

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL (*)

Por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO

SUMARIO: I. POSITIVIZACIÓN DE LA RELACIÓN INTEGRATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO.—II. REFERENCIA A LA DETERMINACIÓN POSITIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES. 1. *Introducción*. 2. *La potestad de hacer las leyes*. 3. *La independencia del Poder judicial*.—III. DETERMINACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES. 1. *El criterio de la ejecución de las leyes*. 2. *Actos de autoridad y actos de gestión pública y privada*. 3. *La función administrativa como realizadora de servicios públicos*. 4. *Carencia en el derecho positivo vigente de normas que permitan la caracterización anterior*.

I

POSITIVIZACIÓN DE LA RELACION INTEGRATIVA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL ESTADO

El concepto de Administración pública, determinante del de Derecho administrativo, está condicionado en su efectiva realidad por aquel otro más amplio que es el del Estado. En definitiva, la Administración no es sino una parte del Estado mismo; su actividad es actividad del Estado. Esta elemental relación integradora, tan esquemáticamente enunciada, lleva consigo una consecuencia dialéctica muy sugestiva; y es que para la comprensión real de ambos conceptos —Estado y Administración— es necesario partir precisamente de la perspectiva que cada uno de ellos facilita al otro. Y si, por una parte, la profética afirmación de Alejandro OLIVÁN (1) al determinar en la Administración una vocación latente de crecimiento, casi diría de absorción, se ha visto cumplida en toda su am-

(*) Este trabajo ha sido específicamente elaborado para ser publicado en los «Estudios» que en honor de mi maestro Prof. Silvio LESSONA, de la Universidad de Bolonia, aparecerán en breve con motivo de su jubilación.

(1) OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1954, 32 y *passim*.

plitud (2), por otra, la verdadera y real comprensión de lo que la Administración pública representa sólo puede alcanzarse determinándola directamente no sólo en cuanto está encuadrada dentro de lo que el Estado es, sino también en su recíproca interrelación con los otros ordenamientos que, como el que ella representa, dentro de aquél tienen vida (3). Esta segunda observación es la que nos puede servir de punto de partida. Relación integradora de la Administración pública en el Estado: es, en definitiva; el planteamiento que no sólo enunció, sino que también llevó hasta sus últimas consecuencias la que pudiéramos llamar doctrina clásica del Derecho administrativo, al insistir en la determinación de los presupuestos del mismo, considerando como tales buen número de materias directamente relacionadas con el Derecho constitucional y con la Teoría general del Estado (4).

(2) Sobre la primacía que en una consideración global de la función estatal adquiere el aspecto administrativo, entre otros, ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Milano, s. f., I, XII; M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif et Droit public*, París, 1914, I. Desde otra vertiente, al fijar cómo es precisamente en la acción administrativa en la que se concreta y particulariza, adquiriendo en ella vida, toda la realidad que la acción del Estado representa; entre otros, E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, en *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1914, III, 638, para el cual «die Verwaltung ist der Inbegriff der Leistungen des Staates»; también CAPOCRASSI, *Persona e pianificazione*, en el vol. *La pianificazione economica ed i diritti della persona umana*, Roma, 1955, 24 y ss. Por su parte, BONNIN, *Compendio de los Principios de administración*, Madrid, 1834, 43, se había referido ya a que la Administración, ejecutando las leyes, era precisamente el órgano que transmitía la vida a todo el cuerpo político.

(3) En tal sentido, considerando precisamente su constitucionalización como una de las características de la Administración contemporánea, vid. TREVES, *Gli istituti ed i principi fondamentali del diritto amministrativo italiano*, Bologna, 1956, 8. También GASCÓN HERNÁNDEZ, *Los fines de la Administración*, en esta REVISTA, II, 33; en el mismo sentido, WOLFF, *Verwaltungsrecht*, München und Berlin, 1958, I, 121, establece como exigencia ineludible de la Administración, su constitucionalidad, en cuanto supone la acomodación a un orden normativo superior.

(4) Esto nos explica directamente, a pesar de la aparente y formal inalterabilidad de las normas administrativas, cómo la Administración varía y cambia en su significado y realidad de acuerdo con las alteraciones políticas del Estado; vid., referencias en PETERS, *Der Kampf um den Verwaltungsstaat*, en *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet*, München, 1952, 19 y ss.; los trabajos de FORSTHOFF y BACHOFF, recogidos en *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler», 1954, 12; MAUNZ, *Deutsche Staatsrecht*, München und Berlin, 1958, 57 y 326. Esto explica en definitiva que Hans J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 24 y ss., complete la evolución histórica, cargada, por otra parte, de contenido político, que de los distintos tipos de Administración pública formula, con la estructuración que esta

El esquema anterior ha sido fuente de abundantes construcciones doctrinales. No obstante, los planteamientos deducidos del mismo parten casi siempre (5) de una perspectiva exclusivamente dogmática y, consecuentemente, abstracta. Esto es, la individualización de la Administración pública dentro del Estado se alcanza generalmente a través de una distribución conceptual de funciones o de poderes, al margen del derecho positivo, hasta el punto que puede parecer que tal construcción acaso pertenece más al campo especulativo de la Ciencia política que al tecnicismo propio de una construcción jurídica. La valoración positiva queda casi siempre a un lado; más aún, en ocasiones tales construcciones dogmáticas se establecen en oposición al derecho positivo, induciendo a pensar en un posible contraste entre este último —con validez directamente operativa—, y un posible derecho ideal, de validez exclusivamente dogmática (6).

No negamos, sin embargo —por otra parte tampoco podíamos hacerlo—, la validez de las construcciones llevadas a cabo. Se trata únicamente de intentar evitar la contraposición innegable que hemos apuntado, asumiendo —si bien con valor relativo— la perspectiva necesaria que en tal sentido presta el Derecho positivo. Y al hacerlo, en modo alguno queremos caer en un positivismo jurídico de cuyo planteamiento metodológico nos encontramos muy lejos: se trata, por el contrario, de valorar debidamente, esto es, de no prescindir de la determinación jurídico-positiva.

última ofrece según las distintas fórmulas políticas; en tal sentido son significativos los propios enunciados de los últimos capítulos con los que concluye la exposición histórica: «die Verwaltung im bürgerlichen Rechtsstaat», «die Verwaltung im totalitären Staat», y «die Verwaltung im sozialen Rechtsstaat». Llamó la atención sobre cómo para WOLFF la Administración que corresponde al tipo de Estado que fija en el segundo grupo no constituye una Administración de un Estado de Derecho.

(5) Como excepciones, teniendo en cuenta la necesidad de una valoración positiva al fijar la caracterización de lo que la Administración es, vid., entre otros, LAFORET, *Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem BGG*, «Die öffentliche Verwaltung», 1950, 221 y ss.; GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, 38; PATHE, *Die Ausführung des Bundesgesetzes*, «Deutsche Verwaltung-blatt», 1951, 681 y ss.; VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, «Études et documents. Conseil d'Etat», 1954, 8, 21 y ss.; FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1956, 3, 547; MAUNZ, *Gesetzgebung und Verwaltung in deutschen Verfassungen*, en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Festschrift für Hans Nawiasky, München, 1956, 256 y ss.; FRIESENHAHN, *Die rechtswissenschaftlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts*, en «Recht, Staat, Wirtschaft», 2, 239 y ss.

(6) Sobre este problema, intentando al mismo tiempo su superación, vid., VEDEL, *Les bases*, cit., 21 y ss.

¿Cuál es, por tanto, el nexo normativo que engarza y caracteriza a la Administración pública en el ordenamiento general del Estado? (7).

En tal sentido el camino a seguir se abre con el análisis de los textos constitucionales (8). La Constitución, que constituye el fundamento del propio ser del Estado, y se refiere al mismo en su total valoración (9), ca-

(7) Se trata pues, de ver, siguiendo la expresión de WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 53 y ss., *die Stellung der Verwaltung in der Verfassungsordnung*; también directamente MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., 192.

(8) En otro campo también específicamente constitucional, puede encontrarse, al menos teóricamente, no sólo una determinación positiva del concepto de Administración pública, sino también una caracterización de la misma. Se trata de ver dentro de la unidad del Estado, cuando precisamente se plantean las interferencias entre el ordenamiento administrativo y los otros que dentro de aquél coexisten, cuáles son los criterios aducidos para fijar el ámbito de acción de la Administración pública. En particular, cuando tal colisión se verifica con la Justicia. Una posible vía de conocimiento en esta dirección positiva puede ser, en principio, la reglamentación de los conflictos de jurisdicción, porque cuando éstos surgen, la personificación unitaria del Estado, el Jefe del Estado, viene en última instancia a concretar qué sea lo administrativo y qué lo jurisdiccional, en cuanto resuelve sobre la competencia específica de estos dos ordenamientos. En el derecho comparado, por su parte, la jurisprudencia de algunos Tribunales de Conflictos, permite establecer conclusiones específicamente determinantes en este sentido. Sin embargo, en el ámbito específico del derecho positivo español no hemos podido alcanzar en este intento resultados concretos. La reglamentación particular que para tales conflictos establece con carácter general la Ley de 17 de julio de 1948 tiene, casi exclusivamente, una orientación procesal: vid., MARTÍNEZ USEROS, *Conflictos de jurisdicción*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre 1947. Esto es, se parte de la colisión de los ordenamientos o poderes, y a ella se refiere únicamente desde el ángulo procedimental de su resolución. Sobre el carácter constitucional de esta materia: vid., dogmáticamente, TREVES, *Gli istituti*, cit., 7; tal carácter constitucional viene determinado orgánicamente por el derecho positivo por la propia existencia, por ejemplo, del Tribunal de Conflictos francés o del Tribunal de Garantías Constitucionales que la Constitución de 1931 establecía. Hemos analizado también la llamada jurisprudencia de conflictos —vid., FERRA VERDAGUER, *Jurisprudencia y competencia*, Barcelona, 1953— para ver si en sus resoluciones se motivaba argumentando cuándo y por qué una materia era específicamente administrativa y cuándo no lo era. En ese punto nuestro trabajo ha sido infructuoso, ya que en los decretos de competencia analizados no aparecen tales referencias sustantivas. La resolución de dichos conflictos se lleva a cabo principalmente mediante la adscripción positiva y concreta de competencias determinada para cada caso específico: la administrativa en unos casos, la judicial en otros, pero sin argumentar sustantivamente acerca de por qué aquella materia se estima administrativa o no.

(9) Vid., una valoración directa de la Constitución en tal sentido, PERGOLESSI, *Sistema delle fonti normative*, Bologna, 1949, 42; LUCAS VERDÚ, *Constitución*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1953, V, 219 y ss.; HETTLAGE, *Costituzione dello Stato e costituzione finanziaria*, «Studi economici», XII, 1957, 2.169; MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., 37 y ss.

racteriza de forma expresa en sus rasgos esenciales la función administrativa, la Administración pública (10). Realizar el análisis que esta vía, en cierto sentido nueva, facilita, es tarea que se nos ofrece con unas posibilidades ciertamente insospechadas por su generosidad; posibilidades que pueden por sí solo inferirse del simple análisis de los textos constitucionales, que contienen realmente las *têtes de chapitre* (11), el *préface obligée* (12), de las instituciones más importantes que el Derecho administrativo recoge. Por esto mismo un desarrollo en su verdadera amplitud de las bases constitucionales del Derecho administrativo debe formularse fijando en su extensión material, a través de su desarrollo histórico, los antecedentes que aquél encuentra en todas sus partes en las distintas Constituciones. Cabría, por tanto, formular —en sus presupuestos— el estudio constitucional de la potestad reglamentaria (13) y de los Decretos con fuerza de

(10) No nos referimos sólo a la determinación material de esta última función; las valoraciones orgánicas, incluso en lo que afecta a la propia creación de los órganos, son con frecuencia fijadas constitucionalmente en sus líneas generales; vid., en relación con los respectivos textos a los que se refieren: PÉREZ SERRANO, *La Constitución española*, Madrid, 1932, 76; AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 104; CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, en *Commentario sistematico alla Costituzione*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, Firenze, 1950, II, 155 y ss.

(11) Sobre este enunciado de Pellegrino Rossi, tipificado ya como clásico, vid., S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 17.

(12) BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1933, 2.

