

LAS TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO JURIDICO DE POLICIA ADMINISTRATIVA (*)

POR FERNANDO GARRIDO FALLA
Catedrático de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. El concepto tradicional de la policía administrativa y el sentido de su evolución: 1. El concepto de policía administrativa. 2. Evolución del concepto con anterioridad al Estado constitucional. 3. La policía y el Estado de derecho. 4. La policía y el nuevo concepto de orden público.-II. Libertad y propiedad como objetos de la policía administrativa: 5. Libertades políticas y autonomía de la voluntad. 6. La crisis de la autonomía de la voluntad y las limitaciones de policía. 7. El nuevo sentido de la policía de la propiedad.

1.—Podemos definir la policía, de modo provisional y sin intentar precisar demasiado, como el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública. Nos proponemos examinar a continuación las más recientes transformaciones sufridas por este concepto.

Ante todo, hemos de tener en cuenta que el concepto de policía toma su significación actual con el advenimiento del Estado de derecho. Supone este régimen la consagración de toda una serie de derechos subjetivos oponibles por el particular frente al Estado, los cuales derechos son consecuencia, como decía JELLINEK, de las tres situaciones o *status* diferentes en que el particular se encuentra con respecto al Estado.

Las mencionadas tres situaciones son, de acuerdo siempre con JELLINEK, las siguientes: 1.ª) El *status negativus libertatis*, o situación de libertad negativa, que se explica suponiendo la existencia, en torno a cada particular, de una esfera jurídica intangible para el Estado (por

(*) El presente trabajo no es, con algunas correcciones, sino el texto taquigráfico de la conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Estudios Políticos el día 23 de abril de 1953 dentro del cursillo sobre «Transformaciones del régimen administrativo», que próximamente será recogido en volumen editado por este Instituto. A tal circunstancia deben achacarse ciertas peculiaridades que fácilmente se descubrirán en el estilo como se aborda el tema, y asimismo la falta de aparato bibliográfico.

suponer un *no hacer* para el Estado, le llama JELLINEK estado negativo); 2.º) El *status positivus civitatis*, o situación positiva del individuo dentro del Estado, que es una consecuencia de la ciudadanía que le faculta para dirigir sus pretensiones a la Administración pública y que estas pretensiones sean satisfechas cuando ello sea procedente; 3.º) *Status activae civitatis*, también consecuencia de la ciudadanía, pero que deriva de la posición activa que determinados ciudadanos ostentan, que capacita para ejercer funciones y realizar actos de autoridad pública; los derechos derivados de este *status activo* son los denominados derechos de la función pública (JELLINEK, *Sistema dei Diritti pubblici subbiettivi*, trad. italiana, 1912).

Pues bien, la *policía* se explica precisamente partiendo del primero de los tres *status* o situaciones antes enunciadas; es una excepción al principio que informa el *status negativus libertatis*, según el cual la Administración no puede inmiscuirse en la esfera reservada al particular. Con la policía el estado de libertad civil deja de ser un derecho absoluto del ciudadano.

Abundando en análogas consideraciones, caracteriza RANELLETTI el estado de libertad civil como «aquella posición del individuo sustraída a la intervención y mando del Estado, y por éste reconocida y protegida, en la que el individuo se manifiesta en su vida *natural* y desarrolla su actividad para conseguir los fines y satisfacer los intereses que tiene como *hombre*, independientemente, esto es, de su calidad de miembro del Estado». Y el propio autor caracteriza la policía con las siguientes palabras: «La policía tiene el fin de garantizar al todo social y a sus partes contra daños o lesiones, infracciones de sus derechos que pueden provenir de la actividad de los individuos» (RANELLETTI, *Polizia di sicurezza*, en el t. IV del *Primo Trattato di Diritto Amministrativo*, de ORLANDO).

Precisemos, antes de seguir adelante, que siendo el estado de libertad civil una situación eminentemente privada, da lugar a la aparición del Derecho público por un doble conducto: de una parte, con la actividad estatal de limitación de ese derecho (policía); de otra, con las pretensiones que el individuo puede dirigir al Estado para que éste le reconozca y garantice tal derecho.

2.—Resulta interesante marcar los momentos principales en la evolución histórica del concepto de policía para comprender mejor el sen-

tido de las transformaciones que en el mismo se han operado más recientemente.

La historia de este concepto ha sido trazada en Alemania por LÖNING, del cual la toma RANELLETTI y, a través de éste, la mayoría de los autores extranjeros. Esta es también nuestra fuente de información.

Etimológicamente, la palabra «policía» deriva del latín *politia* y del griego *politeia*, denotando ambas la referencia a lo que es propio de la comunidad política (*polis*). Hacia comienzos del siglo XV, fecha de partida que nos interesa, la policía es ya algo que se refiere a la prosperidad y seguridad públicas. Unas Ordenanzas reales francesas del año 1415 hablan de las disposiciones «pour garder le bien public... en très bonne police». A fines del siglo XV la expresión, originariamente francesa, como se ha visto, pasa a Alemania para designar posiblemente toda la actividad estatal en el sentido amplio que se ha mantenido después durante algún tiempo en la literatura, como demuestra la definición de LOZZ (para el cual, por policía es imposible entender otra cosa que el conjunto de la actividad del Gobierno para conseguir los fines del Estado en toda su extensión). Pero el concepto amplio a que acabamos de hacer referencia va a sufrir a lo largo de su evolución una serie de restricciones. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que en Alemania, después de la Reforma, los Príncipes son simultáneamente Príncipes temporales y espirituales, pues a su cuidado están encomendados, al mismo tiempo que los civiles, los asuntos eclesiásticos. Esta dualidad de competencias nos exige ya una primera exclusión en orden a precisar el concepto de policía: sólo los asuntos civiles están aludidos en el concepto.

A mediados del siglo XVII hay motivos suficientes para que pueda hablarse de una segunda restricción al concepto amplio que nos ha servido de base de partida. Hay una serie de asuntos civiles cuya decisión está en manos de los Tribunales de Justicia; para otros asuntos, en cambio, estos Tribunales no tienen competencia. Así como los asuntos civiles judiciales están dominados por el principio de legalidad y por la posibilidad de recurrir siempre a una instancia judicial independiente, hay otros asuntos que resuelve inapelablemente el Príncipe en virtud del viejo principio «im Polizeisachen gilt keine Appelation» (en los asuntos de policía no hay apelación). La existencia de este importante poder discrecional en manos del Príncipe es un rasgo tan fundamental del régi-

men, que la literatura jurídico-política ulterior lo ha configurado por antonomasia como *Estado-policía*.

