REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

LAS

GARANTÍAS JURIDICAS DEL CIUDADANO

Y LA EVOLUCIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CONFERENCIA

DE

D. JOSÉ GASCÓN Y MARÍN

Pronunciada en la sesión pública de 24 de Enero de 1917.

MADRID
ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS
Costanilla de San Pedro, número 6.
1917

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DEL CIUDADANO

Y LA EVOLUCIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CONFERENCIA

DE

D. JOSÉ GASCÓN Y MARÍN

Pronunciada en la sesión pública de 24 de Enero de 1917.

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA BIBLIOTECA

MADRID
ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS
Costanilla de San Pedro, número 6.
1917

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Señores:

En cierta ocasión, refiere el profesor de Derecho administrativo de la Facultad de París, M. Berthélemy, que extrañándose una persona de la gran amplitud de su libro de Derecho administrativo, le decía: «se trata todo en vuestro libro», á lo que el ilustre profesor contestaba: «tratar todo, no; pero sí que trata de todo». He traído á cuento esto, porque sólo teniendo presente este espíritu invasor de la materia administrativa, y lo que como consecuencia lógica tiene que ocurrir, si del elemento material pasamos al personal dedicado á lo administrativo, puede tener justificación el que yo haya llegado á este sitio en la tarde de hoy ocupando lugar que no me corresponde, ya que sólo merced al título oficial que ostento, puede tener justificación, amén de la gran benevolencia con que vuestra Junta directiva me ha honrado invitándome, que dé esta conferencia. Y no por ello sólo, sino porque la gran amplitud de la materia administrativa tiene que ser, precisamente, el punto de arranque de mi disertación.

El derecho administrativo tiene una amplitud grandísima; la Administración va extendiéndose por todas partes, y cuando de una cuestión administrativa quiere tratarse, surge una dificultad, la dificultad natural en

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

la elección de ella: seleccionar la materia, concretar el punto. Para mí esto no ha sido en la presente ocasión dificultad, porque recordando que se trata de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recordando el nombre de la ilustre persona que preside esta docta Academia, creía yo que estaba en cierto modo obligado á tratar una cuestión administrativa en la que su legislación hubiera evolucionado, merced á la jurisprudencia, y en la cual, al tratar de reforma de la española, habré de citar el nombre del Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Y he aquí por qué he elegido la evolución de lo contencioso-administrativo, por qué al tratar de las garantías jurídicas del ciudadano y de si es y debe ser considerado como tal el recurso contencioso, habré de referirme á la legislación francesa, habré de referirme á cómo ha evolucionado esta legislación, merced á la jurisprudencia, y habré de citar antecedentes legales en España, á los cuales va unido el nombre de vuestro Presidente y el de personas de grato recuerdo en esta casa.

La Administración evoluciona en estos últimos tiempos; la Administración se nos presenta con una gran complejidad de servicios; domina en absoluto en la Administración de hoy día la idea del servicio público. En el Derecho público moderno esta es la idea dominante en las teorías, que casi me atrevería á llamar modernísimas, y así como antes era la idea del Poder la que lo explicaba todo y á base del principio de la división de los poderes se explicaba el nacimiento del Derecho administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa; así como antes era, precisamente, á título de un atributo personal, como se explicaban casi

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

todos los problemas de derecho público y se buscaba la participación del ciudadano en el ejercicio del poder, así hoy día la dirección es opuesta, es principalmente objetiva, hemos ido á parar á la objetividad de la actuación; el poder, dícese, no se tiene por el gusto de mandar, el poder se tiene para cumplir los fines que han sido asignados al gobernante. No se trata sólo de las atribuciones de aquel que ejerce el poder, hay que examinar si lo ejerce para el fin por el que le fueron dadas, cambiando así el principio fundamental de la ciencia administrativa y radicalmente el aspecto jurídico de ella.

En efecto; hoy el Derecho administrativo, que durante mucho tiempo se fué presentando, merced al criterio individualista, como una mera actuación jurídica subjetiva, cambia en absoluto de orientaoión. Dentro de la misma noción de policía, deja de considerarse como elemento verdaderamente cierto en la Ciencia administrativa el concepto estricto de la policía á que se refería Orlando, como mera policia de seguridad, y evolucionando en la dirección que encontramos en muchos de los tratadistas alemanes, en muchos de los tratadistas italianos, yendo en la dirección de Stein, de Meucci y Ranelletti y de otros tantos que pudiera citar, se va á una acción positiva de promover, de afirmar y consolidar la cosa común, como fin de la misma policía, y en lugar de surgir de la negación, de la limitación de los derechos del ciudadano, como mera acción del que ejerce esa función, aparece la policía administrativa como algo que se cuida de los intereses públicos, de los fines del Estado, de la intensa actuación de la Administración pública en los tiempos modernos.

A medida que se amplía el actuar administrativo,

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

surgen nuevos aspectos que en lo jurídico demandan la posible defensa del ciudadano contra la Administración, ya que ésta, según Cooreman, el ex-presidente de la Cámara belga, como decía al inaugurar las tareas del primer Congreso internacional de Ciencias administrativas, se muestra á modo de hidra insaciable que multiplica cada día más sus tentáculos, ó, como apuntaba Menger, es, no un amigo desinteresado, protector del propietario, sino compañero molesto que pretende compartir con él la propiedad, y si quisiéramos fijarnos en palabras de escritores españoles, nos bastaría recordar lo que indicaba ya nuestro Colmeiro al hablar de que la Administración había de considerarse como el ángel tutelar del Estado, idea que hemos visto después expresada en la frase: el Estado ó la Administración-providencia, según los unos, ó la expresión materializada de la Administración-nodriza de la sociedad. Cuanto más se extienda la acción administrativa, con más relieve y fijeza deberá aparecer la relación entre los que se encuentran ejerciendo el poder y la situación en que haya de quedar la libertad de los ciudadanos, resultando que no bastará la consideración de la libertad política en el mero derecho constitucional, sino que tendremos que ver cómo se actúan esas mismas libertades en la realidad de la vida, en la gestación administrativa de ella; que no bastará, como no ha bastado, y así ló han reconocido los hombres, con haber luchado y haber derramado sangre para alcanzar las libertades políticas de hoy día, y para tratar de obtener libertades económicas, sino que habrá de buscarse también una modalidad, que casi no me atrevo á llamar de la libertad administrativa, porque sería imprcpio el término en puro rigorismo

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

científico, pero al fin y al cabo, dentro del campo de lo administrativo es donde tendremos que buscar la realidad de las libertades, por lo mismo que en la administración se da el aspecto político, que la administración tiene un aspecto predominantemente económico, por lo mismo que sólo busca la realidad de la actuación, y en esa realidad de la actuación es donde veremos, ó negadas las libertades, ó, por el contrario, reconocidas ó respetadas por los mismos Poderes públicos. Acrecentándose, pues, la actuación económico-social de la administración, vemos surgir en seguida una necesidad ineludible: la necesidad de que al mismo tiempo que aumenta esa actuación es forzoso que tenga que aumentar esa envoltura que todo lo comprende, esa envoltura de los fenómenos sociales, de los fenómenos políticos, de los económicos, que llamamos Derecho; y que si la vida impone el régimen jurídico y la administración es vida, tenga la administración que estar sometida á un régimen jurídico, última fase del desarrollo del Derecho administrativo, caracterizada en la expresión alemana del Rechsstaat, del estado de derecho, después de los anteriores períodos, á que alude Mayer, del derecho de superioridad de los Príncipes y del mero régimen de policía.