(13) Dejando al margen la Constitución de 1812 en cuanto establece que las Cortes aprueben determinados reglamentos administrativos —núm. 23 del art. 131—, la potestad reglamentaria, como en definitiva el ejercicio de toda la función normativa por parte de la Administración, tiene un carácter *secundario* y se mantiene en los límites estrictos de la ejecución —«cumplimiento y aplicación»— de las leyes: núm. 1 del art. 171 de la Constitución de 1812; art. 29 del proyecto Istúriz; arts. 47 y 45 de las Constituciones de 1837 y 1845; art. 52 de la Constitución de 1856; art. 73 de la Constitución de 1869; núm. 1 del art. 54 de la Constitución de 1876; art. 79 de la Constitución de 1931. Superando la configuración de la potestad reglamentaria como simple ejecución de las leyes, vid., en relación con la Constitución de 1931, *infra*, III, 3, y en relación con el Anteproyecto de 1929, vid. también el Anteproyecto complementario de la ley orgánica del Poder ejecutivo —arts. 44 y siguientes—, al formular la clasificación de los reglamentos, que divide en cuatro clases: ejecutivos, administrativos, de urgencia y de necesidad, señalando seguidamente el concepto de cada uno de ellos: «los reglamentos ejecutivos contendrán las instrucciones generales necesarias para la ejecución de las leyes, el desarrollo de las autorizaciones concedidas por las Cortes y las reglas generales de organización de los servicios públicos dentro de dichas leyes y «autorizaciones». «Revestirán el carácter de reglamentos administrativos —dice el art. 46— todas las disposiciones del Poder ejecutivo que se pongan la implantación de normas generalmente obligatorias en materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa.» «...únicamente... en casos excepcionales —señala el

ley, así como de su justificación (14); del Régimen local (15) y de la expre-

artículo 51— [que] no sea posible sancionar una ley en tiempo hábil, por morosidad de las Cortes, y el Gobierno creyera indispensable promulgarlos, sin perjuicio de someter posteriormente el oportuno proyecto de ley a nueva deliberación del órgano legislativo», se dictaren reglamentos de urgencia; «... sólo podrán publicarse por el Poder ejecutivo reglamentos de necesidad —dice el art. 52—, cuando, por estar disueltas las Cortes, y ser el caso excepcional, el Gobierno se creyese obligado a editar reglas o disposiciones que debieran ser objeto de una ley.» La caracterización sustancial que en este Anteproyecto se hace del concepto de reglamento, de acuerdo, por otra parte, con su propio significado, es la de manifestación normativa de la Administración considerada genéricamente; vemos pues cómo el ejercicio de la potestad reglamentaria en algunos casos revestirá la forma de decretos legislativos —vid., el segundo de los supuestos incluidos entre los reglamentos ejecutivos—, y en otros de decretos-leyes —vid., los reglamentos de necesidad y urgencia—; sobre este punto, expresamente también el art. 53 del también Anteproyecto: «Los reglamentos de urgencia y de necesidad... podrá el Gobierno promulgarlos, previo acuerdo del Consejo de Ministros, como decretos-leyes.» Las colecciones de textos positivos empleadas en este trabajo han sido, para el derecho vigente, la publicada por el Instituto de Estudios Políticos; los demás textos están tomados de la *Colección de leyes fundamentales*, vol. I: *Textos históricos españoles*, ed., SÁINZ DE VARANDA, Zaragoza, 1957.

(14) Vid., una justificación directa de la *urgencia* como causa que exime en ciertas situaciones del conocimiento de las Cortes, en el Discurso preliminar de la Constitución de Cádiz, XXII. Una configuración de los decretos-leyes, en el proyecto Bravo Murillo, art. 20, que justificaba en casos urgentes y de acuerdo con «los Cuerpos de la alta administración del Estado», la anticipación por parte del Rey de medidas legislativas, obligándole a su vez a dar cuenta seguidamente «a las Cortes para su examen y resolución». También en relación con los decretos-leyes, art. 53 del Anteproyecto de 1929, y vid., asimismo, lo que sobre este último hemos recogido en la nota anterior, referida igualmente a los decretos legislativos. En relación con estos últimos, así como el desarrollo constitucional de sus condiciones, vid., art. 61 de la Constitución de 1931.

(15) El estudio en toda su extensión de los presupuestos constitucionales del Régimen local, problema por otra parte en extremo interesante, pues nos permite caracterizar las distintas valoraciones políticas que aquél recibe, rebasa por el momento las intenciones de una simple nota bibliográfica. Baste tan sólo recoger en esta referencia precisamente la caracterización constitucional que inicialmente reciben los Ayuntamientos, caracterización que, por otra parte, tanto puede ayudarnos para la exacta comprensión de sus funciones. La Constitución de 1812 establece los Ayuntamientos para el «gobierno interior de los pueblos, gobierno que se diferencia del «gobierno político de la provincia» —art. 324—, y de la acción «para promover su prosperidad» —art. 325— que corresponde a las Diputaciones provinciales. La Constitución, generaliza por primera vez a los Ayuntamientos en toda la Monarquía «bajo reglas uniformes». Cada pueblo tiene su Ayuntamiento, institución que se perfila en su valoración orgánico-institucional, «la voz significativa de Ayuntamiento explica por sí misma la índole y objeto de la institución» —partiendo del principio de la mayor y especial afectación de los intereses vecinales. Sin embargo, lo más importante es que el Ayuntamiento surge como institucionalización representativa de la comunidad municipal, precisamente para evitar la intromisión del Poder central. Esto es, el Ayuntamiento responde en su origen, además de a esa razón de comunidad vecinal, a un intento de defensa, de salvaguardia contra

piación forzosa (16); de determinadas condiciones para ser funcionario público (17) y del propio sistema de recursos (18). Todo ello, sin contar

la propia acción del Gobierno. «El discernimiento de circunstancias locales —dice la Exposición de motivos justificando la regulación que establece—, de oportunidad, de perjuicio o de conveniencia, sólo puede hallarse en los que estén inmediatamente interesados en evitar errores o equivocaciones, y jamás se ha introducido doctrina más fatal a la prosperidad pública que la que reclama... la mano del Gobierno en las sencillas transacciones de particular a particular, en la inversión de los propios para beneficio común de los que los cuidan, producen y poseen, y en la aplicación de su trabajo y de su industria, objetos de utilidad puramente local y relativos a determinados fines.» Y al determinar precisamente la finalidad de los Ayuntamientos, se señala también, cómo tal finalidad es «fomentar por todos los medios posibles la prosperidad nacional, sin que los reglamentos y providencias del Gobierno se mezclen...» La contrapartida de toda esta estructura la encontramos en la ley de Ayuntamientos: esta ley va a imponer —llamo la atención sobre su fecha, en relación con la guerra carlista— una estructura centralizada, precisamente robusteciendo el poder central frente a los Ayuntamientos. Y la aprobación de esta ley es quizá la causa más directa de la propia dimisión de la Reina Gobernadora, pues aprobada en Cortes, se negó aquélla a anularla por respeto constitucional, como un buen sector de la opinión pública solicitaba. Vid., cómo la propia María Cristina se refería a este problema en el primer manifiesto dirigido desde el exilio, fechado en Marsella el 8 de noviembre de 1840: «Durante ese afflictivo período se había rebelado contra mi autoridad el Ayuntamiento de Madrid, siguiendo el ejemplo de otras ciudades populosas; los insurreccionados exigían de mí que anulara, o cuando menos suspendiera, la ley de Ayuntamientos, sancionada por mí después de haber sido votada en Cortes... Yo no podía aceptar sin quebrantar la Constitución, que llama ley a lo que votan las Cortes, y sanciona el Jefe supremo del Estado, y que pone fuera del dominio de la autoridad Real una ley ya sancionada...»

(16) Vid., directamente sobre este punto: SERRA PIÑAR, *La expropiación forzosa en los modernos textos constitucionales*, en el vol. *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Sevilla, 1954, 115 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, 21 y ss.

(17) Las Constituciones recogen, sin limitaciones preestablecidas, el carácter general de la posibilidad de acceso de todos los españoles a la función pública, como consecuencia concreta del principio constitucional de igualdad de todos los administrados; vid., por ejemplo, el art. 5 de la Constitución de 1837; art. 6 de la de 1856; art. 15 de la de 1876, y art. 40 de la de 1931. En ocasiones se matiza más todavía, especificando que una determinada causa no podrá limitar en modo alguno el acceso a los empleos públicos: «para ninguna distinción ni empleo público se requiera la calidad de nobleza», dice el párrafo 2 del art. 6 de la Constitución de 1856; otras veces, después de sancionar la regla general como en el caso anterior, «~~todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad~~», se formula una aclaración, precisamente valorando ideológicamente las creencias religiosas: «la obtención y desempeño de estos empleos y cargos... son independientes de la religión que profesen», dice el art. 27 de la Constitución de 1869; en relación con el sexo —«~~todos los españoles sin distinción de sexo son admisibles a los empleos y cargos públicos~~», art. 40 de la Constitución de 1931. Todos estos enunciados, en definitiva, no son sino transcripción, en ocasiones casi literal, del núm. 5 de la Declaración de Derechos de 1793. «Todos los ciuda-

lo que pudiéramos llamar fijación objetiva del contenido material de la acción administrativa —aguas, minas, educación, etc.—, materias a las que con frecuencia se refieren aquellas Constituciones que en su contenido formulan declaraciones de principios.

Sin embargo, realizar esta tarea, esto es, determinar en sus justos límites las bases constitucionales del Derecho administrativo, sólo es propio, precisamente por su amplitud, de una obra general. El presente trabajo tiene, por el contrario, una finalidad más reducida. Y es, precisamente, la de exponer algo que también en el orden constitucional tiene sanción positiva: esto es, fijar la noción de Administración pública. En concreto, cuál es la caracterización normativa que establece la esencia íntima de lo administrativo.

Dos últimas observaciones finalmente: interesa detenerse en el estudio expositivo de las Constituciones españolas; por su especial significación se incluyen también en este análisis determinados proyectos constitucionales, en cierto sentido oficiales, presentados por el Gobierno o por las Cortes, pero que por circunstancias diversas no fueron aprobados. Me refiero a los proyectos Isturiz, Bravo Murillo, al proyecto de Constitución federal de la primera República y al Anteproyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional en 1929. Además, en nuestro desarrollo queda en cierto modo traspuesta la exposición dogmática; porque no se trata de terciar en la eterna polémica —que casi es la polémica de su propia existencia— de diferenciar la Administración de los otros poderes o de las otras funciones que el Estado realiza. La conexión ordenada con tales planteamientos únicamente se asume como medida explicativa de la formulación positiva, con frecuencia excesivamente simplista, que los textos constitucionales establecen. Formulación que, por otra

danos son igualmente admitidos a los empleos públicos. Los pueblos libres no conocen otros motivos de preferencia para tales nombramientos que la virtud y la inteligencia.»

(18) Un desarrollo de este problema, así como una referencia a las posibilidades genéricas que ofrece, trascendiendo del simple caso particular al que están referidos: GARCÍA OVIEDO, *El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución española*, «Revista de Derecho público», 1932, 301 y ss.; PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, cit., 299; S. ROYO VILLANOVA, *El artículo 101 de la Constitución de 1931*, «Boletín de la Asociación para el Progreso de las Ciencias», 1932, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el derecho español*, en esta REVISTA, 22, 157. En tal sentido, si trascendemos ya al derecho comparado, la sanción constitucional de la cláusula general formulada en el derecho alemán y en el italiano.

parte, es preciso asumir siempre con perspectiva histórica, superando, con criterio flexible, los esquemas puramente descriptivos con los que las Constituciones españolas —especialmente las primeras— perfilan la función administrativa.

II

REFERENCIA A LA DETERMINACION POSITIVA DE LA DIVISION DE PODERES

1.—El régimen constitucional español hace su aparición respondiendo a aquella ideología política que llevaba en su seno como fuerza impulsora la lucha contra el Absolutismo, vale decir, una mayor representación popular en la gestión de la cosa pública. A esta ideología responde consecuentemente su cristalización jurídica, que encuentra en la estructura que la división de poderes le proporciona sus más amplias posibilidades. El régimen constitucional está, pues, con mayor o menor intensidad, directamente condicionado en toda su evolución histórica por el principio de la división de poderes (19). Es cierto, insisto, que la formulación del mismo está hoy día muy lejos de corresponder a su estructura inicial (20); no es menos cierto, sin embargo, que tal división, matizada con nuevas perspectivas, se mantiene como principio todavía vigente. Las Constituciones españolas, por su parte, lo sancionan permanentemente desde la Constitución de 1812, y esa idea que consigo lleva implícita, de oposición y defensa contra el poder absoluto —contra la *Herrschaftsmacht*, según la expresión de WOLFF (21)—, explica precisamente que en el origen del régimen constitucional, en el que, como es sabido, tanta fuerza tuvieron estas valoraciones, reciba una casi sacerdotal formulación positiva. Ello no obstante, se desarrolla más como principio pragmático que es exigido por el propio gobierno político de la sociedad, que como valoración doctrinal y abstracta. En tal sentido, nada tan explícito como la Exposición de motivos

(19) Vid., por todos, un amplio desarrollo de «la realización constitucional de la doctrina de la división de poderes», en ALVAREZ GENDÍN, *Tratado general de Derecho administrativo*, Barcelona, 1958, I, 20 y ss.

(20) Vid., referencias en JAHREIS, *Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem des Gewaltenteilung*, en *Vom Bonner*, cit., 119 y ss.; SCHNEIDER, *Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 1957, 82, 1 y ss.

