

I.-ESPAÑA

GARANTIAS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACION. LOS TRIBUNALES EN LA NUEVA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. Ideas generales.—II. Distinción del interés privado y de Derecho civil. Garantías del interés privado frente a la Administración.—III. Garantías jurisdiccionales de los administrados.—IV. La unidad de jurisdicción.—V. Lo contencioso-administrativo como jurisdicción especializada.—VI. La Jurisdicción administrativa en los países anglo-sajones y en Alemania.—VII. La génesis de la Jurisdicción administrativa en España.—VIII. Los Tribunales contencioso-administrativos en la nueva Ley.

I.—IDEAS GENERALES.

A poco que nos fijemos observaremos que la actividad administrativa en nuestros días es creciente, no sólo en aquellos Estados que, como Rusia, su mismo carácter totalitario da lugar a esta actividad densa (1), sino también en aquellos otros como los encuadrados en el sistema administrativo anglosajón, según el cual la Administración debe ser juzgada por los Tribunales ordinarios, al igual que los particulares, como jurisdicción esencial.

Al aumentar esta actividad y la relación administrativa con los particulares ha crecido el número de conflictos, los cuales habrán de resolverse por medios jurídicos, pues la Administración no puede sustraerse al estado de Derecho. Ahora bien: «¿Qué garantías existen que aseguren a los particulares la sumisión de la Administración al Derecho? Hay varias formas de protección de los derechos.

Para Jorge Jellinek (2), estas garantías son: sociales, políticas y jurídicas. Las garantías sociales consisten en las costumbres, la religión de los pueblos, la moralidad social, las cuales son límite y defensa de los intereses particulares, porque los funcionarios de la Administración, en

(1) Vid. Meder «Die Stellung der Verwaltung und die Verwaltungsorganisation nach sowjetischer Auffassung» en «*Deutsches Verwaltungsblatt*», 1956, pág. 549.

(2) «La dottrina generale del diritto dello Stato», trad. it., 1949, cap. XI, págs. 302 y siguientes.

el desarrollo de esta actividad están sujetos a estas fuerzas sociales. Pero es de notar que tales fuerzas actúan sin garantía suficiente coercitiva, ya que no pasa de ser una fuerza moral.

Las garantías políticas están constituidas por los principios políticos, como el equilibrio político de los Poderes, el sistema de ruegos y preguntas (que también se da en nuestras Cortes, si bien por escrito), la contraposición de los órganos, etc. García Oviedo (3), señala entre las garantías políticas el derecho de petición. En general consisten, tales garantías, en el control del Parlamento sobre la Administración pública, pero incluso en los regímenes parlamentarios estas garantías tienen escasa eficacia, pues el Parlamento se mueve más por razones políticas, en donde se pone mucha pasión de partido cuando no personalista, que por consideraciones de legalidad y de justicia.

En cambio, las garantías jurídicas propiamente dichas tienen por objeto inmediato la defensa de los derechos e intereses legítimos de los particulares y son puestas en movimiento a instancia de los interesados, pudiendo exigirse incluso responsabilidades no sólo a los administradores, sino de carácter civil a la Administración, aunque en definitiva salga también ésta gananciosa con la restauración de orden jurídico perturbado, según expresa Royo-Villanova. Comprenden dos aspectos, como dice Gascón y Marín: primero, la exigencia de que se proporcione a la Administración un régimen para su actuación, señalando los requisitos de forma, trámites y procedimientos de los actos administrativos; segundo, el establecimiento de los modos de fiscalizar los actos administrativos (4). Pero la tutela en este segundo aspecto puede serlo en garantías que se basan en la jerarquía administrativa —procedimiento administrativo— en la relación de una fiscalización de los actos administrativos por órganos extraños a la Administración —procedimiento jurisdiccional— (5).

ROYO-VILLANOVA (6) divide estas garantías en: garantías políticas, que no las diferencia de las ya estudiadas; jurídicas —ante los Tribunales ordinarios y contencioso-administrativos—, que tiene por objeto inmediato la defensa de los derechos e intereses de los particulares, y administrativas que resultan de la buena marcha de la Administración, del buen funcionamiento de los servicios públicos. «Una perfecta organización —dice Royo-Villanova— en la que se combinen armónicamente los principios de centralización y descentralización, en la que la ordenación jerárquica asegure la vigilancia de los superiores sobre sus subordinados y en la que un cuidadoso sistema de selección, permita constituir un personal idóneo de los cuadros burocráticos; una administración que reúna estas cualidades no

(3) «Derecho Administrativo», t. I, 1955, pág. 478.

(4) «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 1941, págs. 481-82.

(5) Zanobini, «Corso di diritto amministrativo», vol. II, 1954, cap. II, págs. 53 y siguientes.

(6) «Elementos de Derecho Administrativo», t. II, 1952, págs. 856-57.

sólo será buena en sí misma considerada, sino que asegura al mismo tiempo el respeto al derecho de los particulares.»

Esta vigilancia, amén de la autorevisión puede subsistir del órgano superior mediante tutela, autorizando los actos de los inferiores, o revisándolos *ex officio* o a instancia de parte en recurso jerárquico.