Ha derivado, pues, toda la actuación administrativa hacia un régimen de derecho Es la característica de la Administración moderna la de estar sometida al derecho, la de que la legalidad sea la norma fundamental de la actuación de todas las autoridades. Pero, ¿cuál es la finalidad en que hoy se nos muestra la Administración? ¿Es que el problema de los fines de la Administración que, naturalmente, hay que derivarle de los fines

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

del Estado, puesto que la Administración se refiere á la vida toda del Estado, se presenta hoy con el molde antiguo individualista, de un lado, y socialista de otro? No; hoy no hemos de buscarlo en un fin puramente individualista, que nos llevaría á un concepto de la policía de carácter esencialmente negativo, á ese concepto traducido muy gráficamente por nuestro profesor Royo, diciendo: el Estado Guardia civil, el Estado guardia municipal, el Estado gendarme de la expresión clásica; tampoco hemos de buscarle en esa otra expresión del Estado-providencia, ni en la del Estado-nodriza; no tenemos que buscar términos de expresión que, filosóficamente, impliquen un antagonismo de escuela ó de tendencia, sino que, por el contrario, separándonos un poco de este aspecto filosófico, acudiendo á la legislación, buscando cuáles han sido las definiciones que de esos mismos fines de la Administración se han dado, podemos encontrar elementos como la Constitución de los Estados Unidos del Norte de América y aun como la misma Constitución federal suiza, en los cuales existen indicaciones tan concretas como la de la Constitución suiza de 1874, de que es fin del Estado y de sus administradores el promover el bien común, el bienestar general, palabras análogas á las que figuran en la Constitución de los Estados Unidos de América, palabras muy interesantes que debemos siempre tener en la memoria, como las de la Enciclica «Rerum novarum» y las de nuestro Colmeiro que son bastantes á indicarnos cuáles son las orientaciones de la Administración moderna, en la triple dirección advertida por Jellineck, jurídica, de conservación y de cultura, en amplio sentido de esta palabra.

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Así vemos cómo aparece un fenómeno que, forzosamente, tiene que ser centralizador; así veremos cómo á medida que va aumentándose la acción del Estado y consiguientemente la acción de la Administración, se da un fenómeno de centralización social, un fenómeno que quizás pudiéramos calificar de centralización también política, pero que si yo hubiera de atenerme á aquella distinción que ya debemos considerar como clásica, de maestro que me escucha, del Sr. Azcárate, veríamos que, partiendo en la centralización ó descentralización en el distingo de sus formas político-social ó administrativa pudiéramos llegar á una manifiesta concentración social en las funciones del Estado y á una necesidad de descentralización administrativa que sea la garantía que encuentre el ciudadano contra esa centralización social que se impone, en virtud de las funciones que hoy se asignan al Estado, en virtud de las funciones que tiene que realizar la Administración, porque á medida que ésta aumente su acción, el poder tendrá que sentirse más vigoroso ante la sociedad, y á medida que sea más fuerte, mayor choque puede tener con los intereses del ciudadano y más amplia tiene que ser la garantía que las leyes den á estos mismos ciudadanos para que, en todo momento, puedan ver amparados todos sus derechos y para que podamos presentar, hablando ya en términos jurídicos, de un lado todo lo que se refiere á derechos subjetivos del Estado, de la Administración como personalidad, y de otro aquellos derechos que también corresponden á lo subjetivo de los mismos individuos, á intereses individualizados.

Y como yo empezaba diciendo que la evolución era de lo subjetivo hacia lo objetivo, al hablar de estos

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

derechos tendremos que decir, cuando buscamos la realizacion de fin social, que no habrá que tener en cuenta única y exclusivamente aquellos derechos como absolutos, del Estado ó de la Administración como persona ó del individuo como sujeto de derecho, sino que mirando al bienestar general y al bien común, tendremos que fijarnos en que hay algo objetivo común á todos, y en que, en lugar de poner en antítesis la finalidad administrativa con tales derechos, será misión de la legislación buscar línea directriz que en vez de significar oposición entre el poder del Estado y la condición del súbdito, del ciudadano, busque la marcha paralela de unos y otros para el cumplimiento de los fines de la Administración, para que ésta pueda merecer debidamente la denominación de providencia del Estado y de los mismos ciudadanos.

Ahora bien, á medida que advertimos más intensamente ese movimiento de centralización social, á medida que en el Estado se advierte la realidad de la expresión de Jellinek, de que por modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos, en la dirección de una evolución progresiva y común, surge la necesidad de descentralizar administrativamenmente, de establecer la debida separación entre las diversas esferas territoriales é institucionales, en las que se nos muestra la administración contemporánea, de analizar el fenómeno jurídico de la personificación de los servicios públicos, de ver de qué modo se puede hacer compatible la mayor actuación administrativa, la férrea policía requerida para asegurar la regularidad y continuidad de los múltiples servicios públicos, y la

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

efectividad de los derechos de los ciudadanos, tanto más necesitados de garantías cuanto más extensas sean las atribuciones de las autoridades.

La policía administrativa enlaza, como ha recordado muy acertadamente Hauriou, con su reglamentación, todas las libertades individuales que son base de la vida civil. El régimen del poder actual civil, requiere un cambio de garantía jurídica; el derecho público, como afirmaba Larnaude, quiere una disciplina jurídica, el reinado de la legalidad, el Estado de Derecho, el Estado consintiendo en ser juzgado, progreso éste considerable en la esfera del derecho y característica del derecho público moderno; ideas consignadas en la frase de Sthal: el Estado debe fijar exactamente, señalar las vías y límites de su actividad, así como la esfera libre de sus ciudadanos por modo jurídico y completadas en orden á esta disertación con las de Ducrocq, de estar puestos en obra los principios del derecho público por las leyes administrativas.

Se quería para la actuación pública la disciplina jurídica, se buscó ésta en el control, en la fiscalización, en el *sindicato* jurisdiccional. No se llega á la fórmula de Duguit, eliminadora de la clásica noción del publico, pero sí á ese *Rechtsstaat* antes ya aludido.

Contra el abuso de poder por el funcionario, por la autoridad, se ha dado en favor del particular, de su derecho ó su simple interés, la garantía jurisdiccional que en Francia se muestra como administrativa por su origen y por la naturaleza de sus órganos, como judicial por su independencia é imparcialidad, viendo los tratadistas en el recurso contencioso, con la amplitud que se da en el vecino Estado el elemento protector del ciudadano.

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Habéis podido observar que al hablar de garantías del ciudadano y de lo contencioso-administrativo, he pronunciado la palabra descentralización. He referido cómo escritores de tanta autoridad científica cual Haurión, plantean el problema relacionando estos mismos términos, y es que no hay más remedio que relacionar el problema con el problema de la descentralización, de las garantías, porque sólo á base de un cambio de condición jurídica de los actos, de un verdadero régimen de garantía, existirá descentralización, pues, para mí, la verdadera descentralización no radica tan sólo en el reconocimiento de la personalidad local, que puede ser verdaderamente nominal, sino más todavía para que tenga verdadera actuación el criterio descentralizador, en que el recurso que pueda interponerse contra las resoluciones que se adopten en una esfera reconocida como autónoma, termine dentro de esa misma esfera huyendo del conocido recurso jerárquico centralizador, y marchando hacia el recurso jurisdiccional contencioso, y con amplitud tal que sin llegar á la eliminación de la idea del poder público soberano, que muestra del poder hemos de advertir en la obra administrativa, se objetive de tal modo que no pueda dejar de presuponerse que el poder público se dió para que un fin fuera cumplido y que quien lo ejerce lo recibió, no por ostentarle en las altas esferas del poder sino por tener la satisfacción de utilizarle, realizando la misión social por la que el poder tiene razón de existir.

Objetivando así las cosas, veréis que cambian completamente los términos de todas las garantías que quieren buscarse para los derechos de los ciudadanos; porque en lugar del antiguo recurso puramente jerárquico,

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

en lugar de una fiscalización que siempre tropezaría con el inconveniente de llegar á un último escalón administrativo, del cual no se pudiera pasar y en el que por modo exclusivamente unipersonal, en una forma parecida á la jurisdicción voluntaria del orden civil, hubiera de resolverse en pro ó en contra del ciudadano su situación respectiva ante la administración, se va buscando ya esa otra vía jurídica, que implica que el Estado pueda ser juzgado, dando oportunidad al recuerdo consignado por ciertos escritores, trayendo á cuento aquella leyenda en la que el superior juzgábase á así mismo para condenarse y purificarse.

La autoridad administrativa podrá llegar á juzgarse á sí misma ó á que la juzgue otra autoridad; podrá llegar á anular aquello en que hizo mal uso de su poder, pero vendrá la santificación del mismo principio de autoridad que hay que defender ante los ciudadanos, porque desgraciados de aquellos pueblos en los que el principio de autoridad no se base en el respeto y en la consideración que merezcan los derechos de todos, los principios de las leyes, para que así sean los ciudadanos los primeros en reverenciar el principio de autoridad sin necesidad de tener que acudir á que la fuerza lo imponga, ni de usar medios coactivos para que despierte el respeto al mismo en la conciencia ciudadana.

