduce, a mi modo de ver, a una gran injusticia; pues al pupilo le falta la facultad jurídica para actuar (pagar tributos, etc.), y no obstante debe responder su patrimonio de las consecuencias de una acción (por el no pago de las contribuciones) que incumbe al tutor. Si la pena ejecutiva debe obrar sobre la voluntad remisa (cfs. infra, § 14), ¿cómo puede aquélla conseguir su fin si no alcanza a la persona sobre cuya voluntad debe obrar?

(40) Ley tributaria del Reich, art. 84: «..... Por imposición de multas y por las garantías en dinero que han sido reconocidas contra ellas (los representantes) y por gastos de apremios, que se les exigen responden además las personas que representan.» Cfs. Ley tributaria del Reich, arts. 83 y 85. BECKER, RAO., ed., notas 1-4 sobre art. 84. En la regulación de las relaciones de los particulares en materia de Derecho tributario, la responsabilidad del representado está determinada, en parte, como deudor solidario, y, en parte, como responsable subsidiario. BÜHLER, «Lehrbuch des Steuerrechts», I, págs. 138 y s. BÜHLER ve el motivo para esta regulación en el temor de que los fines de Derecho tributario podrían ser perjudicados por el aprovechamiento ilimitado de la representación. Sobre la responsabilidad solidaria de la mujer casada por tributos aducados por su marido (Ley tributaria del Reich, art. 95, apart. 2). FRIESECKE, JW., 1926, 1655.

(41) Cfs., también, BLÜHER, «Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen» (DJZ., 16, 1408). KULISCH, «Oesterreich. Gewerberecht», I, 2.ª ed., pág. 333.

(42) Ley del Reich sobre el derecho del abanderamiento de los buques dedicados al tráfico mercantil, del 22 junio 1899, art. 2. Cfs., también, Constitución del Reich, art. 3.º y de las dos ordenanzas sobre banderas alemanas, de 11 abril 1921 y de 5 mayo 1926.

(43) Sobre los deberes tributarios de las personas jurídicas: BÜHLER, «Lehrbuch des Steuerrechts», I, págs. 157 y s.

individualidad física no pueden atribuirse a las personas jurídicas. Por lo tanto, una Sociedad anónima, por ejemplo, no está obligada a pagar las contribuciones de carácter eclesiástico que se cobran a los adeptos de un determinado culto religioso (44). Por la misma razón, una persona jurídica no puede conseguir un permiso de policía para explotar industrias (o ejercer oficios) que requieren ciertas cualidades personales del poseedor de la concesión (buena reputación, certificado de aptitud, etc.) (45). Pero si una persona jurídica es capaz de ser titular directo de derechos y deberes públicos, los actos de sus órganos se presentan como actos de la persona jurídica misma (46); con ello se pone también de manifiesto que la voluntad del órgano no es otra cosa que la voluntad del hombre físico a quien la ley o el estatuto de la Corporación ha conferido el carácter de órgano. Por lo tanto, si la persona jurídica infringe un deber público frente al Estado, entonces la infracción la origina la persona física a quien, como órgano, incumbe el cumplimiento del deber: la coacción y las sanciones del Estado no pueden dirigirse más que contra esta persona física (47). Sin embargo,

(44) Pero el art. 137, apart. 6.º, de la Constitución del Reich ha dejado al Derecho territorial en plena libertad para regular la exacción de impuestos sobre las personas jurídicas, no obstante las garantías jurídicas del Reich sobre libertad de conciencia (art. 135). Cfs. los comentarios de ANSCHÜTZ, 8.ª ed., pág. 367, y de GIESE, art. 137, nota 10. Algunas leyes sujetan determinadas personas jurídicas al pago de contribuciones para las iglesias; tales son la Ley sobre las iglesias de Württemberg de 3 marzo 1924, art. 29 y la Ley tributaria de asociaciones eclesiásticas de Baviera, del 1 agosto 1923, art. 8.º. GIESE, JahrböfFR., 13, págs. 260, 277, 307. SCHWARZLOSE, HWSuW., 4.ª ed., V. 686. Para el Derecho anterior: F. GIESE, «Deutsches Kirchensteuerrecht, 1910 (Kirchenrechtl. Abhandlungen, v. STUTZ, 69-71). Para Suiza, FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», pág. 331.

(45) Cfs. los oficios consignados en la Ley industrial, arts. 29, 30, 30 a, 31, 32, etc. La opinión dominante (REGER, 33, 324) sostiene que una persona jurídica no puede ejercer la industria de proporcionar colocaciones, porque ésta requiere determinadas calidades personales (Ley de oficinas de colocación del 2 junio de 1910, art. 2). La antigua controversia relativa a si una persona jurídica puede obtener el permiso para explotar una fonda (LANDMANN) GewO., I, 6.ª ed., págs. 63, 319, 488) ha sido decidida por una ley de emergencia del Reich (24 febrero 1923) reconociendo capacidad a las personas jurídicas para obtener tal concesión. Esta ley ha reformado el art. 33 de la Ley industrial. Desde entonces las pruebas de idoneidad afectan a las personas que forman la dirección de la Sociedad, etc. LANDMANN-ROHMER, I, 8.ª ed., págs. 374, 405.

(46) OTTO HANS GIERKE, «Ueber politische Rechte juristischer Personen in den preuss. Landgemeinden» (Homenaje a Otto Gierke, 1911, pág. 1035).

(47) Por esto debe conminarse personalmente a los directivos de las personas jurídicas y hacer efectivas en ellos las penas ejecutivas por medio de las cuales se aspira a obtener coactivamente de tales personas jurídicas el cumplimiento de los deberes de inscripción (en el Registro mercantil, etc.). Ley del Reich sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria (17 mayo 1898), art. 33. RVO., arts. 536, 912 y otros. De otra opinión, BÜHLER, en la DJZ., 16, 1411. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia, de 24 mayo 1911 (Jahrbücher, 17, 193: la pena que se ha de aplicar para evitar las molestias del humo no ha de recaer en el director de la Sociedad anónima, sino en la sociedad misma). SCHULTZENSTEIN, «Polizeiwidriges Handeln und Vertretung» (VerwArch., 14, 1 y s.). DJZ., 32, 1277. GOEDECKE, PrVBl., 47, 24. Lo que rige para los medios coercitivos rige también para la imposición de penas. La cuestión («capacidad de delinquir las personas jurídicas») es, como se sabe, muy discutida. Cfs. jurisprudencia y bibliografía en JAMES GOLDSCHMIDT, «Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts», 1905, pág. 24. Acerca de la opinión que discrepa del texto, véase especialmente GIERKE, «Deutsches Privatrecht», I, pág. 588 y ss. (y la bibliografía que cita). VON LISZT-SCHMIDT, «Lehrbuch des Deutschen Strafrechts», 25.ª ed., 1927,

la moderna legislación tributaria del Reich hace responsable por multas, y fianzas además del que actúa como órgano de la persona jurídica («representante legal») a esta misma, en calidad de «representado» (48).