Por entonces se va a dar lugar a una nueva distinción que perfila aún más el concepto de policía: la Administración militar y la financiera (cameralística) comienzan a ser tratadas como cuestiones aparte. La policía puede identificarse ya con lo que la ciencia de la Administración alemana ha llamado después *Administración interna* (innere Verwaltung).

Una nueva precisión todavía. En el conjunto de las leyes alemanas donde se hablaba de policía, venía siendo un rasgo común la existencia de la coacción: el incumplimiento de las medidas de policía se conminaba con sanciones. Por eso, bien pronto para muchos esta idea de coacción se reputó como esencial a la policía, hasta el punto de que el resto de la actividad estatal que se desarrollaba a través de medios no coactivos se entendía que debía excluirse del concepto policíaco. Con esta exclusión se separa de la policía lo que, con terminología más moderna, llamaríamos actividad social y de fomento.

La distinción que ahora nos ocupa adquiere ya solidez doctrinal en las *Institutiones iuris publici*, de PÜTTER, publicadas en 1770, donde se dice: «Suprema potestatis pars quae exercetis cura advertendi mala futura dicitur ius politicae. Promovenda salutis cura proprie non est politicae». Lo cual significa, frente a una anterior y tradicional postura doctrinal, la exclusión de la llamada policía del bienestar (Wohlfahrtpolizei) del concepto estricto de policía, que se contrae así a ser una «policía de seguridad» (Sicherheitpolizei).

3.—Hay que señalar ahora que este derecho tradicional de policía en principio se va a entroncar difícilmente, después del advenimiento del Estado constitucional, con las exigencias del Estado de Derecho. Dadas las premisas en que éste se apoya, la policía se ha de configurar en adelante necesariamente como una facultad excepcional de la Administración pública. El Estado de Derecho se fundamenta en la exigencia y reconocimiento de una serie de derechos subjetivos del particular; entre los derechos que se declaran, ocupa la primera línea el de libertad; consiguientemente, todo cuanto signifique un atentado a la libertad ha de tener un carácter excepcional. Como, por otra parte, el fundamento para la limitación de esa libertad es incuestionable, se llega a un concepto transaccional o de compromiso (tan típico, por otra parte, del

régimen administrativo moderno), que se manifiesta, por ejemplo, en la propia definición de policía de RANELLETTI: «aquella manera de actividad pública en el campo de la administración interna que se realiza limitando o regulando la actividad de los particulares y eventualmente, si fuese necesario, por medio de la coacción, a fin de garantizar el todo social y sus partes contra daños que puedan provenir de la actividad humana».

La policía no es, pues, solamente una posible limitación de la actividad del particular, sino que implica también el posible uso de la coacción cuando el particular no se ha conformado a esas limitaciones. Para el Derecho administrativo clásico la utilización posible de tales medios extraordinarios se ha explicado en razón de la finalidad propia y específica que, dentro del fin genérico de utilidad pública que condiciona toda la actividad administrativa, persigue la policía. Esa finalidad peculiar de la policía es el *orden público*.

Basta el examen de las definiciones que se contienen en los más conocidos manuales de Derecho administrativo para descubrir la insistencia con que se relacionan entre sí los conceptos de policía y orden público. Para OTTO MAYER (*Le droit administratif allemand*, ed. francesa, 1904, vol. II), la noción de policía aparece como la combinación del fin especial a que se dirige su actividad con unas formas determinadas que le sirven de medios. «Es la actividad del Estado con vistas a defender, por los medios del poder de autoridad, el *buen orden* de la cosa pública contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan producirle.» Otro autor germano, FLEINER, comprende la policía como un sector determinado de la actuación de la Administración pública, a saber: «la actividad de la autoridad en el terreno de la Administración interna, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del derecho, de la seguridad y del orden público» (*Instituciones de Derecho administrativo*, trad. española, 1934). Es interesante señalar hasta qué punto es para FLEINER condicionante de la policía la finalidad de orden público, que entraña, por ende, una de las limitaciones objetivas de su poder. Deduce de aquí que la policía no tiene por qué proteger intereses particulares: ni a un particular contra otro particular en sus relaciones privadas, ni siquiera al particular contra sí mismo (discute, por ejemplo, la cuestión de la validez de una disposición poli-

ciaca que prohíbe la actuación en el circo de un artista temerario). Ya veremos más adelante cómo esta determinación del concepto en función del de orden público, siendo éste a su vez contingente e históricamente variable, constituye la clave de comprensión de las más recientes transformaciones de la policía administrativa. Por considerar, por ejemplo, que se trata de una cuestión en que el orden público está implicado, interviene en España la autoridad gubernativa encarcelando a los toreros que se niegan a salir a la plaza en el momento oportuno, no obstante que las relaciones entre toreros y empresarios, de una parte, y entre éste y público, de otra, pueden explicarse perfectamente, desde el punto de vista jurídico, de acuerdo con los patrones contractuales (1).

Si continuamos examinando las definiciones del concepto de policía, veremos que para MERKL es «aquella actividad administrativa que, mediante la amenaza o el empleo de coacción, persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden» (*Teoría general del Derecho administrativo*, trad. española).

Es evidente, pues, que la referencia al orden público es constante en todos los autores. Ahora bien: ¿en qué consistía el orden público para el Derecho administrativo tradicional? Nos contesta la pregunta HAURIQU diciendo que, en el sentido de la policía, el orden público es el orden *material* y exterior; es, sencillamente, un estado de hecho opuesto al desorden. Para la policía debe ser prohibido todo cuanto produce desorden. El desorden material es el síntoma que guía a la policía, como la fiebre guía al médico que pretende descubrir una enfermedad. Para

(1) Una cuestión interesante plantea la existencia actualmente en estudio de las Cortes españolas de un proyecto de ley protegiendo el denominado «derecho al silencio». Cabe decir que el reconocimiento de este derecho como elemento integrante del patrimonio jurídico de los particulares implica, por lo que a nuestro Derecho positivo se refiere, un proceso inverso al que estamos acostumbrados a descubrir en la mayoría de las instituciones. Hoy día los ejemplos que aparecen con más frecuencia nos descubren los reiterados avances de la noción de orden público para explicar relaciones antes estrictamente privadas y cuyo contencioso estaba atribuido a los Tribunales ordinarios. Reconocer, en cambio, el derecho al silencio como algo que puede servir de título para que un particular persiga a otro particular ante la jurisdicción ordinaria significa evidentemente la configuración privada de un sector hasta ahora sometido única y exclusivamente a normas de policía.

Es posible que, desde el punto de vista de la eficacia, convenga que el escandaloso corra el peligro no solamente de ser sancionado administrativamente, sino de ser perseguido ante la jurisdicción ordinaria por quien haya visto perturbada su tranquilidad y reposo.