¿Cuáles han sido los caminos que se han seguido para llegar al resultado final que hoy advertimos en países como Francia, en que, como veréis, estoy fijándome principalmente? En Francia, para llegar al estado de derecho actual, ha habido necesidad de una completa evolución durante todo un siglo. Mediante la sabia gestación realizada por el Consejo de Estado, se ha llegado,

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

ya hoy. con estado legal, al denominado recurso por abuso de poder. Ha habido necesidad de llegar al recurso que se presenta con caracteres generales de recurso de nulidad, para que pueda decirse que se han abierto nuevos caminos, nuevos cauces para la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En la contienda jurídica se ve luchar de un lado el espíritu centralizador de la Administración, que es lógico exista, porque siempre veremos que toda autoridad trata de atraer hacia su conocimiento, hacia su propia autoridad, la mayor suma de asuntos, la mayor suma de materias; de otro, el régimen constitucional de la libertad política limitada por la serie de restricciones, que para cumplir los fines que contemporáneamente se han asignado á la administración, necesita imponer ésta, y como es la ley la que da las garantías tanto al poder público como á los ciudadanos para sus respectivos derechos é intereses, á medida que aumenta la intervención administrativa surgen cada día en mayor número los casos en que el ciudadano cree que su derecho ha sido desconocido ó que su interés ha sido menoscabado por la decisión de las autoridades administrativas, que no es difícil falle de cuando en cuando la subordinación del poder político al régimen del derecho establecido. Si subordinamos toda la situación jurídica subjetiva del individuo á la Administración, entienden muchos que no existen garantías, porque el mismo poder que comete el atropello es el que tiene que restaurarlo, y siempre es más difícil que aquel que cometió el error lo reconozca, que no que persona extraña juzgue de acto que ella no realizó, decidiendo si está ó no ajustado á ley.

Se cayó en la cuenta de que no bastaba el haber ob-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

tenido todo género de libertades políticas, ni el haber dado la forma parlamentaria, para poder exigir en su caso la responsabilidad á los elementos directivos de la Administración, para suponer que estaban garantizados todos los derechos de los ciudadanos, que se realizaba la armonía entre el ordenamiento administrativo y las formalidades constitucionales; y hubo que buscar algo nuevo, acudiéndose á la justicia administrativa, á la supresión de la jurisdicción retenida, al recurso jurisdiccional, tal como voy á mostrar su naturaleza contemporanea.

Se fué á este recurso por entender que en el régimen de centralización, el recurso puramente jerárquico con jurisdicción retenida en definitiva jamás sería garantía; y además, como se buscaba un contrapeso á la tendencia descentralizadora en la organización administrativa, á las consecuencias para los derechos individuales del espíritu invasor de la Administración en todos los órdenes sociales, era preciso no sólo que ante la centralización económica, representada por el intervencionismo, hubiera una descentralización orgánica en las diversas esferas administrativas, sino que para que ésta tuviera realidad, fuera dentro de cada una de las esferas en que la actuación administrativa tenía que desarrollarse en la que hallara suficiente garantía el ciudadano para todos aquellos derechos é intereses reconocidos por la legislación administrativa.

En el régimen, podemos decir, en que todavía vivimos nosotros, de tendencias predominantemente centralizadoras, en el cual existe siempre el anhelo de una descentralización administrativa, que defendemos muchos y en la que vienen orientándose casi todos los

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

proyectos de reforma, principalmente los relativos á la esfera del régimen local, había que buscar cuáles eran las condiciones y cuáles los diversos recursos que el particular pudiera interponer contra los actos de las autoridades administrativas. Y tanta importancia se ha venido dando á esto, que tenemos un hecho por demás elocuente, cual es el de que siendo materia de libre elección la de los temas de los trabajos que hubieran de presentarse al primer Congreso internacional de Ciencias administrativas, celebrado en Bruselas en 1910, y estando dividido dicho Congreso en varias secciones, se dió el caso curioso de que en varias de ellas se presentaran trabajos que en fin de cuenta no trataban más punto que este: «El recurso jurídico. Las garantías de los ciudadanos contra los abusos de poder que pueden cometerse dentro de las organizaciones administrativas autónomas.» Y es que la orientación moderna ha creído que todas las garantías pueden hallarse, de un lado, en un principio nuevo, derivado en cierto modo de la traslación al Derecho administrativo de principios del Derecho civil, pero con más amplitud en aquél que en éste: de la idea de responsabilidad de las personas morales; y de otro, en la posibilidad de obtener la nulidad de todos aquellos actos de las autoridades públicas que se creyesen contrarios á las leyes ó disposiciones legales.

En el año 1880, en Italia, en situación en que preocupaban estas cuestiones en un grado mucho mayor que el en que nos preocupan á nosotros, Silvio Spaventa pronunció su célebre discurso afirmando que el problema de la justicia y de la legalidad de la administración era el mayor que se hallaba en el régimen parlamentario, y todo su programa aparecía resumido en

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

estas palabras: «Justicia en la administración»; discurso y frase que llevó después á Mantellini á diferenciar la justicia civil de la administrativa, la puramente civil basada en el criterio de los derechos subjetivos, en el criterio de la utilidad individual, á base, pues, del derecho, y la administrativa por el contrario apoyada en el orden puramente público, en el derecho objetivo, en criterio de la utilidad pública como elemento dominante, aplicando á la misma el criterio de la política. Junto á la idea del derecho objetivado tenía que aparecer la idea del interés, por la posibilidad de que intereses legítimos fueran lesionados por esa actuación administrativa, distinción entre derecho é interés que no es nueva, que fué concepto diferencial ya formulado por el Duque de Broglie, que determinó también algunos de los aspectos en que se fundó gran parte de la doctrina expuesta por Laferriere; derecho é interés como elementos distintos que sirven de base á la jurisprudencia del Consejo de Estado francés; derecho é interés como cuestión que viene siendo tratada por todos los juristas para determinar y apreciar si puede el interés servir de base á algunos recursos estrictamente jurídicos, por sostener que si bien es cierto que en todo derecho existe un interés, no puede sostenerse que los intereses deben ser atendidos sino cuando están revestidos de esa envoltura jurídica á que antes aludía, convertida en derecho reconocido por las leyes; única situación en la que pretenden varios que el particular puede hallar el camino jurídico, la vía jurisdiccional en apoyo de sus intereses.

Y así como el criterio clásico era favorable á la existencia de los derechos subjetivamente considerados; así

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

como frente á los derechos subjetivos del Estado, al poder de supremacía, aquel que se traduce con las palabras vulgares de poder de mando, que al Estado y á la Administración corresponde, aparecían aquellos derechos que explican de manera distinta los escritores alemanes con la denominación común de derechos públicos subjetivos, actualmente se objetiva como os decía antes; toda la actividad administrativa, toda la tendencia moderna va en pro, no de la mera consideración del poder ejercido por un individuo ó ejercido por una autoridad, sino de la finalidad objetiva del ejercicio de ese mismo poder, de la realización del bienestar general, del bien público, de que el servicio se asegure continuo, regularizado con arreglo á las normas con que fué establecido por el legislador. Y las cosas cambian, porque en este punto, desde el momento en que aparezca que aquello que el juzgador tiene que atender no es meramente la consideración jurídico-subjetiva del que manda ó la situación subjetiva del que debía obedecer oomo administrado, sino examinar si ha sido ó no cumplido el fin para el cual fué creado, instituído el servicio público, el problema es completamente distinto, pudiendo aparecer recursos tan diversos como el de plena jurisdicción ó el recurso jurisdiccional de mera nulidad para declarar sin validez lo que es contrario á la ley, ó aquellos otros recursos en que se llegue á que, como decía Salandra en su notable tratado acerca de esta misma materia, constituyen un verdadero *sindicato*, una verdadera fiscalización, una verdadera revisión por una autoridad judicial—que esta es la palabra que hay que emplear—de los actos que realizó la autoridad administrativa, á que se llegue á declarar la oportunidad de una medida adop-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