§ 12. Deberes públicos y derechos públicos

Las relaciones jurídicas entre Estado y ciudadano se caracterizan por la desigualdad de los sujetos que en ellas intervienen. El poder soberano confiere a la autoridad pública la facultad de imponer prestaciones unilaterales a los ciudadanos. El antiguo lenguaje germánico denominaba *súbdito* al ciudadano (particular) atendiendo a esta condición suya de sometido. Es indiferente que las prestaciones exigidas consistan en actos positivos (prestación de servicios, valores efectivos), en una abstención (prohibición de construir) o en dejar hacer (expropiación forzosa). Por lo tanto, las pretensiones concretas de las autoridades frente al ciudadano no se fundan en derechos públicos subjetivos (1), sino que son emanaciones de la potestad soberana. La situación es diferente por parte del ciudadano. En él no existe un derecho general frente al Poder público. La legislación ha fijado con exactitud a qué prestaciones o abstenciones tiene derecho el ciudadano. Esto equivale a decir que también de este lado se forman relaciones jurídicas de carácter público entre los ciudadanos y el poder soberano (2). De estas explicaciones se concluye que tanto la Administración pública como el ciudadano pueden ser titulares de derechos y deberes públicos, que en último lugar tienen su origen en la relación misma de poder. La particularidad jurídica radica en la existencia de obligaciones por parte del Estado soberano frente al ciudadano. En la terminología

pág. 153. E. HAFTER ha desistido de su anterior punto de vista (Die Delikts und Straffähigkeit der Personenverbände, 1903): «Lehrbuch des schweiz. Strafrechts», I, 1926, págs. 63 y s. Nada prueba contra el criterio sustentado en el texto la disposición del Código civil, art. 31, que hace responsable a la asociación por el perjuicio que la dirección, un miembro de la misma u otro representante autorizado por los estatutos ocasiona a tercero por una acción en ejecución de las funciones que le pertenecen que obliga a indemnizar el daño cometido. Esta regulación corresponde a las relaciones sometidas al Derecho civil. Tan pronto como la ley otorga la «capacidad de adquirir» (*vermögensfähig*) a las personas jurídicas como tales, ellas son las únicas que corresponden directamente con sus bienes por aquellas acciones de sus órganos, que obligan a una compensación económica. Una de ellas es la obligación de indemnizar. Depende solamente de un suceso impersonal: la compensación económica. Esta consecuencia se obtiene de una manera inmediata con la ejecución forzosa sobre los bienes. Cfs. también W. BURCKHARDT, «Organisation der Rechtsgemeinschaft», págs. 421 y s.

(48) Cfs. art. 84 de la RAO. Como la ley iguala el órgano a su representante, son aplicables a la representación las particularidades citadas en la anterior nota 47. Cfs. también «VerwArch.», 31, págs. 262 y 264.

(1) Como en el período de los poderes soberanos de los señores territoriales. Cfs. supra, § 3. Cfs. también L. MICHOUD, «La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine» (Homenaje a Otto Gierke, 1911, pág. 493).

(2) También en el sector del Derecho público las declaraciones de voluntad con efectos jurídicos sólo pueden hacerlas las personas que tengan capacidad de obrar. W. SCHÖNBORN, «Altersstufen und Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht» (ArchöfFR., 24, 126). KORMANN, en los «Annalen d. Deutschen Reichs», 1911, pág. 910. «Rechtsgeschäftl. Staatsakte», pág. 285 y s. W. JELINEK, «Fehlerhafter Staatsakt», pág. 87. «VerwR.», 157.

corriente en el Estado de Derecho ha quedado bien sentado este carácter. Se considera toda relación desde el punto de vista del ciudadano, empleándose por lo tanto las expresiones « derechos públicos » y « deberes públicos » para designar las pretensiones y obligaciones de los súbditos frente al Estado.

I. Los deberes públicos, en el sentido que acabamos de mencionar, se basan en el deber de obediencia general de los ciudadanos o en títulos jurídicos especiales.

1. Los deberes cívicos (del ciudadano o del súbdito) generales (en materia tributaria, de policía, servicio militar) han de ser cumplidos por todo ciudadano a quien se dirige el mandato legal (3). Los derechos garantizados a los ciudadanos no dispensan del cumplimiento de los deberes cívicos generales (4).

2. Hay, además, sin embargo, varios deberes públicos que no provienen de esta relación general, sino de una relación de Poder (5). Por ejemplo, el ciudadano que es nombrado funcionario, el que ingresa en un establecimiento público (escuela, ejército, presidio), el que está colocado bajo un control tributario especial, figura en una relación especial de poder. Potestad jerárquica (6), potestad disciplinaria (7) y poder de control (8), son los ejemplos principales de las relaciones

(3) Constitución del Reich, arts. 132-134.

(4) Cfs., por ejemplo, la Constitución del Reich, art. 135, apart. 3. La reserva del art. 118, apart. 1.º de la Constitución del Reich, a consecuencia del cual el derecho de la libre expresión del pensamiento sólo vale « dentro de los límites de las leyes generales », expresa el siguiente criterio: Lo que las leyes generales disponen para todos tiene prioridad también ante el particular derecho fundamental del ciudadano. En el resultado estamos conformes con ROTHENBÜCHER y con SMEND (Asamblea de profesores alemanes de Derecho político; publicaciones, cuaderno 4, págs. 20 y 52). Cfs. además HÄNTSCHEL, « ArchöfR. », núm. 10, 1926, págs. 228 y s. La misma idea hallamos en la Constitución federal suiza de 1874, art. 49, cap. 5: « Las opiniones religiosas no eximen del cumplimiento de las obligaciones cívicas ». FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », pág. 334. Un caso de aplicación en el Derecho alemán lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de Baviera, de 12 julio 1920: Los *adventistas* no pueden hacer que falten los sábados sus niños a la escuela, bajo el pretexto de la libertad de cultos; la obligación escolar es preferente. REGER, 42, 342.

(5) LABAND, « Staatsrecht », I, 5.ª ed., pág. 433. OTTO MAYER, I, 3.ª ed., 101, 351; II, 3.ª ed., 193, 285. THOMA, « Polizeibefehl im bad. Recht », I, págs. 18-21. PAUL KAHN, « Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht », tesis doctoral, Heidelberg, 1912. H. NAWIASKY, « Forderungs- und Gewaltverhältnis », 1913. *Festschrift. f. Zitelmann*. (Del mismo autor, « Bayr. Verfassungsrecht », 1923, págs. 437 y s.

(6) No solamente interesa a este respecto el poder disciplinario sobre los empleados, sino también el mando militar en su especial poder disciplinario. Constitución del Reich, art. 47. Ley del Ejército del Reich, del 23 marzo 1921, arts. 8 y s.

(7) Cfs. también la especial relación de poder, en que se sitúan los beneficiarios de las sociedades de seguros de enfermedad, y sociedades de seguros contra accidentes. RVO., 347, 848 a y 851. JACOBI, « Arbeitsrecht », 441.

