

DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PRIVADO, DERECHO GARANTIZADOR

POR

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO EN POSICIÓN DE CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS IRRESISTIBLES PARA LOS ÓRGANOS GARANTIZADORES DEL DERECHO. LOCALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.—III. EL ESTADO EN POSICIÓN DE GARANTIZADOR DEL DERECHO: 1. Organos estatales garantizadores del Derecho. 2. La Administración de justicia como servicio público. 3. Los órganos judiciales en posición de órganos estatales sujetos y destinatarios del Derecho. Jueces en posición de funcionarios y funcionarios en posición de Jueces.—IV. LA JEFATURA DEL ESTADO.—V. DESTINACIÓN DIRECTA AL ESTADO DE LAS NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y USO POR EL ESTADO O APLICACIÓN AL ESTADO DE LAS NORMAS DE DERECHO PRIVADO.—VI. CUERPOS LEGALES MIXTOS: CÓDIGOS Y LEYES DE DERECHO PRIVADO CON NORMAS DE DERECHO PÚBLICO Y LEYES DE DERECHO PÚBLICO CON NORMAS DE DERECHO PRIVADO.—VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO PÚBLICO COMÚN Y GENERAL. EL DERECHO POLÍTICO Y EL DERECHO TRIBUTARIO.—VIII. CONFLUENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PRIVADO EN DISCIPLINAS JURÍDICAS SUSTANTIVADAS EN RAZÓN DE SU OBJETO MATERIAL. EL CASO DEL DERECHO LABORAL.—IX. EL DERECHO GARANTIZADOR: DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL. EL PROBLEMA DEL DERECHO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—X. NORMAS SIN GARANTÍA Y GARANTÍA DE MENOR GRADO O DISMINUIDA EN CONTRA DEL PARTICULAR COMO CARACTERÍSTICA EXTERNA DE LAS NORMAS DE DERECHO PÚBLICO: 1. Generalización del principio de cumplimiento por equivalencia en favor exclusivo del Estado. 2. Grave desproporción de plazos para el ejercicio de la garantía, según la ejercite el Estado o los particulares en relación con él. Plazos de prescripción, plazos de recurso y de caducidad. 3. Garantía preferente del Estado para el cobro de sus créditos. 4. Mayor garantía de las normas de Derecho público a través de los privilegios estatales de decisión previa y ejecución de oficio que sitúan a la Administración en las preferentes posiciones de demandado y poseedora. 5. Reducción de la garantía del particular por la debilidad de la fuerza ejecutoria de las sentencias frente al Estado. Cumplimiento de las sentencias por la propia Administración y posibilidad de suspensión e inejecución. 6. Mayor garantía penal para la protección de las normas de Derecho público que para sus similares del Derecho privado. 7. La legitimación directa de la Administración para plantear cuestiones de competencia a los Tribunales ordinarios como posibilidad en su favor de mayor garantía para asegurar la correcta adecuación entre Derecho público y su jurisdicción específica. 8. Limitación notoria de las consecuencias y efectos de la invalidez de los actos administrativos por vicios imputables al Estado. 9. Grave limitación de la acción procesal o pretensión de garantía por aplicación del principio del previo pago. 10. Limitación de la legitimación para la impugnación directa de actos y disposiciones generales de la Administración.—XI. ALTERACIÓN DE LAS NORMAS DE GARANTÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS CUANDO ES PARTE EL ESTADO: 1. Potenciación de la garantía en

favor del Estado para la protección de sus propiedades. Interdicto propio y acción de deslinde.
2. Disminución de la garantía de los particulares en el ejercicio de acciones de Derecho privado frente al Estado. Reclamaciones previas a la vía civil y laboral, inaplicación de medidas y procesos cautelares y sistema especial de ejecutoriedad de las sentencias firmes.—
CONCLUSIONES.

I

INTRODUCCIÓN.

Se pretende aquí un acercamiento al concepto de Derecho administrativo, partiendo para ello de una determinada clasificación de las normas jurídicas, de la diversidad de posiciones que el Estado, considerado unitariamente, puede asumir frente al Derecho, y del carácter netamente fundamental que las Leyes tienen dentro del conjunto de las normas jurídicas.

La división o clasificación del Derecho de que partimos comprende cuatro términos: en primer lugar, la distinción Derecho público-Derecho privado, aceptada, más o menos, según la concepción de las fuentes romanas expuesta por los autores de más crédito, a la que añadimos un tercer término, el de Derecho garantizador, y un cuarto término, el Derecho que regula cómo se crean y cuál es el efecto de las Leyes. Partir de la distinción de Derecho público y Derecho privado nos parece insoslayable, puesto que «estos conceptos no pueden eliminarse sin inconveniente de un orden jurídico positivo determinado, sino que proceden lógicamente a toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta», según la tesis de RADBRUCH (1).

La expresión Derecho garantizador es familiar a los penalistas, y con ella quieren resaltar la idea de que todo delito presupone la infracción de otra norma no penal, lo que se refleja dentro de la teoría técnico-jurídica del delito en el elemento de la antijuridicidad. Para nosotros, además del Derecho penal, es Derecho garantizador el Derecho procesal, por cuanto regula la función judicial entendida, según precisaremos, como función estatal garantizadora del cumplimiento del Derecho, tanto público como privado. Nota característica del Derecho garantizador es que no es revisable fuera del sistema mismo de los órganos judiciales por una instancia o sistema de órgano posterior.

Al margen y en otro plano también diverso de la distinción Derecho público y Derecho privado, está el concepto del Derecho que regula el

(1) Citado por LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Madrid, 1961, pág. 473.

sistema de producción de normas jurídicas, el Derecho que regula «cómo se crea y cuál es el efecto del Derecho», y en el que se integran las normas que regulan el procedimiento de los órganos legislativos y los que establecen los efectos de las Leyes y su ámbito de aplicación.

Las posiciones, por otra parte, en que el Estado se encuentra con relación al Derecho pueden reducirse a tres, lo que ya ha sido visto en cierta manera y explicado por el principio de separación de poderes y la diversidad de funciones estatales, aunque no compartimos las formulaciones iniciales y las todavía en uso. El Estado, en efecto, sin pérdida de su unidad, puede estar en posición de creador del Derecho, de garantizador del Derecho y de destinatario o sujeto del mismo. Sólo en esta última posición se corresponde exactamente, se identifica con otros sujetos, sean personas físicas o jurídicas, ya que la función de garantía del Derecho es monopolizada por el Estado, que asimismo monopoliza la función creadora de normas jurídicas con carácter de Ley.

Otro dato que nos servirá para la caracterización del Derecho administrativo ha de consistir precisamente en resaltar la profunda diferencia de las normas-leyes de otras presuntas normas que no tienen este carácter.

Sobre las bases anteriores anticipamos, conscientes del riesgo de deficiencia de todo intento definitorio, el concepto de *Derecho administrativo* que hemos de intentar justificar en las consideraciones posteriores: *Derecho administrativo como el conjunto de normas de Derecho interno que tienen por destinatario el Estado en cuanto sujeto.*

Unas últimas consideraciones previas: el término *Estado* lo usamos en sentido amplio, comprensivo de todas las personas jurídico-públicas; el Derecho administrativo se aparecerá como un Derecho público con más títulos, incluso, que el Derecho civil, para ser considerado dentro de aquél como «común y general»; un Derecho, por último, que en la estructura y contenido de sus normas no ofrece, aparte del dato de su destinación directa del Estado, diferencias sustanciales del Derecho privado; entre Derecho administrativo y Derecho privado, las diferencias se aparecerán como puramente externas, localizadas en el Derecho garantizador de uno y otro, y consistentes en que en la norma de Derecho público la garantía opera con gran intensidad en favor del Estado y con gran debilidad en favor del particular que en esa norma con él se relaciona, o bien en que se da una ausencia total de garantía.

II

EL ESTADO EN POSICIÓN DE CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS INDISCUTIBLES E IRRESISTIBLES PARA LOS ÓRGANOS GARANTIZADORES DEL DERECHO. LOCALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.

Que el Estado sea creador del Derecho es algo que no parece necesitar demostración. Problema distinto es si puede haber otras fuentes de creación del Derecho distintas del Estado y cuáles sean dentro del Estado los órganos que tienen asignada la función de creación del Derecho.

Resolviendo la primera cuestión se ha afirmado juntamente con el Estado el Derecho puede ser creado o tener como fuente de origen directamente al pueblo o la sociedad a través precisamente de la costumbre, y esto, al menos a primera vista, sin embarcarse en interminables discusiones iusnaturalistas sobre la existencia de un Derecho no escrito de origen divino o simplemente natural.

Tampoco han faltado quienes han visto en la facultad negocial de los sujetos una fuente autónoma de producción normativa en cuanto que el contenido de los negocios jurídicos es fuente originadora, y hasta con carácter permanente, de facultades y deberes jurídicos.

Resolviendo la segunda cuestión se han dado también respuestas muy diversas, que van desde la localización de la función creadora del Derecho en el llamado poder legislativo, Parlamentos o Cortes, hasta su atribución a los restantes órganos del Estado: el ejecutivo, a través de su poder reglamentario, y el judicial, al que se ha querido liberar de su modesto papel de aplicador del Derecho, simplemente garantizador para nosotros, para afirmarse la función creadora del Derecho de los Jueces y Tribunales.

Una atribución tan generosa del poder de creación del Derecho es por su misma amplitud sospechosa y, desde luego, no es posible defenderla más que desde perspectivas sociológicas o filosóficas que por su generalidad, y por ello mismo por su lejanía, no pueden o no quieren ver la radical diferencia que sustancialmente, nada menos que por sus efectos, distingue las normas que emanan de una y otra fuente. Puestos a hacer concesiones, crear Derecho sería algo al alcance de cualquier persona física o jurídica; pero crear normas-Leyes, es decir, normas *indiscutibles e irresistibles* para los Jueces, es algo que sólo el Estado, a través de órganos específicos, puede hacer.

En apoyo de la anterior afirmación puede sostenerse que las normas de origen estatal con rango de Ley priman en todo caso sobre las originadas en fuentes no estatales, como proclama el artículo 6.º del Código civil, al llamar a la costumbre en defecto de Ley, y como una experiencia universal referida a nuestros días confirma, inequívocamente, al margen de toda consideración axiológica.

Entre las normas de origen estatal, la primacía de una de ellas, concretamente de las Leyes, es evidente sobre las que pueden originarse en la presunta función creadora de los Jueces. Pero lo que interesa aquí no es discutir en forma definitiva si la Administración y los Jueces producen normas, sino la diferencia entre el Derecho originado por éstos y las normas creadas con forma de Ley a través del ejercicio de la función legislativa propiamente dicha, y localizar asimismo los órganos estatales que la tienen atribuida.

Las diferencias entre las normas-Leyes de otras normas jurídicas son, en efecto, tan notables, que sorprende que se descarte con tanta naturalidad el asentamiento del criterio diferencial de la Administración pública frente al poder legislativo, por el hecho de que ésta ejerza o tenga atribuido un poder reglamentario.

Los órganos del Estado que no tienen atribuida la función creadora de normas *indiscutibles* e *irresistibles* para los Jueces y Tribunales, es decir, de Leyes, engendran unas normas de carácter secundario, subordinadas en todo caso a las Leyes que confieren expresa o presuntamente la habilitación oportuna, caracterizadas por su interinidad o precariedad, en el sentido de que su vigencia está siempre a merced de la voluntad del órgano legislativo, que en cualquier momento puede dejarla sin efecto, y además, son justiciables ante los Tribunales, que no solamente pueden anularlas, sino incluso privarlas de aplicación, negarles la garantía judicial, desconocerlas pura y simplemente por su real o presunta oposición a Leyes formales; igual, exactamente igual, que pueden hacerlo con las normas de origen puramente negocial. La única norma que en ningún caso el Juez puede anular y desconocer es la Ley, y por ello la Ley es la norma jurídica propiamente tal, la única norma *irresistible* e *indiscutible* para el Juez.