(21) WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 53.

que la Comisión redactora de la Constitución de Cádiz formuló a las Cortes, y en la que parece oírse todavía, incluso de forma literal, el eco de las palabras de MONTESQUIEU: «Del examen de estas tres distintas operaciones [elaboración de las leyes, ejecución de las mismas y resolución «de las diferencias o altercados que puedan originarse entre los hombres»], y no de ninguna otra idea metafísica, ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable; mas los límites que se deben señalar, particularmente entre la autoridad legislativa y ejecutiva, para que formen un justo y estable equilibrio, son tan inciertos, que su establecimiento ha sido en todos los tiempos la manzana de la discordia entre los autores más graves de la ciencia del Gobierno, y sobre cuyo importante punto se han multiplicado al infinito los tratados y los sistemas. La Comisión, sin anticipar el lugar oportuno de esa cuestión, no duda decir que... [se abstiene] «de resolver este problema por principios de teoría política». Este programa constitucional tiene expresamente sanción positiva: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey» (art. 15); «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey» (artículo 16); «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley» (art. 17). Tripartición que en sus líneas generales se reitera también de forma explícita en las Constituciones posteriores (22).

De la estructura que acabamos de recoger, se deduce una primera conclusión general: la tarea de determinar la noción de la Administración pública en las Constituciones, dado el condicionamiento que éstas reciben del principio de la división de poderes, se encuentra en cierto sentido encareada *a priori* en el esquema que tal principio la impone. Poder legis-

(22) Vid. arts. 12, 45 y 63 de la Constitución de 18 de junio de 1837; arts. 12, 43 y 66 de la Constitución de 1845; arts. 15, 49 y 67 de la Constitución no promulgada de 1856; arts. 34, 35 y 36 de la Constitución de 1 de junio de 1869; arts. 18, 50 y 76 de la Constitución de 30 de junio de 1876; arts. 51, 87 y 94 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931.

lativo, poder judicial y poder ejecutivo (23): aquí, en el poder ejecutivo hay que buscar la caracterización de la Administración, pues podemos afirmar, al margen del valor real que esta construcción ofrece, que positivamente ambas valoraciones —poder ejecutivo y función administrativa— aparecen hasta la Constitución de 1876 inclusive, en cierto modo como sinónimas. Más aún, la función administrativa no se especifica independientemente en cuanto a su diferenciación, si bien de forma positiva puede perfilarse ya junto a ella una función política o de gobierno, función que en ocasiones integra con la administrativa el poder ejecutivo, y que, en otras, es llevada a cabo por el poder legislativo o incluso por el propio Rey, en su condición de Jefe del Estado.

Si el condicionamiento inequívoco de la función administrativa por

(23) La articulación *concreta* de los tres poderes, de acuerdo por otra parte, con su originaria formulación dogmática, se actualiza en las distintas Constituciones mediante el predominio orgánico de uno de ellos. Es evidente: mantener una estructura de los mismos sobre la base de un desarrollo asépticamente equilibrado, salvado el predominio del Legislativo, constituye no sólo una solución no viable, sino que prácticamente «no ha adquirido realidad absoluta en ninguna Constitución»: FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, 13. De cómo el régimen constitucional, a lo largo de toda su evolución, se ha desarrollado sobre el predominio de uno u otro de los tres poderes, vid., por ejemplo, A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1955, 433 y ss., quien precisamente realiza el estudio de los caracteres generales del desarrollo histórico del derecho constitucional francés, desde la perspectiva que determina el juego de los distintos poderes: fortalecimiento del ejecutivo, equilibrio entre el legislativo y el ejecutivo, dictadura del ejecutivo, etc. Como específicamente distinta, en cuanto supera en cierto modo el enunciado de la tripartición de poderes, vid., el proyecto de Constitución federal de la primera República, que expresamente consigna cuatro poderes, añadiendo a los tres clásicos un cuarto «poder de relación, o sea presidencial»: vid., arts. 45 y 49, y todo el título XI: poder de relación entre los otros tres, de carácter moderador, que es ejercido por el Presidente de la República, que personifica el «Poder supremo y la suprema dignidad de la Nación»: núm. 11 del art. 82. No cabe duda, por otra parte, que la división de poderes lleva consigo, en su propio enunciado una valoración orgánico-institucional de los mismos: desde la perspectiva de su construcción ordinal, vid., S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, 38; sin embargo, no es menos cierto que la valoración que de los mismos se formula en el derecho positivo es, por el contrario —aun sin omitir tal perspectiva orgánica, que, por otra parte, puede inducirse tan sólo de los enunciados de los distintos títulos de algunas Constituciones—, fundamentalmente material, esto es, una valoración de la *actividad* desarrollada: así, en relación con la legislación, las Constituciones hablan siempre de la *potestad de hacer las leyes*; vid., art. 15 de la Constitución de 1812; art. 8 del Proyecto Istúriz; art. 12 de las Constituciones de 1837 y 1845; arts. 15 y 34 de las Constituciones de 1856 y de 1869; arts. 18 y 51 de las Constituciones de 1876 y 1931. En relación con la potestad ejecutiva y su consideración material, vid., *infra*, III.

el esquema de la división de poderes, es cierto que de antemano reduce un tanto el campo de posibilidades a formular permite, sin embargo, conocer —también de forma positiva— determinadas características que, peculiares de los otros Poderes del Estado —legislativo y judicial—, inciden por su parte de forma más o menos directa sobre la noción real de Administración pública: por lo que atañe al Poder legislativo, la configuración que gradualmente sufren sus órganos, para irse configurando como órganos de control y fiscalización de la Administración, al mismo tiempo que constitucionalmente se trasvasa materialmente a ésta en cierto modo parte de su potestad normativa; por lo que se refiere a la Justicia, su independencia. Son problemas concretos acerca de los cuales la evolución de los textos constitucionales tiene alcance positivo; las consecuencias de los mismos se reflejan directamente en última instancia, en el ámbito de acción que las Constituciones señalan al otro Poder, al ejecutivo.

2.—El art. 15 de la Constitución de 1812 residencia la potestad de hacer las leyes en las Cortes juntamente con el Rey: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.» Desde entonces, todas las Constituciones, exceptuando la de 1869 (24) y la de 1931 (25), determinan la

(24) El art. 34, párrafo primero, de la Constitución de 1869 fija la potestad de hacer las leyes exclusivamente en las Cortes: «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes». En ningún sentido atribuye la titularidad de tal potestad al Rey, que expresamente queda excluido de la misma. Ello no obstante, como ha observado CARRO MARTÍNEZ, *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, 135, aun siendo innegable que la Constitución de 1869 sitúa a las Cortes por encima del Rey, en lo que a la potestad legislativa se refiere, no se desprende tampoco, siguiendo la trayectoria de las Constituciones anteriores, de la bilateralidad Rey-Cortes, no sólo por las funciones y posibilidades que aquél tiene en la promulgación de las leyes, sino también porque a él, como a cada uno de los cuerpos legisladores, le corresponde igualmente la iniciativa legislativa.

(25) La Constitución de 1931, como con anterioridad también el proyecto de Constitución de la primera República, atribuyen la potestad legislativa a las Cortes con carácter exclusivo, sin que en la titularidad de la misma participe el Jefe del Estado. Es aplicable a este punto la caracterización que en función de la participación legislativa del Jefe del Estado formula, casi como una constante histórica, refiriéndose a las Constituciones republicanas MENZEL, *Rechtsformen des formalen Verfassungsänderung*, en *Festschrift für Friedrich Giese*, Frankfurt a. Main, 1953, 153. El art. 51 de la Constitución de 1931 señalaba que la potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de Diputados. En este punto, las funciones del Jefe del Estado quedan exclusivamente reducidas a la promulgación formal de las leyes sancionadas por las Cortes, pudiendo únicamente solicitar de éstas

titularidad de la misma tanto en el órgano representativo como en el soberano. Ello no obstante, bajo la un tanto engañosa identidad gramatical, los textos constitucionales ofrecen notables diferencias (26): diferencias

una nueva deliberación, y si en ella es de nuevo aprobado el proyecto por un *quorum* determinado, el Presidente de la República queda obligado a promulgarlo como ley. En cuanto a la titularidad de la potestad legislativa en relación con el derecho vigente, *vid.*, ENTRENA CUESTA, *El texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado*, en esta REVISTA, 24, 271 y ss.

(26) Partiendo del enunciado general que la Constitución de 1812 recoge al señalar que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey, podemos encontrar, a lo largo de las distintas Constituciones, dos variantes fundamentales; en cuanto a la expresión enunciativa, formal, de la fórmula anterior, y en cuanto al contenido real de la misma. También se puede apreciar cómo en ocasiones, a pesar de formularse variaciones en el primer sentido, esto es, modificaciones en la expresión del texto positivo, tales variaciones carecen realmente de virtualidad y significado. La Constitución de 1837 en su art. 12, la de 1845 en el art. 12, la de 1856 en el art. 15 y la de 1876 en el art. 18, repiten inalterada la fórmula de la Constitución de 1812: «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey». El contenido de la misma, sin embargo, es del todo distinto al que en la Constitución de 1812 tenía, ya que en esta última la participación del Rey en la función legislativa era verdaderamente mínima, a pesar de residir tal potestad en él y en las Cortes conjuntamente. Únicamente se la atribuye veto suspensivo, que puede ejercitar durante dos veces, pues la tercera aprobación por las Cortes impone necesariamente la sanción real al texto aprobado. En las otras Constituciones por el contrario, *vid.*, por ejemplo, art. 39 de la Constitución de 1837 y art. 38 de la Constitución de 1845 —la intervención real tiene en cierto modo más fortaleza en cuanto que la no sanción por parte del Rey supone que «no podrá volverse a proponer un proyecto de ley sobre el mismo objeto en aquella legislatura»—. En el desarrollo de los distintos textos fundamentales hay, además de las anteriores, diferencia, o al menos intentos, todavía mucho más sustanciales por lo que respecta a la determinación de la titularidad de la potestad legislativa, que tienden, por una parte, a reducir las facultades de los cuerpos legisladores, y por otra, contrariamente, las atribuciones del Jefe del Estado. En ese segundo sentido, *vid.*, *supra* notas 24 y 25, en relación con las Constituciones de 1869 y de 1931; por lo que se refiere a la primera dirección, nos encontramos con dos proyectos de Constitución: el de Javier de Istúriz de 20 de julio de 1836, y el que el 2 de diciembre de 1852 Bravo Murillo presentó a las Cortes. En el primero de ellos, el fortalecimiento de la posición del Jefe del Estado en las tareas legislativas se hace de forma un tanto indirecta, pero evidente, a pesar de que el artículo 8 mantiene la misma fórmula que la Constitución de 1812. Sin embargo, el Rey aparece situado en cierto modo en una situación de verdadera paridad en relación con los cuerpos legisladores —«las leyes, se añade en el art. 13, se hacen colectivamente por los dos Estamentos y el Rey»—, concediéndosele además a este último, no un simple veto suspensivo, sino una ilimitada potestad al sancionar y promulgar las leyes: «el veto del Rey —dice el art. 31— es absoluto». Mayor interés todavía ofrece el proyecto Bravo Murillo, inspirado, como en definitiva toda su obra, en una idea sobre la que, por otra parte, puede parecer inútil insistir, de eficacia y de realización. Ratificando esta dirección concreta, es interesante recoger por su significado, trascendiendo su propio valor anecdótico, las argumentaciones que Bravo Murillo formulaba a las Cortes

que en el fondo no son sino el eco de toda la tensión interna Cortes-Rey, tensión que de forma tan directa e inequívoca constituyó el nervio central, el punto de fricción de las luchas políticas del siglo XIX. Las diferentes configuraciones constitucionales no son, pues, sino la cristalización positiva, en uno u otro sentido, de las distintas soluciones que tal lucha recibe. Ahora bien, en el régimen constitucional es cierto que el Rey representa al Estado en su unidad; consecuentemente, interviene en las distintas funciones en las que la acción de aquél se especifica: hemos recogido su participación en la potestad de hacer las leyes; también la Justicia se administra en nombre del Rey: él detenta tal potestad, si bien los *administradores exclusivos* de la misma sean los Tribunales (27). Sin embargo, a pesar de esta amplitud comprensiva de las funciones del Rey, no es menos cierto que la presencia del mismo es sólo únicamente vinculante en su totalidad en relación con el Poder ejecutivo, en cuanto en él reside la potestad de ejecutar las leyes (28). El Rey es casi más jefe de

para establecer las discusiones de las mismas a puerta cerrada, «con lo cual, apartados los estímulos de la vanagloria inseparables de la publicidad, se ahorrará mucho tiempo en la formación de las leyes, y éstas ganarán en perfección». En el fondo del proyecto Bravo Murillo hay, a pesar de su brevedad, un innegable programa de robustecimiento del ejecutivo que, «sin afectar a la esencia del régimen representativo constitucional», iba a desarrollarse en ocho leyes orgánicas, complementarias del texto fundamental, para dejar «más libre y expedita la acción gubernamental, fortificando la autonomía Real en beneficio de los pueblos». El texto entrecomillado pertenece a la Exposición que a las Cortes formuló el Gobierno presidido por Bravo Murillo el 2 de diciembre de 1852.