HAURIOU son elementos integrantes del orden público: la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas.

4.—Determinar el concepto de policía en función del concepto de orden público es hacer de la primera, de una vez para siempre, un concepto relativo cuya determinación de amplitud solamente será posible tras un examen detenido de las circunstancias que lo condicionan. Lo que se entiende por orden público, en efecto, depende en cada momento de las concepciones dominantes sobre el régimen político y los fines del Estado. De esto se deduce que las diferentes concepciones dominantes sobre esta materia durante el siglo XIX y en los momentos actuales nos dan, con su diversidad, la medida de las variaciones experimentadas por la policía administrativa.

Siendo el Estado de Derecho abstencionista en sus comienzos, el orden público casi se limita a que esté asegurada la «tranquilidad de la calle». Se entiende que únicamente las algaradas y alborotos callejeros pueden determinar problemas de orden público y, consiguientemente, la policía administrativa es una *policía de seguridad*.

Antes de entrar en los linderos del siglo XX, se produjo ya una tal ampliación en los fines estatales y autorizaron las leyes tan considerable número de nuevas intervenciones administrativas, que junto a la policía de seguridad que, por antonomasia, siguió denominándose policía *general*, comenzó a hablarse de policías *especiales*, para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares que se dictaron en específicas materias; así surgió la policía minera, forestal, de aguas, etc. El hecho de que se conservase el nombre de policía para hacer referencia a este intervencionismo en concreto, nos está demostrando que la ampliación por materias que se produjo no hizo pensar a nadie en que estaban apareciendo formas jurídicas independientes que hubiesen de ser tratadas con autonomía sistemática. Más bien puede decirse que lo que ocurrió entonces es que la denominada policía general quedó a su vez convertida en una más entre las policías especiales: la policía de seguridad.

En nuestros días, una nueva evolución del concepto de policía se acusa en doble sentido: de una parte se incorporan nuevos sectores al orden público, como consecuencia de una notable ampliación de este concepto, con lo que se consigue que ciertos sectores de relaciones jurídicas que an-

tes, al entenderse que carecían de conexión con la idea de orden público, se consideraban ajenos a todo intervencionismo administrativo, hoy dan lugar a un tipo de actividad de policía absolutamente inédito desde el punto de vista tradicional; de otra, el propio concepto de orden público material (en su sentido de seguridad y tranquilidad externa) se fortalece hoy considerablemente, con el consiguiente fortalecimiento de la policía de seguridad. Intentemos precisar esta doble afirmación.

Hemos dicho, en primer lugar, que ciertos sectores antes privados se convierten ahora en dependencias del orden público. El fenómeno ha sido repetidamente examinado. Toda una suerte de medidas van a desvirtuar el antiguo carácter eminentemente privado de ciertas relaciones posibles entre particulares: relaciones laborales, alquiler de viviendas, mercado de ciertos productos de primera necesidad, etc., son materias sometidas al nuevo intervencionismo administrativo. Es conocida la crítica que de estos fenómenos realiza RIPERT en su libro *Le déclin du droit*. Los fundamentos con que tradicionalmente se justificaba el intervencionismo administrativo no son para este autor válidos en los ejemplos que se acaban de mencionar. La intervención clásica se justificaba en función del orden público; no incidía sobre relaciones entre particulares que son éstos quienes han de ventilar. Lo que hoy ocurre es que se están empleando los medios de la policía para conseguir finalidades que nada tienen que ver con ella.

La crítica de RIPERT nos pone desde luego en evidencia cuáles son los fallos de la mentalidad clásica al enjuiciar el nuevo intervencionismo administrativo. Con independencia del juicio que nos merezca su conveniencia en cada caso concreto, es lo cierto que no debe olvidarse cómo por una serie de razones que no es del caso explicar, esas relaciones aparentemente privadas, objeto de la intervención, han dejado hasta tal punto de serlo, que la forma de su cumplimiento se considera cuestión de orden público. No se trata, pues, de que la policía se haya desviado de su finalidad propia; lo que ocurre es que el concepto de orden público ha variado en sentido ampliativo (como en el futuro pudiera de nuevo restringirse) y que nuevas direcciones de la actividad de policía se han hecho, consiguientemente, precisas.

La crítica de RIPERT aporta todavía nuevos argumentos: la policía tradicional consiste esencialmente en limitaciones negativas (prohibiciones,

exigencias de autorización previa) que obstaculizaban hasta cierto punto, o impedían, la actividad del particular; los derechos vigentes consagran hoy, sin embargo, medidas de intervencionismo administrativo que implican obligaciones positivas de hacer para el particular. La legislación positiva española nos ofrece ejemplos de este tipo de intervención administrativa; así, las leyes de 5 de noviembre de 1940 y de 27 de abril de 1946 establecen el cultivo forzoso de fincas rústicas en determinadas condiciones.

Las obligaciones positivas de hacer a que acabamos de referirnos, ¿pueden explicarse sistemáticamente dentro del concepto de policía administrativa? Para muchos se impone la contestación negativa, siendo indispensable proceder a revisar el cuadro de las formas de intervención administrativa de más general aceptación entre los modernos tratadistas españoles. Y así, junto a la policía, fomento y servicio público, habría que catalogar un nuevo tipo de intervención que, con una cierta redundancia y tomando, desde luego, el género por la especie, han intentado denominar *intervencionismo* en sentido estricto. Ahora bien, que el concepto de policía necesite ser revisado a los efectos de adecuarlo debidamente con el sentido de las transformaciones que se vienen señalando, no quiere decir que la aparición de la nueva especie esté justificada. La multiplicación de las categorías jurídico-administrativas no puede ser una consecuencia de las distintas materias sobre que las relaciones versan (como no cabe clasificar el contrato civil de compra-venta atendiendo a los diferentes objetos que pueden ser comprados), sino de los distintos medios jurídicos utilizados por la Administración pública en su actuación. Así, pues, siendo formalmente análogas las manifestaciones del nuevo intervencionismo a las que clásicamente se conocieron con el nombre de policía, nosotros optamos por el mantenimiento sustancial del concepto (2). Incluso por lo que se refiere a las obligaciones positivas de hacer que ahora se imponen (por ejemplo, cultivo forzoso de fincas), al fin y al cabo no dejan de ser for-

(2) Se ha puesto de manifiesto por muchos el peligro que entraña el intento de explicar nuevos fenómenos jurídicos con conceptos tradicionalmente admitidos por el derecho, mediante el procedimiento de vaciar a éstos de algunas de las notas tenidas por esenciales por la doctrina clásica, dotándolos así de una mayor flexibilidad.