(8) OTTO MAYER, I, 3.ª ed., 351. RAO., art. 193. Los propietarios o poseedores de industrias y empresas, sometidas a ciertos impuestos indirectos (de cerveza, naipes, seguros) están sujetos a una inspección fiscal especial para asegurar el cobro de tales impuestos, de la que derivan obligaciones especiales. BECKER, RAO., 5.ª ed., nota 1 al art. 193. BÜHLER, « Steuerrecht », I, pág. 376. Por el contrario, la relación entre la autoridad de la Hacienda y el contribuyente se basa en una relación general de Poder. Cfs. acerca de esto, infra § 27, BÜHLER, « Steuerrecht », I, págs. 85 y s.

especiales de Poder. Es indiferente para la relación especial de Poder el que se realice o no con el asenso del ciudadano; para el primer supuesto considérese la situación de funcionario; para el segundo, adviértase cómo se ingresa en la escuela o en el presidio. No importa tampoco el fin para el cual la relación de Poder especial ha sido establecida; si el interesado ha de actuar al servicio del Estado (funcionario) o si debe recaer en el mismo la acción estatal (educación, castigo, vigilancia). Y, finalmente, no importa el caso de si se obtienen ciertas ventajas por los deberes que impone de más la relación especial de Poder (9), o si se tiende a justificar una mera relación de deber (10). Por el ingreso en una situación especial de Poder, el ciudadano llega a ser un miembro activo del organismo administrativo público o un miembro sobre el cual hay que actuar. Como tal, le son asignados deberes especiales que rebasan de los deberes cívicos generales. El deber de obediencia del ciudadano aumenta: se extiende a todas las órdenes que son dadas por la autoridad superior al ingresado, en interés del fin administrativo encomendado a aquella especial relación de Poder (educación, castigo, vigilancia, etc.). El fundamento y los límites de toda relación especial de Poder provienen del legislador. Pero la actuación dentro del marco libre, es decir, la facultad de dar las múltiples disposiciones particulares necesarias para conseguir el fin especial, queda reservada al criterio de la autoridad que, sin apartarse del deber, dirige la institución o un ramo de la Administración. El poder especial de esta autoridad no es, sin embargo, sino el Poder público mismo que ha puesto en práctica medios especiales de coerción (medios disciplinarios y otros) para conseguir el fin administrativo especial. Como anteriormente se ha expuesto (§ 4), las formas con que se presentan las mencionadas instrucciones de servicio, son, además de las disposiciones particulares, los estatutos de los establecimientos, los reglamentos administrativos, etcétera (11). El fin público especial, al cual se consagra toda relación especial de poder, tiene automáticamente por consecuencia la restricción de los derechos personales y cívicos de todo interesado. El par-

(9) En virtud del Código penal del Reich, art. 361, núm. 6, se considera a la « mujer pública matriculada » en una relación especial de policía, y por esto queda exenta de las penas (*Strafffreiheit*) que podría acarrearle el ejercicio de una profesión contraria a las buenas costumbres. FRANK, « Komm. », 17 ed., 1926, pág. 780. BITTER, HWB., I, 2.ª ed., pág. 816 y II, 2.ª ed., pág. 555. La ley del Reich, para la lucha antivivérea, de 18 febrero 1927, § 16, núm. III, ha derogado la disposición mencionada del Código penal y suprimido el sistema de « reglamentación de la prostitución ». ELSTER, HWR., II, 832.

(10) Un ejemplo interesante ofrecen dentro del sistema de milicias de Suiza las asociaciones voluntarias de tiro, en las cuales los sujetos al servicio militar pueden cumplir su obligación militar de asistir anualmente a los ejercicios de tiro (fuera de servicio), que deben realizarse según determinadas normas. Estas asociaciones están instituidas bajo el control del Estado y reciben subvenciones de la Confederación. FLEINER, « Bundesstaatsrecht », pág. 629. Sobre las asociaciones militares alemanas antes de la guerra mundial, despojadas hoy de su antigua condición jurídica, cfs. ZIMMER, artículo « Kriegervereine », WBSVVR., II, 2.ª ed., 674.

(11) OTTO MAYER, I, 3.ª ed., pág. 351, demuestra esto especialmente para las llamadas disposiciones de Hacienda (*Finanzregulative*). Sobre los reglamentos de los establecimientos: THOMA, « Polizeibefehl im Badischen Recht », I, págs. 347 y ss. OTTO MAYER, « Staatsrecht des Königreichs Sachsen », págs. 185-186.

particular debe soportar estas restricciones de su esfera de libertad; pero sin que excedan de la medida que requiere el deber plasmado en la relación pública de poder. Hasta dónde llega el límite, es cuestión que ha de ser determinada en cada caso (12).

3. ¿Pueden los particulares asumir también deberes públicos voluntariamente? Para comprobar la admisibilidad de un tal procedimiento se invoca la condición de funcionario, la cual no puede ser originada por ley más que con el asentimiento del interesado (13). Pero esto prueba solamente que el asenso del interesado forma parte de las condiciones legales de una relación jurídica regulada de una manera concreta por la ley. Una cuestión aún no resuelta es la de si el ciudadano puede originar nuevos deberes públicos por la declaración de voluntad dada a la autoridad administrativa, deberes que ni pertenecen a los generales que le corresponden como súbdito, ni proceden de una de las relaciones especiales de poder prevenidas en la ley.

Para decidir esta cuestión debe partirse del principio de que generalmente no producen efectos jurídicos de carácter público los deberes que el particular se impone voluntariamente fuera de la esfera del Derecho público. El hostelero que por razones comerciales se compromete a pagar una subvención si el Estado construye un nuevo ferrocarril; el generoso propietario que ha prometido al pueblo que carece de recursos económicos suministrar la leña para la calefacción de las escuelas, se imponen obligaciones de Derecho privado. La situación jurídica cambia si en una relación concreta, sometida por la ley al Derecho público, el límite ha de ser desplazado en sentido favorable