(27) Vid., art. 98 del Estatuto de Bayona; el art. 257 de la Constitución de 1812 señala también cómo «la justicia se administrará en nombre del Rey, y las ejecutorias y provisiones de los Tribunales superiores se encabezarán también en su nombre»; art. 68 de la Constitución de 1837; arts. 43 y 25 de los proyectos Istúriz y Bravo Murillo; arts. 71 y 72 de las Constituciones de 1845 y 1856; arts. 91 y 74 de las Constituciones de 1869 y 1876, y art. 93 del Anteproyecto de Constitución de 1929. La Constitución de 1931 sustituyó en el art. 94 la expresión anterior por aquella otra que señalaba que la justicia se administra en nombre del Estado.

(28) Las funciones del Rey, mermadas por el régimen constitucional, quedaban realmente reducidas en el ámbito que señalamos; que esto sea así —y precisamente como reacción a tal configuración—, nos lo prueba de forma explícita el manifiesto de 4 de mayo de 1814 por el que Fernando VII abrogaba el régimen constitucional establecido por la Constitución de 1812, Constitución que sanciona «no leyes fundamentales de una Monarquía moderada, sino las de un Gobierno popular con un Jefe o Magistrado, mero ejecutor delegado, que no Rey, aunque allí se le dé ese nombre para alucinar y seducir a los incautos y a la Nación». Sobre la participación del Rey en la elaboración de las leyes, como pequeño residuo de los «voluminosos derechos» que anteriormente le competían en esta tarea, MENZEL. *Rechtsformen*, cit., 171 y ss.

la Administración que jefe del Estado: hay realmente una valoración en cierto modo sinónima: Rey-poder ejecutivo, Rey-función administrativa. Ahora bien, siendo esto así, del enunciado de los términos de aquella lucha abierta Cortes-Rey, podemos sustituir el segundo término: Cortes-poder ejecutivo. Esta homologación, pues, permite explicar —metajurídicamente desde luego— las diferencias sordas, pero evidentes, que en toda la historia de la Administración del siglo XIX existieron entre ella y los órganos legislativos, diferencias que de forma tan directa han repercutido en el desarrollo y en la elaboración del propio Derecho administrativo.

Superioridad formal y real de las Cortes sobre la Administración sancionada positivamente a través del juego que facilita el principio de legalidad (29). El derecho positivo asigna a las Cortes determinadas funciones políticas que, junto con las peculiarmente legislativas, se tipifican como las propias de su competencia. En modo alguno conviene olvidar esta dualidad de funciones, porque es necesario evitar la posible confusión que puede derivarse de la creencia de que los órganos legislativos únicamente legislan. Todo lo contrario, pues casi puede formularse una constante histórica cuyo ciclo tiende efectivamente a completarse —y en tal sentido son determinantes los últimos acontecimientos que el derecho comparado ha ofrecido—, por la que los órganos legislativos van polarizando fundamentalmente su competencia en una función de control, de fiscalización. Pues si una de las características del Estado que nace de la Revolución francesa, del Estado liberal de derecho, es la representatividad de los órganos legislativos (30), haciendo necesariamente equivalente el enunciado «norma legal-elaboración por órgano representativo», podemos afirmar que la característica del Estado que AMORTH ha calificado de contemporáneo (31) es, por el contrario, tanto el aumento de la competen-

(29) La sumisión de la Administración, del Poder ejecutivo a las Cortes, encuentra su articulación jurídica en el principio de sumisión de la Administración a la ley elaborada por aquéllas, principio que correlativamente impone la sumisión a las mismas; vid., FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 60 y ss.

(30) Vid., por todos, exponiendo tal característica precisamente en contraposición directa y distintiva de la legislación en relación con la función administrativa, C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, s. f., 315.

(31) Ha señalado AMORTH, *Nuove strutture dello Stato*, en el vol. *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Roma, 1953, 160 y ss., cómo no es posible caracterizar unívocamente —como por otra parte, asumiendo un criterio material, suele hacerse— con la expresión Estado moderno al que, nacido en la Revolución francesa, llega en

cia normativa de la Administración y de la importancia que ésta ofrece con la consecuente reducción de «materias reservadas a la ley» (32), como la tipificación fundamental de las funciones de las Cortes como órganos de control, de fiscalización. Pero ¿cuál es la trayectoria que en este sentido señalan positivamente las Constituciones en relación con el poder legislativo?

Concretemos este enunciado al derecho positivo español; veamos por tanto la orientación y la trayectoria que del mismo señalan las Constituciones.

Las atribuciones de las Cortes aparecen en la Constitución de 1812, por excesivamente amplias y desdibujadas, un tanto confusas. No responden a otra idea que a la de concentrar en el órgano representativo el mayor número posible de funciones. Era lógico. Y si buscamos sistematizar un tanto la amplia formulación que el art. 131 recoge —«de las facultades de las Cortes»—, y fijar al mismo tiempo los criterios a los que tal formulación responde, vemos que aparecen, junto a las típicas y propiamente legislativas, otras funciones primariamente políticas, entendiendo como tales, según el criterio admitido por buena parte de la doctrina las que hacen referencia a la vida superior del Estado, considerado éste en su superior unidad; me refiero en concreto en este punto a las que determinan los números dos al nueve del art. 131 (33). Pero es que, además, junto a tales funciones, rompiendo en cierto modo este posible esquema, funcio-

su estructura hasta nuestros días. Por ello que sea no sólo posible, sino también necesario, incorporar a las fases de la evolución histórica del Estado, como categoría real, jurídicamente estructurada, la del Estado contemporáneo, principalmente por la consideración que el Estado puede ofrecer en su relación con la comunidad sociológica de la que emerge. Que la consideración diferenciadora de AMORTH aparezca como innegable para la delimitación y comprensión jurídica de las funciones del Estado y del propio Derecho administrativo, vid., FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 101 y ss.

(32) Sobre este punto concreto, vid. C. SCHMITT, *Teoría*, cit., 170 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., 83 y ss.; MAUZ, *Gesetzgebung*, cit., 260 y ss.; FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 183; WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 125.

(33) Recibir juramento al Rey, al Príncipe de Asturias y a la Regencia en la forma establecida; resolver cualquier duda, de hecho o de derecho, que ocurra en orden a la sucesión de la Corona; elegir Regencia o Regente del Reino, cuando lo previene la Constitución, y señalar las limitaciones con que la Regencia o el Regente han de ejercer la autoridad real; hacer el reconocimiento público del Príncipe de Asturias; nombrar tutor al Rey menor en los casos que lo establece la Constitución; aprobar, antes de su ratificación, los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios y los especiales de comercio; conceder o negar la admisión de tropas extranjeras en el Reino.

nes legislativas-funciones políticas, la Constitución de 1812 asigna a las Cortes otras funciones, cuyo ejercicio, por otra parte, estimo que debe cristalizarse también en leyes en cuanto ésta es el medio normal de manifestarse la voluntad de las Cortes, que materialmente no corresponden ni a la potestad legislativa ni a la función política, en el sentido en que ésta ha sido establecida. Se trata, número veintitrés del art. 131, de la aprobación de determinados Reglamentos, no sólo el propio orgánico, naturalmente; buscar la causa de la atribución a las Cortes de esta función, acaso sólo se explique viendo apuntado ya aquí la tarea de control y de fiscalización del ejecutivo que más tarde ha de matizarse como característica de los órganos legislativos. A partir de la Constitución siguiente, la de 1837, la exposición material de las atribuciones propias de las Cortes se clarifica, polarizándose correlativa y exclusivamente en el ejercicio de las funciones propiamente legislativas y, un tanto accidentalmente, de aquellas otras políticas (34).

El ciclo que, dogmáticamente establecido, hemos recogido en relación con los perfiles que fijan las funciones de las Cortes y que tan sólo recientemente se ha cerrado en el derecho comparado, no se completa, naturalmente, en los textos constitucionales españoles. Hasta ahora, del derecho positivo expuesto, lo único que acaso nos permite recoger es el punto de arranque, en el que la elaboración normativa, si no exclusiva es, sí, al menos su tarea principal. Sin embargo el derecho positivo ofrece, precisamente en la orientación indicada, todavía una mayor determinación de la que puede deducirse de las Constituciones hasta ahora analizadas; determinación que es recogida en el sentido de insistir en la atribución constitucional de facultades normativas a la Administración (35).

(34) El art. 40 de la Constitución de 1837 recoge cómo «además de la potestad legislativa... les pertenecen a las Cortes las facultades siguientes...», enumerándose a continuación cuatro funciones de naturaleza objetivamente política, como son: recibir el juramento del Rey, resolver las dudas de hecho o de derecho en orden a la sucesión de la Corona, elegir Regente y nombrar tutor del Rey, y, finalmente, hacer efectiva la responsabilidad de los ministros. Sólo en este último punto se esboza un poco una función fiscalizadora. Vid., también, basándose expresamente sobre esta estructura, artículo 13 del proyecto Bravo Murillo; art. 41 de la Constitución de 1856; art. 58 de la Constitución de 1869; art. 45 de la Constitución de 1876.

(35) Las características que determinan la supremacía de la Administración en la estructura del Estado contemporáneo se especifican, según AMORTH, *Nuove strutture*, cit., 157 y ss., en relación con la función normativa, en estas tres direcciones: a) Multiplicación de las normas de segundo grado, esto es, de la llamada «normatividad buro-

Así, por ejemplo, el Anteproyecto de 1929, después de fijar el principio general de que la iniciativa legislativa corresponde conjuntamente al Rey y a las Cortes, excluye de la iniciativa de esta última la elaboración de determinadas leyes (36), cuya iniciativa corresponde tan sólo al Rey con su Gobierno responsable. Esto es, la plenitud de la iniciativa legislativa radica no en los órganos propiamente legisladores, sino en el poder ejecutivo, en el Gobierno (37). Más tarde, y ya con validez efectiva, esta misma orientación, la Constitución de 1931, que acentuaba en las Cortes su función fiscalizadora y correlativamente fortalece, a pesar de que aparentemente pudiera parecer lo contrario, la posición de la Administración pública y del Gobierno, mediante la constitucionalización, en el art. 61, de la técnica de los decretos legislativos, siguiendo, por otra parte, las líneas comúnmente señaladas por la doctrina sobre este punto: a) Posibilidad de autorización para que el Gobierno *legisle* por Decreto acordado en Consejo de Ministros sobre materias reservadas a la ley. b) Establecimiento por el Congreso de las bases de tal autorización. c) Carácter particular y concreto de la misma, que no puede ser general. d) El Gobierno no tiene *necesariamente* la obligación de dar cuenta al Congreso del uso que de tal autorización ha hecho; tan sólo lo hará en los casos que éste lo estime oportuno y reclame el conocimiento de los Decretos así emanados.

crática», así como un aumento de la importancia material del contenido de la misma con la consecuente reducción de las «materias reservadas a la ley». b) Ejercicio creciente y preponderante de la facultad de iniciativa legislativa por parte del Gobierno, en el propio seno de los órganos legislativos. c) Ratificación constitucional —vid., en relación con el derecho positivo español, el art. 61 de la Constitución de 1931— de lo que comenzó siendo simple praxis constitucional, la legislación delegada. Vid., en relación con el derecho comparado el papel que la Administración y el Gobierno juegan en la iniciativa legislativa, MENZEL, *Rechtsformen*, cit., 163 y ss.; FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 67, afirma también taxativamente la intensificación de las funciones de la Administración a costa del órgano legislativo.

(36) «El Rey y las Cortes —establecía el art. 62— tendrán la iniciativa de las leyes; pero las referentes a política exterior y concordatoria, defensa nacional o reforma constitucional, y las que impliquen rebaja de las contribuciones o aumento de los gastos públicos [—con excepciones—] serán de exclusiva iniciativa del Rey con su Gobierno responsable.»

(37) Vid., respondiendo a la misma orientación, *supra* nota 13 y art. 64 acerca de la sanción constitucional que este Anteproyecto formuló también de la doctrina de los decretos-leyes y de los decretos legislativos, así como el desarrollo que de tales enunciados llevan a cabo los anteproyectos complementarios de leyes orgánicas sobre el Consejo del Reino, Cortes y Poder ejecutivo y las posibles relaciones que entre estos desarrollos y el derecho vigente existen.

3.—La preocupación immanente que se observa en todas las Constituciones de independizar el poder judicial es, en el origen del régimen constitucional, piedra angular en la que precisamente se fundamenta todo el engranaje de la seguridad personal. «Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares —dice la Exposición de motivos de la Constitución de 1812— no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto. Tal vez podrá convenir, en circunstancias de grande apuro, reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva, pero en el momento que ambas autoridades, o alguna de ellas, reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no sólo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus Estados.» La independencia del poder judicial (38) la recoge en las Constituciones españolas siguiendo la pauta marcada por la Constitución de 1812, manteniéndola como verdadero legado sagrado, que en ocasiones es garantizado positivamente además con un doble enunciado complementario: por una parte, «los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado»; por otra, «ni las Cortes ni el Rey [esto es, los otros Poderes] podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales» (39).