El peligro existe evidentemente, pero en él no podía fundarse una objeción que intentase dirigirse contra cuanto mantenemos en el texto. Nosotros afirmamos justamente la contingencia y variabilidad esencial del concepto de policía, y no tratándose de un concepto rígido, malamente se nos puede acusar de que lo despojemos de sus notas esenciales, cuando lo que hacemos es, de acuerdo con sus exigencias, acomodarlo a la realidad política circundante.

malmente limitaciones a la libertad o a la propiedad, como pueden serlo las prohibiciones de policía. Tampoco, admitiendo esta nueva categoría de obligaciones positivas, se ha verificado una distorsión tan grave del concepto de policía como para que tengamos que acudir a otra institución jurídica antes desconocida. Esto, sin contar con que tales obligaciones pueden explicarse jurídicamente partiendo de las modernas concepciones sobre la propiedad, que entiende que más que un derecho constituye una función social (como hace, por ejemplo, DUGUIT), lo que al convertir al propietario en funcionario, explicaría como limitaciones desde dentro (deberes inherentes al cargo) las que aquí estamos tratando de configurar como limitaciones policíacas.

En segundo lugar, afirmábamos, cuartillas atrás, que, junto a la evolución del ámbito de actuación de la policía que se acaba de reseñar, asistimos paralelamente a un robustecimiento de los clásicos ingredientes del orden público: seguridad pública y tranquilidad pública. Ello ha tenido por consecuencia que en muchos Estados modernos la clásica policía de seguridad haya sido dotada de medios de actuación cuyo carácter coactivo se manifiesta a todas luces. Esta afirmación no solamente es válida para Estados, como el español, que no vacilan en proclamar su carácter autoritario, sino que inevitablemente se manifiesta en la mayoría de los Estados democráticos. El haberse declarado «fuera de la ley» al Partido comunista en varios Estados pone de manifiesto un sano convencimiento sobre el valor que el orden público entraña y sobre la conveniencia de ampliar las competencias de la policía de seguridad. En España, el Decreto de 17 de octubre de 1945, dictado para poner de acuerdo la Ley de Orden público de 1933 con la nueva concepción del Estado, autoriza en determinados casos el uso de la fuerza pública (suprema forma de coacción del Derecho administrativo) e incluso la suspensión de las garantías concedidas por el Fuero de los Españoles.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, podemos decir que, si bien es cierto que los hechos examinados no determinan la quiebra jurídica del concepto de policía, también lo es que éste ha adquirido nuevas matizaciones en razón de los campos sobre los que la moderna Administración interviene.

II

5.—Las limitaciones de policía inciden sobre la libertad y la propiedad del particular. Pensamos examinar a continuación algunas de las manifestaciones de dicha incidencia según el derecho reciente.

Por lo que se refiere a la libertad, hemos de recordar que el Derecho público tradicional enumera—bien es verdad que sin demasiado rigor científico, si hemos de creer a RANELLETTI—un prolijo catálogo de las llamadas libertades políticas: libertad de palabra, libertad de asociación, libertad de reunión, libertad de prensa, libertad de cultos, etc. Son las libertades que constituían la parte dogmática de las Constituciones y que actualmente en España se articulan en el Fuero de los Españoles.

Salta a la vista, si examinamos cada una de estas libertades a la luz del Derecho vigente, que la reglamentación de policía es hoy, en esta materia, mayor que nunca. El ejercicio de cada una de estas libertades encuentra, por una serie de razones que no tenemos por qué examinar ahora, más restricciones que las que conoció el viejo Estado constitucional. Ahora bien, en las líneas que siguen no vamos a abordar el examen de esta transformación, puramente cuantitativa, del concepto de policía. Por el contrario, vamos a contraer nuestro estudio al examen de las restricciones que modernamente pesan sobre una de las libertades que están en la base del ordenamiento jurídico vigente en el Estado demo-liberal: la libertad de crear situaciones jurídicas válidas en Derecho, o autonomía de la voluntad.

En sí misma, considerada la autonomía de la voluntad, no es una libertad política. Está ciertamente condicionada por concepciones políticas determinadas, pero en sí misma se limita a ser el más importante soporte del Derecho privado de obligaciones. Se deduce de este su carácter que *prima facie* la crisis de la autonomía de la voluntad no se manifiesta esencialmente a través de limitaciones policíacas. Existe, por el contrario, la posibilidad de que la autonomía de la voluntad sea radicalmente sustituida en el campo de la contratación privada por el principio del contrato reglado, sin que la policía administrativa tenga ocasión de aparecer por ninguna parte. Esta precisión es interesante, porque actualmente, cuando

grandes sectores del Derecho privado pasan a integrarse en el Derecho público por consecuencia de una evolución que está de moda poner de manifiesto, hay que insistir en el hecho de que no hay por qué descubrir una nueva institución jurídico-pública cada vez que fallen los criterios tradicionales con que el derecho privado caracterizaba dicha institución. Así, por ejemplo, cuando una nueva Ley de arrendamientos urbanos ha echado por tierra los principios en que se basaba este contrato según el Código civil, no puede afirmarse, sin embargo, que éste haya sido sustituido por un contrato o situación de Derecho público. Que el arrendador no pueda desahuciar al arrendatario terminado el plazo por el cual el contrato se estipuló, ni pueda proceder a plantear un nuevo acuerdo sobre la cuantía de la renta, no es suficiente para entender que el Derecho administrativo ha hecho su aparición; por el contrario, si el arrendador olvida por un momento las prescripciones impositivas de la nueva legislación, no será la policía administrativa la que pueda amparar al arrendatario en sus derechos, sino que éste habrá de acudir a los Tribunales ordinarios en demanda de protección. El rasgo formal indispensable para que surja la relación jurídico-administrativa—la aparición de un organismo administrativo con poderes suficientes para ejecutar por su cuenta el Derecho—no se da en este caso. Algunos autores modernos, como, por ejemplo, SAVATIER (en *Du droit civil au droit public*) descubre por eso, junto al proceso de *publización* del Derecho civil, una tendencia de *socialización* del ordenamiento jurídico privado; no obstante, cuando examina en su libro las causas que provocan la crisis del principio de la autonomía de la voluntad, no determina debidamente las que generan o no situaciones de Derecho público (3).¹

(3) El citado libro de SAVATIER ha merecido una extensa réplica por parte de EISENMANN (*Droit Public, Droit Privé*, en «Revue de Droit Public» núm. 4, de 1952). Este autor no se limita solamente a combatir la imprecisión que nosotros dejamos señalada en el texto, sino que toma pretexto con SAVATIER para atacar los criterios dominantes que animan el pensamiento de quienes hoy se proponen, tanto esclarecer la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, como abundar en el ya manoseado tema de la «publización» del Derecho privado.