(12) En cada caso puede ser de difícil solución el problema de saber dónde acaba esta relación especial de poder y dónde comienza la esfera en que el individuo se halla frente a la autoridad como simple ciudadano, y en que, por lo tanto, puede moverse tan libremente como los demás ciudadanos. Esta cuestión reviste importancia, por ejemplo, en la relación de los funcionarios. Sabido es que las órdenes de servicio que conciernen la vida privada (por ejemplo, la orden de asistir en un día determinado a la iglesia o de tener o no tener un periódico determinado) no son obligatorias. Pero, por otro lado, la vida privada de los empleados no es indiferente para el Estado. Cfs., por ejemplo, el art. 10 de la Ley de funcionarios del Reich. El funcionario del Reich ha de ostentar la dignidad propia de su función por su conducta dentro y fuera del cargo. ¿Hasta dónde los actos de la vida privada y fuera del cargo están sometidos al control de la autoridad superior? ¿Hasta qué punto puede ésta dar órdenes e instrucciones a los funcionarios respecto de tal conducta fuera del cargo y exigirles responsabilidad? Esto se aprecia solamente en cada caso concreto. Como regla general debe formularse el que la actuación del poder burocrático no debe conducir jamás a la paralización total de los derechos civiles o cívicos del empleado. G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., pág. 593 y s. (en esta obra puede consultarse la bibliografía anterior). La implantación de la República ha atenuado estas limitaciones (por ejemplo, Constitución del Reich, art. 130, apart. 2), pero no las ha suprimido. Cfs. THOMA, Festgabe f. d. PrOVG., págs. 203 y s. W. JELLINEK, « VerwR. », 470. Sobre los funcionarios comunistas: PrOVG., 77, pág. 495; 78, págs. 446 y 453. Los funcionarios no tienen derecho a declararse en huelga: PrOVG., 78, pág. 452; RGerZ., 89, pág. 113; 111, pág. 112; vol. 113, pág. 200. Ross, « Die Pflichten der Beamten im Spruche der Dienststrafgerichte » (Jur. Rundschau, III, 10, 33). Sobre las limitaciones a los que pertenecen al ejército del Reich: Constitución del Reich, art. 133, apart. 2. Ley del Ejército del Reich, de 1921, arts. 36, 37 y los comentarios que sobre estos artículos hace SEMLER, 1922. LASSAR, « Reichseigene Verwaltung », págs. 90 y s.

(13) OTTO MAYER, I, 3.ª ed., pág. 98; II, pág. 235. Más bibliografía y jurisprudencia en W. JELLINEK, pág. 116.

para el ciudadano. Piénsese en la situación en que frente a las autoridades gubernativas se halla el que desea edificar o el que se propone instalar una industria, o en la del contribuyente frente al Fisco. Lo referente a este sector está sometido al Derecho público. Por lo tanto, únicamente aquí puede haber deberes públicos voluntariamente asumidos. Pero estos deberes ¿serán reconocidos como eficaces por el Derecho administrativo?

Según la conocida fórmula del Estado de Derecho, las limitaciones de la libertad y de la propiedad del ciudadano necesitan un fundamento legal. Esta prescripción ha sido prevenida para la protección de la libertad del ciudadano. Pero esta libertad sería letra muerta si el ciudadano no tuviera de ningún modo la posibilidad de disponer de ella, según su propia voluntad, en sus relaciones con el Estado (14). Hay casos en que el ciudadano, excediendo los deberes legales, con referencia a una relación concreta de Derecho público en la cual participa como sujeto obligado, puede asumir voluntariamente un deber especial. De este modo, el ciudadano proporciona a la autoridad administrativa la facultad para una intervención que rebasa la medida legal. De todas suertes, la libertad del ciudadano no puede actuar ilimitadamente. La autorización legal que falta a la autoridad administrativa para un acto administrativo no puede ser suplida, de un modo general, por la sumisión voluntaria del ciudadano o por su consentimiento contractual. La aceptación voluntaria de deberes públicos tiene una zona de validez muy limitada, y es admisible solamente en los casos en que el legislador ha regulado expresamente las condiciones necesarias de esta aceptación o, independientemente de esto, cuando se trata de una restricción gubernativa de la libertad o de la propiedad del particular. En este último caso, y con motivo de la reglamentación de una relación jurídica concreta, sobre todo al solicitar la concesión de una licencia gubernativa (cfs. infra, § 25), el ciudadano puede sufrir voluntariamente una restricción gubernativa de su libertad, que exceda de la medida legal, con el propósito de asegurarse por otra parte libertad de movimientos para la formación de esta relación jurídica en el sentido de su deseo. No se objete que la autoridad administrativa no puede hacer uso de tal autorización, salvo en los casos regulados por la ley, alegando que debe atenerse sólo a las normas que ésta dicte, y que la voluntad del súbdito no puede otorgar válidamente a la autoridad una nueva competencia jurídica (15). Justamente aquí se patentiza que para las autoridades administrativas la realización del Derecho no es un fin propio de su actividad. En interés del ciudadano, la ley les pone trabas para que no persigan objetos diferentes del fin jurídico, pero el ciuda-

(14) OTTO MAYER, I, pág. 98. LABAND, « Staatsrecht », II, 5.ª ed., página 195. JELLINEK, « System der subjektiven öffentlichen Rechte », pág. 340. FLEINER, « Einzelrecht und öffentliches Interesse », pág. 26. RUMPELT, « Sächs. Baugesetz », 4.ª ed., págs. 85 y ss.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia, de 21 febrero 1893 (Entsch., vol. 24, pág. 369). F. J. ROHN, « Bad. Landesbauordnung », 2.ª ed., 1909, pág. 7.

dano puede en casos determinados eliminar estas trabas. Si así lo hace, entonces autoriza a la Administración pública a intervenir en su esfera de libertad (16).

Toda la cuestión se presenta con la oportuna claridad si se observan las circunstancias en que se desenvuelve el referido proceso jurídico. Por ejemplo, un tabernero solicita permiso para explotar un establecimiento de bebidas durante tres meses, puesto que sabe que se le desecharía una petición para abrir uno nuevo con carácter permanente por no sentirse tal necesidad. La autoridad accede a la petición y otorga la licencia para la expendición de bebidas por tres meses, a pesar de que la ley le prohíbe (Ley industrial, § 40) — en interés del ciudadano — otorgar una concesión a plazo limitado (17). Lo propio sucede cuando uno se obliga a no construir, o sólo parcialmente, en una finca, etc. (18.) En estos casos, el ciudadano toma sobre sí una obligación que excede de la medida legal; generalmente lo hace con el propósito de quitar un obstáculo que podría impedir el otorgamiento de una licencia gubernativa, de una dispensa, de una concesión, etcétera, pero no hay necesidad de que concurren tales « subterfugios » (19).

Tan pronto como el ciudadano se aleja de la base firme de la ley, queda amenazado por el peligro de que, bajo la presión de las circuns-

(16) Una tal declaración de voluntad produce efecto constitutivo; no existe un contrato con la autoridad. Otro HIRSCH, « Baulasten », pág. 45. Contra la opinión sustentada en el texto, cfs. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia del 12 marzo 1884 (Entsch., vol. 10, pág. 288): El juez de primera instancia había negado la concesión para un establecimiento de venta de bebidas al por menor, alegando la falta de necesidad. Resolviendo el recurso entablado por el interesado, el juez de apelación reconoció que debía otorgarse a aquél la concesión de venta de bebidas al por menor, con la condición de que no tuviese personal femenino para servir en el local. En la revisión de la administración de policía, el Tribunal Supremo administrativo, como instancia superior, anuló la sentencia: la ley no conoce ninguna obligación de esta clase, y el recurrente no puede renunciar a un derecho legal. Conforme con dicho tribunal, KORMANN, « Rechtsgeschäftliche Staatsakte », 1910, pág. 354. Sobre lo referente a la renuncia, cfs. infra, al fin de este § 12.