(38) Vid., art. 97 del Estatuto de Bayona; arts. 242 y ss. de la Constitución de 1812; arts. 63, 66, 67 y 91 de las Constituciones de 1837, 1845, 1856 y 1869; art. primero —sin numerar— del tít. X del Proyecto de Constitución federal de la primera República: «el Poder judicial no emanará ni del Poder ejecutivo ni del Poder legislativo»; arts. 76 y 94, párrafo tercero, de las Constituciones de 1876 y de 1931.

(39) Vid., art. 245 de la Constitución de 1812; para las demás Constituciones, vid., en general, los mismos artículos citados en la nota anterior. Interesante por su amplio desarrollo es el art. 93 del Anteproyecto de 1929: «El Poder judicial se ejerce en nombre del Rey por los Tribunales y Juzgados, que gozan de plena independencia respecto de los demás Poderes. Compete exclusivamente a Tribunales y Juzgados la potestad de aplicar las leyes y disposiciones de carácter general en los juicios civiles, criminales, contencioso-administrativos y cualesquiera que les encomienden las leyes. Los Tribunales y Juzgados no podrán ejercer funciones distintas que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, ni aplicar reglamentos y disposiciones de carácter general que estén en desacuerdo con las leyes, ni examinar la constitucionalidad de las mismas, ni inmiscuirse directa o indirectamente en asuntos peculiares de la Administración pública, ni dictar reglas de carácter general para la aplicación o interpretación de las leyes...»

Sin embargo, dada la clara simplicidad de nuestras Constituciones, siempre excesivamente esquemáticas, no se resuelven en el juego de los distintos Poderes, aun dando en ocasiones supremacía a uno sobre otro (40), el encuadramiento orgánico —no funcional— que la Administración de justicia tiene dentro del Poder ejecutivo, encuadramiento que, innegablemente, reduce *de facto* aquella independencia. Se trata además, de un problema todavía vigente en la estructuración orgánica de la Administración de Justicia española, y que en el derecho constitucional comparado alcanza, acaso su solución más generosa en el derecho italiano a través del Consejo Superior de la Magistratura. No obstante la regulación que se mantiene sin resolver tal problema, hay que tener en cuenta dos intentos ambiciosos de afianzar, también orgánicamente, esa independencia del Poder judicial, intentos que, sin embargo, no llegaron a alcanzar efectiva vigencia; me refiero a los proyectos de Constitución de la primera República y al Anteproyecto formulado en 1929 por la Asamblea Nacional. En el primero de ellos, la estructuración orgánica del propio personal de la Magistratura se desarrolla en orden gradualmente jerárquico según los distintos tribunales; se establece como órgano superior para tales funciones administrativas una Comisión que fija la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo, Comisión que estará integrada, en iguales partes, por representantes del Congreso, del Senado, del Poder ejecutivo y

(40) Así, por ejemplo, como consecuencia del carácter ampliamente democrático que caracteriza a toda la Constitución de 1869, incluso en la organización del Poder judicial, CARRO MARTÍNEZ, *La Constitución*, cit., 135 y ss., señala que si desde una perspectiva objetiva resulta en cierto sentido un poder judicial «raquítico y flaco, frente al ejecutivo se le refuerza por primera vez considerablemente. Aquí salta a todas luces el influjo anglosajón; no en vano la mayor parte de los diputados habían pasado largos años de exilio en Inglaterra, puesto que la Francia de Napoleón les cerró sus puertas». Este carácter de robustecimiento del Poder judicial, y no sólo frente al ejecutivo, sino también frente al Poder legislativo, se acentúa en el proyecto de Constitución de la primera República, en el que, al margen de determinadas soluciones carentes de interés científico por su directa inspiración demagógica, se sanciona un recurso judicial de revisión constitucional de las leyes. Se trata, en definitiva, de un verdadero intento de «gobierno de los jueces», característica constantemente vinculada a una estructuración política inequívocamente liberal, estructura que como es sabido tuvo su más amplio desarrollo en Norteamérica hasta la victoria de Roosevelt sobre la Corte Suprema: sobre este punto, vid., las referencias bibliográficas recogidas en LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955, 30 y ss.; y DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1958, 292 y ss.

del propio Tribunal Supremo (1). Por su parte, el art. 97 del Anteproyecto de 1929 sanciona con carácter general la competencia exclusiva del mismo Poder judicial, para «procurar e inspeccionar el adecuado ejercicio de las funciones de justicia, y... nombrar, remover y castigar a los funcionarios que la administren»; tales funciones se encomiendan —salvo especial atribución reservada por la Constitución o por la ley a otros organismos, a los órganos gubernamentales del Tribunal Supremo. La pieza fundamental que en este sistema de independencia absoluta del Poder judicial se establece es el Presidente del Tribunal Supremo, pues fijándose aquél orgánicamente independiente, el enlace y comunicación con los otros Poderes se verifica precisamente a través del Presidente del más alto Tribunal.

III

DETERMINACION DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ESPAÑOLES

Las anteriores consideraciones, en las que hemos tomado siempre como punto de partida el derecho positivo, establecen inequívocamente de modo *indirecto* la valoración real que la Administración recibe en relación con el juego articulado de los otros ordenamientos que integran y confluyen en el Estado. Hemos considerado necesario asumir tal tarea con carácter previo; sólo ahora podemos afrontar ya directamente el análisis de la determinación conceptual (42) que de la función administrativa hacen los textos positivos. Este intento puede ser especialmente significativo en cuan-

(41) Vid., art. 76 del proyecto de Constitución de la primera República; llamo la atención sobre la analogía innegable que puede observarse en cuanto a la integración de esta Comisión, con el Consejo Superior de la Magistratura establecido por la Constitución italiana.

(42) Problema distinto al de la fijación del concepto es el de la determinación constitucional de aspectos concretos, tanto de la acción como de la organización administrativa: vid., *supra*, notas 13 a 18. Sobre el aspecto orgánico, especialmente PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, cit., 76 y ss.; CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, cit., 158 y ss., y especialmente AMORTH, *La Costituzione*, cit., 103 y ss., quien al analizar los principios constitucionales del poder político-administrativo señala cómo la Constitución se ocupa del mismo en un triple sentido: determinando la composición de los órganos superiores de este poder, enunciando alguno de los principios organizativos del mismo y atribuyendo consideración constitucional a la fijación de determinadas competencias de algunos de sus órganos.

to permite fijar tal concepto desde una perspectiva real, no exclusivamente dogmática; vertiente positiva que si es cierto ofrece, como ya indicamos, una valoración relativa, en modo alguno puede prescindirse de ella. Por otra parte, este ha sido el planteamiento que, en su mayor amplitud y con carácter general, VEDEL ha llevado a cabo recientemente en relación con el derecho positivo francés. Y tomando como referencia este desarrollo, es en extremo importante señalar cómo junto a las críticas tradicionalmente formuladas a la Escuela del servicio público —siempre en orden a la imprecisión de este último concepto, o en relación con la imposibilidad de reconducir en él todas las formas de la acción administrativa, o incluso considerándolo en desacuerdo con la legislación y la jurisprudencia—, VEDEL ha añadido un nuevo argumento crítico: la idea de servicio público no es una noción constitucional. Carece del carácter primario que se la ha atribuido; faltan, asumiendo tal valoración, los eslabones de la cadena que deben unir el Derecho administrativo con el constitucional (43). La Escuela de Burdeos, de acuerdo, por otra parte, con su propio programa metodológico, no formuló sino una construcción empírica, y la causa más profunda, si bien la menos señalada, de la insuficiencia, al mismo tiempo que de la crisis de tal construcción, radica en el hecho de que la piedra angular que aquélla establecía para todo el Derecho administrativo, esto es, el concepto de servicio público, ofrece una profunda solución de continuidad entre el Derecho administrativo y la propia Constitución (44).

Este es, pues, el desarrollo que en relación con el derecho positivo español queremos llevar a cabo. ¿Cuál es la consideración constitucional que la Administración recibe a través de las distintas normas fundamentales? ¿Cuál es la caracterización que sirve para engarzar positivamente a la Administración pública en el ordenamiento general del Estado en cuanto éste es expresado normativamente por la Constitución? Insisto, sin embargo, que en esta tarea es necesario evitar posibles errores de perspectiva histórica, que con frecuencia nos harían alcanzar conclusiones no del todo exactas. Así, por ejemplo —y sobre ello insistiremos más adelante—, la Constitución de 1812 determina la función administrativa, como por otra

(43) VEDEL, *Les bases*, cit., 26.

(44) VEDEL, *Les bases*, cit., 21. Por su parte, R. CASSIN suscribe también el planteamiento de VEDEL en la introducción del volumen de «Études», cit., 10 y ss.

parte era lógico, de acuerdo con el más depurado criterio material de ejecución de las leyes. Ello no obstante, formula ya, incluso en el propio texto constitucional, valoraciones tan fundamentales para la ciencia jurídico-administrativa como son las de «servicio público» y «administración pública» (45). Sin embargo, a pesar de la indiscutible importancia que por sí solo tiene el simple enunciado de estos términos, creo no se puede alcanzar a través de los mismos una determinación genérica de la función administrativa, llegando a la conclusión de que para la Constitución de Cádiz el concepto primario que la caracteriza es el del servicio público o aquel otro, claramente orgánico, de Administración pública; la valoración que tales conceptos ofrecen especialmente en relación con el significado que actualmente tienen, es casi exclusivamente gramatical y en modo alguno sirven para hacer recaer sobre ellos el significado que les corresponde según su desarrollo técnico-jurídico. Hecha, pues, esta salvedad, de relativismo histórico, se pueden encuadrar los distintos textos fundamentales en cuatro grupos, que corresponden a cuatro fases distintas, sucesivamente cronológicas y sustantivamente diferenciadas: 1) Desde la Constitución de 1812 hasta la de 1876. 2) El Anteproyecto de Constitución de 1929. 3) La Constitución de 1931, y 4) La legislación vigente.

(45) El enunciado del término «servicio público» se asume originariamente desde una valoración financiera, al diferenciar los gastos necesarios para el mantenimiento de los mismos, de aquellos otros que la familia real puede exigir: así, se lee en la Exposición de motivos, XXVIII: «La falta de conveniente separación entre los fondos que la Nación destinaba para la decorosa manutención del Rey, su familia y casa, y los que señalaba para el *servicio público* de cada año..., ha sido una de las causas de la espantosa confusión que ha habido siempre en la inversión de los caudales públicos.» Más adelante, también la Exposición de motivos, manteniéndose en esta misma valoración financiera, reitera idéntica distinción al señalar precisamente cuál es el destino de los ingresos públicos: «El esplendor y dignidad del Trono y el *servicio público* en todas sus partes exigen dispendios considerables que la Nación está obligada a pagar.» Sobre este punto, esto es, acerca del término *servicio público*, vid., en el texto de la Constitución, arts. 340 y siguiente: «Las contribuciones serán proporcionales a los gastos que se decretan por las Cortes para el *servicio público* en todos los ramos.» «Para que las Cortes puedan fijar los gastos en todos los ramos del *servicio público*, y las contribuciones que dehan cubrirlo...». Por lo que se refiere al término «administración pública», también se sanciona desde una perspectiva semejante, esto es, financiera: vid., número 12 del art. 131, relativo a las facultades de las Cortes, concordante a su vez con el núm. 12 del art. 171 en relación con las facultades del Rey, al fijar como una de las competencias de aquéllas la de establecer «los gastos de la administración pública». El art. 227 recoge también el término «administración pública», igualmente desde la valoración que el gasto público facilita.

1.—El art. 170 de la Constitución de 1812 (46), desarrollando el enunciado que el art. 16 de la misma Constitución establece —«la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey»—, fija la naturaleza y la finalidad del Poder ejecutivo, con un significado que durante más de un siglo se mantendrá como válido constitucionalmente. «La potestad de hacer ejecutar las leyes —dice— reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.» El contenido de este precepto se mantiene sustancialmente inalterado (47) hasta el Anteproyecto de 1929, permitiéndonos determinar el significado que la función administrativa ofrece, que, como hemos señalado, aun coexistiendo un tanto indiferenciada con la función política, se estructura siempre dentro de la órbita del Poder ejecutivo.

En el Rey, pues, reside exclusivamente la potestad de *hacer ejecutar* las leyes. Esta ejecución se realiza *directamente* a través de los Ministros, a las órdenes inmediatas de aquél, que a su vez son los responsables de la misma (48). Desde esta posición, inspirada, por otra parte, por el más puro y aséptico criterio de la división de poderes, la función administrativa se vincula, por tanto, con la ejecución de las leyes. Este planteamiento como es sabido, fué ampliamente postulado por la doctrina (49), que gustó.