Para EISENMANN son tres los criterios dominantes sobre los que se apoya la doctrina, consciente o inconscientemente, para distinguir el Derecho público del privado: 1.º) Identificar el Derecho privado con el Derecho de la autonomía del particular y caracterizar el Derecho público como un Derecho autoritario; 2.º) Considerar el Derecho privado como el Derecho del interés privado, por diferenciación del Derecho público que sería el Derecho del interés público; 3.º) Entender que, en cualquier caso, el intervencionismo del Estado da lugar al Derecho público. Por lo que se refiere al primer criterio, son muchos actualmente—dice EISENMANN—los publicistas fran-

La confusión se produce, sobre todo, porque, como hemos dicho antes, las concepciones estatales que determinan la crisis de la autonomía de la voluntad son las mismas que facilitan las limitaciones de la policía administrativa, como vamos a ver a continuación.

ceses para los que el Derecho público se caracteriza por su «técnica autoritaria», a lo que se opone de buen grado la «técnica contractual» propia del Derecho privado. Así, por ejemplo, para RIVERO el Derecho privado aparece en su esencia como un Derecho de libre consentimiento, y todo el análisis del siglo XIX lo ha desarrollado en el sentido de la autonomía de la voluntad; por el contrario, en Derecho público el procedimiento-tipo es el de la decisión ejecutoria, por la cual la Administración fuerza la voluntad del administrado y manda. Ahora bien, para EISENMANN la afirmación de que la reglamentación legislativa de la esfera propia de la autonomía de la voluntad implica una disminución de la libertad de los individuos, es absolutamente errónea y con ella se desconoce la distinta situación en que se encuentran los distintos individuos afectados por tales reglamentaciones. No puede, pues, hablarse de un efecto único de las normas que reglamentan las relaciones entre particulares; hay sujetos activos y pasivos en estas relaciones, y cabalmente el efecto de tales normas o reglamentaciones es de sentido inverso en unos y otros; lo que constituye fuente de obligaciones para ciertos sujetos es, por el contrario, fuente de derechos para los otros. Piénsese, por ejemplo, en la legislación de arrendamientos urbanos: cuantos preceptos significan restricciones de libertad del propietario son al mismo tiempo beneficio y protección, y, en ese sentido, fuente de derechos para el inquilino. ¿Cómo decir entonces que tales reglamentaciones disminuyen la libertad individual? Estas reglamentaciones tienen dos efectos opuestos: uno en relación con los sujetos pasivos y otro con los activos; mientras restringe la libertad de unos, simultáneamente amplía la de los otros.

Correlativamente con la caracterización que se acaba de combatir, es frecuente oír de los autores de Derecho administrativo la afirmación del carácter «autoritario» del Derecho público y definir la Administración como el ejercicio de un poder o autoridad. Estos autores, dice EISENMANN, se diría que creen estar todavía en la época del Estado-gendarme y pierden completamente de vista la verdadera figura de la Administración de hoy, y el hecho de que el Estado-administrador, a más de *policía*, ha devenido *proveedor*, y en este papel no manda más a la masa de ciudadanos de lo que puede hacerlo cualquier particular a sus clientes. Como él, el Estado se limita a ofrecer sus productos o sus servicios. Claro es que en la organización de las instituciones que aseguran esta «función prestadora», como en las operaciones destinadas a procurarle los medios necesarios, el Estado toma «decisiones ejecutorias» unilaterales e imperativas, por lo que la «técnica autoritaria» tiene su papel; pero incluso en la medida en que este medio de acción es verdaderamente original, se trata, en primer lugar, de actos que no se refieren a la masa de administrados a que estas actividades deben beneficiar, y, además, no se trata sino de medios empleados para conseguir fines que, en sí, no tienen nada de autoritarios.

Con respecto al segundo de los criterios previamente enunciados, EISENMANN combate que la distinción entre un interés general y un interés particular pueda ser la base de distinción entre los dos Derechos, no sólo para el caso de que se dé a los términos «general» y «particular» valor cuantitativo, sino incluso admitiendo que tienen un sentido cualitativo. Muchos civilistas, entre ellos SAVATIER, creen que las disposiciones que limitan la autonomía contractual o los derechos de los propietarios son reglas de interés general; pero ¿los intereses protegidos no son aquí esencialmente de particulares?, ¿no se procede exactamente igual cuando se protegen los intereses de los incapaces o de los hijos naturales? Ni el carácter de ciudadanía está aquí en juego, ni tampoco los intereses propios y específicos del Estado o de la nación toma-

6.—La autonomía de la voluntad, como se ha dicho antes, no es una libertad política consagrada en las Constituciones, sino simplemente el principio del contrato ley «inter partes» admitido por el ordenamiento civil irradicional. Nuestro Código civil lo sanciona, fundamentalmente, en

dos como entidad política irreductible a una simple suma de individuos. Los beneficiarios de estas normas son simples particulares. Por otra parte, el seguir hablando hoy de que el Derecho público tiene como fin el interés general, entendido éste como algo trascendente y exterior a los individuos concretos que forman la comunidad, es desconocer enteramente la verdadera figura del «Estado-providencia» de nuestros días. Finalmente, dice EISENMANN, fundar la diferencia entre ambas ramas del Derecho sobre la antítesis de intereses es tanto como admitir que una materia determinada pertenecería a uno u otro derecho según los objetivos y tendencias que dominasen su reglamentación.

Con respecto al tercer criterio de distinción entre el Derecho público y el privado, es decir, el que supone la aparición del Derecho público cada vez que el intervencionismo del Estado se manifiesta, la crítica de EISENMANN intenta ser radical. En primer lugar, hay una serie de intervenciones estatales por vía legislativa que, si dieran lugar al Derecho público, como parece pretenderse, sólo quedaría como auténtico Derecho privado el consuetudinario. Por consiguiente, la fórmula intervención del Estado = creación del Derecho público, es radicalmente falsa. Ahora bien, muchos reducen esta intervención—a los efectos de hablar de que el Derecho público ha surgido—a la de la Administración pública. Esta postura también es criticable para EISENMANN. Cuando la Administración tiene autorización de la ley para dictar reglamentos y disposiciones generales *concernientes a las relaciones entre particulares*, ¿qué razón hay para reconocer a estas disposiciones carácter de reglas de Derecho público, supuesto que, si hubiesen sido dictadas por vía de legislación propiamente dicha, se las consideraría como Derecho privado? La cuestión no puede resolverla la cualidad del órgano que dicta la norma, sino la cualidad de las normas dictadas. Lo mismo puede decirse para todos aquellos casos en que una autoridad administrativa es llamada a ser parte en una relación jurídica que afecta esencialmente a dos particulares. Así, pues, se ha de rechazar absolutamente la idea de que la intervención de las autoridades administrativas en la determinación inicial de normas que regulan relaciones entre particulares tengan la virtud específica de transmutar estas relaciones en de Derecho público.