tada por la administración, y que esto se haga por aquel que ante el público, ante el interesado, no tiene la condición de autoridad que administra, sino la condición de autoridad que juzga, que dice, que declara el derecho en un caso determinado. Y advertiréis la diferencia fundamental que tiene que existir y la oposición que se hace á esta nueva orientación de lo contencioso-administrativo, con sólo que recordemos aquel argumento, expuesto en alguna de las obras de los italianos, de que si jurisdicción viene de *jus dicere*, sólo cuando el derecho existe como base y fundamento del recurso, podrá existir la garantía jurisdiccional, porque si falta el derecho y no existe más que el interés, la jurisdicción no puede declarar intereses, la jurisdicción sólo puede declarar derechos. Pero recordemos esa otra orientación de la utilidad pública, como fin de todo el derecho administrativo, y entonces vendremos á parar en que será posible que la jurisdicción declare si dentro de un régimen de derecho fué atendido aquel mismo objetivo que el derecho marcó, con lo cual, aunque se trate de una revisión jurisdiccional de actos administrativos, más bien que de la función material que de la función técnica que realizó el administrador, se tratará de función jurídica, correspondiendo al que la ejerce declarar si en vista del interés público previsto por la legislación, se actuó como la legislación, como el derecho demandaba, en lugar de como quiso aquel que administró saliéndose del camino que la misma ley le había trazado. Ved cómo así vamos llegando á las diversas clases de recursos jurisdiccionales, porque no sólo no basta hablar de recurso de nulidad, ni genéricamente de recurso por abuso del poder, pues surgen especificados el

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

recurso por incompetencia, el recurso fundado en violación de las prescripciones puramente formales de que debe estar rodeado el acto administrativo, el recurso fundado en desviación del poder conferido á la autoridad y aun á partir de 1900 en Francia, el mismo recurso por negativa de la Administración á actuar. Ampliación jurisdiccional para juzgar actos administrativos, que hace advertir cómo no sólo á título jurídico, individual, de un derecho amparado, reconocido por una ley administrativa, se puede acudir ante el que ejerza la jurisdicción contenciosa, sino que aparece un concepto mucho más amplio en el orden personal para instar jurisdiccionalmente, y aparece también un concepto mucho más amplio de aquello que puede ser materia contenciosa, porque no será una materia meramente subjetiva, sino que conducirá á la declaración de si marcha ó no un asunto, un servicio público, con arreglo á la finalidad que el legislador marcó para el actuar administrativo de un país en un momento determinado. Orientación radical ésta que sepárase de todos aquellos elementos fundamentales de la ciencia administrativa en el pasado siglo.

Sabéis todos vosotros que se hablaba del principio de la división de poderes, que precisamente el organizarse la jurisdicción administrativa obedecía á aquel elemento fundamental de que el poder administrativo no estuviese sometido á un poder judicial, distinto, separado, que debía tener una esfera de acción completamente diversa; sabéis que la distinción fundamental en todo el pasado siglo, en la cual se inspira todavía nuestra legislación, era la de que los poderes ejercidos por la autoridad administrativa, unos estaban taxativamente re-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

glados, taxativamente marcados en las leyes y los reglamentos, otros, como la administración es en muchas ocasiones cuestión de oportunidad, había habido necesidad de dejar un libre campo para ciertos arbitrios de la autoridad administrativa, para que obrase como mejor creyera en el momento más adecuado, y la autoridad administrativa tenía y aún tiene, aunque ello evolucione, una potestad que se llamaba potestad discrecional; que allí donde existían facultades regladas se limitaba el poder de la autoridad, se daban recursos contra sus decisiones; que allí donde no existía más que elemento discrecional, allí no podía existir recurso contencioso. No eran sólo los actos llamados de gobierno, en la acepción política del gobierno, los que impedían utilizar el recurso contencioso, sino que todos aquellos actos en que la autoridad era libre de marchar en una ó en otra dirección no podían someterse á revisión alguna jurisdiccional, porque el derecho le había dejado en libertad, y la autoridad no había hecho más que usar la misma libertad que el derecho le concedía; no había derecho hollado ni aun cuando el interés de un particular resultase damnificado; que sólo podía existir el recurso cuando existía el derecho preestablecido, cuando existía la norma reglada entre la autoridad y el derecho individual.

Pero hoy cambia el aspecto de la materia jurisdiccional, hoy es completamente distinta de aquella á que me he referido, que aun en lo más personal y discrecional ha de atenerse forzosamente á las formalidades prescritas. Dice Duguit: todo acto administrativo, conforme á la ley del servicio, es un acto legal; todo acto administrativo disconforme con la ley que organizó

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

el servicio, es un acto ilegal. Será proceso administrativo todo lo que se refiera á servicio público. ¿Por qué? Porque, así como en los principios clásicos del derecho administrativo era elemento dominante en el concepto de administración la idea del poder ejecutivo, hoy la definición moderna del derecho administrativo se orienta, no hacia la idea del poder, sino de las funciones de ese poder para la realización de los servicios públicos; y si la jurisdicción es administrativa, todo lo que tenga carácter administrativo deberá caer bajo la competencia de esta nueva jurisdicción, lo mismo los actos unilaterales que los actos bilaterales, lo mismo aquellos actos de la potestad reglada que los mismos actos de la potestad discrecional, porque, como vamos á ver luego, ya en el terreno puramente realista de la jurisprudencia, existen manifestaciones hechas por los representantes del Ministerio público, por el Comisario del Gobierno ante el Consejo de Estado francés, diciendo que la potestad discrecional pasó á la historia; el concepto de potestad discrecional no puede interesar hoy, sino con límites mucho más restringidos que aquellos que durante todo el siglo XIX figuraron como lema y como base del derecho administrativo.

La ampliación que la nueva materia administrativa lleva consigo, se traduce forzosamente en la base de carácter objetivo que se dé á todo el elemento jurisdiccional. En el criterio subjetivo del derecho administrativo que ha llenado casi todo el siglo XIX en Francia, sólo el lesionado en sus derechos era lógico que tuviera acción.

En el célebre decreto de 1864, y principalmente en disposiciones contenidas en la ley orgánica del Consejo de Estado francés de 1872, tenemos que decir que cam-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

bia ya toda la base de la jurisdicción desde el punto de vista de la materia administrativa y desde el punto de vista de la persona que pueda ejercitar la acción contenciosa. Se caminó hacia el lado objetivo, se admitió la noción del interés como base para la interposición de un recurso contencioso, y se creyó que no era el interés puramente particular la causa determinante del recurso, en forma análoga al recurso de plena jurisdicción, sino que el recurso sería sencillamente recurso encaminado al mantenimiento del derecho objetivamente estimado, recurso de mantenimiento de la legalidad que daba por resultado la nulidad de todos aquellos actos contrarios á la ley. Y, principalmente, por la evolución de la jurisprudencia, con los comentarios á esa misma jurisprudencia, en gran parte debidos á dos personalidades salientes en el derecho administrativo francés, á un elemento universitario y á otro elemento del Consejo de Estado, á Haurión y Romieu, se amplia la noción del interés, y en lugar de buscar caminando subjetivamente un interés personal y directo como debía ser conforme á las disposiciones legales que antes he mencionado, después del *affaire* Casanova bastaba ya cualquier interés, bastaba en determinados casos la simple condición de vecino de una municipalidad para tener acción para interponer un recurso por exceso de poder con todas las ampliaciones que éste ha recibido, en cualquiera de sus modalidades, no sólo el clásico recurso de nulidad, sino también el recurso por desviación de poder, por *detournement de pouvoir*, avanzando hasta llegar, á lo que algunos han considerado como recurso que pudiera representar una nueva corriente en grado mayor de defensa de los intereses particulares, por tratarse no

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

sólo ya del modo como actuó la administración, sino de la situación creada por omisión de la administración misma, por denegación de administrar, por inobservancia de los preceptos que le mandan actuar.

En suma, toda esta corriente puede sintetizarse diciendo que existe en todos los administrados un interés legítimo, un verdadero derecho á la legalidad, á que la actuación administrativa sea conforme á las normas, al fin señalado previamente por la ley.

Para lograrlo en caso de lesión de derecho administrativo, personal, preestablecido en favor del recurrente existía y existe el recurso contencioso que figura definido en el art. 1.° de nuestra ley de 1888, reformada en 1894; en caso de ilegalidad cometida en el ejercicio de potestad administrativa, sólo al ser aplicada la norma ilegal á un caso individual podrá recurrirse conforme al art. 3.° de la ley citada, permitiéndose un recurso por vía indirecta contra los reglamentos generales ilegales, pero exclusivamente á base de lesión de derecho reconocido en favor del recurrente por una ley.