(17) LANDMANN-ROHMER, GewO., I, 8.ª ed., pág. 526. LANDMANN-ROHMER y el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia (Entsch., vol. 52, pág. 374) se han pronunciado contra el criterio expuesto en el texto. La opinión dominante (ANSCHÜTZ, THOMA, etc.) rechaza la aceptación voluntaria de obligaciones públicas. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia del 16 octubre 1911 (Entsch., vol. 61, pág. 345): Con la conformidad del solicitante el Consejo municipal había otorgado la concesión de venta de bebidas al por menor « en tanto que el local sea aprovechado para la explotación de una fonda »; el Tribunal Supremo administrativo declaró nula esta concesión de venta de bebidas.

(18) WALZ, en « Bad. VerwZtschr. », vol. 35, 1903, pág. 246. Acerca de los Registros de inscripción de los derechos reales de construcción, cfs. supra, pág. 127, y MOSEL, HWB., II, 13 ed., pág. 203, artículo « Oblastensbuch ».

(19) El acuerdo federal de Suiza referente al impuesto de guerra establecido por la Federación en 22 diciembre 1915 (para cubrir los gastos de movilización) acepta la oferta voluntaria de los ciudadanos disponiendo (arts. 4 y 31) que las personas no obligadas al pago de impuestos podían aceptar voluntariamente la obligación de un tal pago, y en cuanto a los obligados al pago de tal contribución se les permitía que por medio de la llamada declaración a tanto alzado, ofrecieran una cantidad superior a lo que por disposición de la ley venían obligados a tributar. FLEINER, « Schweiz. Bundesstaatsrecht », págs. 673-674.

tancias superiores, se deje seducir en un cúmulo de promesas (20). En tal caso el orden jurídico otorga su protección, pues también en el Derecho público rige la máxima según la cual es nulo todo negocio jurídico que contravenga a las buenas costumbres (21) (Código civil alemán, art. 138). Con frecuencia se pueden impugnar todavía por otro procedimiento aquellas disposiciones de la autoridad que descansan en un tal consentimiento del ciudadano. El consentimiento del interesado no puede conceder jamás a la autoridad la facultad de exigir prestaciones que el Derecho prohíbe, de impedir una acción legalmente permitida, de excederse en su poder discrecional o de ejercerlo abusivamente persiguiendo un fin distinto y empleando medios distintos de los que la ley previene. Si la autoridad se extralimita de una u otra manera en sus atribuciones, sus decretos entonces no son válidos (cfs. §§ 10 y 13) (22).

En el § 13 se hablará de la forma en que el ciudadano toma voluntariamente a su cargo los deberes públicos mencionados.

Todo deber asumido voluntariamente obliga sólo al que lo contrajo. Una sucesión de tal deber sólo puede tener su fundamento en un precepto especial de la ley (cfs. supra § 11).

II. En la vida cotidiana, todo derecho que un particular pueda reclamar del Estado se considera como un derecho subjetivo de esta persona. Así, se habla de un derecho a la utilización de la vía pública o de un establecimiento público, de un derecho a recibir subsidios en caso de pobreza, a la devolución de impuestos cobrados indebidamente, al otorgamiento de una licencia gubernativa, etc. Sin embargo, un examen detenido nos muestra que en este lenguaje se mezclan cosas diferentes. No todo beneficio que un particular obtiene según el Derecho objetivo constituye el contenido de un derecho subjetivo.

1. El legislador que quiere favorecer con ciertas prestaciones públicas a los ciudadanos tiene a su disposición dos caminos (23): puede confiar la ejecución de sus disposiciones exclusivamente a las autoridades y limitarse a conceder al particular una acción de carácter general para que inste de las autoridades la ejecución de las leyes que le favorecen (acción para que se ejecute la ley; acción para la satisfacción de intereses); o bien una ley determinada puede conceder al particu-

(20) Un peligro de tal naturaleza se presenta con ocasión del ejercicio de la facultad de dispensar la prohibición de construir conforme a las ordenanzas locales por la Ley prusiana de alineaciones del 2 julio 1875, art. 12. BALTZ-FISCHER, « Preuss. Baupolizeirecht », 5.ª ed., págs. 154 y ss., 365, 684. Cfs. acerca de esto, FLEINER, « Archoffr. », 23, 524. RGRZ., 67, pág. 291. PAHLKE, « Das Wesen der Baugenehmigung und des Baudispenses » (Verw Arch., 32, 37).

(21) La nueva Ley de construcciones de Württemberg, de 1910, prescribe (art. 99, apart. 3), que la validez jurídica de las declaraciones en las cuales el propietario acepta voluntariamente cargas de construcción, ha de ser resuelta según las prescripciones del Derecho civil.

(22) KORMANN, « Rechtsgeschäftliche Staatsakte », pág. 158. FLEINER, « Einzelrecht und öffentliches Interesse », pág. 28. PrOVG., 4, págs. 364 y 375.

(23) VON TUHR, « Allg. Teil des Bürgerl. Rechts », I, págs. 53 y ss. KORMANN, « Grundzüge eines allg. Teils » (Annalen des Deutschen Reichs, 1911, págs. 913 y siguientes).

lar acciones concretas perfectamente delimitadas para reclamar las distintas prestaciones que le han sido concedidas, de suerte que el favorecido, al hacer valer los derechos particulares, se coloca frente a la autoridad obligada a ejecutar la ley como el acreedor frente al deudor. En el primer caso, las prescripciones de ley contienen meras normas de Derecho objetivo; su aplicación corresponde a la autoridad, recayendo en el ciudadano el resultado material de cada prescripción jurídica como un reflejo de la ejecución de la ley; se habla con cierta impropiedad de « derechos reflejos » (24). En cambio, en el segundo caso, el ciudadano posee derechos públicos subjetivos sobre ciertas prestaciones públicas (25).

Sin embargo, las dos formas no son principios de legislación que se excluyan mutuamente. El legislador decide libremente si quiere fundamentar los deberes de la Administración pública dando simplemente órdenes jurídicas objetivas a las autoridades o reconociendo derechos subjetivos a los ciudadanos. De esto resulta que la misma pretensión de un ciudadano contra la Administración pública puede ser planteada en un Estado particular como de Derecho público subjetivo, mientras que en otro no sea más que el reflejo de Derecho objetivo. También es posible que el mismo Estado, por consecuencia de un cambio de sus ideas, convierta en derecho subjetivo lo que antes tenía carácter de acción para instar la ejecución de la ley (26).

No es fácil distinguir el Derecho meramente objetivo, de las normas que originan derechos subjetivos. Para obtener un punto de partida, se ha querido considerar como carácter decisivo la mayor protección jurídica de que el Derecho subjetivo está dotado, en contraposición con aquellas aspiraciones del ciudadano que están protegidas meramente por la acción popular para instar la ejecución de la ley (27). Este criterio es erróneo (28). El ciudadano dispone de la reclamación

(24) IBERING, en « Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen gemeinen Rechts », X, pág. 245. JELLINEK, « System der subjektiven öffentlichen Rechte », pág. 67. Sobre la gradación de la individualización del « interés » hasta el « derecho subjetivo »: MERKEL, « Juristische Enzyklopädie », §§ 150-159. DIETRICH SCHINDLER, « Werdende Rechte » (Homenaje a Fleiner, 1927, pág. 400).