Si, pues, es de elemental constatación que sólo algunos órganos del Estado son creadores primarios de Derecho, están exentos del Derecho mismo, no en el sentido de que su actuación no esté sujeta a unas normas, sino de que estas normas están privadas de sanción, de la garantía que comporta, la intervención de un poder exterior, la intervención judicial.

Por ello las normas que regulan la actuación legislativa de las Cortes o de los Parlamentos no pueden servir de base a ninguna acción judicial y sólo pueden ser revisables por ella misma con absoluta discrecionalidad. Cualquier instancia, cualquier actividad primariamente creadora de Derecho en el sentido de normas con valor de Ley, es esencialmente libre de toda fiscalización. En este sentido, pues, las normas que regulan la actuación de los órganos legislativos en su actuación creadora del Derecho están destinadas al Estado como tal creador de Derecho, no como sujeto sometido a coerción jurídica, a un sistema de garantía.

Evidentemente que lo anterior sólo es aplicable plenamente a aquellos Estados en los que no existe un sistema de garantía o control constitucional de las Leyes, en el que se fiscalice el procedimiento de elaboración de las mismas y su adecuación a los preceptos constitucionales. Pero lo que aquí importa señalar y resaltar no es tanto el que las Leyes no puedan ser en ningún caso sometidas a proceso o dejarlas sin efecto, sino que los Jueces y Tribunales ordinarios no pueden dejar de aplicarlas so pretexto de inconstitucionalidad, mientras que sí pueden dejar de aplicar bajo múltiples pretextos, e incluso anular por sí mismos, toda suerie de normas de otra índole. De aquí, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional Federal Alemán solamente admita en el «procedimiento de comprobación concreta de normas jurídicas» el sometimiento al mismo de normas con rango de Ley, pero no las disposiciones implantadas por Decreto. La razón de esta disparidad es muy sencilla: en el primer caso, el Juez o Tribunal que presume que una Ley es anticonstitucional no puede enjuiciarla, sino que ha de remitir su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional; mientras que si la inconstitucionalidad la presume de cualquier otra norma, esta remisión no es necesaria porque el Juez o Tribunal disponen de facultades o arbitrios propios para dejar de aplicarla en el caso concreto.

El Estado, por último, se sitúa en posición de creador de normas jurídicas *irresistibles* e *indiscutibles* para los Jueces y Tribunales a través de los Parlamentos o Cortes con carácter ordinario, y a través del Gobierno en circunstancias de excepción, por la fórmula de los Decretos-Leyes. En nuestra patria, la Jefatura del Estado, en la que se mantiene la prerrogativa legislativa mientras no se produzca la sucesión, es también órgano creador de normas jurídicas *indiscutibles* e *irresistibles* para los Jueces (2), y asimismo las autoridades militares en situaciones de guerra, a través de los bandos militares, con valor de Leyes formales.

(2) Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica del Estado.

III

EL ESTADO EN POSICIÓN DE GARANTIZADOR DEL DERECHO.

«Es una cosa sorprendente el crédito que los hombres conceden, en general, a la intervención de los Tribunales» (TOCQUEVILLE) (3).

Lo mismo que existen órganos del Estado en posición prenormativa, en el sentido ya expuesto, hay otros en posición postnormativa, órganos del Estado que atraviesan, que empapan toda la organización de aquél. La esencia de la función judicial, entendida como función garantizadora del Derecho, no está, a nuestro juicio, en la neutralidad o independencia de sus órganos, circunstancias que pueden concurrir y de hecho concurren en múltiples órganos del Estado, naturalmente considerados como Administración (Tribunales de oposiciones, funcionarios del Consejo de Estado, etcétera), ni en la inamovilidad o especial responsabilidad de sus funcionarios, sino en su función misma, que consiste en decir la última palabra, dictar la resolución inapelable, resolver sin fiscalización de ninguna instancia o sistema de órganos posterior. Precisamente porque esa decisión última y definitiva es trascendental, vital al Derecho que de otra forma no tendría coactividad, al servicio de esa exigencia de coactividad de la norma está el sistema de órganos estatales que definitivamente, en último lugar, imponen su cumplimiento. La presunta función creadora del derecho de los Jueces no puede entenderse más que como una técnica auxiliar de esa finalidad esencial de garantía, que obliga al Juez a comportarse como algo más que un autómatá en relación con un precepto aislado y escrito. Asimismo la neutralidad, la imparcialidad, la independencia, reforzadas todas ellas con relación a los órganos no judiciales, son también puras y simples técnicas al servicio de esa función de garantía.

En este sentido es como también hay que entender la afirmación de CHIOVENDA de que la jurisdicción es una actividad de *sustitución*, lo que cabalmente presupone que la norma ha sido antes cumplida o incumplida, pero en todo caso dirigida, primeramente, a otros sujetos, y bien o mal, aplicada ya por ellos. Cuando se absuelve a un reo o cuando se desestima una demanda, se dice simplemente que no ha lugar a la pretensión, porque el Derecho ha sido correctamente aplicado; cuando se estima la demanda,

(3) MOSQUERA SÁNCHEZ, *El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo*, en el número 46 de esta REVISTA, pág. 86.

se condena, se obliga al demandado a aplicar correctamente la norma violada o a reparar el perjuicio, pero en todo caso son las partes las que lo han de aplicar y a quienes se obliga por la sentencia a aplicar por sí mismos la norma.

A nuestro juicio, pues, los Tribunales son órganos del Estado que garantizan el Derecho, lo que es más riguroso que decir que son la «voz del Derecho», la viva «voz legis» (4), y desde luego que decir que los Tribunales son órganos aplicadores del Derecho. Lo primero, porque comporta olvidar que estamos en presencia de órganos estatales en el más riguroso de los sentidos; lo segundo, porque aplicar el Derecho supone ser sujeto y destinatario del mismo, y las únicas normas destinadas a los Jueces son las normas de garantía en el sentido que luego precisaremos, pero no reglas y normas sustantivas.

1. *Organos estatales garantizadores del Derecho.*

Tras lo dicho, es obvio que ejercen función jurisdiccional todo aquel conjunto de órganos que llamamos Tribunales civiles, penales, laborales y contencioso-administrativos, aludidos como tales bajo el epígrafe «Justicia» en la Ley Orgánica del Estado (arts. 19 a 26).

También lo son la jurisdicción militar y la canónica, citadas también como órganos judiciales, aunque con evidente timidez, en el artículo 32 de la Ley Orgánica.

Del artículo 31 se desprende, por otra parte, que existen otros órganos con función judicial distintos de los tradicionalmente considerados como tales, puesto que se habla de juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y *demás que establezcan las Leyes*. Aunque no se conceptuaran como órganos judiciales, lo serán siempre los órganos en que concurriera ese dato esencial de tener atribuida la función de garantía del Derecho, lo que comporta decidir última y definitivamente, sustituyendo con su decisión la aplicación de la norma por otros sujetos. Por esta razón no pueden calificarse de función judicial la que desarrollan los Tribunales Económico-administrativos, ni los Tribunales de Contrabando y Defraudación (salvo en materia de delitos monetarios, en que no hay recurso ante el Tribunal Supremo), ni el Tribunal Marítimo Central, que resuelve cuestiones de Derecho mercantil, pero contra cuyas decisiones se da recurso de alzada ante el Ministro de Marina y Consejo de Ministros

(4) En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto di Diritto Amministrativo como Diritto Statutario*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», fasc. núm. 23, 1960, pág. 326.

y después ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley de 24 de diciembre de 1962), etc., etc.

Por el contrario, ejercen verdadera función judicial las Juntas de Deudas hasta 3.000 pesetas, ya que entonces dictan sentencias firmes ejecutables por los órganos de la Justicia municipal; asimismo ejerce función judicial el Tribunal de Defensa de la competencia, creado por Ley de 20 de julio de 1963, en lo que afecta a su materia específica, y las declaraciones, intimaciones y actos concretos que sean consecuencia de ellas (artículo 29 de la Ley), pero no en materia de propuesta e imposición de multas, que son impugnables en la Jurisdicción contencioso-administrativa, etcétera, etc. (5).

2. *La Administración de Justicia como servicio público.*

Toda la dignidad y alabanza que los órganos judiciales merecen, derivada de tener atribuida principal, aunque no únicamente, la función de la garantía del Derecho, no es óbice a que las diversas organizaciones judiciales se ajusten a los principios materiales de organización de los restantes órganos del Estado que tienen atribuidas otras funciones sustancialmente divergentes. En este sentido, los órganos judiciales son un servicio público. Igual que otros órganos del Estado, la función judicial está servida por funcionarios, funcionarios de la Administración de Justicia, pero funcionarios del Estado en todo caso; su selección, perfeccionamiento, retribución, relación jurídica que los une con el Estado es similar, igual la de los restantes funcionarios de la Administración del Estado. Lo esencial, lo característico del régimen de su función pública, en concreto, las garantías sobre inamovilidad e independencia funcional, relativas en comparación con los restantes funcionarios del Estado, si se examina despacio y meticulosamente su régimen jurídico, responden a las exigencias de la función de garantía del Derecho, se configuran a su servicio, son auxiliares indispensables para su efectividad, pero no constituyen la esencia de la función judicial. En especial hemos de hacer notar que la relación que une al Juez con el Estado es una relación de función pública, una relación de servicios, que aunque regida por normas diversas, las cuestiones litigiosas que en base a ellas se originen (impago de sueldos, preferencia en nombramiento, etc.) son de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(5) Un análisis muy detallado, aunque no compartimos totalmente sus criterios y calificaciones, ha sido expuesto recientemente por GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, págs. 68 y sigs.

Desde la perspectiva, asimismo, de esta similitud entre la organización de la función judicial o de garantía del Derecho y la organización de otras funciones del Estado, se comprende perfectamente el problema del concepto de acción procesal, como Derecho frente al Estado a fin de obtener una declaración de un órgano jurisdiccional, y que más exactamente podría denominarse pretensión de garantía jurídica. Esta pretensión sólo es perfectamente comprensible desde la perspectiva del servicio público entendida como una *pretensión administrativa* a que el servicio público de la garantía del Derecho funcione, a que actúe su maquinaria, aunque no se tenga derecho a que la coactividad o garantía funcione en el sentido pedido en la demanda. Pretensión administrativa y derecho subjetivo o acción en el sentido del Derecho privado no se confunden aquí tampoco.

El pago de las tasas judiciales sólo se explica por esta consideración de servicio público de la Administración de Justicia; es la contraprestación por la prestación administrativa, lo mismo que se paga una tasa académica o de transporte. Lo mismo ocurre con las llamadas potestad sancionadora que tienen los Presidentes de Salas de Justicia, que se extiende a los que son y a los que no son parte en el proceso, y que se explica no por la función judicial, sino por una relación de supremacía especial sobre los que se relacionan con el servicio público.

En último término, la responsabilidad del Estado por errores judiciales, allí donde se admite, sólo puede explicarse por la consideración de la actividad judicial como actividad estatal y actividad de servicio público.