(46) Huyendo de todo enunciado dogmático, el Estatuto de Bayona recogía sobre este punto —art. 31— únicamente la responsabilidad de los ministros en la ejecución de las leyes y de las órdenes del Rey.

(47) Vid., arts. 45 y 48 de las Constituciones de 1837 y 1845; el art. 20 del proyecto Bravo Murillo establece, en el mismo artículo en que se determina tal finalidad, el medio directo de alcanzarla: esto es, el ejercicio de la potestad reglamentaria; art. 49 de la Constitución de 1856; arts. 69 y 50 de las Constituciones de 1869 y 1876.

(48) Vid., arts. 226 y ss. de la Constitución de 1812; arts. 28 y 40 del proyecto Istúriz; arts. 35 y 89 de la Constitución de 1869; art. 49 de la de 1876. De forma indirecta, se fija también en algunas otras Constituciones la posible responsabilidad de los ministros al facultar a las Cortes la posibilidad de exigírsela; art. 40, núm. 4, de la Constitución de 1837; núm. 3, art. 39, de la de 1845; art. 13, núm. 1, del proyecto Bravo Murillo, y núm. 4 del art. 41 de la Constitución de 1856.

(49) Vid., recogidas amplias referencias doctrinales en este sentido, en CABRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, México, 1948, 427 y ss.; POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1923, cap. I, 54 y ss.; GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1957, cap. I. La perspectiva que la división de poderes pudo facilitar para la determinación de Derecho administrativo a través de la noción de ejecución de las leyes, fué sin duda alguna condicionante, quizá como para ninguna otra, para la Ciencia española del XIX: vid., ESCRICHE, *Diccionario de Le-*

establecer el concepto de Administración pública según el criterio material de la ejecución de las leyes; el desarrollo dogmático de esta orientación, interrumpido en su trayectoria, y abandonado casi en su generalidad, ha tenido sin embargo recientemente nuevas y autorizadas formulaciones» (50).

Si la Administración es ejecución, aun constituyendo en la división seccional que del Estado se hace un orden autónomo que implica unos poderes propios y una competencia general que se ejercita en virtud de la propia Constitución y al margen de toda delegación legislativa (51), es innegable que aparece lógicamente como subordinada (52). Subordinada precisamente a ese orden superior que ella ejecuta y que está constituido por la Legislación. En esta sencilla consideración podemos encontrar *in nuce* una formulación primaria, escueta, del principio de legalidad, que en este caso debe entenderse no sólo como exigencia de que la Administración debe siempre ajustarse a la ley, sino también en cuanto requiere una ley previa, precisamente aquella que ella ejecuta. Esto es, la función administrativa debe fijarse *ut et nunc*, desde la perspectiva que la ejecución de una ley anterior, en cierto sentido autorizante, facilita. Un criterio, pues, estrictamente formal, no viable acaso en la realidad por el efectivo comportamiento de la Administración, determina esta orientación: *quae non sunt*

gislación y Jurisprudencia, Madrid, 1847, I, 291; CANGA ARGÜELLES, *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*, Madrid, 1839, I, 574; SILVELA, *Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, VI; POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, I, 66.

(50) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Introducción al Derecho Administrativo* (inédito todavía), partiendo de la formulación recientemente dada por MERKL y por KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1950, 191, se ha referido precisamente al renacer que la consideración ejecutiva ha tenido en la determinación de la función administrativa. Un retorno a tales valoraciones puede suponer también, al apoyarse directamente en el criterio de la división de poderes, si bien sustancialmente modificado en cuanto a la aprehensión fundamentalmente formal que deduce, VEDEL, *Les bases*, cit., 45; y del mismo autor, *Droit Administratif*, París, 1958, I, 17 y ss.

(51) Sobre el carácter objetivamente autónomo de la función administrativa, vid. VEDEL, *Les bases*, cit., 38; FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 92 y ss.

(52) Esta consideración subordinada, y también instrumental, en modo alguno menoscaba la valoración autónoma que de la función administrativa hemos recogido. Vid., entre otros, HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1947, 35; KELSEN, *Amministrazione*, en el vol. *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, 78; directamente entre los administrativistas, JORDANA DE POZAS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, 3; WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 75, se refiere directamente a la actuación creadora de la Administración dentro del ordenamiento jurídico y a cómo de tal forma aquélla actualiza su propio perfeccionamiento.

permissae, prohibita intelliguntur (53). Por ello que al particularizar más tarde la Constitución las funciones del Rey, precisamente como cabeza del Poder ejecutivo, la primera de las atribuciones que le señala es la actualización de esta ejecución, esto es, «expedir los reglamentos e instrucciones que crea conducente para la ejecución de las leyes» (54). Los reglamentos, las instrucciones —los decretos se completará más adelante (55)—, son consustanciales a la función administrativa y constituyen por su parte el ejercicio de una función normativa, precisamente en tanto en cuanto son exigidos para aquella ejecución que es, por lo tanto, la que va a determinar materialmente la validez y el ámbito de los mismos.

Las Constituciones fijan esta valoración no sólo configurando la ejecución de *las leyes* como una verdadera función, sino también en la consideración unitaria que puede establecerse al fijar que tal función no es ejecución de una ley concreta —de cada una de las leyes particulares—, sino del *entero conjunto normativo*. Que esto sea así, aparece claro en nuestro derecho positivo: por una parte, por la propia expresión constitucional, constantemente expuesta siempre en plural; por otra, por la valoración que puede inferirse desde la misma tripartición funcional de poderes: establecimiento del orden normativo, aplicación y ejecución del mismo. Por ello que haya podido señalar VEDEL (56) que esta ejecución se establece no tanto desde el aspecto analítico de cada ley concreta, sino desde aquel otro sintético, que requiere la propia continuidad de la acción del

(53) Vid., expresamente, BALLBÉ, *Derecho Administrativo*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, I, 64; ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, en *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 y ss.; GARRIDO FALLA, *La Administración pública y la ley*, en esta REVISTA, 4, 171 y ss.; con proyección histórica un análisis de esta relación en cuanto la ley viene a suponer una verdadera cláusula pernicioso para la acción de la Administración, en FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 57 y ss.

(54) Vid., núm. 1, art. 171, de la Constitución de 1812; arts. 47 y 45 de las Constituciones de 1837 y 1845; arts. 52 y 75 de las Constituciones de 1856 y 1869; arts. 54 y 79 de las Constituciones de 1876 y 1931: en todos ellos aparece plenamente enmarcado el ejercicio de tales funciones dentro de los límites que le impone la ejecución de las leyes.

(55) El enunciado inicial del núm. 1 del art. 171 de la Constitución de 1812 se completa desde la Constitución de 1837 —núm. 1 del art. 47— anteponiendo a «los reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes», el término decretos, expresión que se mantiene en todas las Constituciones siguientes —vid., arts. recogidos en la nota anterior—, exceptuando el art. 75 de la Constitución de 1869.

(56) VEDEL, *Les bases*, cit., 38 y ss.

Estado, de mantenimiento del orden jurídico. No es, pues, una «ejecución servil, párrafo por párrafo», sino de *l'ordre juridique tout entier*.

Dos consecuencias fundamentales pueden derivarse de esta consideración. En primer lugar, hay que señalar cómo es precisamente en este punto en el que va a poder apoyarse el poder ejecutivo para justificar la suspensión de la aplicación de una ley. Es acaso la consecuencia más importante, que, por otra parte, tantas posibilidades ha ofrecido en el derecho positivo francés (57), que de esta forma, en circunstancias excepcionales, ha situado al Presidente de la República, como jefe del ejecutivo (58), en una posición de verdadera y real superioridad frente al legislativo. Sin embargo, esta última consecuencia no me parece sea del todo aplicable con la misma extensión al derecho positivo español (59). En segundo lugar, y con validez general, el considerar la ejecución de las leyes como ejecución del entero ordenamiento jurídico, permite configurar aquélla con una amplitud y con unas posibilidades que, por otra parte, no se presentarían adscribiéndola únicamente a su valoración analítica.

Dentro del encuadramiento con que la propia función ejecutiva es determinada, el Rey no tiene jurídicamente sino dos límites *materiales* en su función. Criterio de extensión absoluta de la función administrativa, respetados, claro es, los límites que el principio de legalidad impone (60). La autoridad del Rey —precisamente como titular de la potestad de hacer ejecutar las leyes— «se extiende a *todo* cuanto conduce a la conservación del

(57) Por todos, VEDEL, *Les bases*, cit., 37 y ss., quien, al exponer precisamente las posibilidades derivadas de esta consideración sintética de la ejecución de las leyes, justifica en ella no sólo las facultades genéricas que en tal sentido puede tener el Presidente de la República, sino también la propia potestad de policía, consecuencia directa de la función ejecutiva así entendida.

(58) Sobre la consideración en el derecho francés del Presidente de la República como cabeza del ejecutivo, según establecía la Constitución de 1875, y la sustitución que en este aspecto impuso la Constitución de 1946 a favor del Presidente del Consejo de Ministros; vid., VEDEL, *Droit Administratif*, cit., 19.

(59) Esta consideración parece deducirse del contexto constitucional en toda su amplitud; habría que determinar, en primer lugar, si esa no aplicación no supone ir contra la ley, pues las Constituciones expresamente hacen responsables en tales casos a los Ministros: vid., arts. 222 de la Constitución de 1812 y 40 del proyecto Istúriz. Por otra parte, el art. 29 de este último proyecto señala cómo el Rey no podrá alterar lo más mínimo ni suspender las leyes, ni dispensar de su cumplimiento.

(60) Nos referimos, claro es, a una valoración jurídica no objetiva funcional, de los límites políticos de la acción administrativa: vid., SÜSTERHIENN, *Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage des vertikalen Gewaltenteilung*, en *Vom Bonner*, cit., 142 y ss.

orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior». Segundo límite material: la adscripción teleológica a un fin; en este caso el orden público y la seguridad del Estado. Se señala, pues, no sólo la absoluta extensión de la función administrativa, salvados, repito, los límites señalados, sino también cuál es precisamente la finalidad de la misma. En tal sentido, el fin de la Administración, estructurado desde una orientación política, tajantemente liberal (61), se proyecta únicamente en la afirmación exclusiva de su propio ser —al margen total de los presupuestos sociológicos sobre los que opera (62)—, por una parte, mediante el mantenimiento del orden público dentro de la comunidad política nacional; por otra, conduciendo tal afirmación frente a los demás Estados; esto es, mediante el reconocimiento del «fin de potencia nacional» (63), a través del cual se afirma su personalidad en relación con la comunidad política internacional. La acción de la Administración al satisfacer su finalidad en el ámbito interno —mantenimiento del orden público—, ofrece una intensidad mínima, consecuente, por otra parte, con la valoración teleológica que del Estado se hace, cuyo fin, también determinado positivamente, es la felicidad de la Nación, entendida como la suma total de individualidades. «puesto que el fin de toda sociedad política —dice textualmente el art. 13 de la Constitución de 1812— no es otro que el bienestar de los individuos que la componen». Mantenimiento pues del orden público, pero un orden público que, como HAURIUO señaló, sólo atiende a la valoración externa de las circunstancias fácticas, en su consideración opuesta al desorden, al estado de turbación; un orden público que «n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social; elle se contente de rétablir l'ordre matériel et même, le plus souvent, l'ordre dans la rue» (64).

(61) Compárese este enunciado con las valoraciones que, por ejemplo, recogen C. SCHMITT, *Teoría*, cit., 145 y ss.; JORDANA DE POZAS, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en esta REVISTA, 4, 12; HELLER, *Teoría*, cit., 224; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los estudios de Derecho*, «Revista de Educación», 1952, 5, 144 y ss.

(62) Sobre tal consideración, directamente, FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 15 y ss.

(63) GASCÓN HERNÁNDEZ, *Los fines*, cit., 39 y ss.

(64) HAURIUO, *Précis*, cit., 13 y 517 y ss. También, M. y A. HAURIUO, *Précis élémentaire de Droit Administratif*, París, 1943, 323 y ss. La configuración de HAURIUO determinando el orden público según una valoración fáctica, aparece recogida también por la más reciente doctrina francesa: vid., VEDEL, *Droit*, cit., 15, si bien matizada ya con un contenido, directamente operativo, que a su vez plenamente determinante del concepto: «l'ordre public... est constitué par un certain minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable».

2.—La técnica de establecer orgánicamente indiferenciada la determinación de la función administrativa como ejecución de las leyes se mantiene inalterada en el derecho positivo español hasta el Anteproyecto de Constitución que la Asamblea Nacional presentó el 6 de junio de 1929, durante el Gobierno de Primo de Rivera (65). Desarrollado con el tecnicismo jurídico propio de la legislación de aquella época, este Anteproyecto, además de tener tal característica, afronta directamente la sanción constitucional, no sólo de la función administrativa en su concepto, sino también de los más importantes problemas que la acción administrativa puede plantear (66).