(25) No ha faltado en ninguna época una oposición, en principio, al concepto de los derechos públicos subjetivos. Así observa RUDOLF GNEIST, « Der Rechtsstaat », 1879, pág. 209, en el Derecho administrativo un conjunto de normas para el ejercicio de los poderes soberanos, derivados del Estado, y existentes por y para el Estado. De esta opinión participa LABAND, « Staatsrecht », I, 5.ª ed., pág. 331; III, 5.ª ed., pág. 207, el cual ve en las normas de Derecho público fundamentalmente meros preceptos de Derecho objetivo. Sobre estas opiniones en contra: LUTZ RICHTER, « ArchöffR. », n. s., 8, 72 y s.

(26) Así, WOLFGANG HEIN, « Der Wohnungsanspruch (PrVBl., 44, 269), defiende la tesis — que a mi juicio va demasiado lejos — de que la ley del Reich sobre carencia de viviendas, del 26 julio 1923, no solamente contiene instrucciones para los Municipios sobre acondicionamiento de locales para vivienda, sino que otorga hoy a todo ciudadano un derecho público subjetivo a que se le asigne una vivienda.

(27) JELLINEK, « System der subjektiven öffentl. Rechte », pág. 101.

(28) Cfs. sobre esto los argumentos expuestos por LABAND en « ArchöffR. », 19, 614.

y de la acción de indemnización contra el funcionario culpable (cfs. infra, §§ 15 y 17), trátase de la lesión de un derecho subjetivo o de una infracción del Derecho objetivo; en efecto, en este punto, justamente, se muestra con claridad la diferencia entre un precepto de la instrucción de servicio, que sólo obliga al funcionario en cuanto al régimen interior, y una norma de Derecho objetivo, cuya ejecución representa para el funcionario « un deber que le incumbe frente a tercero como consecuencia del cargo » (Código civil, art. 839). Además, el legislador ha creado no pocas veces una protección contencioso-administrativa por el mero interés de mantener el orden jurídico objetivo (cfs. infra, § 16), borrando con ello completamente la línea divisoria. En último lugar, la decisión sobre el carácter de cada precepto jurídico, no depende de que la autoridad haya de satisfacer de oficio una pretensión legítima o deba aguardar a que lo solicite el ciudadano (29).

La distinción entre derechos subjetivos y efectos reflejos del Derecho objetivo es una novedad del Estado de Derecho. Exíjese principalmente al Estado de Derecho que confiera a todo ciudadano las mismas pretensiones frente a la Administración pública. Con la máxima seguridad se satisface esta aspiración si de antemano la ley confiere al ciudadano la facultad de reclamar directamente una prestación pública. Esta clase de vínculo entre pretensión y persona origina un derecho subjetivo. Es cierto que también se puede tratar con arreglo a Derecho al ciudadano si para cumplir las prestaciones públicas que le competen se apela al establecimiento de normas de mero Derecho objetivo (30), pero al elevar una pretensión a la categoría de Derecho subjetivo, aquélla recibe un refuerzo esencial. Por decirlo así, no es lo mismo para el ciudadano que la ración de pan que se le asigna le haya sido preparada por el legislador o que la autoridad administrativa haya de cortársela del pan entero. El establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa ha favorecido el reconocimiento de derechos públicos subjetivos, porque según la mayoría de las leyes que regulan la jurisdicción contencioso-administrativa, para acudir a los Tribunales de esta jurisdicción, se requiere como condición previa que el ciudadano haya sido lesionado en un derecho

(29) Aún actualmente la asistencia a los pobres (Reglamento sobre beneficencia de 15 febrero 1924, § 1, 7 y s.) se basa fundamentalmente en el hecho de que la Administración ha de actuar de oficio en este particular; cfs. especialmente también los principios del Reich sobre condiciones, clase y medida de la asistencia social, del 4 diciembre 1924, art. 2 (BAATH, V. ü. d. Fürsorgepflicht, 5.ª ed., 1927, págs. 58 y s.). El que tiene derecho a la asistencia dispone sólo del recurso que se tramita por el conducto jerárquico de la Administración. Por otra parte, el RGRZ., 106, pág. 167, deriva de las palabras de la ley del Reich, del 21 mayo 1924, una pretensión jurídica de los funcionarios, según la cual puede ser concedida una indemnización por traslado. Cfs. L. RICHTER, « ArchöffR. », n. s., 8, 83.

(30) Los preceptos de una ley sobre el descanso dominical tienen que ser cumplidos por las autoridades administrativas (Derecho objetivo), pero no originan ningún derecho subjetivo en favor de personas determinadas (dependientes de comercio, etc.): Sent. Trib. cont. adm. de Württemberg de 24 junio 1925 (FISCHERS, « Zft. », 60, 218).

subjetivo (31). Todas estas circunstancias han reforzado la tendencia al reconocer derechos subjetivos. Pero ¿qué ventaja lleva el derecho subjetivo sobre la acción general para instar la ejecución de la ley?

Por el Derecho subjetivo, el resultado deseado por la ley es conseguido en forma individual. El interés particular decide. Cada cual posee el mismo derecho sobre la misma prestación pública; su contenido y extensión es igual para cada ciudadano. Por eso, el legislador no puede dar origen a derechos subjetivos en todos aquellos casos en que tiene que dejar cierto margen a las autoridades encargadas de la ejecución de la ley, para que adapten las solicitudes de los ciudadanos a las variables necesidades del tráfico y a la capacidad financiera de una institución administrativa, etc.; en efecto, en este caso la autoridad tiene que reservarse la posibilidad de aminorar o de suprimir las ventajas que han de disfrutar los particulares o de hacerlas beneficiar sólo a un círculo restringido de personas (32), sin lesionar *jura quaesita*. Por este motivo, por ejemplo, los derechos del particular al aprovechamiento de las vías públicas, establecimientos públicos (hospitales, museos, bibliotecas (33), a los subsidios en caso de pobreza, a los aprovechamientos vecinales (34), no han sido establecidos en la mayor parte de las leyes en la forma de derechos individuales. El particular posee únicamente frente a la Administración pública la acción general para que la ley sea ejecutada. Desde luego, la autoridad al ejercer su poder discrecional queda sometida también en este caso a los principios del Estado de Derecho mencionados en el § 9.