3. *Los órganos judiciales en posición de órganos estatales sujetos y destinatarios del Derecho. Jueces en posición de funcionarios y funcionarios en posición de Jueces.*

Pero la función de garantía del Derecho no es sólo actividad estatal rigurosa, que obliga, dadas las características externas de su prestación, a caracterizarla simultáneamente como de servicio público, so pena de dejar sin explicación el Derecho de los particulares a la garantía jurídica y la regulación misma de la *Administración de Justicia*, sino que una mirada atenta descubre que a través de los órganos judiciales el Estado está en posición de destinatario y sujeto de Derecho; en otras palabras, que los Jueces son llamados por las Leyes a actuar como funcionarios y los funcionarios a actuar en posición de Jueces (6).

(6) GARCÍA-TREVIJANO, op. cit., pág. 67.

La realidad brinda, en efecto, ejemplos de actividades de los órganos judiciales materialmente idénticas, pero esencialmente diferentes, según el punto de vista que venimos exponiendo; así, los órganos judiciales pueden seguir procedimientos de apremio para la ejecución de decisiones judiciales o de resoluciones administrativas, como, por ejemplo, el cobro de multas (así está en la Ley de Régimen Local, art. 112, y Ley de Orden Público, art. 22). Pues bien, en este último caso se trata de una actividad materialmente de coerción administrativa ejercida en base a actos de esta índole, dictada en cumplimiento de normas y actos administrativos, lo que queda patente en el hecho de que después de esa ejecución por órganos judiciales, el contenido de esa ejecución judicial puede quedar sin efecto por actos de contrario imperio de los órganos administrativos que los dictaron, y éstos ser a su vez revisados en una instancia judicial distinta. En esta actividad de ejecución administrativa los órganos judiciales no están evidentemente en posición de garantizadores del Derecho.

Con arreglo a este criterio, resulta también que los órganos de la justicia municipal, en cuanto encargados del Registro Civil, y, por supuesto, los Registros de la Propiedad, no sólo inmobiliaria, sino también industrial e intelectual, no son órganos judiciales, ni siquiera órganos auxiliares de la función de garantía, sino simples órganos del Estado como destinatario de normas jurídicas principal y jerárquicamente dependientes del Ministerio de Justicia, de Industria o de Educación y Ciencia, normas jurídicas cuya garantía se atribuye y domicilia después en órganos judiciales ejerciendo funciones propias de la garantía.

La recaudación de las tasas judiciales que los órganos judiciales realizan por sí mismos, directamente, ofrece otro ejemplo notable. Aquí los Tribunales no están en posición de garantizadores del cumplimiento de estas normas tributarias por otros sujetos, sino de destinatarios y aplicadores, sujetos de las mismas, cumpliendo una función idéntica a la de los funcionarios de la Administración tributaria; lo mismo puede afirmarse de la aplicación de sanciones por órganos judiciales para el mantenimiento del orden en las Salas de Justicia; en este caso la función ejercitada es rigurosamente similar a cualquier otra función policial de mantenimiento del orden en un servicio público.

Pero los supuestos no quedan circunscritos a estas actividades entremezcladas con la actividad judicial propiamente tal, de función garantizadora del Derecho, sino que se dan otros inequívocos supuestos en que los órganos judiciales están en posición de destinatarios o sujetos de Derecho, en que actúan como órganos o funcionarios administrativos; así,

aparte de los cometidos que cumplen en el procedimiento electoral, presiden órganos que ejercen funciones administrativas, como son el Jurado de Expropiación Forzosa y las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria (art. 6 de la Ley, que atribuye, además, a los Jueces de Primera Instancia voto de calidad), y como simples y puros funcionarios actúan en Tribunales de concursos y oposiciones.

La jurisdicción voluntaria ofrece un ejemplo asimismo de doble posición del órgano judicial: en la fase llamada voluntaria, los órganos judiciales están en posición de destinatarios de la norma, ejercen actividad administrativa, administración de Derecho privado; si hay oposición, es decir, si un interesado denuncia o advierte un incumplimiento del Derecho, los mismos órganos se sitúan en posición de garantía y resuelven a través de un procedimiento contencioso.

La jurisdicción militar, por último, constituye el caso límite e inverso de la idea que venimos exponiendo: los miembros de los Consejos de Guerra, la Autoridad judicial y el Auditor, piezas clave del sistema, son funcionarios y órganos militares que además de la función judicial cumplen otra completamente ajena a ésta como autoridades y funcionarios no judiciales.

En resumen, pues, no hay un sistema de órganos exclusivamente judiciales que ejerzan sólo una función de garantía del Derecho: lo que hay son órganos estatales, que además de realizar una función garantizadora del Derecho, están en posición de destinatarios, y por los actos realizados en esta posición responde o debe responder el mismo Estado ante otros órganos estatales en función de garantía del Derecho. Por otra parte, en unos casos es preponderante la función de garantía dentro del núcleo de competencia del órgano, lo que prueba que principalmente fué creado con finalidad judicial; en otros esa función de garantía es accidental y accesoria respecto a otras funciones y competencias, lo que acredita que fué pensando predominantemente como órgano estatal administrativo.

IV

LA JEFATURA DEL ESTADO.

En la Jefatura del Estado se centran las funciones de creación originaria y garantía del Derecho, y además, la Jefatura del Estado es órgano del Estado, destinatario y sujeto del Derecho. Las tres posiciones con relación al Derecho, o, si se quiere, las dos funciones y la posición de sujeto o destinatario concurren evidentemente en ella.

La función de creación originaria del Derecho se reconoce en la disposición transitoria II de la Ley Orgánica del Estado, aunque bien es verdad que la misma tiene como función autónoma un carácter transitorio, y de momento ello implica, además, emanación de normas sin control de contrafuero (7). Fuera de este régimen transitorio es evidente que la Jefatura del Estado coparticipa en las Cortes en la creación originaria y autónoma del Derecho, coparticipación que se articula a través de la sanción y promulgación de las Leyes (art. 1.º de la Ley de Cortes), de la facultad de devolución de éstas para nuevo estudio, de someterlas a Referéndum nacional y adoptar medidas excepcionales en casos de emergencia, lo que equivale a una verdadera función legislativa (art. 10 de la Ley Orgánica del Estado). Estas funciones no son puramente formales, ya que sin contar con la Jefatura del Estado, la producción regular de normas jurídicas no es posible. Desde otra perspectiva, la Jefatura del Estado es una institucionalización del poder constituyente, y así, en efecto, viene funcionando, ya que todas las Leyes Fundamentales han emanado de ella. La supremacía de las normas emanadas de la Jefatura del Estado, como las normas constitucionales, radica en que no pueden ser controladas a través del recurso de contrafuero. También se comprueba esa condición de la Jefatura del Estado como poder constituyente en el hecho de que todas las Leyes Fundamentales tienen su origen en la misma.

La función de garantía del Derecho la ejerce la Jefatura del Estado al decidir el recurso de contrafuero (art. 50 de la Ley Orgánica), las cuestiones de competencia entre Administración y Tribunales ordinarios y especiales y Tribunal de Cuentas (art. 57), y al ejercer la prerrogativa

(7) Ya que no tendría sentido admitir que la Jefatura del Estado fuese juez de las Leyes dictadas por ella misma; de otra parte se respeta su función legislativa en los términos establecidos en la Ley de 30 de agosto de 1938, Ley que presupone la irrecursibilidad de las Leyes dictadas por la jefatura del Estado.

de gracia, lo que equivale a sustituir la sentencia judicial por otra de distinto contenido (art. 6). La Jefatura del Estado funciona, pues, como poder constituyente, como legislador ordinario, como colegislador y como Tribunal constitucional.

La posición como órgano destinatario del Derecho de la Jefatura del Estado se desprende de la atribución del poder administrativo, de la función de coordinación sobre el funcionamiento de los altos órganos del Estado, de la facultad de conferir, conforme a las Leyes, empleos, cargos públicos y honores (art. 6); de designar y relevar de sus funciones al Presidente del Gobierno y demás altos cargos en la forma prevista por las Leyes; de convocar y presidir el Consejo de Ministros y la Junta de Defensa Nacional (art. 7). Al servicio de estas funciones, en que la Jefatura del Estado está en posición de destinatario del Derecho y con el fin de cohonestar el principio de sometimiento de todo el Estado al Derecho con el principio de irresponsabilidad de la Corona, está la institución del refrendo, que la Ley Orgánica atribuye al Presidente del Gobierno, a los Ministros, al Presidente de las Cortes o al Presidente del Consejo del Reino. Hay, pues, *irresponsabilidad personal del Jefe del Estado, pero responsabilidad del Estado por los actos de la Jefatura del Estado*.

En resumen, pues, la Jefatura del Estado funciona, insistimos, como poder constituyente, como Tribunal constitucional, como legislador, como colegislador con las Cortes, como órgano de garantía del Derecho y como órgano destinatario y sujeto del Derecho. Por ello es patente que nuestro Ordenamiento es inexplicable desde la perspectiva de la separación de poderes, entendida al modo tradicional, ya que en la propia Jefatura del Estado concurren las tres funciones, con lo que la enunciación del principio de unidad de poder y coordinación, no separación rígida y excluyente de funciones (8), no es, ni mucho menos, una fórmula vacía de contenido, sino que responde a la realidad de nuestro sistema. De aquí, pues, que esté justificado el hecho de referir el Derecho administrativo, no a un sector de órganos del Estado, sino a su totalidad, ya que todos ellos son destinatarios del Derecho en mayor o menor medida; sólo las normas a través de las cuales se ejercita la función de garantía del Derecho, o de creación de normas con rango de Ley, escapan a su comprensión por y desde el Derecho administrativo.

(8) Artículo 2.º de la Ley Orgánica del Estado.

V

DESTINACIÓN DIRECTA AL ESTADO DE LAS NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y USO POR EL ESTADO O APLICACIÓN AL ESTADO DE LAS NORMAS DE DERECHO PRIVADO.

Si con lo hasta aquí expuesto hemos determinado cuándo el Estado es destinatario de normas jurídicas y cuándo actúa como creador de normas-Leyes o garantizador del Derecho y, por tanto, exento de coerción jurídica, importa ahora precisar cuándo es destinatario «directo» de las mismas.

Ante todo, interesa advertir que al Estado, como sujeto del Derecho, pueden serle aplicadas toda clase de normas, y que de su cumplimiento o incumplimiento ha de responder como los restantes sujetos, y que, como ellos, está expuesto a la coerción jurídica, ejercida por el propio Estado bajo la *veste* judicial de garantizador del Derecho. Pero de todo el conjunto de normas que integra el Ordenamiento hay algunas cuya naturaleza pugna con su aplicación al Estado (normas de ausencia o declaración de fallecimiento, capacidad para testar, normas del derecho de familia, etcétera), otras que puedan ser perfectamente aplicables al Estado lo mismo que a los restantes sujetos (contratos, normas sobre propiedad y derechos reales) y otras, por último, que presuponen su destinación, con carácter excluyente o no, al Estado.

Esta clasificación es la que nos permite afirmar que sólo las del último grupo son normas de Derecho administrativo, conforme a la definición antes dicha, y con ello volveremos a plantear aquí el tema tradicional de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado.