El art. 43 establece como enunciado general, tal como ya hemos señalado, las funciones del Rey: por una parte, su función moderadora, un tanto sintética, por encima de todos y cada uno de los distintos poderes, procurando «el mantenimiento de la independencia y armonía de los mismos»;

(65) En este punto hay que relacionar complementariamente el Anteproyecto constitucional con el Anteproyecto de ley orgánica del Poder ejecutivo. Este texto, de 55 artículos, contiene un verdadero Estatuto jurídico del Gobierno y de la Administración. En él se establece su caracterización y sus relaciones con las Cortes, con el Consejo del Reino y con el Poder judicial, y además en sus tres últimas secciones se aborda directamente el desarrollo general, no exento de contenido dogmático, «de la gestión administrativa de los servicios públicos», de la potestad reglamentaria y del procedimiento administrativo. En este último punto el Anteproyecto mantiene la especificación particularizada de un Reglamento especial para cada ministerio.

(66) Este cuerpo normativo se refería directamente a importantes problemas administrativos. No era frecuente en nuestro derecho positivo que una Constitución dedicase un título «a la organización y gestión de los servicios públicos»; el Anteproyecto sanciona, por ejemplo, la inmovilidad de los funcionarios, así como su libertad de expresión (art. 76); la posibilidad de una total autonomía —económica y orgánica— de las Universidades (art. 78); recoge igualmente una verdadera cláusula general de responsabilidad: «el Estado —dice el art. 73— será civilmente responsable, como consecuencia de actos realizados por funcionarios del poder ejecutivo, bien se trate de actos legítimos, bien revistan naturaleza delictiva, o mediare en ellos culpa por imprevisión, negligencia e impericia»; se institucionalizan de forma positiva los servicios públicos, insistiendo en la vertiente económica de su gestión: «los servicios públicos —dice el párrafo 3 del art. 80—... se podrán organizar por ley como institutos o empresas autónomos, y gozar de bienes propios, ingresos separados de los generales del Estado, y especiales fondos de reserva y garantía»; y consagra además la actividad industrial de la Administración que se enmarca, todavía indiferenciada, dentro del propio concepto de servicio público: «Podrá la ley, por motivos de utilidad social —dice el art. 80—, atribuir el carácter de servicio público a determinadas industrias o empresas que satisfagan necesidades de interés general, y reconocer al Estado el derecho de explotarlas, con monopolio o sin él, por sí mismo, mediante concesión o por arrendamiento».

por otra, su participación en cada uno de ellos. Y en este punto, se repite igualmente la fórmula tradicional: «corresponde también al Rey la potestad de hacer ejecutar las leyes». Ahora bien, cuando más adelante, en el título VII, se establece la determinación particular de las funciones del Rey, precisamente como cabeza del Poder ejecutivo, dentro de este último se fija ya una distinción fundamental: a él, al Rey, le corresponde —dice el número 1 del art. 70— tanto la dirección de la Administración del Estado como la del Gobierno de la Nación. El Poder ejecutivo, pues —integrado por la Administración y por el Gobierno—, realiza una función política y una función administrativa, que a su vez es caracterizada como una función de carácter objetivo; en concreto, por la realización de determinados actos. ¿Cuáles son? El art. 75 da la respuesta exacta a este interrogante. Sin embargo, antes de analizarlo es preciso que nos refiramos, aunque sólo sea brevemente, a la fundamentación dogmática de la solución adoptada.

La primera gran sistematización del Derecho administrativo (67), enraizada, por otra parte, en los viejos esquemas del Estado-policía (68), es la que se llevó a cabo —en la tarea de diferenciar la acción de la Administración— a través de la conocida distinción entre actos de autoridad y de gestión, distinción que a su vez determina consecuentemente el derecho aplicable a cada caso. Esta contraposición, y especialmente su desarrollo, está claramente apoyado en la perspectiva jurisdiccional que caracteriza toda la evolución del derecho administrativo francés (69), especialmente en sus orígenes (70); tal desarrollo parte precisamente de la contraposición del *État puissance* al *État personne morale*, es decir, según obre *par voie de puissance*, o bien cuando *les corps politiques ne sont plus considérés que comme personnes morales* (71). Ahora bien, de todas las obje-

(67) PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contra administratif*, París, 1945, 27.

(68) Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, 19.

(69) Vid., M. y A. HAURIUO, *Précis*, cit., 354; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1954, 51 y ss.; VEDEL, *Droit*, cit., 46 y ss.

(70) Un análisis completo de estos problemas, remitiéndonos en su totalidad a las referencias allí recogidas, especialmente por lo que respecta a las figuras de LOCRÉ y HENRION DE PANSEY, en KOEHLIN, *Compétence administrative et judiciaire, de 1800 a 1830. Étude de jurisprudence*, París, 1950, 267 y ss.

(71) Vid., LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, París, 1888, I; BERTHÉLEMY, *Traité*, cit., 30 y ss.; fundamentalmente amplias referencias sobre esta posición doctrinal en KOEHLIN, *Compétence*, cit., 294 y ss. Sobre las repercusiones con-

ciones que a tan antigua distinción se han formulado (72), sin duda alguna la que mayor consistencia ofrece (73) es la que se apoya también en una valoración material y establece un *tertium genus* —la gestión pública, la gestión administrativa—, inenquadrable por su parte en la bipartición anterior (74). La acción de la Administración ofrece entonces un desarrollo material, integrado por actos de autoridad, actos de gestión pública y actos de gestión privada. Esta es, por ejemplo, la perspectiva descriptiva que HAURIUO asume en su obra (75).

Pues bien, el pensamiento del Decano de Toulouse es el que *textualmente* recoge el art. 75 del Anteproyecto, al señalar que la función

cretas que este planteamiento dogmático ha tenido en la doctrina italiana: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, I, 227, nota 15.

(72) Una referencia expositiva de la misma en sus distintas direcciones, en ZANOBINI, *Corso*, cit., 228 y ss.

(73) Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Introducción*, cit.

(74) HAURIUO, *La gestión administrative*, París, 1899: esta obra ofrece además una significación fundamental para el Derecho administrativo, pues, como en su excelente trabajo ha demostrado RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, en el vol. *Études en l'honneur d'Achille Mestre*, París, 1956, 463 y ss., en el artículo HAURIUO, desde una perspectiva jurídica, la configuración del concepto de servicio público, que ya él, con anterioridad, un tanto paradójicamente si se quiere —*Droit administratif*, *Recueil Béquet*, 1897, cit. por RIVERO—, había sido el primero en establecer, originariamente desde una configuración estrictamente política. Al referirse, pues, HAURIUO a esa actividad, la gestión administrativa, que requería una fórmula derogatoria del derecho privado, caracterizaba tal actividad por su fin —¿influencia de IHERING?, se pregunta RIVERO—, actividad que, por su parte, constituía una operación real e intrínsecamente jurídica, no sólo política. Más tarde, en la vigilia del *arrêt TERRIER*, en la quinta ed. de su *Manuel*, completará HAURIUO su propio pensamiento, precisamente insistiendo en la perspectiva jurisdiccional, de que tales actos que integran la gestión administrativa de los servicios públicos son del conocimiento del juez administrativo: «No creo —decía HAURIUO— que pueda eludirse por más tiempo el consagrar el principio de la gestión pública para dar una posible base al contencioso de la ejecución de los servicios públicos»; pocos meses más tarde, el *arrêt TERRIER* respondía muy exactamente a la invitación del Decano de Toulouse: la competencia administrativa se extiende —dirá el Comisario del Gobierno ROMIEU— a «todos los actos relacionados con la ejecución, inexecución o mala ejecución de un servicio público»; vid., RIVERO, *Hauriou*, cit., en su totalidad. También sobre la significación del *arrêt TERRIER*, y su «pin-toresco» contenido. VEDEL, *Droit*, cit., 49 y ss. Sobre una posible relación entre la estructura formulada por HAURIUO y aquella otra que también desde una valoración material de la actividad administrativa ha sido recogida por AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, en *Archivio di diritto pubblico*, III, 1938, 456 y ss., vd., ZANOBINI, *Corso*, cit., 229.

(75) M. y A. HAURIUO, *Précis*, cit., 313-498: a), tit. 1: funciones de policía, reglamentaria y de coacción; b) tit. 2: la gestión pública de los servicios públicos; c) tit. 3: la gestión privada.

administrativa que realiza el Poder ejecutivo estará integrada por actos de mando, actos de gestión pública y actos de gestión privada. Planteamiento que, por su parte, es llevado hasta sus últimas consecuencias; esto es, no se trata de un simple enunciado dogmático con validez exclusivamente abstracta, sino que, además, a través de él se determina —según la valoración originaria que esta distinción ofrecía— no sólo el derecho aplicable a cada caso, sino también el régimen de recursos. «Los actos y contratos —dice el párrafo 2 del art. 75 (76)— en que la Administración pública obra como persona jurídica quedarán sometidos a las reglas generales de Derecho privado... y en tales casos serán para ella de obligatorio cumplimiento las resoluciones de los Tribunales» (77). Y el pensamiento del Decano HAURIOL, cuando enunciaba aquel principio que él mismo calificaba de extraordinariamente elemental, pero que no por ello dejaba de ser básico para el Derecho administrativo, de que «le contentieux administratif est le contentieux de la gestion publique des services publiques», se encuentra inequívocamente reproducido en el art. 77 del Anteproyecto cuando establece que las reclamaciones que a la Administración se formulen como *gestora de los servicios públicos* tendrán la garantía de toda controversia entre partes, tanto en la vía administrativa como en la contenciosa.

3.—El principio que preside el desarrollo de la Constitución de 1931 es también el de la división de poderes que se enuncia ya desde una orientación más realista; en cierto modo se abandonan ya los enunciados retóricos, de validez ciertamente escasa, con los que vimos era asumido en las primeras Constituciones. Y aunque, por lo que respecta a la función administrativa, se establece también su determinación material, como principio, podemos afirmar que, en general, la Constitución de 1931 no atiende tanto a la fijación sustantiva, con pretensiones definitorias, de la actividad desarrollada por cada uno de los poderes o funciones del Estado, cuanto

(76) Un desarrollo de este principio, en los arts. 37 a 40 del Anteproyecto de ley orgánica del Poder ejecutivo.

(77) Vid., M. y A. HAURIOL, *Précis*, cit., 470 y ss.: «Il y a gestion privée lorsqu'une administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé et en faisant abstraction des droits et prérogatives spéciaux, exorbitants du droit commun, qu'elle tient de la puissance publique. Ils entraînent cette conséquence importante que la compétence va aux tribunaux judiciaires...»

a la distribución orgánica articulada que de los mismos se establece. El título VI se refiere al Gobierno; los dos anteriores se dedican a las Cortes y al Presidente de la República; el título VII trata de la Justicia. Este mismo esquema de la Constitución española de 1931 es el que más tarde adopta casi literalmente la vigente Constitución italiana al tratar del «ordenamiento de la República»: título I, el Parlamento; título II, el Presidente de la República; título III, el Gobierno; título IV, la Magistratura. En la Constitución italiana, a la diversidad material de funciones que se comprenden dentro del Gobierno, funciones sustantivamente distintas, políticas y administrativas, corresponde también una diferenciación orgánica en distintas secciones dentro del título III: sección 1.ª, el Consejo de Ministros; sección 2.ª, la Administración pública. La Constitución de 1931, por su parte, aunque no ofrecía esta diferenciación estructural en el esquema del título que dedicaba al Gobierno, sí admitía en el texto de la Constitución esta dualidad de funciones que el Gobierno realiza, y que aparecían diferenciadas desde una doble perspectiva, orgánica y material. «El Presidente del Consejo de Ministros y los ministros —dice el art. 86— constituyen el Gobierno.» «El Presidente del Consejo de Ministros —señala el art. siguiente— dirige y representa la política general del Gobierno... A los Ministros corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos, asignados a los diferentes departamentos ministeriales.» Este último artículo, al determinar la naturaleza de la función política y de la administrativa, responde positivamente de forma evidente al criterio dogmático que establece la especificación de aquella función como impulsora de la gestión administrativa concreta, satisfaciendo así la instancia directiva que esta última necesita (78). Ahora

(78) Esta última expresión es literalmente de FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 30; vid., también, M. y A. HAURIOU, *Précis*, cit., II. A esta configuración dogmática de la función política o de gobierno, diferenciándose así de la función administrativa, me he referido ya en otra ocasión, al estudiar el desarrollo que de la misma hiciera OLIVÁN, *De la Administración*, cit., 69 y ss.: vid., S. MARTÍN-RETORTILLO, *Alejandro Oliván: notas a su vida y a su pensamiento administrativo*, «Argensola», 1956, 140. Conviene recordar en este punto cómo recientemente el derecho positivo español —ley de 27 de diciembre de 1956 sobre la jurisdicción contenciosa— ha vuelto a fijar también de forma positiva, una caracterización de la función de gobierno, en este caso respondiendo a aquella otra orientación dogmática de inspiración kelseniana que la perfila de acuerdo con una estructura jerárquicamente determinada dentro de la organización del Estado. Expresamente sobre ello, nos remitimos a S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación*, cit., nota 6.

bien, los ministros aparecen participando en cierto modo en ambas funciones: función política —alta dirección—, al mismo tiempo que ejercen una función administrativa concreta en la gestión de los servicios de sus respectivos departamentos ministeriales. Porque si éstos son los que fundamentalmente integran la Administración, si la actividad de los mismos, según el precepto constitucional, consiste en la gestión de los servicios públicos, *sensu contrario*, puede inferirse que son estos últimos los que materialmente determinan el contenido de la función que la Administración realiza. Es, en definitiva, la caracterización de la Escuela de Burdeos, que precisamente entonces alcanzaba el cénit de su órbita, la que de forma positiva recoge la Constitución de 1931, para señalar por medio de ella el contenido material de la función administrativa. Un tanto paradójicamente, no puede en este caso aplicarse lo que VEDEL (79) señalaba en relación con la Constitución francesa, de que la noción de servicio público era extraña a la misma; en la Constitución de 1931, por el contrario, es precisamente el concepto de servicio público el que sirve de nexo constitucional en que apoyar la función administrativa dentro de la acción genérica que el Gobierno realiza.