El resultado es que el Derecho subjetivo y el reflejo del Derecho objetivo no se distinguen por ningún carácter externo. En esto estriba

(31) La tendencia a otorgar protección jurídica en las más vastas extensiones posibles ha inducido, por ejemplo, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia a conferir el carácter de un derecho subjetivo aún a la pretensión general de los vecinos para que el que edifique se atenga a determinadas ordenanzas de construcción (Jahrbücher des Sächs. OVG., 9, 216; 17, 296), cfs. nota 37. La misma tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia nos muestra JEBENS, «Verwaltungsrechtliche Aufsätze», págs. 284 y ss. FRIEDRICH, «Verwaltungsrechtspflege», I, págs. 282 y s. Sobre la posición del Tribunal administrativo de Württemberg, cfs. las sentencias Württ. Zft. t. RPfl., 19, págs. 13 y 27. La jurisprudencia francesa adopta desde un principio un criterio más amplio en interés del ciudadano: requiere únicamente para el *recours pour excès du pouvoir* (demanda ante el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo, Conseil d'Etat) «un intérêt direct, personnel et légitime du réclamant» (HAURIOT, 11.ª ed. «Précis de Droit administratif», pág. 402) y coloca así al Tribunal Contencioso-administrativo en situación de examinar libremente si el acto administrativo impugnado se ha realizado con abuso o exceso de poder. Por ejemplo: en un Municipio no transmiten los telegramas a A., propietario de un perro dañino, por orden de la autoridad competente. El Consejo de Estado anula tal providencia. Cfs. DUGUIT, «Transformations du Droit public», 1925, páginas 65 y ss.

(32) FLEINER, «Einzelrecht u. öffentliches Interesse», págs. 37 y ss.

(33) Cfs. infra, § 19.

(34) Evidentemente puede el legislador crear también aquí especiales derechos civiles de aprovechamiento con el carácter de derechos individuales. Así la Ley municipal de Baden del 5 octubre 1921, arts. 85 y s. («disfrutes anejos a la condición de vecino»). Cfs. sobre las diferentes derivaciones GIERKE, «Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung», págs. 198 y ss. y Deutsches Privatrecht, vol. I, págs. 606 y ss.

la debilidad formal de su antítesis. Mediante una interpretación escrupulosa de la ley, se debe fijar especialmente para cada institución en cuál de ambas formas ha sido asegurada al ciudadano la satisfacción de un interés concreto. Por lo tanto, cuando en este libro se hable de un modo general de «acciones públicas», se comprenden tanto las pretensiones protegidas por una acción general para instar la ejecución de la ley, como aquellas que han tomado forma fija en derechos públicos subjetivos (35).

2. Cuando existen derechos públicos subjetivos (36) reconocidos, aparece como titular del derecho (*l'ayant droit*) el ciudadano particular, y como obligado el que ejerce el Poder público. El titular del Poder público, como tal, está obligado jurídicamente al súbdito para determinada prestación. Dicho en otras palabras: ha de ejercer el Poder público en determinados sentidos que favorecen al ciudadano (37). Por lo tanto, se puede caracterizar también como un amplio derecho subjetivo la acción general para instar la ejecución de la ley. Pero en un sentido más estricto, hablamos de derechos subjetivos solamente en aquellos casos en que la ley sustituye esta acción general por un derecho a exigir una prestación estrictamente delimitada. Abarcando con la vista en la práctica y la legislación todos los aspectos que tenemos en cuenta aquí, obtenemos el siguiente orden sistemático (38).

El ciudadano tiene derecho a que la Administración pública realice ciertas prestaciones positivas. Ejemplos principales: los derechos concernientes a ingresos de índole monetaria (sueldo de funcionarios, derechos pasivos, subsidios en caso de enfermedad, etc.); el

(35) Cfs. sobre el concepto de pretensión en Derecho privado: v. TUHR, «Allg. Teil des Bürgerl. Rechts», I, págs. 240 y ss.

(36) C. F. GERBER, «Ueber öffentliche Rechte», 1852. JELLINEK, «System der subjektiven öffentl. Rechte», 2.ª ed., 1905; «Allgemeine Staatslehre», 3.ª edición, págs. 416 y ss. SANTI ROMANO, «La teoría dei Diritti pubblici subiettivi» (ORLANDO, «Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano», I, 1900). OTTO MAYER, I, 3.ª ed., § 10. VON STENGEL, «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte» (VerwArch., 3.ª ed., 177). ANDERSEN, «Das subjektive Recht» (Grünhuts Zft. f. d., Privat- und öffentl. Recht, vol. 38, pág. 603). KELSEN, «Hauptprobleme der Staatsrechtler», 1911, págs. 567 y ss. y «Allg. Staatslehre», págs. 152 y ss. VON STENGEL-GIESE, artículo «Öeffentliche Rechte und Pflichten» en el WBStVerwR., III, 3.ª ed., 4. OTTMAR BÜHLER, «Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungrechtssprechung», 1913. El mismo autor en «Theorie des subj. öffentl. Rechts» (Festgabe f. Fleiner, 1927, págs. 26 y s.). LUTZ RICHTER, «Das subj. öffentl. Recht (ArchoffR., nueva serie, 8, 1925, págs. 1 y s.). FRIEDRICH, «Allg. Teil», pág. 252. A. MERKL, § 9. HERRNRITZ, § 6. W. JELLINEK, pág. 180 (bibliografía), 191 y s. W. BURCKHARDT, «Organisation der Rechtsgemeinschaft», págs. 69 y s. HOFACKER, «Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen», 1926. HAURIOT, «Principes de Droit public», 1910, pág. 540.

(37) Apoyado en este principio, el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia justifica su criterio de que una ley de edificación puede engendrar también derechos públicos subjetivos en favor de los vecinos del peticionario de una construcción: el Tribunal presta al que ostenta este derecho una fuerza jurídica sobre el poder público, hasta el punto de que puede obligar a éste a intervenir en defensa de sus intereses. Sentencia del 14 octubre 1908 (Jahrbücher, 13, págs. 4 y ss., espec. pág. 10). Cfs. también supra, nota 31.

(38) Un principio de división distinto del nuestro presenta KORMANN, «Grundzüge», págs. 915 y ss. (Annalen des Deutschen Reichs, 1911).

derecho sobre concesión de la llamada protección de patentes; la acción popular de protección jurídica, que otorga al ciudadano la facultad de invocar a la autoridad judicial en su favor (39).

La segunda categoría de los derechos públicos está formada por las pretensiones de los ciudadanos a participar del Poder público. Se comprenden bajo la denominación de «derechos políticos»: el derecho de sufragio, el derecho de actuar como jurado o concejal, etc.