Esta clasificación tiene, a nuestro juicio, una evidente virtualidad para la definición del Derecho administrativo, siempre y cuando, como acabamos de notar, no se entienda el Derecho público como normas sólo aplicables al Estado, y el Derecho privado, como normas sólo aplicables a los particulares. Antes de nada importa insistir en que no es la *posibilidad de aplicación* en sí, sino la destinación de la norma lo que es decisivo. Normas de Derecho privado son las normas que tienen por destinatario a todos los sujetos en general, aunque algunas de ellas sólo puedan ser aplicadas a las personas físicas, y normas de Derecho público, las que presuponen la destinación al Estado, aunque al mismo tiempo sean sus destinatarios otros sujetos de Derecho; por ello son normas de impo-

sible aplicación entre simples particulares. En este sentido es como puede reconocerse todavía validez a la definición de ULPIANO: *Lus publicum est quod ad statum rei romanae spectat.*

La destinación al Estado de las normas de Derecho público admite a su vez diversas graduaciones:

En primer lugar, hay normas cuyo destinatario es en máxima medida el Estado. Así ocurre con las normas de organización, en cuanto señalan y distribuyen las competencias de los distintos órganos del Estado, y las normas de habilitación reglamentaria, que al Estado se dirigen.

Otro grupo de normas tienen por destinatario preponderante al Estado, pero también presuponen otros sujetos; son destinatarios de ellas los particulares. Así ocurre con las normas de procedimiento.

Un tercer grupo tiene por destinatario mitad por mitad al Estado y a los particulares: las normas que regulan el contenido de las relaciones concesionales, contractuales, autorizativas, etc.

En un último grupo de normas, la destinación está referida en principio a los particulares, pero puede referirse también al Estado a través de la atribución a ésta de un poder sancionatorio si los particulares las incumplen. Estamos aquí en la zona límite con el Derecho privado, si bien hay que advertir que ese poder sancionatorio unas veces actúa sobre el incumplimiento de una norma que relaciona al Estado con los particulares (normas que engendran relaciones de supremacía general, orden público, a normas que engendran relaciones de supremacía especial, como el poder disciplinario sobre funcionarios o usuarios de los servicios públicos), y otras veces actúa sobre el incumplimiento de normas cuyos destinatarios exclusivos son simples particulares, como ocurre con todos los supuestos de tasación de precios.

La zona límite del Derecho privado comienza precisamente aquí, por cuanto sólo la norma que atribuye poder sancionatorio al Estado por el incumplimiento (si es que efectivamente se lo atribuye) es norma de Derecho garantizador en el sentido que después precisaremos, mientras que la que relaciona a los particulares entre sí, aunque sea imperativamente, es norma de Derecho privado, como lo demuestra el hecho de que la Administración (insistimos en el ejemplo de tasación de precios) puede imponer la sanción, pero no declarar la nulidad de los actos realizados por los particulares e imponer *inter partes* el cumplimiento. Esto queda reservado a aquéllos a través del ejercicio de las correspondientes acciones ante los Tribunales.

Para terminar esta cuestión, es preciso señalar que la ausencia de des-

tinación directa al Estado de una norma no comporta ni mucho menos exclusión de aplicación o uso de la misma por éste, ya que las normas de Derecho privado son, más propiamente que normas destinadas a los particulares, término evidentemente equivoco y falto de rigor científico, normas destinadas a todos los sujetos jurídicos en general: el Estado, como sujeto de Derecho a secas, puede entrar en relaciones jurídicas a través de esas normas privadas o generales, sin que por ello deba llamarse la atención como si se tratase de un fenómeno especial o excepcional. De aquí que creamos que exista una evidente inflación del tema de la actuación del Estado a través del Derecho privado, una actitud de sorpresa, a nuestro juicio, inexplicable. El Estado actúa a través del Derecho privado porque le conviene y porque tiene, como sujeto de Derecho, una capacidad general que se lo permite. La existencia de unas normas que contemplan o presuponen la existencia en todo caso del Estado, su destinación al Estado, exclusiva o conjuntamente con otros sujetos, no comporta que como sujeto jurídico general no pueda serle aplicable el Ordenamiento jurídico en general, que se le apliquen las normas que no se refieren ni están dictadas pensando en él, sino en todos los sujetos de Derecho. Lo mismo ocurre con los comerciantes y la Iglesia, que actúan a través del Derecho mercantil y el canónico, pero también a través del Derecho en general, sin adjetivaciones.

En principio es el propio Estado quien decide si ha de actuar a través de su derecho específico o a través del Derecho privado, y lo ha de decidir en virtud de razones de interés público, presentes en todo caso con independencia del camino que se elija; de la misma forma que los comerciantes pueden hacer muy buenos negocios al margen del Derecho mercantil, sin dejar por ello de ser comerciantes, y la Iglesia entra en relaciones de Derecho civil, mercantil y administrativo para el mejor cumplimiento de sus fines espirituales. Puede ocurrir, sin embargo, que normas concretas le señalan un determinado *iter* jurídico (vgr., para el desarrollo de actividades industriales, la forma de Sociedad anónima), lo que a veces está implícito o presupuesto para el desarrollo de una actividad o el cumplimiento de unos fines por la existencia de normas jurídicas precisas y adecuadas, en ocasiones, además, más o menos reduplicación de las normas de Derecho privado (como ocurre en materia de contratos).

VI

CUERPOS LEGALES MIXTOS: CÓDIGOS Y LEYES DE DERECHO PRIVADO CON
NORMAS DE DERECHO PÚBLICO Y LEYES DE DERECHO PÚBLICO CON NORMAS
DE DERECHO PRIVADO.

Cuando se define el Derecho público o el privado partiendo de la naturaleza de las relaciones jurídicas se olvida que la relación jurídica es formalmente posterior a la norma que la engendra, que la ampara y define como tal relación jurídica. Resulta, por otra parte, que sólo la norma es objetivable, es elemento permanente, mientras que la relación jurídica no es más que un puro supuesto fáctico, cambiante y perecedero, cuya vida preside no una sola y exclusiva norma, sino varias, y en ocasiones de variada y distinta naturaleza. Basta pensar que una simple relación de propiedad que nace a través de las normas sobre adquisición, recibe la configuración de sus verdaderos límites a través de la prescripción o de la expropiación forzosa. Según, pues, el momento histórico o la perspectiva desde la que se contempla la relación jurídica operan unas u otras normas.

Por esto se ha observado, con escándalo de las visiones simplistas, que al Estado, a los servicios públicos se aplica un sinnúmero de normas de Derecho privado juntamente con otras de Derecho público o administrativo, como ha demostrado recientemente LAMARGUE, con un libro cuyo título es suficientemente expresivo: *Recherches sur l'application du Droit privé aux services publics administratifs* (9).

Una obligada consecuencia de la complejidad de las relaciones jurídicas en que se funden y concluyen simultánea o sucesivamente normas de uno y otro tipo, de Derecho público y privado, es el hecho de que los Cuerpos legales respondan a un carácter mixto, lo que prueba más que otra cosa la propia unidad del Ordenamiento. En otras palabras, las normas concretas son adscribibles al Derecho público, al Derecho privado o al Derecho garantizador; pero sólo, salvando a veces un gran número de excepciones, es posible caracterizar de igual modo los Cuerpos legales en bloque.

No es fácil hacer, sin embargo, ni tendría interés, como fácilmente puede comprenderse, un estudio exhaustivo del tema a través de un recorrido sobre el inmenso y vasto mundo normativo, pero sí pueden señalarse, a título ejemplificativo, algunas muestras de este hecho.

(9) París, 1960.

El Código civil comienza ya por establecer unas normas sobre los efectos de las Leyes y su ámbito de aplicación, que no son desde luego de Derecho privado y cuyo carácter de normas que regulan el sistema de producción normativa nos parece indudable. Desde nuestra perspectiva son normas que definen el ejercicio mismo de la función legislativa por el Estado, y por ello, insistimos, como «Derecho que dice cómo se crea y cuál es el efecto del Derecho», según la expresión de KELSEY, están al margen, por encima del Derecho público y del Derecho privado.

En la regulación de la nacionalidad aparecen ya normas de Derecho público o estatal, por cuanto el Estado es destinatario de las mismas, en cuanto concedente o rescindidor de la ciudadanía española, a través de sus órganos Jefatura del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores y Registro Civil. Normas que afectan al Estado, destinadas al mismo, con las que definen el dominio público y sus clasificaciones o la distribución por el Estado de los bienes de la herencia después de la llamada al mismo como heredero *ab intestato* a falta de parientes del cuarto grado.

En la legislación mercantil es evidente el carácter de norma de Derecho público, de la que establece la posibilidad en la Ley de Sociedades Anónimas de constituir Sociedades de un solo socio por los entes públicos, lo que arruina el principio de constitución de la Sociedad a través de contrato y suprime el supuesto elemental que justifica la limitación de responsabilidad.

En la Ley Hipotecaria son normas de Derecho público las que establecen la forma de inscripción de los bienes de los entes públicos, la hipoteca legal y preferente en favor de los mismos por el cobro de las contribuciones, normas sobre publicidad y exhibición y calificación de libros, modo de llevar los libros, Dirección e Inspección y demarcación de los Registros, nombramientos, cualidades y deberes de los Registradores.

En las Leyes de arrendamientos, los que establecen la asimilación de los contratos realizados por el Estado, al contrato de inquilinato y otros preceptos específicos sobre el mismo, etc., etc.

También se puede hacer un análisis de las Leyes consideradas como administrativas o de Derecho público, y observar en ellas preceptos, normas de Derecho privado, por cuanto van destinadas a los sujetos de Derecho general y no al Estado. Esto se ofrece como particularmente evidente en materia de propiedades especiales (aguas, propiedad intelectual, industrial, minas), como reconoce DE CASTRO (10) al aludir a la disgregación del Derecho civil como Derecho codificado, motivada por la existencia

(10) *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, pág. 119.

de textos complejos que contienen preceptos administrativos y civiles yuxtapuestos por la dificultad de separar unos y otros. En textos administrativos clave, como las Leyes de Régimen Jurídico y Funcionarios civiles, son evidentemente de Derecho privado las normas que establecen la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios. Asimismo en las Leyes del Suelo, Leyes agrarias, transportes aéreos y las Leyes sobre la economía, Leyes laborales, hay un elevado porcentaje de normas referidas no al Estado, sino a los particulares, y que afectan al núcleo tradicional del contenido material del Derecho privado, que es la contratación y el régimen de la propiedad.

VII

EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO PÚBLICO COMÚN Y GENERAL. EL DERECHO POLÍTICO Y EL DERECHO TRIBUTARIO.

A ninguna de las disciplinas jurídicas a las que se incluye dentro del título, que ha pasado a ser un título general de Derecho público con escasa virtualidad, por cierto, no sólo desde el punto de vista académico y científico, sino de Derecho positivo, como se desprende del artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuadra más fielmente la denominación de Derecho público en el sentido tradicional que al Derecho administrativo. Ninguna de ellas tiene más méritos, sobre todo el mérito de una superior coincidencia de contenidos con el *ius publicum* de las fuentes romanas, y del Derecho público que pervive hasta el siglo XIX, para ser considerada como un Derecho público común y general y asumir la misma posición que el Derecho civil ostenta en relación con el Derecho privado.

Esto nos plantea a su vez el tema tradicional de los viejos manuales, y que para nosotros sigue teniendo una gran utilidad científica y docente, de las relaciones del Derecho administrativo con las restantes disciplinas que, al menos con una reconocida autonomía didáctica, se asignan esa misma condición de Derecho público. Ese elemental diálogo y contraste entre el concepto y contenido de las diversas disciplinas jurídicas, lamentablemente tan en desuso ahora en nuestras investigaciones monográficas y en los más recientes manuales, parece obligado hoy más que nunca ante el fenómeno moderno de la proliferación de presuntas ramas autónomas de disciplinas jurídicas nuevas, fenómeno disgregador que se da por igual en el Derecho público y en el Derecho privado, aunque la voz de alarma se

haya dado fundamentalmente en éste. Ocurre que este fenómeno separatista se monta unas veces sobre un núcleo de normas que son solamente Derecho público (así pasa con el Derecho político o constitucional y el Derecho tributario), o que sustancialmente son Derecho privado (Derecho mercantil, Derecho hipotecario), y otras veces sobre contenidos mixtos de Derecho público y Derecho privado (Derecho laboral, Derecho agrario, Derecho inmobiliario o urbanístico, Derecho de la economía, Derecho industrial, Derecho cinematográfico, etc., etc), lo que analizaremos en el siguiente epígrafe.