Tras esta crítica que puede considerarse demoledora, desde el punto de vista de la doctrina dominante, EISENMANN nos ofrece su propia postura sobre la distinción del Derecho público y privado. Esta distinción, dice, tiene un carácter esencialmente práctico: es una división de objetos de estudio y enseñanza. Su base se encuentra sencillamente en que ciertas reglas jurídicas se refieren a relaciones entre personas privadas, mientras que otras se refieren a relaciones entre «el aparato gobernante de la colectividad—el Estado—y los gobernados miembros de esta colectividad». Las primeras normas constituyen el Derecho privado y las segundas el Derecho público. Ahora bien, esta simplicidad originaria se ha agravado por la doctrina que ha convertido la distinción en oposición; de dos hemisferios de un mismo mundo se han hecho dos mundos opuestos, si no antagónicos. Es un grave error la idea de que los «derechos del Estado» y los «derechos de los particulares» tienen fines, tendencias e ideas políticas propias inherentes a su esencia y que dan lugar a un espíritu o genio del Derecho público frente a un espíritu y genio del Derecho privado. Según esto, el Derecho público sería autoritario y el Derecho privado liberal, pero «el espíritu positivo condena estas concepciones a base de juicios políticos erigidos en dogmas: para el observador-historiador no hay más que *derechos públicos* y *derechos privados*, que pertenecen por sus principios y contenido a tipos diferentes, una pluralidad de sistemas de reglamentación de las relaciones entre el Estado y particulares, y de regla-

dos preceptos: el artículo 1.258, según el cual «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al

mentación de relaciones entre particulares... no hay espíritu de Derecho público ni de Derecho privado, en sí. Las nociones de Derecho público y de Derecho privado no definen sino marcos que pueden recibir los cuadros más diversos»: Así, pues, es la cualidad de los sujetos, cuyas relaciones regulan las normas jurídicas, la que determina la concepción de éstas como de Derecho público o privado: si los dos sujetos son particulares, la relación es de Derecho privado; si uno de ellos es un organismo público, la relación es de Derecho público.

De la postura que se mantiene, deriva EISENMANN que las cualidades de regla de Derecho público y de regla de Derecho privado no se excluyen, sino que, al contrario, una regla bien puede ser a la vez de Derecho público y de Derecho privado. Se combate con esto la teoría, de tanto predicamento, que considera el Derecho público como un Derecho *original* frente al privado, y según la cual el Derecho público no comprende todas las reglas aplicables al Estado y otras colectividades públicas, sino sólo aquellas que son originales, es decir, diferentes de las que, sobre la misma materia, se aplican entre particulares; las reglas comunes son confinadas al Derecho privado. Pero, como antes se ha dicho, el carácter de la regla depende únicamente de los sujetos a los que se aplica; si la postura que se combate fuese lógica consigo misma, admitiría también como conclusión que las reglas que no valen exclusivamente entre particulares tampoco son Derecho privado, con lo que nos encontraríamos en la necesidad de admitir una tercera rama del Derecho: la de las reglas que pueden aplicarse comúnmente a sujetos públicos y privados.

Si toda la crítica de EISENMANN se hubiese limitado a poner de manifiesto el error en que a veces incurre la doctrina, por ejemplo, SAVATIER, al estimar que cualquier reglamentación de las relaciones entre particulares convierte dichas relaciones en de Derecho público, no tendríamos sino que sumarnos a él sin reservas. Ahora bien, aparte esto, su afán polémico le ha llevado a afirmar una tesis cuyos errores son fáciles de descubrir.

Ante todo, no se comprende fácilmente su esfuerzo en combatir la postura de quienes descubren el Derecho público en cada intervención administrativa, siendo así que, a la postre, algo parecido es lo que él viene a ofrecernos. Por lo visto, EISENMANN ha dejado de percibir que cuando la Administración pública interviene por vía reglamentaria o por actos concretos en relaciones entre particulares, está surgiendo junto a éstas, y precisamente para asegurarlas en un sentido dado, otra serie paralela de relaciones entre esos particulares y la Administración pública. Así, cuando en ejecución de una ley, un reglamento administrativo determina la tasa de venta de determinados productos y confiere poderes a la Administración para vigilar, decomisar y sancionar a los particulares en las transacciones que de tal producto realicen, el Derecho público surge, no porque los posibles contratos de compra-venta que al amparo de tal reglamentación se celebren hayan dejado de ser privados, sino por la obvia razón de las múltiples relaciones que entre la Administración y dichos particulares puedan surgir; relaciones que pueden incluso ser discutidas contenciosamente entre la Administración y el particular con entera independencia de la suerte que hayan corrido los derechos y obligaciones recíprocos entre los particulares. Y el caso es que precisamente aplicando los criterios que EISENMANN nos proporciona, estas relaciones tienen que ser calificadas como de Derecho público, ya que uno de los sujetos es la propia Administración pública.

Por otra parte, quedaría aún por explicar la razón por la cual tales relaciones entre particulares, cuyo contencioso debería estar encomendado únicamente a los

uso y a la Ley», y el artículo 1.255, que preceptúa que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Al declarar la última parte de este artículo 1.255 que

Tribunales ordinarios, son hasta cierto punto entregadas a la Administración para que vigile su cumplimiento. Lo que ocurre es que tal explicación habría de abundar en una serie de consideraciones acerca de cómo determinados sectores privados vienen a convertirse en dependencias del orden público, que difícilmente podría admitir quien, como EISENMANN, acaba de condenar con todo rigor la doctrina del «interés público».