No obstante, por lo que respecta a la función administrativa, la mayor novedad, ciertamente generosa, que la Constitución de 1931 pudo ofrecer se relacionaba con la estructura que el principio de legalidad iba a recibir. El art. 79 de la Constitución consagra la potestad reglamentaria de la Administración (80) según la técnica tradicional de nuestras Constituciones: «El Presidente de la República —dice—, a propuesta del Gobierno, expedirá los Decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes.» No hay en tal sentido ninguna diferencia positiva con la técnica anteriormente establecida. No obstante, es importante fijarse en el intento que para superar esta dirección establecía el proyecto parlamentario, que terminaba el artículo con una fórmula que, en parte, ha sido acogida por el Derecho constitucional contemporáneo (81): «...ex-

(79) VEDEL, *Les bases*, cit., 26 y ss., donde señala cómo hasta el preámbulo de la Constitución de 1946 no aparece en ningún texto constitucional francés el término servicio público, y cómo en esta ocasión se recoge, al referirse a las nacionalizaciones, con un contenido más político que estrictamente jurídico.

(80) PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, cit., 262.

(81) Me refiero, en concreto, a la Constitución italiana, que en el art. 97 condiciona la organización administrativa según las disposiciones legales, «de forma que sea asegurada la buena marcha y la imparcialidad de la Administración». Sobre el posible valor

pedirá los Decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes y la buena marcha de la Administración». Sin embargo, esta aspiración de dar a la Administración una mayor flexibilidad, unas posibilidades más amplias en su actuación, no alcanzó realidad: la expresión final fué suprimida por enmienda presentada por ROYO VILLANOVA, dirigida precisamente a mantener a la Administración pública dentro de la órbita estricta marcada por la Legislación. A pesar de ello no cabe duda que, como ha observado PÉREZ SERRANO (82), el texto del proyecto parlamentario respetaba igualmente el principio de legalidad en su significado sustancial al mismo tiempo que era más generoso en relación con los límites que a la actividad administrativa se le fijaban, pues, como el mismo autor señala, aun admitiendo, desde luego, el principio básico de la legalidad de la Administración, es decir, de la imposibilidad que ésta tiene de rebasar el orden jurídico legislativamente establecido y de infringir una ley, también el mundo jurídico tiene horror al vacío y busca que la potestad reglamentaria pueda ejercitarse, sin quebranto de ese principio, para regular materias necesitadas de normas y en las que la ley no haya intervenido todavía. En este caso, pues, al intentar desvincularse de la escueta y mera ejecución, el principio de legalidad iba a formularse de forma positiva sólo en aquella faceta que impone a la Administración un respeto material a la ley, y no en aquella otra que exige una ley anterior —no digo norma— autorizante.

4.—La caracterización de la función administrativa que hemos recogido partiendo de las normas constitucionales, tiene tan sólo —como, por otra parte, puede fácilmente evidenciarse— un valor exclusivamente histórico. El derecho positivo vigente no asume la tarea de enunciar una caracterización —material, formal u orgánica— de la Administración pública. Esta materia es precisamente, de entre las tradicionalmente llevadas a los textos constituciones, quizá la única que actualmente

normativo que en este caso ofrecen, consecuentemente, «las normas de buena administración», y la obligación por parte de la Administración pública de ajustarse *jurídicamente* a las mismas: vid., por todos, AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1937, 98; RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, en *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, 138; CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1957, 315 y ss.; y S. MARTÍN-RETORTILLO, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, en esta REVISTA, 23, 173 y ss.

(82) PÉREZ SERRANO, *La Constitución*, cit., 262 y ss.

carece en su totalidad de una regulación definida en las llamadas normas fundamentales. El Fuero de los Españoles y el del Trabajo recogen, por ejemplo, con validez de normas constitucionales, las líneas programáticas generales, tanto de la acción del Estado como las que determinan la actuación de los administrados dentro de la comunidad política nacional. La Ley de 17 de julio de 1942, con análoga validez de norma fundamental, establece las funciones de las Cortes, que aparecen como simples colaboradores del Poder legislativo, Poder que reside primariamente en el Jefe del Estado. Por el contrario, la regulación positiva del Gobierno y de la Administración no tiene para nada cabida en las normas fundamentales. La determinación de sus funciones, respondiendo a una sustantivización homogénea, únicamente se apunta en normas no fundamentales; normas que, con frecuencia, incluso no alcanzan siquiera el rango de ley formal. Falta en el derecho positivo vigente una norma que, con rango constitucional, sancione y reglamente no sólo en su concepto —lo que, en última instancia, no tendría mayor significación—, sino lo que puede resultar más interesante, en su propia sustantividad, las funciones del Gobierno y de la Administración pública, y que, además, fijando la determinación diferenciadora que a estas dos últimas valoraciones pudiera corresponderle, sustituya las regulaciones que sobre esta materia existen, siempre fragmentarias e inorgánicas.

Ante este estado de cosas podemos afirmar que el vigente derecho positivo español ofrece en este punto una situación que se puede calificar de excepcional y anómala. Una situación ciertamente contradictoria no sólo con los enunciados del derecho constitucional contemporáneo, sino también con el mismo desarrollo histórico de nuestro derecho positivo. Por estas razones no es posible continuar el desarrollo anterior con la amplitud con que los textos constitucionales históricos nos lo han permitido. Ello no obsta, sin embargo, a que en ocasiones se recojan referencias sustantivas sobre este punto, si bien de forma más o menos esporádica. Recojamos un par de ejemplos: el Decreto-ley de 19 de julio de 1951 se refiere en su Exposición de motivos a los *servicios* de los Departamentos ministeriales. La ley de 30 de enero de 1938 recoge, también en su Exposición de motivos, una dualidad de funciones, de gobierno y de gestión, quizá intentando referirse al viejo criterio dual de actos de autoridad y de gestión. Sin embargo, se trata en estos casos, como en otros que pudiéramos citar, en primer lugar, de formulaciones aisladas, con frecuencia

ambiguas, que además parecen referirse más a valoraciones genéricas que a conceptos estrictamente técnico-jurídicos. Porque ¿es que acaso es posible deducir de los enunciados anteriores una caracterización de la noción de Administración según el criterio del servicio público o según aquel otro de los actos de gestión y de autoridad? Junto a ello, en segundo lugar, el hecho de que tales afirmaciones no estén contenidas en el texto normativo, por otra parte de rango secundario, sino tan sólo en las Exposiciones de motivos, es otra razón por la que parece que no se puede formular una valoración unitaria de la función administrativa tomando como punto de partida el derecho positivo, tal y como, por otra parte, nos lo han permitido las Constituciones anteriores.

Hemos podido ver cómo en las tres fases iniciales de la evolución recogida se percibe el eco inequívoco de diferentes construcciones doctrinales. En última instancia, quienes elaboraron las distintas Constituciones no hicieron sino responder a valoraciones que, casi siempre con anterioridad, la doctrina había expuesto. Los textos positivos corresponden, con mayor o menor precisión técnica, desde luego, a diferentes construcciones dogmáticas. Sin embargo, si, superando esta diversidad, intentamos alcanzar un denominador común que permita en cierto modo denunciar la existencia de una consideración positiva unitaria de la Administración en los textos constitucionales, no hay duda que tal enlace puede encontrarse precisamente en la consideración material que de la función administrativa se formula. Es quizá la conclusión más importante, acaso también la única, que de todo este análisis puede deducirse con validez general: consideración material de la función administrativa.

Ahora bien, el derecho no opera nunca con categorías fijas, tajantes; con frecuencia la admisión de una tesis, de un principio, no supone la absoluta y radical exclusión de los contrarios. Un criterio en cierto modo de relatividad, o más propiamente, una valoración esencialmente flexible, preside toda construcción jurídica. El derecho, como ciencia moral que es, como producto cultural de una determinada estructura sociológica, no admite generalmente las verdades absolutas, tajantes. Por ello que las tres valoraciones de las que es susceptible todo concepto jurídico —material, formal y orgánica (83)—, coexisten con frecuencia al tratar de establecer un determinado concepto jurídico; esto es, al estructurar una «parcela».

(83) VEDEL, *Les bases*, cit., 27; ZANOBINI, *Corso*, cit., 23; también, en cierto sentido, de forma análoga, WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 9.

una institución de ese tejido coherente de las mismas que integran la realidad jurídica (84). El propio VEDEL (85), incansable pionero de la reciente valoración formal que la noción de Poder ejecutivo ha recibido, señala cómo es imprescindible completar tal estructura, precisamente con un criterio material. Un desarrollo *exclusivamente* formal es insuficiente. Y asume así, como complemento necesario de su construcción, la noción de *puissance publique*, de carácter material y que, a pesar de su condición suplementaria, no sólo delimita el contenido específico de la actividad realizada por el Poder ejecutivo, sino que además sirve como determinante *moyen de reconnaissance* del mismo.

Traslademos estos criterios al derecho positivo español: de la referencia concreta que los textos constitucionales ofrecen sobre la Administración pública puede deducirse inequívocamente una valoración formal, en el sentido con que VEDEL la establece. Más directamente todavía, puede alcanzarse también una valoración orgánica: la actuación modal de la Administración se determina en cierto sentido como una verdadera institución en su significado ordinamental (86); hay un nexo interno que la estructura al mismo tiempo que la diferencia orgánicamente. Ello no obstante, la valoración positiva que con carácter más condicionante se hace de la Administración es, sobre todo, su apreciación como actividad material; como tarea sustantiva que se realiza; como función objetiva que desarrolla una serie de actos, o que lleva a cabo una determinada actividad: ejecución de las leyes, realización de actos de autoridad y de gestión pública o privada, y realización de servicios públicos. Y en tal sentido, por ejemplo, es determinante que aquellas Constituciones que recogidas en el primer grupo responden exclusivamente en su totalidad al principio estricto de la división de poderes se refieren no tanto al Poder ejecutivo como tal, cuanto a la actividad que desarrollan de «ejecución de las leyes». Valoración, pues, material de la Administración pública y, consecuentemente, del Derecho administrativo. No entro a determinar —ni, por otra

(84) Asumimos el concepto de institución, en su valoración metodológica, como una realidad jurídica estructurada, teniendo en cuenta que el conjunto de las mismas integra la total realidad que el derecho ofrece: vid., FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 236 y ss.

(85) VEDEL, *Les bases*, cit., 42 y ss.

(86) Empleamos aquí el término institución desde la perspectiva orgánica que su consideración como ordenamiento ofrece, siguiendo a S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., 38, quien, por su parte, como ya hemos indicado, directamente configuró de tal forma los poderes del Estado.

parte, parece lógico— si la concreción particular que de la misma se hace es acertada o no. Basta recoger esta unidad de perspectiva que nos demuestra no sólo la primacía que esta vertiente objetiva tiene en nuestro derecho histórico, sino también que de ella no se puede prescindir. Expresamente lo advierte FORSTHOFF (87): «Es preciso... en cada caso, si se quiere poner en claro la naturaleza de la Administración, no detenerse en el campo de lo puramente formal y de la organización, y dirigir el esfuerzo a lo objetivo y material.» Y en tal sentido, teniendo conjuntamente presente la admonición de FORSTHOFF y el planteamiento de las Constituciones, puede ser interesante resaltar y poner de relieve la valoración material que estas últimas formulan de la función administrativa, precisamente cuando un buen sector de la moderna doctrina jurídico-administrativa española abandona en su *totalidad* en la determinación de la noción de Administración pública, la valoración de los criterios materiales, su consideración como función.

(87) FORSTHOFF, *Tratado*, cit., 15.