Aquí nos interesa fundamentalmente el fenómeno disgregador dentro del Derecho público, lo que tiene o ha tenido lugar con los llamados Derecho político y Derecho tributario, y también con el Derecho laboral, aunque, como veremos, por motivos diversos.

A mi juicio, hay muchas más razones en favor de considerar el Derecho político como un simple sector sin autonomía propia del Derecho administrativo, entendido como Derecho público común y general que como disciplina científicamente autónoma. Una observación elemental del contenido frecuente de los tratados de Derecho político evidencia un porcentaje más elevado de cuestiones ajenas a lo que es esencial en la Ciencia del Derecho, cuyo objeto está referido al discurso sobre materiales normativos, y ciencia, por ello, fundamentalmente formal. Hay, incluso, autores, como SÁNCHEZ AGESTA (11), que confiesan sin embargo que el contenido del Derecho político es la Ciencia política, y de ahí la consecuente derivación al sociologismo y al historicismo políticos.

Pero, además, ocurre que el tratamiento de temas normativos dentro del Derecho político y concretados al Derecho constitucional, aunque sea sin fugas comparatistas, nunca puede ser más que un estudio incompleto y por ello científicamente falseado. Falseamiento evidente, en primer lugar, de los temas relativos a las libertades y derechos constitucionales que no pueden ser comprendidos, so pena de mutilación, sin descender a las reglamentaciones administrativas específicas de los mismos y en cuyo estudio en abstracto entran también la Filosofía del Derecho y el Derecho natural. Falseamiento evidente también cuando el Derecho político como Derecho constitucional se refiere al estudio de los órganos superiores del Estado, lo que equivale a un estudio anatómico del cuerpo humano reducido a la cabeza, bien entendido que una parte de aquellos los que se denominan órganos ejecutivos superiores forzosamente y en todo caso ha de ser abordado por el Derecho administrativo; y es que, en conclusión, el Estado,

(11) *Lecciones de Derecho político*, Granada, 1959, pág. 1.

entendido como organización, como Ordenamiento jurídico, como sujeto, como persona jurídica o como se quiera, no soporta científicamente un estudio seccional, por lo que es forzoso reclamar para el Derecho administrativo el estudio de las normas de organización suprema del Estado.

Con la presunta autonomía del Derecho tributario, cuya caracterización como Derecho público es indudable, el problema es más sencillo. Los que la sostienen la montan sobre las especiales características de la relación jurídica tributaria, y por ello con toda honradez lo definen, y así lo hace GIANNINI (12), como «*aquella rama del Derecho administrativo que expone las normas y los principios relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos y que analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos*». Confesión esta de parte muy calificada que nos exonera de cualquier otro comentario.

Para finalizar nos interesa insistir en la idea de que las presuntas autonomías del Derecho político y Derecho tributario, en un caso por arriba y en otro por abajo, son ejemplos de acotamientos convencionales por razones didácticas y cuantitativas de la realidad de un solo Derecho público, en el cual la parte sustancial, fundamental, más común y general, es la que integra el contenido del Derecho administrativo que se aparece así como heredero directo del *ius publicum* del Derecho romano, entendido, según la versión de URSICINO ALVAREZ (13), como «*el conjunto de normas que regulan la constitución y organización de la "civitas", la competencia de sus poderes y órganos de Gobierno, y las relaciones del Estado romano con otras "civitates" y con sus propios súbditos*».

(12) *Instituciones de Derecho tributario*, Madrid, 1957, pág. 7.

(13) *Curso de Derecho romano*, «Revista de Derecho Privado», I, pág. 82.

VIII

CONFLUENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PRIVADO EN DISCIPLINAS JURÍDICAS SUSTANTIVIZADAS EN RAZÓN DE SU OBJETO MATERIAL.

EL CASO DEL DERECHO LABORAL.

«Es exagerado pensar, con BRONDI, que la diferenciación entre *ius publicum et privatum* nació sólo cuando la *lex (data o lata)* comienza a regular instituciones privadas, sustituyendo a una supuesta diferenciación originaria entre *lex e ius*; la circunstancia de que las primitivas *leges latae* regularán casi exclusivamente cuestiones de índole pública, y que en cambio las instituciones privadas fueran reguladas primordialmente por las *mores maiorum* y por la actividad jurisprudencial (integrando ambas fuentes jurídicas el *ius*), no autoriza a identificar en una posterior etapa el *ius publicum* con la antigua *lex* y el *privatum* con el primitivo *ius*». (URSCINO ALVAREZ, op. cit., pág. 82.)

La confusión que en torno a la interpretación de los textos romanos se denuncia en el párrafo transcrito pervive en la actualidad y se manifiesta en la tendencia a considerar de Derecho público o Derecho administrativo la totalidad de las reglamentaciones, por Ley o disposición general administrativa, de relaciones entre particulares. La diferencia con el mismo problema en el Derecho romano está en que el papel de las *mores maiorum* lo asume ahora el Derecho privado codificado, cuyo prestigio hace ver en las Leyes al margen del mismo un Derecho no privado, un Derecho administrativo nacido de un Estado cada vez más interventor y absorbente que no se sabe a dónde va a llegar en su empeño de aniquilar el Derecho privado.

Los privatistas ven las normas de origen estatal con alarma e indignación, y los administrativistas admiten pacíficamente, con la excepción, que sepamos, de EISENMANN, el tema de la «publicitación» del Derecho privado. El problema está conectado, además, al surgimiento como disciplina autónoma de un sinnúmero de ramas del Derecho, cuya adscripción apriorística al Derecho público o al privado es equívoca, por el carácter mixto que pueden tener la regulación completa de la materia que se toma como objeto de las nuevas disciplinas. Lo mismo que antes denunciábamos la existencia de Cuerpos legales mixtos, advertimos ahora de la existencia de disciplinas de carácter mixto, cuya problemática sólo podrá ser abordada con alguna validez si se parte de esa naturaleza público-privada, y si las normas de uno y otro tipo se analizan desde la óptica propia del Derecho público y del Derecho privado.

Esto es particularmente exacto para el Derecho laboral, en el que se

dan conjuntamente normas de Derecho público (Inspecciones de Trabajo, Seguridad Social, etc., etc.), en que el Estado y los particulares son conjuntamente destinatarios de normas, vuya infracción origina litigios en la Jurisdicción contencioso-administrativa, y otras normas cuyos destinatarios son simples particulares patronos y obreros, no la Administración laboral, y por ello las presuntas infracciones originan la competencia de la jurisdicción laboral.

El tema del Derecho laboral es paradigmático en la cuestión de la presunta «publicación» del Derecho privado, cuya exageración tan certeramente ha denunciado EISENMANN (14), denuncia que sigue en pie, a nuestro juicio, pese a la réplica, en nuestra doctrina, de GARRIDO FALLA (15). Se cumple, en efecto, en el caso del Derecho laboral, la atinada observación de EISENMANN acerca de que la intervención del Estado por Ley o Reglamento, lo que no hace al caso, en una materia de Derecho privado no implica una disminución absoluta de la libertad, puesto que no se da un efecto único de las normas que reglamentan las relaciones entre particulares. sino que por darse en ellas sujetos pasivos y activos, lo que constituye fuente de obligaciones para unos, constituye derecho para otros. Con ello la restricción de libertad de los primeros se compensa con el aumento de libertad para otros; en este caso del Derecho laboral es evidente la pérdida de autonomía y libertad de los empresarios y su correlativo aumento en los trabajadores.

En otros casos esa vigilancia sobre las normas que regulan relaciones laborales provoca, también, en nuestros días la atribución de un poder de vigilancia concurrente a través de la potestad sancionadora sobre los mismos. Se trata, sin embargo, de una opción no necesaria, ya que el Estado, al reglamentar la relación entre los particulares, puede simplemente remitir su garantía a los Tribunales civiles o penales, y en este caso no se podría afirmar que exista una intervención administrativa. Esta opera cuando otra norma establece paralelamente una sanción administrativa por el incumplimiento, lo que no afecta a la relación inter-partes en sí misma, cuya validez o invalidez no depende ni puede declarar de la Administración, sino únicamente los Tribunales.

En otros casos esa vigilancia sobre las normas que regulan relaciones *inter privatos* se realizan con una intervención de la Administración en unas y otros, intervención rigurosamente no necesaria, y al margen del poder san-

(14) *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du Droit civil français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, en «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1952, páginas 904 a 979.

(15) *Tratado de Derecho administrativo*, volumen I, Madrid, 1958, pág. 119, nota 13.

cionativo. Pensemos, por ejemplo, en las normas que regulan las distancias entre farmacias, la expropiación por interés social en favor de particulares, o las normas sobre defensa de la competencia. En los supuestos enunciados se trata de normas destinadas a producir efecto entre particulares; se trata de normas y supuestos similares a otras cuya naturaleza privada nadie discute, como son las que regulan y refieren las distancias entre construcciones para protección de luces y vistas, las que regulan la constitución de servidumbres legales por causa de utilidad pública, como la servidumbre de paso o de acueducto o los retractos legales, supuestos todos ellos de privación forzosa de facultades dominicales o de la propiedad misma, y por último, las normas y principios que obligan a una leal competencia entre los comerciantes. La diferencia de aquellas normas y éstas no está ni en la clase de intereses protegidos, sustancialmente idénticos en un caso y otro, sino en la organización de la garantía de unas y otras normas; la ordenación legal de distancias entre farmacias, expropiación por interés social entre particulares y defensa de la competencia no se garantiza a través del otorgamiento a los interesados y afectados directos la correspondiente acción ante los Tribunales civiles, sino otorgando a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional, decididora por ello de las cuestiones suscitadas a través de actos administrativos sólo atacables en la jurisdicción contenciosa, privando de este modo a los particulares afectados de un enfrentamiento directo dentro de un sistema de garantía equilibrado como es un proceso civil. Hablar por ello en estos casos de «publicación» del Derecho privado es también equívoco: lo que hay es una interferencia del Estado en cuanto sujeto en la garantía del Derecho privado que provoca una alteración de la jurisdicción naturalmente competente por razón de las partes realmente afectadas y de la cuestión discutida. Esta lleva también a la Administración a una ridícula posición de parte en un proceso en que no tiene el menor interés, como ocurre cuando se discute entre dos farmacéuticos un problema de distancias, o entre dos particulares, uno beneficiario y otro expropiado, el tema del justiprecio; pero al menos los particulares en posición de coadyuvantes o recurrentes pueden intervenir en el proceso, posibilidad de que se priva, contra toda lógica y contra los más elementales principios de justicia, al perjudicado por una conducta contraria a la libertad de competencia, monopolizando la acción, ¡curiosa paradoja!, la Administración, por medio de un servicio de defensa de la competencia.