Ahora bien, la objeción fundamental contra la tesis de EISENMANN aparece cuando intentamos comprobar el valor efectivo de una distinción entre Derecho público y privado que se montase sobre el criterio discriminador que nos propone. En efecto, si la distinción entre Derecho público y privado deriva únicamente de los distintos sujetos que intervienen en la relación jurídica, sin que esto repercuta en la naturaleza misma de la regla, ¿entonces, a qué consagrar la diferencia? Y si, por el contrario, esta variedad de sujetos jurídicos determina una distinta naturaleza de la regla, ¿cómo explicar dicho efecto jurídico? Realmente el propio EISENMANN no se muestra demasiado convincente en este punto, pues si en determinados momentos parece admitir la diferencia de naturaleza entre unas y otras reglas jurídicas, son tajantes sus repetidas afirmaciones de que es la calidad de los sujetos, y únicamente ésta, la que determina la pertenencia de la regla al Derecho público o al privado. De aquí la perplejidad que se produce en el lector cuando, no obstante este criterio eminentemente formal, que parece que ha de resolver toda duda de aquí en adelante, se encuentra a continuación con que ciertas relaciones jurídicas, uno de cuyos sujetos es una entidad pública, tienen, en unos casos, un tratamiento idéntico al de análogas relaciones que se produjesen entre particulares, mientras que, en otros casos, el Derecho les concede tratamiento excepcional. El hecho de que la doctrina de todos los tiempos haya acusado como nota capital este distinto régimen, no puede condenarse como una arbitrariedad, ni como una obstinada ceguera para no ver lo que EISENMANN cree tan claro. Antes bien, el Derecho administrativo ha surgido históricamente en razón de tal peculiaridad de tratamiento y seguramente la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado no sería hoy problema de actualidad si al someterse el Estado al Derecho, la Administración se viese sujeta por las mismas normas que los particulares, porque ¿no sería preferible prescindir de la distinción en tal hipótesis? No es, pues, el hecho de que la Administración u otro ente público aparezca como sujeto de una relación jurídica lo que confiere a ésta el carácter de Derecho público, sino el hecho de que tal fenómeno da lugar a una regla original. La existencia de una actividad administrativa sometida a régimen privado y otra actividad sometida a régimen de Derecho público, que EISENMANN resuelve con el fácil expediente de decir que hay normas comunes al Derecho público y al Derecho privado—tomando evidentemente el resultado por la causa—, no tendría entonces sentido.

Esta forma de ser las cosas es lo que explica, también otro hecho incomprensible para EISENMANN: que a lo largo de siglo y medio pueda hablarse de una ideología del Derecho público frente a una ideología del Derecho privado. Cuando EISENMANN combate estos que llama «juicios políticos erigidos en dogmas», no hace sino combatir el relativismo histórico en nombre del relativismo histórico. Porque la afirmación de que el Derecho público es autoritario y el Derecho privado liberal, no hace referencia, como él cree, a notas esenciales que necesariamente hayan de descubrirse en cualquier momento histórico, presidiendo, bien las relaciones entre Estado y particulares, bien las relaciones entre éstos; antes bien, lo que fundamentalmente interesa poner de relieve es que los ordenamientos público y privado del Estado que hoy día cono-

la autonomía de la voluntad no puede derogar las leyes, la moral ni el orden público, deja formalmente prevista toda la ulterior evolución del derecho de obligaciones que justamente va a acarrear la crisis de la autonomía de la voluntad. Pero indudablemente el legislador decimonónico carecía de imaginación suficiente para pensar que las leyes pudiesen sustituir su papel de límites externos de la autonomía de la voluntad, para pasar a reglar directamente el contenido de ciertos contratos.

En el antes citado libro de SAVATIER se enumeran las que pudiésemos llamar causas *externas* que explican los diversos intentados que el principio de la autonomía de la voluntad, tal como plasmó en los Códigos civiles del siglo XIX, ha sufrido con posterioridad. Cita, por ejemplo: las medidas dictadas para defensa de la moneda nacional (que, en el caso de España, con el establecimiento del curso legal y después forzoso del papel moneda, implican una derogación del artículo 1.170 del Código civil); medidas dictadas por necesidades de la defensa nacional (prioridad en el transporte de ciertos productos, de comprar; requisas y contratos forzosos); medidas consecuencia de la penuria económica (intervencionismo en materia de abastos y legislación de arrendamientos urbanos).

La enumeración de SAVATIER es una prueba del peligro de confusión

ce mos están indubitavelmente animados por tales caracteres, y que precisamente la evolución a que asistimos consiste en que tanto el Derecho público como el privado están comenzando a transformarse a impulsos de principios que parecían haberse acuñado únicamente para el otro campo.

Finalmente, el hecho tan repetidamente alegado por EISENMANN de que el Estado de nuestros días es, a más de Estado-gendarme, Estado-proveedor, no puede dar lugar, naturalmente, a las consecuencias que él pretende sacar. Efectivamente, algunos servicios públicos, y sobre todo las actividades de tipo industrial actualmente a cargo del Estado, se prestan bajo un régimen jurídico que desconoce casi enteramente las «reglas exorbitantes» que tradicionalmente han caracterizado la gestión del servicio público. Ahora bien, es precisamente esta situación la que se vuelve contra la tesis mantenida por EISENMANN, ya que viene a probarnos que entrando el Estado como sujeto de ciertas relaciones, no obstante aparece indiscutible el carácter jurídico-privado de las mismas. Piénsese, por ejemplo, en el Estado productor de automóviles: con motivo de esta actividad, pueden producirse relaciones de Derecho público nimbadas por el carácter autoritario que EISENMANN quiere desconocer al Estado-proveedor (expropiación de otras industrias de automóviles en manos de particulares, facilidad para importación de maquinarias y materias primas, exenciones fiscales, financiación por procedimientos públicos, etc., etc.); pero a nadie se le ocurriría afirmar que el resto de las operaciones jurídicas que con tal motivo haya de realizar el Estado estén regidas por el Derecho público (por ejemplo, la venta en concreto de los automóviles producidos a los particulares se desarrollará normalmente al amparo del ordenamiento privado). No hay razón para admitir que el Estado posee, como nuevo rey Midas, la virtud mágica de convertir en Derecho público todo lo que toca.

que antes apuntábamos. En los ejemplos que cita, los ataques a la autonomía de la voluntad se han producido a veces a través de la forma del intervencionismo administrativo, pero en otras ocasiones se producen sin que los límites del Derecho civil sean desbordados.

Es, por consiguiente, más interesante que procedamos a examinar las causas *internas* que producen las crisis del principio del contrato «*lex inter partes*». Como explica WALINE (en *L'individualisme et le droit*), dicho principio se apoya en las dos consideraciones siguientes: 1.ª) Que el interés pública no está implicado en el desenvolvimiento de las relaciones económicas privadas. O, mejor todavía: que el interés público se protege justamente consagrando la libertad de contratación. Para muchos esto ha sido un axioma que no necesita demostración, y así se explica que para KANT la fuerza obligatoria del contrato sea «un postulado de la razón pura». Hoy día, sin embargo, quizá nos satisfaga más una explicación histórica. La época liberal pide al Estado dos cosas: que deje a los individuos reglar por sí mismos sus cambios, y que asegure el respeto a los compromisos pactados, porque la fidelidad a los pactos es la condición del crédito y el crédito es el alma del comercio. «Es la preocupación de favorecer el comercio, porque el comercio es de utilidad social y constituye un factor de prosperidad económica, por tanto, de prosperidad general, la que ha inspirado a los redactores del artículo 1.134 (del Código de NAPOLEÓN) en la aplicación que han hecho de la teoría de la autonomía de la voluntad» (WALINE). 2.ª) Que cada individuo es el mejor defensor de sus intereses. El único peligro está precisamente en que al defender su propio interés no tendrá inconveniente en sacrificar el ajeno; pero el contrato es, cabalmente, el mecanismo más idóneo para impedir este peligro, pues exigiendo el acuerdo de dos partes, el interés ajeno tendrá su guardián en la persona del cocontratante.