La tercera categoría está representada por los llamados derechos individuales de libertad, o sean las facultades de los ciudadanos a moverse dentro de una esfera sustraída al Poder público: libertad de culto y conciencia, libertad industrial, libertad de prensa, libertad de asociación, libertad de propiedad, etc. En las Constituciones modernas estas facultades constituyen el núcleo de los «derechos fundamentales» de los ciudadanos. El objeto de la garantía lo forma la promesa constitucional de que el Estado no puede restringir estas facultades y bienes jurídicos del individuo. Han tenido su origen histórico en el intento de limitar el Poder público con ayuda de las ideas del Derecho natural y del racionalismo. Después, el Estado constitucional moderno ha encauzado orgánicamente estos «derechos fundamentales» en el nuevo Derecho constitucional. No vamos a entrar en el detalle de estas relaciones (40); lo único que interesa al Derecho administrativo es que ningún derecho de libertad está garantizado ilimitadamente (41). Aparte de los derechos de libertad, hay otros bienes jurídicos que el Estado ha de proteger de la misma manera: el orden público, la moral pública, etc. En esto se encuentra un límite para cada derecho individual, pues el ciudadano debe soportar las restricciones que impone la consideración de estos bienes jurídicos. Sin embargo, según el concepto del Estado de Derecho, estas restricciones sólo pueden decretarse a base de reglas generales de la ley (42).

Pero sería desconocer la importancia que para el Derecho político tienen todos los derechos individuales públicos si se creyera que tienen únicamente su raigambre en el interés individual de los ciudadanos.

(39) WACH, «Zivilprozessrecht», I, pág. 19. JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», pág. 124. HELLWIG, System des Deutschen Zivilprozessrechts», págs. 291 y ss. ROSENBERG, «Lehrbuch d. Deutschen Zivilprozessrechts», 1927, págs. 255 y s.

(40) Nos remitimos a G. MEYER-ANSCHÜTZ, 7.ª ed., págs. 953 y s., y la bibliografía por ellos citada. STIER-SOMLO, artículo «Freiheitsrechte», HWR., II, 506; «Grund- und Freiheitsrechte», en particular, HWR., III, 50. CARL SCHMITT, «Verfassungslehre», 1928, págs. 161 y s. RUDOLF SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht», 1928, págs. 158 y s., y además la crítica de ROTHENBÜCHER, PrVBl., 49, 1928, página 554.

(41) THOMA, «Grundrechte und Polizeigewalt» (Festgabe f. d. PrOVG., 1925, págs. 183 y s.).

(42) El derecho a la libre emisión del pensamiento está garantizado a todo alemán según la Constitución del Reich, art. 118, «dentro de límites que imponen las leyes generales». Son leyes generales aquellas que protegen el patrimonio jurídico independiente de la libre emisión del pensamiento, ROTHENBÜCHER, en su informe presentado a la Asamblea de Profesores alemanes de Derecho político, de 1927 (Munich), Publicaciones, pág. 20. De acuerdo con esta conclusión: SMEND, págs. 51 y s. CARL SCHMITT, «Verfassungslehre», pág. 167. Cfs. también FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», 334.

Los derechos individuales constitucionales no sólo representan derechos subjetivos de los particulares, sino que su contenido forma simultáneamente parte del orden jurídico público del País, representa un elemento de su concepción del Estado (43).

Partiendo de este modo de ver, es posible juzgar la cuestión relativa a si es admisible una renuncia de los derechos públicos y hasta dónde puede alcanzar (44). Por más que cada prestación satisfaga el interés individual de los ciudadanos, siempre mantiene su carácter de parte de un resultado general. Pero este resultado general es deseado por la ley en interés común. Hay que tener en cuenta qué fines superiores quiere alcanzar el legislador, por ejemplo, con el seguro obrero o con el otorgamiento del sueldo o pensión al funcionario o con el reconocimiento de la libertad industrial. De ahí se deduce que, en principio, es ineficaz la renuncia de un derecho público (45). Pero si puede el titular de un derecho prescindir de su ejercicio, en cada caso particular, siempre que su derecho no envuelva, por otra parte, un deber (46), o que la ley haya prohibido también expresamente esta forma de renuncia (47).

(43) FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», pág. 280. ROTHENBÜCHER, «Recht der freien Meinungsäußerung», pág. 11 (Publicaciones de la Asamblea de Profesores alemanes de Derecho político, cuaderno 4).

(44) RADNITZKY, «Parteiwillkür im öffentl. Recht», 1888. SCHÖNBORN, «Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht», 1908. L. RAGGI, Contributo alla dottrina delle rinunce nel Diritto pubblico», 1914. WASSERMANN, «Der Verzicht auf subjekt. öffentl. Rechte» (ArchöfFR., 28, 1912, pág. 261). PRESUTTI, «Istituz. di Diritto amm.», I, 2.ª ed., pág. 138. JÉZE, «Principes de Droit adm.», 14 y s. W. JELLINEK, 181 (bibliografía), 205. Sobre la renuncia a un permiso de policía industrial: LANDMANN-ROHMER, GewO., I, 8.ª ed., pág. 633. WACH, Hbch. d. Deutsch. Zivilprozessrechts», I, pág. 96. ROSENBERG, «Lehrbuch d. Deutsch. Zivilprozessrechts», pág. 420.

(45) Por esto es ineficaz una renuncia general al derecho de salario, pensión, socorro en caso de pobreza y enfermedad, indemnizaciones por accidentes de trabajo, etc. KORMANN, «Rechtsgeschäftl. Staatsakte», pág. 311. Sentencias Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Sajonia de 10 septiembre 1906 (Jahrbücher, vol. 9, pág. 249, y WACHLER y NAUNDORFF, «Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts, vol. II, pág. 54, n.º 6). Para el seguro obrero: REGER, 29, 555. SOERGEL, «Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht», I, pág. 389, n.º 141. Ley de seguros del Reich, art. 139. La ley y la costumbre jurídica pueden, no obstante, declarar admisible la renuncia en casos determinados.

(46) Así sucede con la elección para una función política (designación para un órgano político). El «derecho de sufragio» es, por tanto, en primer término, un deber de sufragio. Se manifiesta como derecho subjetivo la elección sólo en razón a que procura al elector la posibilidad de ejercer un influjo sobre el poder del Estado por el cumplimiento del deber electoral; por esta característica se distingue el que tenga derecho a elegir, de los demás ciudadanos. TRIEPEL, «Wahlrecht und Wahlpflicht», 1900. JELLINEK, «Allg. Staatslehre», 3.ª ed., pág. 422. ESMEIN, «Éléments de Droit constitutionnel», 7.ª ed. (NÉZARD), I, pág. 366. SPIRA, «Die Wahlpflicht», 1909. STIER-SOMLO, I, 546. CARL SCHMITT, «Verfassungslehre», pág. 254. Aunque no se imponga ninguna sanción por la infracción de las obligaciones electorales, no se altera nada el carácter de tales obligaciones. FLEINER, «Schweiz. Bundesstaatsrecht», 304 y s.

(47) Cfs., por ejemplo, la Ley del Reich sobre indemnización de los miembros del Reichstag (10 julio 1920), art. 6: «Una renuncia a la indemnización de los gastos es inadmisibles. El derecho a viajar gratis en ferrocarril y a la indemnización de gastos es intransferible». También en este sentido la Constitución de Prusia del 30 noviembre 1920, arts. 28, 41. La posibilidad de renunciar cesa tan pronto como la declaración de voluntad de los particulares obra más allá de la esfera privada en instituciones del Estado que el legislador ha reglamentado mediante preceptos obli-