En conclusión, pues, más que una «publicación» del Derecho privado, se da *un aumento correlativo y cuantitativamente similar de Derecho público y Derecho privado en la denominada intervención administrativa,*

conjuntamente con una alteración del sistema de garantía del Derecho privado, fenómeno ni mucho menos específico de nuestro tiempo, ya denunciado en el Derecho romano y que se dió con intensidad manifiesta en los siglos XVII y XVIII con el fenómeno del colbertismo, y del que la asfixiante legislación gremial es una prueba concluyente. Lo que sí es verdad es que hay épocas históricamente derogatorias de un sistema de normas nacidas de una situación política superada y otras fértiles creadoras de Derecho; también es verdad que la expresión Estado-interventor o Administración interventora es una expresión reciente, pero ni mucho menos es reciente el fenómeno que encubre; también es verdad que en el siglo XX la actividad del Estado es mayor con relación al siglo XIX, en el que el liberalismo económico postulaba la incapacidad de aquél para la gestión industrial desarrollada con gran intensidad, por cierto, en el siglo XVIII, y de aquí nació precisamente la limitación posterior; también es verdad, por último, que la vida misma es más fértil, más rica, más variada, más compleja en nuestra época, y por ello es más complejo, más intenso, más variado y mayor el Derecho en general y mayor el porcentaje de normas jurídicas. Hay, pues, a nuestro juicio, más una variación cuantitativa que cualitativa, y una *dislocación*, una inadecuación, cada vez más frecuente, entre el Derecho privado y el sistema de garantía que le es naturalmente peculiar.

IX

EL DERECHO GARANTIZADOR: DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL. EL PROBLEMA DEL DERECHO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

El Derecho no sólo dice y regula cómo se crea el Derecho, la función legislativa propiamente dicha, sino también cómo se garantiza. Pues bien, el conjunto de normas que regulan esa función de garantía integran el Derecho garantizador, fundamentalmente integrado en las disciplinas del Derecho penal y del Derecho procesal. Por esencia, el Derecho garantizador no es garantizado fuera del propio sistema de órganos que lo aplican.

Sobre el carácter garantizador, accesorio o adjetivo del Derecho penal hacemos nuestra la opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA (16), que afirma que el punto de partida filosófico de la tesis garantizadora se halla en Juan

(16) *Tratado de Derecho penal*, I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 40.

Jacobo ROUSSEAU: «*Las Leyes criminales, en el fondo, más bien que una especie particular de Leyes, son la sanción de todas las otras*», señalando a continuación que el arranque científico se origina en la teoría de las normas BINDING, al distinguir norma y Ley penal. La antijuridicidad en la teoría técnico-jurídica del delito quiere decir precisamente esto: que no hay delito sin infracción de un bien jurídicamente protegido y, por consiguiente, que no hay delito sin infracción previa de otra norma. La tesis la siguen, entre otros, VON LISZ, BELING, CRISPICNY y KÖHLER.

Sobre la naturaleza garantizadora del Derecho procesal ya hemos anticipado nuestra opinión: es garantizador en el sentido de que a través de las normas procesales cumplen los órganos judiciales su función de garantía del Derecho. A esa función y a esos órganos son exclusivamente destinadas las normas procesales, sin que su cumplimiento o incumplimiento sea revisado posteriormente por otro sistema de órganos distinto. En este sentido es como también hay que entender la afirmación de CHIOVENDA de que la jurisdicción es una actividad de *sustitución*, lo que cabalmente presupone que la norma ha sido antes cumplida o incumplida, pero en todo caso dirigida, primeramente, a otros sujetos, y, bien o mal, aplicada ya por ellos. Cuando se absuelve a un reo o cuando se desestima una demanda se dice simplemente que no ha lugar, porque el Derecho ha sido correctamente aplicado; cuando se estima la demanda, se condena, se obliga al demandado a aplicar correctamente la norma violada o a reparar el perjuicio, pero en todo caso son las partes las que lo han de aplicar y a quienes se obliga por la sentencia a aplicar por sí mismos la norma.

Pero algunos autores excesivamente celosos de la importancia de su disciplina han reaccionado enérgicamente contra esa tesis, porque, a su juicio, ésta llevaba consigo una naturaleza sucesoria o secundaria de sus importantes disciplinas. Pero, sin embargo, como fácilmente se comprende, no se trata aquí de discutir la dignidad e importancia de una rama del Derecho que tienen en sumo grado el Derecho penal y el procesal, sino de precisar su real y verdadera funcionalidad dentro del Ordenamiento jurídico.

Lo que no podemos compartir, sin embargo, es la tesis más generalizada de que el Derecho penal es Derecho público, porque sólo el Estado puede definir delitos y penas, olvidándose que lo que califica el Derecho público no es su origen estatal, ya que el Derecho privado emana también del Estado, sino su destinación al Estado como sujeto de coerción jurídica.

Lo mismo puede decirse del Derecho procesal: no es Derecho público ni privado, sino el Derecho a través del cual se garantizan tanto el Derecho público como el Derecho privado.

El problema que queda por resolver es obviamente el de la diferencia de las normas de procedimiento administrativo y de las normas sancionatorias de la Administración con el Derecho procesal y el Derecho penal. Las primeras se diferencian de las procesales en que no están al servicio de la garantía del Derecho, sino de su destinación y aplicación primaria: así la Administración no puede contratar, aplicar, usar las normas de contratación sin seguir un procedimiento previo para elegir el contratista; lo mismo ocurre para otorgar concesiones, ocupaciones de dominio público, autorizaciones, relaciones de función pública. Son normas, pues, de aplicación previa a la aplicación de la norma de fondo o norma sustantiva, no normas como las procesales, a través de las cuales se comprueba *a posteriori* si el Derecho sustantivo ha sido incumplido, y se obliga a los sujetos, a los destinatarios a cumplirlas si hay lugar a ello, si han sido incumplidas. Además, las normas del procedimiento o de los procedimientos administrativos son revisables posteriormente por un sistema de órganos distintos e independientes, que es cabalmente el sistema de órganos judiciales contencioso-administrativos.

Consecuentemente con este criterio, nos parece indudable la naturaleza de normas garantizadoras, de normas procesales, de las normas que regulan la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se comprenden dentro del Derecho administrativo por razones puramente didácticas, derivadas quizá del hecho de que la Administración siempre es parte en ese proceso, y lo mismo puede decirse de la Jurisdicción laboral estudiada en el Derecho laboral, en que es parte siempre el trabajador. De paso precisamos que no hay ninguna razón para identificar plenamente Derecho administrativo y Jurisdicción administrativa. Hay normas de Derecho administrativo exentas de la jurisdicción contenciosa (art. 40 de la Ley jurisdiccional) y hay normas de Derecho privado de que conoce (contratos privados con finalidad de obras y servicios públicos y responsabilidad civil, la jurisdicción contencioso-administrativa que cabalmente ha nacido como un fuero por razón del sujeto para las relaciones jurídico-privadas en que la Administración era parte (17), para llegar a ser la jurisdicción básica del Derecho público, con una com-

(17) Así en mi libro *Los orígenes del contrato en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.

petencia puramente residual sobre relaciones de Derecho privado en que es parte la Administración. Por lo demás, jurisdicción y Derecho material no coinciden tampoco en otros campos: la jurisdicción penal aplica normas civiles (de responsabilidad civil) y la jurisdicción militar tiene competencia sobre el Derecho penal militar y sobre el penal común, sobre militares y sobre no militares.

Pero si las normas que regulan la Jurisdicción contencioso-administrativa no son normas de Derecho público o de Derecho administrativo, tampoco lo son, a nuestro juicio, las que regulan los recursos administrativos. Estos constituyen una fase previa del proceso de naturaleza similar al juicio de conciliación, y como tal han sido considerados por la legislación procesal, bajo la denominación de «agotamiento de la vía gubernativa o administrativa». Hoy esta calificación es indudable en el recurso de reposición, regulado en la propia Ley jurisdiccional, lugar propio, también, para la regulación del recurso de alzada, al que es forzoso extender también la caracterización de requisito procesal. Si a esta tesis se objetara que la pretensión de garantía puede cumplirse sin necesidad de llegar al proceso y en el momento de resolver la Administración el recurso, contestaríamos que eso mismo pueda acaecer en relaciones entre simples particulares, cuando uno de ellos accede a la petición o reclamación de otro.

Para una amplia información sobre la polémica acerca de si el llamado Derecho sancionatorio, que los penalistas denominan Derecho penal administrativo o Derecho penal económico, fiscal, disciplinario, etc., es o no verdadero Derecho penal, nos remitimos a JIMÉNEZ DE ASÚA. En contra de su autorizada opinión, creemos, sin embargo, que entre el llamado Derecho penal administrativo y el Derecho penal propiamente dicho no existen diferencias ontológicas, y que admitirlas comporta uno de los más graves y peligrosos atentados al Estado de Derecho y a la organización de la garantía. Señalamos en primer lugar que en las normas sancionatorias administrativas se da la antijuridicidad, es decir, la infracción previa de otras normas, por lo que son normas al margen de la distinción Derecho público, Derecho privado en el sentido expuesto, y por ello constituyen Derecho garantizador. No puede hablarse por ello propiamente de una potestad sancionadora del Estado o de la Administración, sino de una función garantizadora. Lo que ocurre es que esta función garantizadora no se ha residenciado en su lugar propio, que son los órganos de la Administración de Justicia, ni se desarrolla a través de las normas adecuadas, que son las procesales penales, y estamos aquí por ello en el caso inverso al de destinación a los Jueces de normas de Derecho público o adminis-

trativas (cobro de tasas judiciales, participación en las funciones de ejecución administrativa, Comisiones locales de concentración parcelaria, etcétera); en los funcionarios en órganos estatales no estructurados técnicamente en forma adecuada (neutralidad, independencia, actuación a través de normas procesales que garanticen la defensa) se ha domiciliado una grave, gravísima función penal.

Por otra parte, las posiciones de los que no ven identidad de naturaleza entre las normas sancionadoras y las normas penales vienen a santificar, en base a motivaciones puramente prácticas, el hecho de que el Estado pueda imponer penas más graves por órganos no judiciales, por funcionarios, que por órganos judiciales, lo que es evidente en el caso de las multas y arrestos subsidiarios. Este practicismo va extendiendo el Derecho penal administrativo mientras el llamado Derecho penal clásico queda fijado en el cliché de la codificación.

Contra esta tendencia se han dado ya reacciones legislativas de mucho interés, como la Ley alemana de 26 de julio de 1949, sobre Derecho penal económico, y la Ley de 25 de marzo de 1952, titulada «Ley general para las contravenciones», que han obligado a confesar al propio JIMÉNEZ DE ASÚA que «en verdad estas Leyes más bien denuncian la dificultad de separar el Derecho penal del llamado Derecho penal administrativo. En efecto, una y otra de esas Leyes u Ordenanzas adoptan esta tripartición: delitos (que son los sancionados con pena criminal), contravenciones (a que se aplica una multa administrativa) y hechos mixtos (que adquieren uno y otro carácter, según las sanciones conminadas). Para determinar cuándo, en ese último caso, que es donde está el nudo del problema, se trata de un delito o de una contravención, la Ley de 1949, tras de complicadas fórmulas, termina acudiendo al equívoco criterio de considerar como delitos los hechos más graves, y como contravenciones a los de menor gravedad. *La pretendida diferencia ontológica*, confiesa JIMÉNEZ DE ASÚA, *escapa como un fantasma*».