No podía ser esto suficiente y surgió lo que he indicado, confirmando no tener el recurso en tales condiciones toda la eficacia general apetecida.

Se pensó también que la garantía de la acción parlamentaria era ficticia; que la responsabilidad de los ministros, por dictar reglamentos inconstitucionales, existía en las leyes, pero no en la realidad, pues si bien es cierto que en algunos países han sido llevados á la barra ministros, en España se recuerda que se publicó la ley en 1849 para determinar el procedimiento á seguir por el Senado como Tribunal de Justicia, sólo se puede citar un caso en que se tratara de exigir respon-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

sabilidad y, en realidad, ninguno por aplicación del artículo 388 del Código penal, lo cual demuestra que no debemos confiar en absoluto en ella, para que el ciudadano se sienta suficientemente amparado por el ejercicio de la responsabilidad ministerial, por la actuación del Parlamento contra ministros que dicten resoluciones invadiendo la esfera de la ley.

Había que buscar, pues, una nueva fórmula, y esta fórmula fué, como se ha visto, la del recurso por abuso de poder basado primeramente en el interés directo, el interés definido concretamente en favor del particular reclamante, después en un simple interés generalizado en la condición de contribuyente, por ejemplo, suponiéndole, naturalmente, interesado por modo legítimo en la recta administración de aquella entidad á cuyos gastos contribuye, para que, conforme á la ley, deban ser administrados sus recursos económicos. Esta evolución, que muchos han creído que era evolución exclusiva del derecho administrativo francés, efectuada por su jurisprudencia, la advertimos también en otros países latinos, porque, como dentro de poco he de indicar, para recordar y rendir el debido tributo á la ciencia española, veremos que esa idea no pasó inadvertida para los españoles, sino que, rebuscando en antiguas proposiciones de ley de diputados españoles, hallaremos algún antecedente de cómo el interés va por su garantía, y de cómo la jurisdicción contenciosa pudo caminar hacia los derroteros modernos, que tanto cambian la situación en que se encuentra lo contencioso-administrativo.

En Italia se ha seguido el mismo camino.

Analizad las obras modernas de su derecho administrativo, y veréis que se discute mucho, si puede conside-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

rarse válida en derecho, la distinción de derecho é interés, si el interés debe estar jurídicamente protegido ó no, si la evolución debe conducir á que, aunque no esté protegido especial, expresamente por el derecho baste el que exista interés en que la legalidad se mantenga para que el derecho ampare ese interés legítimo del ciudadano de que no se falte al cumplimiento de las leyes; veréis cómo Brunialti cree necesario defender, no sólo los derechos subjetivos, sino todos los intereses legítimos, por lo mismo que el fin administrativo es de interés general.

Santi Romano advierte que no precisa que sea del individuo, sino que basta lo sea del miembro social, y como los escritores de más autoridad hoy día no se contentan con examinar la distinción entre derecho é interés, con la distinción de recursos de plena jurisdicción y recursos de nulidad, sino que analizan, cual se hace en el *Primo trattato completo di Diritto amministrativo*, dirigido por Orlando, la naturaleza del recurso denominado *di merito*, en el que el examen no versa sólo acerca de la legitimidad del acto, sino acerca de su oportunidad, de las conveniencia política y económica, que pudo haber inducido al ministro á adoptar el proveído impugnado, á que aun en aquellos casos en que la autoridad puede determinarse en uno ú otro sentido dentro de los límites de la ley, la competencia jurisdiccional juzgue de la oportunidad ó conveniencia de adoptar uno ú otro.

Solución jurisdiccional al examen de la oportunidad de un acto administrativo, que puede tener explicación en los inconvenientes graves que la denominada *preocupación electoral* ofrece para la buena marcha administrativa, en la falta de confianza existente en la opi-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

nión pública respecto de la concesión de facultades para resolver recursos en materia administrativa á funcionarios designados, no en vista de sus conocimientos técnicos ni de su especialidad jurídica, sino muchas veces en la de sus antecedentes políticos.

Aparece, según algunos, el recurso jurisdiccional como una especie de acción popular en pro del mantenimiento de la legalidad, colabora el individuo recurrente por abuso de poder en la protección de la legalidad, escribe Duguit, y aunque ni tal opinión ni la semejante de Jéze puedan conducir á estimar la institución como muestra de la acción popular que implique la intervención del particular en el ejercicio de funciones públicas al modo como lo entienden los tratadistas italianos, ciertamente que de día en día va el recurso por abuso de poder semejando más á tal género de institución jurídica.

Ventaja grande de tal recurso es que sus efectos tengan el carácter de generalidad. La nulidad de una disposición, de un acuerdo de una Corporación, declarada por la jurisdicción administrativa, á todos afecta, garantiza á todos los en ella interesados, hayan ó no recurrido, á diferencia, como sabéis, de nuestro recurso contencioso que sólo se extiende en sus efectos de garantía al derecho único del particular que promovió el recurso, efecto limitado que reduce las garantías y que puede producir el resultado de que lo nulo, en cuanto á uno ó varios recurrentes, sea válido para otros que se hallan en la misma situación jurídica y que por inadvertencia, por dejación voluntaria no recurrieron.

La evolución jurídica á que vengo refiriéndome, habrá forzosamente de derivar hacia el planteamiento en for-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

ma nueva del problema diferencial entre la potestad discrecional y la potestad reglada. Admitida como dogma en materia administrativa, y como base de todo lo contencioso en nosotros la distinción que figura todavía como portada de nuestra ley de lo contencioso administrativo no significa hoy tal diferenciá lo que antes significaba.

La tendencia es opuesta á tal distinción como base de los recursos jurisdiccionales para admitirlos en lo reglado y negarlos en lo discrecional.

Y es contraria á ese criterio á punto tal que, incluso en nuestra propia jurisprudencia, podemos encontrar garantías, ya que nuestra Sala tercera inclínase decididamente á ir restringiendo cada día más en más el posible abuso del ejercicio de la potestad discrecional, y cuando no se puede buscar límite á esa potestad discrecional en el fondo de los asuntos, se busca sencillamente la garantía formal adjetiva de los actos como una garantía para dársela al ciudadano en sus intereses, asegurando que no pueden prevalecer actos que no fueran realizados con aquellas garantías formales, con todos aquellos requisitos de que quiso rodearles el legislador, precisamente para amparar los derechos, según la doctrina antigua, y para amparar todo género de intereses, según el criterio moderno.

Recordaré sentencias como la de 10 de Mayo de 1914, que da lógicamente á los actos de la potestad discrecional toda la virtualidad necesaria para que sean respetados; la de 7 de Abril de 1913, que resuelve no basta que se indique en una resolución que emana de la potestad discrecional para estimarla con ese carácter, pues definir éste es propio de la jurisdicción contenciosa, y, sobre todo,

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

por lo muy pertinente al extremo que acabo de señalar; la de 23 de Febrero de 1914, declarando que la jurisdicción contenciosa es siempre competente para conocer de los vicios ó defectos sustanciales de procedimiento, cuando éste se deba ajustar á ley ó Reglamento, «como garantía del derecho ó *del acierto en la resolución*», aunque ésta sea en su fondo de la facultad discrecional.

En pugna aparecen en la potestad discrecional el elemento libre apreciación tan necesario en la vida administrativa en múltiples ocasiones, y el sometimiento de esa misma actuación, libre en la determinación del contenido del acto de imperio, á reglas de procedimiento, á formalidades legales, justificando esto que si los actos tienen carácter de imperio por razón del fin á que aspiran cumplir, tienen el de elementos coactivos en el derecho por las formalidades legales de que han de aparecer rodeadas, pudiendo llegarse á la conclusión de ser tanto más perfecto el ordenamiento del Estado cuanto mayor sea el límite que por uno ú otro medio se imponga á la potestad discrecional.

Hablé de la jurisdicción italiana *di merito*, he invocado la revisión en forma judicial de procedimientos administrativos, y ello no es más, como ha escrito Salandra, que *vero e proprio sindicato sopra l'uso che l'amministrazione ha fatto della sua podestá discrezionale.*

No hay actos discrecionales que escapan al recurso por incompetencia ó vicio de forma, escribe Duguit en sus *Transformaciones del Derecho público moderno*. La teoría del acto discrecional, ha dicho el Comisario Helbronner en uno de sus informes, queda reducida ya á lo siguiente: á pleno poder de apreciación, *si se ejerce legalmenie y para el fin para que ha sido creada.*

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El abuso de poder, el *excès de pouvoir*, concrétase en una desviación del poder mismo, originando el recurso por *detournement de pouvoir*.