Los fenómenos más recientes han puesto de manifiesto el fallo del doble fundamento del principio de la autonomía de la voluntad que se acaba de examinar.

En primer lugar, no siempre el particular sabe o puede defender su propio interés. El Código civil creyó que había bastante con la teoría de la incapacidad, pero incluso los capaces no son siempre lo suficientemente libres o clarividentes respecto a las consecuencias de los contratos que concluyen. Nuestro Derecho reciente recoge una serie de supuestos

en que precisamente los principios del Código entran en quiebra. En primera línea están los supuestos provocados por situaciones excepcionales. Recuérdese la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja; y el Decreto de 22 de julio de 1942 (modificando el sistema de moratorias para el cumplimiento de las deudas afectadas por la guerra civil, anteriormente establecido por los Decretos de 27 de agosto de 1938 y 9 de noviembre de 1939). Y aparte estos casos, en que la necesidad y la anormalidad vienen a significar una última ratio, piénsese en el ejemplo del contrato de trabajo, consecuencia de la falta de una afectiva igualdad entre ambas partes contratantes.

Es indudable que en estos casos, si el Estado se ha decidido a intervenir y a sustituir por contenidos previamente reglados los contratos libremente pactados entre las partes, ha sido precisamente por entender que las voluntades que se concertaron no eran lo suficientemente libres. No es, pues, que la intervención estatal haya acabado con la autonomía de la voluntad, sino que la falta de autonomía ha determinado cabalmente la intervención.

En segundo lugar, la afirmación de que el orden público se protege justamente consagrando la libertad de contratación, hubo también de ser puesta en tela de juicio a la vista de las situaciones contrarias al mismo provocadas por la confabulación de los particulares en uso de su autonomía jurídica. Precisamente todo el conjunto de normas constitutivas del que ha venido llamándose desde fines del XIX Derecho económico, surgió cuando una nota de *peligrosidad* hizo su aparición en el mercado. Al amparo de la libertad contractual se oponen, por ejemplo, al orden público las asociaciones mercantiles y *trusts* para monopolios, las que especulan con la escasez de subsistencias, etc.

Las anteriores consideraciones nos llevan a la conclusión de que, siendo posible atacar la autonomía de la voluntad por medio de limitaciones de policía administrativa (claro es, debidamente autorizadas por ley), no son solamente estas medidas las que determinan la crisis de la autonomía de la voluntad. Nos encontramos en uno de esos momentos en que concepciones que se han estimado tradicionalmente como propias del Derecho público presiden la íntima evolución interna del Derecho privado. Pero esto no significa que todo se haya hecho Derecho público; en muchos casos faltará para ello el dato formal decisivo de que la Admi-

nistración pública proceda por sí, como poder jurídico, a ejecutar el derecho. Es indudable que son las mismas razones de orden público las que determinan la legislación de arrendamientos urbanos y las normas intervencionistas del Derecho económico; pero así como en el primer caso no hay un organismo administrativo capaz de compeler al propietario de una vivienda a que cumpla sus obligaciones privadas para con el inquilino, en cambio, en el segundo caso es la propia Administración pública la encargada de hacer que se cumplan efectivamente las normas dictadas. Por esto hay margen en este supuesto para que se manifiesten las intervenciones de la policía administrativa.

7.—La doctrina suele admitir que la policía administrativa puede tomar como objeto de sus limitaciones la propiedad particular. Ahora bien: el condicionamiento total que la propiedad privada encuentra en el sistema jurídico vigente no puede ser completamente explicado mediante la institución jurídica de la policía. La teoría, construida por los italianos, de los *derechos condicionados* puede explicar, por ejemplo, la posibilidad de la expropiación forzosa (que, naturalmente, no es una limitación de policía en el sentido técnico que esta expresión tiene). También la teoría de las servidumbres de Derecho público, por cierto muy imperfectamente construida en nuestro Derecho administrativo, explica supuestos que hay que dejar fuera de la policía de la propiedad.

Queda limitada, por tanto, la policía de la propiedad a aquel conjunto de medidas administrativas que limitan o traban la actividad personal del propietario, en cuanto tal propietario, o imponen a la misma un sentido determinado.

La idea clásica de la policía de la propiedad comporta, por supuesto, las prohibiciones de que el propietario haga aquello que su cualidad de propietario parece precisamente permitirle. Piénsese, por ejemplo, en el Decreto de 24 de septiembre de 1938 sobre aprovechamientos forestales, que limitan la facultad de los propietarios de fincas forestales de realizar en ellas las cortas que tengan por conveniente.

Ahora bien: la legislación reciente comienza a acostumbrarnos a aquellos casos en que ciertas categorías de propietarios resultan obligados legalmente a hacer algo en su propiedad o darle un determinado sentido. ¿Es el mecanismo jurídico de la policía administrativa el que explica estas situaciones?

Veamos algunos ejemplos. La Ley de 5 de noviembre de 1940 establece el cultivo forzoso de las tierras, intimidando el cumplimiento de esta obligación con sanciones para el propietario que pueden llegar a multa de cien mil pesetas, e incluso a la desposesión temporal o definitiva de las tierras. A nuestro entender, el esquema clásico de la policía administrativa sigue siendo de aplicación a esta Ley: hay un mandato que afecta a unos particulares y una amenaza de coacción para caso de incumplimiento; es la Administración pública, y no los Tribunales, quien puede hacer cumplir este mandato—y concretarlo al caso particular—y aplicar las sanciones previstas.

Lo mismo podría decirse en relación con la Ley de 15 de mayo de 1944 sobre solares. Se establece la obligación de edificar en determinadas circunstancias los solares urbanos; el incumplimiento de esta obligación acarrea la sanción de que los mismos sean declarados en estado de venta; es la Administración la encargada de aplicar estas sanciones.

Si la existencia de estas obligaciones constituye un síntoma de que la propiedad está dejando de ser un derecho subjetivo privado para convertirse en una función pública, ésta será, en cualquier caso, una cuestión independiente. Lo cierto es que hoy día aún existen evidentes diferencias sustanciales entre un funcionario (en relación con su cargo) y un propietario (en relación con su propiedad), y que las limitaciones y obligaciones que sobre la propiedad pesan pueden seguir siendo explicadas utilizando el esquema conceptual de la policía administrativa.