Digamos, por último, que la no domiciliación de la potestad sancionadora en órganos judiciales, en contra de la solución anglosajona, en donde los Jueces son los únicos que imponen toda clase de sanciones, queda compensada actualmente con la existencia de un procedimiento sancionador y la posibilidad de su revisión en la Jurisdicción contencioso-administrativa. En esta Jurisdicción, a la que se fuerza contra toda lógica a actuar como jurisdicción penal, una jurisprudencia progresiva va cabalmente reconociendo la naturaleza penal de las sanciones impuestas, aplicando a su enjuiciamiento la teoría técnico-jurídica del delito y sus

elementos de tipicidad y culpabilidad. Esto, que es decisivo desde las perspectivas y finalidades a cumplir por el Estado de Derecho, viene a desmentir la falaz y peligrosa tesis que se ha afirmado recientemente en la Exposición de Motivos de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia sobre la «*inoportunidad actual de la tipificación penal de las prácticas restrictivas*», lo que sirve para encubrir la atribución al Consejo de Ministros de una fuerte y grave potestad sancionatoria, que con mucha más lógica pudo haberse atribuido y domiciliado en el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano que responde más o menos a las características típicas y necesarias de los órganos garantizadores del Derecho, que son la mayor independencia y neutralidad de sus miembros, aunque no se da ante el mismo un verdadero proceso *inter privados*, como la naturaleza de la materia exige. El problema, pues, de la disminución de la garantía no está en la proliferación de jurisdicciones especiales, siempre que éstas se estructuren con arreglo a las características propias de los órganos judiciales —preparación técnica, independencia y neutralidad, procedimiento que asegure realmente la defensa—, sino en su atribución a órganos administrativos que resuelven expeditivamente, que ejecutan inmediatamente sus acuerdos, las sanciones, contra las que sólo cabe *a posteriori*, la mayor parte de las veces tardío, un recurso contencioso ante órganos jurisdiccionales, los contencioso-administrativos, no especializados en materia penal; si a esto se añade la supeditación del recurso contencioso al requisito de previo pago, como ocurre en materia de contrabando y defraudación, la negación de la garantía, en forma total y absoluta, no puede resultar más evidente; si, por último, se medita sobre el hecho de que en los expedientes administrativos sancionadores el Estado arroja sobre el particular la carga de la prueba de su inocencia, a través de las de la presunción de veracidad de los actos de los inspectores o funcionarios, mientras que en el proceso penal el Estado es quien tiene que probar la culpabilidad del procesado, puesto que se parte de su inocencia, se comprenderá el interés del Estado en ampliar la potestad punitiva en la Administración a costa de disminuir o congelar la competencia de los Tribunales penales, y se comprenderá, en todo caso, la gravedad del problema.

X

NORMAS SIN GARANTÍA Y GARANTÍA DE MENOR GRADO O DISMINUÍDA EN CONTRA DEL PARTICULAR, COMO CARACTERÍSTICA EXTERNA DE LAS NORMAS DE DERECHO PÚBLICO.

Uno de los temas constantes de la Filosofía del Derecho es el de si la sanción o la coactividad es o no elemento esencial al Derecho. Tras lo ya expuesto y viendo el tema desde la realidad y no desde etéreas perspectivas, puede responderse a esta cuestión en el sentido de que el Ordenamiento jurídico en su totalidad no puede funcionar sin garantía, y que esta garantía la presta el propio Estado, que al mismo tiempo y por diversos motivos priva a algunas normas de ella, unas veces a normas de Derecho privado y otras a normas de Derecho público.

Prescindiendo de los supuestos de normas sin garantía en el Derecho privado, en el que es típico el caso de las obligaciones naturales, y del propio Derecho garantizador (Derecho penal y Derecho procesal), que por definición no están sujetos a garantía o revisión por otro sistema de órganos diverso del que primeramente lo ha aplicado, son supuestos similares en el Derecho público de ausencia total de garantía los del artículo 40 de la Ley jurisdiccional.

Pero son también supuesto de normas sin garantía las que regulan la potestad de policía de los Jueces sobre las Salas de Justicia y de la recaudación de tasas judiciales, en el que la aplicación de esas normas por éstos, que actúan aquí como sujetos o destinatarios de la norma, no como garantizadores de ella, no se revisa o garantiza su debido cumplimiento por otra instancia de órganos posterior y distinta: frente a lo que ocurre con las tasas y los impuestos en general, no son revisables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La gran novedad del Estado liberal, a nuestro juicio, desde el punto de vista de su organización jurídica, es la de haber organizado en un principio muy tímidamente, y ahora más técnicamente, la función, rigurosamente en ruinas en el Estado medieval y en el Estado absoluto, de garantía del Derecho público. Quedan, sin embargo, todavía núcleos exentos, y además la organización de la función de garantía del Derecho público se ha hecho una trampa en favor del Estado, principal sujeto a destinatario de sus normas. Precisamente es esa trampa en la organización de la garantía del Derecho público en donde radican las presuntas diferen-

cias entre las normas del Derecho público y privado que no está en el contenido de las normas en sí, sino en una diferente forma o manera de garantizarlas. El Estado crea el Derecho y lo garantiza, pero al organizar el sistema de garantía de las normas jurídicas en que siempre es parte, el Derecho público, lo ha hecho conforme a una sutil técnica, en virtud de la cual se quebranta la regla de equilibrio y de igualdad que es conatural a un propio sistema de garantía.

Las peculiaridades que diferencian la organización de la garantía del Derecho privado de la organización de la garantía en el Derecho público y que explican las pretendidas exorbitancias o peculiaridades del Derecho administrativo, se reducen, más o menos, sin que pretendamos ser exhaustivos, a las que a continuación exponemos :

1. *Generalización del principio de cumplimiento por equivalencia en favor exclusivo del Estado.*

Característica de las relaciones jurídicas del Derecho privado es que las prestaciones a que una parte está obligada se cumplen en sus propios términos, es decir, específicamente. Únicamente cuando el sujeto obligado no puede cumplir específicamente la prestación, se admite el incumplimiento por equivalencia, esto es, la indemnización de daños y perjuicios, que tiene, pues, carácter excepcional. Pero todavía hay más: las consecuencias de ese cumplimiento por equivalencia son diversas, según el sujeto obligado haya actuado de buena o mala fe (art. 1.107 del Código civil).

Pues bien, en relaciones similares de Derecho público es éste el que puede decidir en todo caso si ha de cumplirse específicamente lo pactado, o bien, por el contrario, la relación ha de cumplirse por equivalencia. A esto equivale la facultad rescisoria con indemnización de daños y perjuicios que se reconoce a los entes públicos en materia de contratos administrativos. Cabalmente porque es el propio Ordenamiento el que permite genéricamente incumplir lo pactado por motivos y conveniencias de parte, la consecuencia es que nunca opera en la graduación del incumplimiento por equivalencia la penalización de una mayor extensión de éste en razón a la buena o mala fe. Asimismo la diversa regulación de los intereses de demora, según que el incumplidor del plazo sea el Estado o los particulares, avala contundentemente también lo que decimos, en cuanto que la consecuencia del incumplimiento por demora es distinta para uno y para otros.

Sustancialmente, pues, hay una desigual garantía para el efectivo y

específico cumplimiento de lo pactado, según que el presunto incumplidor sea el Estado o un simple particular.

2. *Grave desproporción de plazos para el ejercicio de la garantía, según la ejercite el Estado o los particulares en relación con él. Plazos de prescripción, plazos de recurso y de caducidad.*

La demostración de la afirmación del epígrafe es aquí mucho más sencilla. Las normas que regulan los plazos de prescripción y los de recurso son mucho más cortos, extraordinariamente más cortos para los particulares que para el Estado.

Los particulares han de recurrir las decisiones administrativas en los perentorios plazos de quince días en alzada, un mes en reposición y dos meses en vía contenciosa. La Administración, por el contrario, dispone de cuatro años para ejercitar contra una resolución administrativa el recurso de lesividad.

Igualmente ocurre con los plazos de prescripción, cuyo transcurso equivale sustancialmente a la pérdida de la posibilidad de garantizar la norma quebrantada. Baste para ello tener presente la regulación contenida en los artículos 25 y siguientes de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, que establecen como plazos generales de prescripción de obligaciones en contra del Estado el de cinco años, mientras que los derechos del Estado frente a los particulares prescriben a los quince años.

Por último, y aunque las normas que los regulan no son Derecho garantizador, los procedimientos administrativos caducan para los administrados a los tres meses de haberseles reclamado cualquier documento o antecedente que ellos deban aportar, mientras que la Administración, aunque tiene obligación de terminar los procedimientos en el plazo de seis meses de iniciados, para ella no caduca nunca el procedimiento (art. 99 de la Ley de Procedimiento administrativo).

3. *Garantía preferente del Estado para el cobro de sus créditos.*

Estos privilegios se enuncian en los artículos 11, 12 y 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública. Conforme a los dos primeros, el Estado tiene preferencia sobre cualquier acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito su derecho, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que graven a los bienes inmuebles, y asimismo para el cobro de otros créditos liquidados en concurrencia con otros acree-

dores, exceptuando solamente los que sean de dominio, prenda o hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito.

Garantía, pues, máxima para la realización de los créditos del Estado.

4. *Mayor garantía de las normas de Derecho público a través de los llamados privilegios estatales de decisión previa y ejecución de oficio que sitúan a la Administración en las preferentes posiciones de demandado y poseedor.*

La doctrina del acto previo y de ejecutoriedad de los actos administrativos, salvo los excepcionales supuestos de suspensión, no supone otra cosa, desde la perspectiva de la garantía y del proceso, que la posibilidad de comparecer en posición de demandado y en posición del poseedor, posiciones ambas claramente beneficiosas en una litis. El particular demandante, por el contrario, tiene sobre sí la eterna carga de recurrir contra las decisiones administrativas si se han producido, y si no, la de provocarlas como requisito previo al proceso y asumir consiguientemente en él la posición de demandante; asimismo ha de soportar que en todo caso el Estado lleve a ejecución lo acordado, con lo que su posición a lo largo de todo el proceso es la de un desposeído.

5. *Reducción de la garantía del particular por la debilidad de la fuerza ejecutoria de las sentencias frente al Estado. Cumplimiento de las sentencias por la propia Administración y posibilidad de suspensión e inejecución.*

Obtenida una declaración judicial favorable, la garantización de su efectividad en la Jurisdicción contencioso-administrativa es indudablemente, cuando la Administración es condenada, mucho más débil que en la Jurisdicción ordinaria, en donde no se da la posibilidad de la suspensión o inejecución del fallo (arts. 1.054 y sigs. de la Ley jurisdiccional). Las causas de suspensión o inejecución son, por otra parte, limitadas (trastorno grave del orden público, peligro de guerra, quebranto de la integridad del territorio nacional o detrimento grave de la Hacienda), aunque lo importante no sean las causas en sí, sino su falta de virtualidad en la ejecución de sentencias sobre relaciones jurídico-privadas.

A esto hay que añadir el principio general en materia de ejecución de sentencias contra la Administración, de que aquella corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o disposición recurrida (art. 103 de la Ley jurisdiccional) y el principio de exención del Estado de cualquier

embargo o apremio por débitos fijados en sentencia firme. Hay que advertir, no obstante, que una y otra muestra de debilidad de la garantía frente al Estado se da tanto en la ejecución de sentencias de los Tribunales contenciosos (art. 108 de la Ley jurisdiccional) como en las sentencias de los Tribunales ordinarios (art. 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública).