Hay, pues, que examinar si la autoridad obra dentro de lo que motiva la razón de su poder y conforme á las reglas adjetivas que previamente se le impusieron á ese mismo poder; se juzga la realización debida del fin para que la función fué determinada y el órgano creado; linda todo ello con la cuestión de la oportunidad de los actos administrativos; todavía existe el temor, fundado dentro de los principios básicos de la organización de los Estados modernos, de que el juez sustituya al administrador; pero reflexionad sobre todo esto, y resaltará cuánto se ha cambiado, cuánto se han modificado aquellos límites estrechos de los primitivos recursos contencioso-administrativos.

Agregad á lo anterior, pensando en los gastos inherentes en nosotros á todo recurso contencioso en la Administración provincial, y si tenéis en cuenta que el recurso de nulidad es gratuito, que no precisa de abogado ni de procurador, que tan sólo supone el gasto de registro y papel sellado, ¿cómo no afirmar que allí donde tales recursos figuran instituídos por la ley ó robustecidos y ampliados por la jurisprudencia, existen amplias garantías jurídicas de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos?

Todavía podemos llegar á algo más: á aquellos casos en que la Administración permanece inactiva, causando la inactividad perjuicios al particular, y en tal caso, transcurrido un determinado plazo, existe ya, con arreglo al nuevo derecho, acción en el particular para poder intervenir ante la jurisdicción contenciosa para

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

que ésta declare si la administración debió obrar; y aunque no sustituya el juzgador al administrador, el recurso, por *deni d'administracion,* completará las garantías, porque ya no se tratará sólo de juzgar la legitimidad de determinados actos, sino que se tratará también de que la Administración no pueda permanecer inactiva en ciertos casos ante intereses de los particulares, reconocidos como tales por el derecho y que conforme á éste exista una garantía para intereses y derechos, no solamente en los casos de acción, sino en los de inacción de las autoridades administrativas.

No quiero avanzar más en este orden de consideraciones. Creo que basta con las indicaciones hechas para que veamos cómo ha evolucionado un recurso, en vista de dar una mayor suma de garantías á los ciudadanos para la defensa de los legítimos derechos de los mismos; creo que es suficiente ver cómo en estos dos países latinos, que he tomado como modelo, Francia é Italia, se ha ampliado la fiscalización, el *contrôle* jurisdiccional en la actuación administrativa, rompiendo antiguos moldes, relegando al olvido principios consagrados como fundamentales en anterior época.

En ese «contrôle», en esa fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, se busca asentar la base de la moderna descentralización para llegar al reconocimiento de la personalidad de las entidades administrativas locales con todas las consecuencias naturales de ello.

Recuerdo lo que se dijo en el Ateneo de Madrid cuando se discutió aquel tema «Oligarquía y Caciquismo», que no cabía pensar en una nueva organización administrativa, si antes no pensábamos en las garantías que

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

deben ir paralelas á esa nueva organización, que tanto se ansía.

Y voy llegando á la finalidad que busco con esta conferencia. Sé que no vengo á decir cosa nueva, es mi labor de mero recuerdo y quiero al ya efectuado, unir la demostración de que nosotros, que aparentemente en el derecho positivo parecemos muy retrasados en esta nueva orientación, tenemos en nuestros antecedentes elementos de todo lo que acabo de citar. Por ello una conferencia, cuyo tema hubiera podido tacharse de gran atrevimiento para mí y propio de quien quisiera aparentar que conocía elementos extranjeros, va á terminar en disertación de aquello que existe en la ciencia y en la legislación españolas, para tener la satisfacción de mostrar cómo nosotros no aparecemos tan retrasados en el orden científico y cómo todos los proyectos de nuestras reformas locales aparecen avanzando tanto, sino más, que aquello que figura en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en la legislación italiana y en la ciencia de ambos países.

Cuando yo pronunciaba todos los nombres que he mencionado, interiormente pensaba que hemos tenido un D. Francisco Agustín Silvela; que nadie que se ocupe de cuestiones de derecho administrativo debe olvidar las admirables *Lecciones de Administración* de Posada Herrera; que no es posible que olvidemos las enseñanzas del que podemos denominar muy bien el maestro Colmeiro; que no podemos olvidar tampoco las obras de los profesores Santamaría de Paredes, Posada, Royo Villanova y Cuesta; que si acudimos á otro género de trabajos encontraremos doctrina de lo contencioso-administrativo que supone mucho, en obra en lo exterior

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

de mera legislación, como el denominado vulgarmente *Alcubilla*, en aquellos párrafos que preceden á la palabra «contencioso-administrativo», redactados ya en las primeras de sus ediciones; y que si nosotros repasamos aquellos trabajos de D. Alfonso González, Alfaro, Tejada de Valdosera, Caballero y tantos otros, tendremos que afirmar que poseemos un caudal científico en relación á las garantías de los ciudadanos, en el orden jurídico, que puede ponerse muy al lado, y en ocasiones superar á muchos de aquellos que son verdaderos faros y guías de la ciencia administrativa moderna, que nosotros venimos considerando muy ampliamente desde hace muchos años, y que si no alcanzó fuera de aquí su gran valor, debido es á que hemos estado demasiado encerrados en nosotros mismos, á punto tal que para muchos fueran una sorpresa las referencias que los que tuvimos el honor de representar á España en el Congreso Internacional de Ciencias administrativas de Bruselas en 1910 dimos del juicio que allí se había formado de nuestra legislación administrativa que mereció señalados elogios, cuando la única sorpresa tenía que ser la de que no pensaran en el extranjero que á nosotros no nos faltaba legislación buena en principios, sino que nos faltaba en ocasiones la voluntad firme de cumplir lo que consignaron los legisladores en las leyes, con el espíritu y la finalidad que las dictaran.

En esta materia tenemos derecho á la consideración ajena; porque en el orden puramente histórico de nuestras instituciones podemos mencionar las municipales, gloria del Derecho español, que pueden colocarse al lado de aquellas extranjeras que hoy se quieren citar como modelo, y en el orden de elaboración legislativa

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

nos encontramos que los párrafos y artículos de proyectos de ley, que os voy á leer, demuestran que no estamos tan atrasados en materia de recursos jurisdiccionales, de garantías, en el terreno del derecho constituyente.

Sabido es que nuestra ley requiere, en el núm. 3.º del art. 1.º, que se haya vulnerado un derecho de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del reclamente por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo, entendiéndose por el art. 2.º establecido el derecho en favor del recurrente, cuando la disposición que repute infringida le reconozca ese derecho, individualmente ó á personas que se hallen en el mismo caso en que aquel se encuentre. Sabido es también que nuestra jurisprudencia en este particular, en armonía con precepto tan terminante de la ley, sostiene se precisa para poder recurrir que haya derecho vulnerado; que no basta alegar un interés perjudicado, sino un derecho; que el derecho preexistente no puede fundarse en la equidad; que no basta una infracción genérica, pero á pesar de todo ello podemos demostrar que en el terreno constituyente no vamos fuera del camino antes delineado.

Así D. Francisco Agustín Silvela, en el proyecto de Consejos y Tribunales de administración provincial que formuló en 1838, asignaba como atribución final de los Consejos en lo contencioso la de «reformar ó anular á petición de parte interesada ó del jefe político, los acuerdos de los Ayuntamientos, ó de los Alcaldes, en todo lo contencioso-administrativo, por contrarios á las leyes, reglamento de administración pública, ordenanzas municipales ú órdenes vigentes». Yo no incurriré en el

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

error de dar mayor alcance del que realmente tiene este número 26 del art. 48 del proyecto, pero sí debo indicar que la idea del interés, la idea de la nulidad por ilegitimidad, por ilegalidad de la actuación administrativa está plenamente consignada en esta disposición.