6. *Mayor garantía penal para la protección de las normas de Derecho público que para sus similares del Derecho privado.*

Un estudio, por muy elementalmente que se haga, de los tipos contenidos en el Código penal muestra cómo ante infracciones similares en normas de Derecho público y de Derecho privado, la reacción sancionatoria es más grave en el primer caso. Sirva como prueba de esta afirmación la diferente penalización de la revelación de secretos públicos y privados (arts. 367 y 497), las falsedades en documentos públicos y privados (arts. 302 y sigs.) y, sobre todo, la gravedad conminatoria de tipos penales que protegen la organización y los medios materiales y personales de la Administración militar.

Hay, además, sectores de normas de Derecho público que tienen una garantía penal, mientras que no ocurre lo mismo o en igual gravedad e intensidad con sus similares del Derecho privado. Así, por ejemplo, la relación de empleo público está penalmente garantizada con los delitos de los funcionarios públicos del Código penal y los tipos correspondientes del Código de Justicia Militar para los funcionarios militares, mientras que la relación de empleo privado no tiene una garantía penal tan pormenorizada e intensa.

Con el llamado Derecho penal administrativo ocurre algo similar: las sanciones por infracción de normas de Derecho público suelen ser más numerosas y graves que las que se dictan para asegurar el cumplimiento de normas de Derecho privado, como puede comprobarse si se compara las penalizaciones derivadas de la infracción de normas de orden público, Leyes tributarias (contrabando y defraudación) o moneda (delitos monetarios), con las que se imponen por infracción de normas de Derecho privado como tasaciones de precios o defensa de la competencia.

7. *La legitimación directa de la Administración para plantear cuestiones de competencia a los Tribunales ordinarios como posibilidad en su favor de mayor garantía para asegurar la correcta adecuación entre Derecho público y su jurisdicción específica.*

Conviene notar, antes de nada, que en el sistema de conflictos el Estado actúa en función judicial, jurisdiccional, de garantía del cumplimiento de las normas que regulan las reglas de competencia entre órganos jurisdiccionales.

Salimos ya inmediatamente al paso de la objeción de que en las cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales no hay oposición entre dos órganos jurisdiccionales. Esta objeción es más aparente que real, puesto que, por una parte, no pueden darse cuestiones de competencia, como es obvio, entre la Jurisdicción contencioso-administrativa y la Administración, y por otra, cuando se ha decidido una competencia en favor o en contra de la Administración frente a los Tribunales ordinarios o especiales, la cuestión se ha decidido entre estos últimos y la Jurisdicción contenciosa en último término.

La presencia, pues, de la Administración como parte en el sistema o proceso de conflictos la sitúa en una posición de ventaja, frente a cualquier particular para que el orden de competencias jurisdiccionales sea respetado. La Administración puede plantear cuestiones de competencia a los Tribunales, paralizar su actuación, mientras que los particulares sólo pueden pedir a la Administración o a los Tribunales que planteen el conflicto o cuestión de competencia, sin posibilidad de recurrir contra un acuerdo entre éstos determinando y resolviendo en uno u otro sentido el litigio de competencia o atribución.

8. *Limitación notoria de las consecuencias y efectos de la invalidez de los actos administrativos por vicios imputables al Estado.*

Las normas que regulan la invalidez de los actos y negocios jurídicos podrían considerarse, también, como normas de Derecho garantizador en cuanto que no regulan relaciones entre sujetos, no establecen derechos y obligaciones, potestades o deberes, sino que, en último término, se dirigen a los Jueces, para que éstos califiquen la existencia de vicios en los actos de los sujetos de derecho y extraigan las consecuencias oportunas sobre su invalidez.

Pues bien, ocurre que las reglas que regulan la invalidez de los actos administrativos son extraordinariamente condescendientes con los vicios en

que puede incurrir la Administración: los actos administrativos sólo son nulos de pleno derecho en los casos realmente extremos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento administrativo (contenido imposible o delictivo, falta absoluta de procedimiento, incompetencia manifiesta, infracción de la jerarquía normativa para las disposiciones generales, marginación de las normas sobre formación de la voluntad de los órganos colegiados); la anulabilidad es, sin embargo, la regla general, según el artículo 48; los defectos de forma y los plazos que obligan a la Administración son, por regla general, irrelevantes a efectos de la invalidez, según los artículos 48 y 49; los artículos 50 a 53 inclusive consagran el principio de conservación de la validez de los actos administrativos al regular el principio *utile per inutile non viciatur* y la convalidación de los actos viciados admitida con carácter general y específicamente para la incompetencia y la falta de capacidad; y, por último, el artículo 120 de la misma Ley de Procedimiento permite la subsistencia y validez de actos dictados en aplicación de una disposición general anulada.

9. *Grave limitación de la acción procesal o pretensión de garantía por aplicación del principio del previo pago.*

La regla del *solve et repele* ha tenido tradicionalmente acogida en nuestro Derecho positivo, sin que la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa haya prescindido de ella, siendo aplicable tanto en materia fiscal como en relación a la exacción de multas, y comporta, ni más ni menos, que la privación de recurso si antes no se ha hecho efectivo el crédito tributario o la multa.

La tremenda injusticia de esta regla se comprueba fácilmente con sólo constatar que el mismo Estado, cuando actúa a través de los Tribunales penales, no se atreve a tanto: a nadie se priva de la garantía de un juicio penal por falta de previo pago de la eventual multa a satisfacer resultante del auto de procesamiento o de la calificación provisional, y en ningún caso, tampoco, el recurso de casación contra una sentencia penal se supe-dita al previo pago de la pena de multa ya impuesta.

10. *Limitación de la legitimación para la impugnación directa de actos y disposiciones generales de la Administración.*

Al margen de las dificultades que concurren en la distinción de actos singulares y actos generales y actos reglamentarios, y al margen, también, del dato de la mayor trascendencia de los actos generales y reglamentarios

origen a su vez de una serie infinita de actos singulares, es lo cierto que sólo las personas jurídicas representativas de intereses de los directamente afectados pueden atacar frontalmente el acto general o reglamentario presuntamente ilegal, sin que pueda olvidarse, por otra parte, que el reconocimiento de la personalidad jurídica es algo que en gran medida depende del propio Estado.

A su vez, la posibilidad de impugnar los actos de aplicación singularizada por los sujetos individuales es un remedio puramente provisional y precario, ya que no elimina *a radice* y definitivamente la posibilidad de nuevas actos ilegales y el propio recurrente y vencedor de la Administración en un proceso no se ve por ello libre de una reiteración del acto anulado cuando vuelvan a producirse los supuestos de hecho para la aplicación de la disposición o acto general nulo o anulable.

* * *

Todas estas singularidades del Derecho garantizador del Derecho público y otras que podrían, además, detectarse, no son, insistimos, peculiares de la norma sustantiva de Derecho público con relación a la norma sustantiva de Derecho privado. Esencialmente, y salvo el dato formal de la destinación de la norma al Estado, o a los sujetos jurídicos en general, no hay diferencia entre una y otra; el contenido de ambas se reduce a la atribución de derechos y obligaciones, potestades o deberes entre los sujetos destinatarios de las normas.

XI

ALTERACIÓN DE LAS NORMAS DE GARANTÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS CUANDO ES PARTE EL ESTADO.

La disminución de la garantía cuando su presunto cumplimiento es pretendido por los particulares y el aumento de garantía cuando es el Estado el que lo pretende, que hemos observado y descrito en las normas de Derecho público, se da también cuando el Estado es parte en relaciones jurídico-privadas, aunque es un grado muy inferior. Existe, pues, un fenómeno general de ventaja jurisdiccional de parte, en favor siempre del Estado, que altera el funcionamiento por esencia regular e igualitario de las normas del Derecho garantizador.

En concreto, esta ventaja, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado (es decir, a través de normas que no presuponen la destinación al Estado, sino a todos los sujetos jurídicos en general), se manifiesta en facultades que permiten garantizar más cumplidamente sus derechos, nacidos de las normas de Derecho privado y en unas disminuciones de efectos o derogaciones de las normas que garantizan los derechos de otros sujetos frente al Estado. No hay, pues, tampoco alteración de Derecho privado cuando el Estado actúa a su través, sino de algunas de las normas que lo garantizan, que exponemos aquí también, sin intención exhaustiva.

1. *Potenciación de la garantía en favor del Estado para la protección de sus propiedades. Interdicto propio y acción de deslinde.*

No obstante ser cuestiones de Derecho privado las cuestiones de propiedad y de la competencia de la jurisdicción civil su garantía, el planteamiento jurisdiccional de estas cuestiones está evidentemente alterado en favor del Estado a través del interdicto propio y la acción de deslinde. La virtualidad del interdicto propio radica cabalmente en una alteración de las normas de garantía, en virtud de la cual el Estado se libera de la necesidad de acudir al proceso posesorio, permitiéndosele que lo actúe por sí mismo y garantice directamente su presunto mayor derecho a la posesión, lo que le permitirá esperar tranquilamente en posición de demandado el eventual juicio sobre la propiedad. Lo mismo puede decirse sobre la acción del deslinde si no hay acuerdo entre el Estado y la contraparte sobre la extensión de las fincas y las líneas de demarcación.

2. *Disminución de la garantía de los particulares en el ejercicio de acciones de Derecho privado frente al Estado. Reclamaciones previas a la vía civil y laboral, inaplicación de medidas y procesos cautelares y sistema especial de ejecutoriedad de las sentencias firmes.*

La situación del particular frente al Estado en un proceso civil o laboral es notoriamente más penosa que si tuviese frente a sí a otro sujeto de derecho. El accionante frente al Estado no puede en principio ejercitar su acción en forma inmediata, sino que tiene que acudir a las llamadas reclamaciones previas a las vías civil y laboral, lo que supone un plazo muy superior de espera al que se derivaría de seguir la simple y rapidísima vía de la conciliación civil o sindical.

Iniciado el proceso, el demandante frente al Estado no puede ejercitar

medidas ni procesos cautelares. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública prohíbe a los Jueces dictar providencias de apremio o embargo contra el Estado, lo que impide la utilización frente a éste de los juicios ejecutivos.

Terminado el proceso y firme la sentencia dictada contra el Estado, es a éste al que corresponde su ejecución. La Ley de Administración y Contabilidad impide también, en su artículo 15, la ejecución forzosa de cantidades líquidas frente al Estado, marcando el procedimiento para que ésta las haga efectivas mediante la votación de créditos por el órgano legislativo. Lo que están sin resolver es el problema de lo que ocurriría si este órgano legislativo, rigurosamente soberano, negase la habilitación del crédito. El carácter sagrado del Estado, su tendencia y tentación a la exención de la garantía, aparece aquí con toda evidencia.

CONCLUSIONES.

El Derecho administrativo puede ser definido como el conjunto de normas que presuponen siempre la destinación específica al Estado como sujeto. A parte de este dato formal del sujeto a quien la norma se dirige no hay diferencias sustanciales con las normas de Derecho privado, si bien se da una diferencia, diferencia notable, entre el sistema de garantía del Derecho administrativo y del Derecho privado y que radica en el hecho de que la garantía opera con gran intensidad en favor de una de las partes, el Estado, y débilmente en favor del particular que con él se relaciona. En grado menor esa ventaja en la garantía se da también cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, lo que prueba la existencia de un *status* especial del Estado dentro del Derecho garantizador.

El Derecho administrativo, por otra parte, no sólo es Derecho público, sino que prácticamente agota todo el contenido del Derecho público, ya que ningún sentido puede encontrarse a la inclusión dentro de éste de las normas procesales y penales de cualquier tipo, cuya verdadera funcionalidad dentro del Ordenamiento jurídico es la de servir de garantía a otras normas, sean públicas o privadas, dato esencial que permite hablar de un Derecho garantizador como una categoría jurídica esencial, carente todavía de una adecuada teorización.