Posada Herrera presentaba ya en 1843 y 1845 el interés social frente al individual; sostenía que la administración no podía pasar sobre éste desatentadamente sin darle protección; que unas veces los intereses particulares no excederían del carácter de tales, y otras, convirtiéndose en derechos, serían dignos siempre de meditada consideración, siendo, agregaba, obligación del poder proteger aquellos intereses, según su magnitud é importancia, dándoles cuantos medios de defensa fueran compatibles con la gestión del bien común que tiene á su cuidado. Requería el derecho preexistente atacado, para que hubiera lugar á lo contencioso-administrativo, y ya en tan sabio maestro se advierte una concreción cientifica de lo contencioso que más tarde habrá de permitir salir del sistema de enumeración casuística para ir á la definición general que figura en el artículo 1.º de la ley de 1888, en cuya formación tanto intervino el Sr. Santamaría. La época en que explicaba Posada Herrera, justifica que en la definición concreta se fuera al criterio del derecho subjetivo; pero no puedo dejar olvidado que en lo inicial, en aquello que constituía la base de toda la explicación, las palabras significan el mismo contenido que puede encontrarse en las obras de cualquiera de aquellos que apuntan elementos distintos de los que han figurado como clásicos durante el siglo XIX. Colmeiro hablaba de intereses legítimos compatibles con el interés público é in-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Lègislación

justamente hollados, y aunque requiriera la lesión de derecho perfecto, como motivadora del recurso, pensaba podía dar fundamento al recurso también el poder discrecional cuando procediera con injusticia ofendiendo un derecho adquirido con sólo menospreciar las formas legales.

El Conde de Tejada de Valdosera sostenía como base de lo contencioso un derecho absoluto y perfecto, uno de aquellos que la ley consagra como tal. Olvidábase que en este criterio muy subjetivo se va á la declaración del derecho individual, y que con el criterio del interés como base del recurso se llega tan sólo á la nulidad, y él admitía la posibilidad de que jurisdiccionalmente pudiera llegarse á desvirtuar lo ilegal.

Don Alfonso González, en su *Estudio crítico de la ley de 1888*, recordaba la distinción establecida ya por Romagnosi y después explicada por el Duque de Boglie entre «interés» y «derecho», sosteniendo nuestro escritor que sólo los intereses defendidos por un derecho eran los que podían motivar el recurso contencioso; la jurisdicción es definidora de derechos, y sólo donde exista el derecho puede caber el recurso, pero á continuación, D. Alfonso González se fijaba en una palabra que figura en la ley de lo contencioso administrativo, permitiendo aplicar doctrina completamente distinta de ésta, estableciendo diferencias entre la situación del particular y la del Estado. Contra las Reales órdenes que la administración considere como lesivas, el recurso se ha de fundar.... ¿en qué? ¡Ah! En este caso nuestra ley habla de providencias de primera instancia, que por orden ministerial se declaren lesivas de los *intereses* del Estado, es decir, que en esto el Estado se coloca en situación venta-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

josa respecto del particular, porque para la administración pública basta la lesión de intèreses para que el recurso contencioso pueda existir, por lo que esa barrera que se quería establecer entre derecho é interés, esa barrera no existe en la ley tan infranqueable, porque si el poder público cree que ha de haber salvaguardia para los intereses generales, también tiene que contar que los intereses de los particulares deben hallar la misma salvaguardia que los intereses públicos, porque el principio de la jurisdicción, el principio de garantía, tiene que ser exactamente igual para unos que para otros, para el Estado como totalidad y para el particular como individualidad dentro del Estado.

Lógica la jurisprudencia española con el criterio fundamental de la ley, ha sostenido no bastar para que proceda la revocación de una Real orden declarada lesiva que exista sólo lesión de intereses del Estado, sino que ha requerido la lesión jurídica.

Dejaré á un lado este aspecto interesante del derecho y el interés como base del recurso jurisdiccional y habré de pasar al recurso por abuso de poder.

Consígnase éste en forma especial en el art. 3.º de la ley vigente. Contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos ó reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones se hayan dictado como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos, puede interponerse recurso contencioso-administrativo.

No se admite pueda combatirse directamente por un interesado una disposición contraria á ley, pero sí que en caso de lesión jurídica pueda anularse la aplicación con-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

creta de la resolución general ilegal. Supone ello adelanto y la consagración del principio contenido en la sentencia de 21 de Febrero de 1872 en que se afirmaba no podía prescindir la jurisdicción contenciosa de aplicar una disposición de carácter general, «á no encontrarla en abierta oposición con las leyes especiales de la materia á que se refiere ó con las que regulan los procedimientos», principio opuesto al art. 46 de la ley de 17 de Agosto de 1860, pero lógico y necesario en el orden legal.

Explicable era la negativa al recurso en la jurisdicción retenida; pero, al evolucionar la jurisdicción, no había razón alguna en la delegada para no admitir la posibilidad de que un Tribunal dejara de aplicar á un caso concreto una disposición contraria á ley, imponiendo con su decisión el respeto á ella.

Quedó en aquel entonces, no más que en un considerando de la citada sentencia, consignado principio tan fundamental en el régimen jurídico, y más tarde, sin prosperar que pudiera recurrirse contra disposición general opuesta á ley sin esperar á que tuviera individual aplicación, el Tribunal de lo contencioso-administrativo hubo de empezar á poner en práctica las disposiciones del art. 3.°, motivando justamente aquellas palabras de D. Alfonso González, que se preguntaba si no era injusticia evidente que estuviera privado el particular de toda defensa contra la amenaza abierta contra sus derechos, y hubiera de esperar impasible á que el atentado se consumase mediante resolución particular, que quizá le causara perjuicios irreparables. La jurisprudencia aplicó por modo concreto dicha disposición del art. 3.° de la ley vigente; dió eficacia al recurso

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

contra abuso de poder en caso de actuación reglada por ley; cuidó consignar que no era esta acción una acción pública, y admitió, finalmente el Tribunal buscando caminos para ir ampliando la jurisdicción, que asuntos que antes se ventilaban única y exclusivamente admitiendo la excepción de incompetencia en trámite previo, hoy tengan que ser debatidos en el de fondo, ampliando el número de los que conocen los Tribunales, así como el que pueda el Tribunal examinar si se observó ó no el procedimiento previamente marcado para ciertos asuntos, pudiendo corregirse jurisdiccionalmente faltas reglamentarias en que hubiera incurrido la Administración, aunque su actividad fuera ejercitada en el campo de la potestad discrecional.

Racional es que aunque se trate de caso de potestad reglada, que aunque pueda la autoridad administrativa determinarse en uno ú otro sentido, lo haya de hacer con el respeto de las formalidades fundamentales que el legislador haya establecido. Determinadas disposiciones que lesionan el derecho de un particular ó que puedan lesionar el interés del mismo, cabrá sean anuladas por vicio de forma, sin conocer los Tribunales del fondo del asunto, volviendo á conocer de éste no el órgano jurisdiccional, sino el mismo gubernativo que antes conoció de él.

Insistamos en el punto de vista de la descentralización y los recursos, y veremos que al intentar la reforma del régimen local en sentido descentralizador orgánico, con reconocimiento de la personalidad local, es cuando se ha avanzado más en la materia del tema que desarrollo.

En todos los proyectos que desde algún tiempo se vienen sometiendo á la consideración de nuestro Parlamen-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

to, cambia en absoluto la naturaleza del recurso contencioso; se establece con un carácter más amplio que lo estaba en la legislación francesa, antes de evolucionarlo la jurisprudencia, el recurso de nulidad; la idea del interés domina á tal punto y se amplía el concepto en forma tal, que frente á aquellas sentencias que indican no basta ser contribuyente, ser vecino para poder interponer una demanda contra actos contrarios á las leyes que haya realizado un Ayuntamiento, en todos los proyectos de reforma de la ley Municipal vamos advirtiendo que el recurso de nulidad, por abuso de poder ó por desviación del mismo poder, figura con carácter tan amplio como lo tenga en las últimas manifestaciones de la jurisprudencia francesa.

Aunque en nuestra ley Municipal se establezca que «á instancia de cualquier vecino» deben suspenderse acuerdos de los Ayuntamientos adoptados por éste fuera de su competencia ó con delincuencia; aunque el art. 171 conceda á cualquiera, sea ó no residente en el pueblo, que se crea perjudicado por la ejecución de un acuerdo, recurso de alzada en los casos en dicho artículo previstos; ante la jurisdicción contenciosa la posibilidad de recurrir queda aminorada, no basta el perjuicio genérico, precísase el individualizado, no puede actuar un vecino frente á lesión de los intereses generales si no justifica la de su propio derecho individualizado, hace falta un perjuicio real y efectivo de éste, no hay acción popular en este orden de la actividad administrativa, y si ello es así, ¿quién fiscaliza? ¿Quién da garantías?

Si por afirmar la tendencia descentralizadora se limitan las facultades gubernativas y se reducen los casos en que puedan conocer en alzada las autoridades cen-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

trales limitando hasta el ejercicio de las facultades constitucionales de alta inspección, ¿qué garantía va á darse á los intereses administrativos, si sólo cuando quiera recurrir quien sufrió lesión de su derecho ha de poder solicitarse la nulidad de la resolución administrativa? ¿Acaso queda el ciudadano garantizado con el posible ejercicio de acción en responsabilidad contra la autoridad administrativa? Ya he indicado que no, y así debieron pensarlo quienes redactaron los aludidos proyectos de reforma del régimen local de nuestra patria, en los que no sólo el derecho, sino el interés legítimo se defendían, amparando por acción de cualquier interesado la legalidad vigente contra el abuso de poder de Corporación ó autoridad local.

Dignas de citarse son en este particular, como precedente próximo de los últimos proyectos de reforma, las disposiciones contenidas en el de D. Alfonso González, presentado á las Cortes en 1901, cuyo art. 220 decía «que todos los habitantes ó propietarios de un término municipal tenían acción y derecho para reclamar contra los acuerdos de las autoridades administrativas»; preceptuando el 224 la posibilidad de entablar recursos contra acuerdos de los Alcaldes, Ayuntamientos y Juntas municipales, los que por ellos «se consideren perjudicados en sus derechos ó intereses particulares».

En la base 11.ª del proyecto de ley para la reforma de la Administración local que en 1903 redactó nuestro ilustre presidente Sr. Maura, entonces ministro de la Gobernación, se consignaba que «cualquier vecino, á título de su sola participación en el interés comunal, podrá entablar y sustentar recurso por quebrantamiento de ley, aun cuando no alegase lesión en derecho ad-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

quirido antes», fórmula amplia que abría ancho caminá la fiscalización jurisdiccional, ya que no había necesidad de alegar lesión de derecho, sino que bastaba la condición de vecino para entablar la acción de nulidad. Menor amplitud revestía el contenido del art. 18 del proyecto presentado al Congreso por el entonces ministro de la Gobernación, Sr. La Cierva, en 1907, cuyo art. 18 decía: «Todos los habitantes de un término municipal tienen acción para reclamar ante los Tribunales de justicia contra acuerdos de los Ayuntamientos ó de las respectivas Comisiones permanentes que consideren *ilegítimos y lesivos para sus derechos.....*»

Parece que esto implicaba un retroceso en la orientación favorable á la protección del interés legítimo y á los recursos contra los actos ilegales; mas aunque el Congreso se limitó á adicionar tras de las palabras «Tribunales de justicia» las de «ó cualquier otra autoridad competente», sin fijar la atención en el alcance que la modificación de una simple letra podía tener, al llegarse al dictamen de la Comisión del Senado, en ese Cuerpo, que parece debía tener espíritu más conforme al criterio tradicional en el derecho público, la Comisión del Senado sustituyó la letra *y* por una *o*, y diciendo «acuerdos ilegítimos *ó* lesivos para su derecho», por esta simple modificación que se efectuó en la cuarta revisión que sufrió parlamentariamente ese proyecto, se hizo quedara bien de relieve la nueva orientación, estableciendo con carácter general recurso de nulidad á favor de cualquier interesado, principio confirmado en el artículo 188, puesto que en materia de presupuestos cualquier vecino podría suscitar la actuación del Gobernador, y acudiendo ante él con sus reclamaciones ó adver-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

tencias y por modo bien explícito, en cuanto al recurso contencioso en el art. 238 (246 del dictamen del Senado), al determinar que causarían estado los acuerdos de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de administración local señalados á la exclusiva competencia municipal; que el recurso procedente sería el contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial conforme á la ley vigente, pero entendiéndose autorizado el recurso ora por lesión del derecho del reclamante, ora por infracción de disposiciones con fuerza legal cuya observancia pida cualquier vecino, aunque no constase agraviado individualmente en su derecho, precepto que bien claramente llevaba á efecto radical modificación del derecho vigente, conforme á los principios que en esta disertación vengo sosteniendo.

Algún tiempo después, al presentar el partido liberal bases para la modificación de nuestras leyes provincial y municipal, las bases segunda y décimonovena del proyecto suscrito por el Sr. Barroso en 1912, reproducían lo fundamental de los arts. 18 y 238 del proyecto de 1907.

El camino estaba trazado. Nuestro derecho constituyente no podrá ya apartarse de tal dirección y en 1913 el diputado Sr. Goicoechea, docto académico y digno individuo de nuestra Junta directiva; acreditando una vez más su competencia en estas materias hubo de presentar una proposición de ley, estableciendo contra las resoluciones administrativas un recurso contencioso de nulidad por abuso de poder, en caso de incompetencia de la autoridad administrativa ó de ilegalidad ó vicio de forma cometidos en la tramitación del expediente (incluso en el caso de omisión ó retraso en resolver cuando hubiere el deber legal de hacerlo).

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Es decir, que el principio de la jurisprudencia francesa, tan elogiado en pro de las garantías del ciudadano, de bastar el interés directo para poder interponer el recurso, tiene en nosotros ya algo más en su favor que la opinión meramente científica, y esto es importantísimo, porque es el único procedimiento que podremos seguir para borrar una grave dificultad que surge estudiando la jurisprudencia actual de nuestro Tribunal contencioso en asuntos de la esfera local.

Cuando un vecino quiere recurrir contra un acuerdo municipal por ilegal, queriendo suscitar la defensa de los intereses comunes, tiene hoy negada la acción en repetidas ocasiones, porque la representación de los intereses comunes corresponde, según la ley, no al vecino, no al particular, sino á la Corporación, y vedlo, aquella misma corporación que faltó á la ley y perjudicó los intereses del vecindario, es la única que, con arreglo á la ley, tiene personalidad para poder defender los intereses de ese vecindario que ella menospreció.

Alguien había de haber que velara contra los actos ilegítimos, contra los abusos de poder que pudieran realizar las autoridades locales sin lesionar derecho, pero con perjuicio de interés legítimo; ¿quién?, ¿el Gobernador?, el Gobernador está tachado ante la opinión en muchos casos por el origen político de su nombramiento, por su natural dependencia de la Administración Central, aparte que el nombramiento de Gobernador no está sometido á aquellas condiciones de técnica que son necesarias para la resolución jurídica de determinados asuntos. Hay que otorgar recurso que implique fiscalización jurisdiccional dentro de la misma esfera local y si aumentamos en esta la capacidad jurídica y amplia-

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

mos su esfera de acción y no rodeamos el derecho de toda garantía eficaz en contra de la ilegalidad y del abuso, veríamos aumentados todos aquellos daños de que ha venido hablándose en todos los trabajos que acerca de la materia se han escrito, empeorando la situación.

Atento á ello me fijé en el tema, recordando aquellas palabras del Sr. Maura cuando decía que no era obra de golillas cuidarse dc la reforma de las disposiciones administrativas; y cuando desgraciadamente vemos que los males están acentuados y percibimos remedios para ellos, es lástima que no se llegue á eambiar el derecho existente, que no se llegue á la reforma del mismo, y ya que los que carecemos de autoridad suficiente para señalar nuevas direcciones nos debemos contentar con machacar en algo que en ocasiones es hierro frío, al menos podremos colocarnos en condiciones de aportar modesto concurso utilizando vuestra benévola atención para que aquellos elementos antes señalados puedan en la legislación española tener un día realidad, para bien de la Administración, para bien de las libertades, para bien de los ciudadanos, para bien de los mismos poderes públicos, y para que siempre pueda decirse que la Administración española, inspirada en situación verdadera de estado de derecho, confiere siempre al ciudadano vías jurídicas contra los actos ilegales que las autoridades puedan realizar, poniendo en juego en todo momento el respeto á la ley y orientando toda la actuación jurídica hacia intereses legítimos que correspondan á un derecho objetivo.

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

© 2011 Real Academia de Jurisprudencia y Legislación