En las garantías jurídicas se reconoce el sistema judicial ordinario y el contencioso-administrativo, según se garanticen derechos privados o públicos subjetivos —éstos mejor diremos administrativos— y el restablecimiento del Derecho público objetivo, siguiendo un procedimiento más o menos similar al judicial ordinario, pudiendo estar incorporados los Tribunales a este Poder, por lo que se diferencia este sistema del de la jurisdicción francesa, que depende más bien del Poder ejecutivo.

II.—DISTINCIÓN DEL INTERÉS PRIVADO Y DEL DERECHO CIVIL. GARANTÍAS DEL INTERÉS PÚBLICO Y DEL INTERÉS PRIVADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.

El Estado moderno se caracteriza por la evolución encaminada a ofrecer, cada vez más, mayores garantías a los ciudadanos. Así, pues, se trata de proteger el interés privado que coincide con el derecho singular del ciudadano, y para ello se pone a disposición de los particulares la facultad de obtener del Poder público una resolución bajo ciertas condiciones y con arreglo a ciertas formas (6 bis).

No hay que confundir, sin embargo, el interés privado con el derecho civil de los ciudadanos o de las personas jurídicas.

En el derecho civil el interés privado es un interés protegido por la ley civil y reclamable subjetivamente.

Pero hay interés privado también en el derecho administrativo reclamable subjetivamente (7), como el del funcionario público, indebidamente destituido que reclama la reintegración al cargo; e interés privado protegible mediante acción pública o popular, por infracción de Derecho objetivo administrativo, aún sin haber lesión de derecho subjetivo, como el que ejecutan los propietarios de una casa frente a la Administración municipal, que concede licencia de construcción a otro propietario para sacar vuelos sobre la vía pública de un edificio traspasando las medidas señaladas en las Ordenanzas de Construcción o de Policía urbana.

En realidad, al menos teóricamente, podemos asegurar que, en los distintos procedimientos en que interviene la Administración, hay un doble género de protección. En el primer caso se protege al interés privado y a la vez al interés público, porque la Administración es la primera intere-

(6 bis) Cons. Fleiner, «*Einzelrecht und öffentliches Interesse*».

(7) Cfr. Merkl, «*Teoría general del Derecho Administrativo*», trad. esp., 89, páginas 171 y siguientes.

sada en que la actividad administrativa se realice dentro de las normas establecidas por el Estado de derecho.

Sin embargo, es evidente que esta afirmación es puramente teórica, puesto que de modo inmediato lo que en realidad se protege es el interés privado, ya que en la práctica, o aparentemente, el interés de la Administración se plantea en contra del interés del particular, aunque teóricamente y de modo inmediato debe reconocerse que se protege a la vez el interés público al par que el interés privado, cuando real y palpablemente ha sido vulnerada la ley administrativa, puesto que es un principio de buena ordenación jurídico-pública el rápido establecimiento de la ley.

En el segundo caso se protege el interés público, porque se trata de restablecer el Derecho objetivo, que se declara con el fin de perseguir el bienestar público, el buen orden de la cosa pública, aunque de rechazo se puede proteger un interés privado de quien invoca la restauración del Derecho objetivo, haciendo el particular las veces de fiscal o comisario de la ley.

Podemos hablar de garantías de interés público al referirnos a aquellos medios jurisdiccionales que se dispone en el Estado para salvaguardar estos intereses, aun promovidos por particulares, si a la par se protegen intereses privados. Se trata entonces de intereses legítimos (8), con la *facultas agendi* del que promueva su protección, por tratarse de intereses públicos de la Comunidad.

III.—GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS ADMINISTRADOS.

Forma el Derecho administrativo una disciplina autónoma dentro del Derecho público, una rama de este tronco frondoso del Derecho público que estudia los principios que inspiran y las normas que regulan la organización y las funciones administrativas y la jurisdicción contencioso-administrativa (9). Así como hay unas normas prohibitivas en cuanto separen

(8) Vid. Zanobini, «Corso di diritto amministrativo», vol. I, 1952, pág. 117. Forsthoff, «Lehrbuch des Verwaltungsrechts», 1953, § 25, pág. 412.

(9) Aun cuando se inicia la crisis procesalista en el contenido del Derecho Administrativo, sustrayéndole —aunque no en su palingenesia, como lo demuestra el Consejo de Estado francés— seguimos estudiando la Jurisdicción contencioso-administrativa en aquél, pues el método procesal está aún poco maduro para que sea el único que permita realizar un Tratado de lo Contencioso como propugna Guasp, en el prólogo del «Derecho procesal administrativo», de González Pérez, pág. 34. Podemos decir con Garrido Falla (prólogo a su obra «Régimen de impugnación de los actos administrativos», 1956, pág. 10), haciendo más concesiones que López Rodó, que reivindicó para el Derecho Administrativo el proceso contencioso-administrativo por su especialidad. («El coadyuvante en lo contencioso-administrativo», 743, pág. 15), lo que arguye contra su carácter procesal cual sucede con el social o el mercantil en otros países—; que si el Derecho procesal administrativo se reduce al estudio del proceso administrativo, de su

lo lícito de lo lícito como diría VACHELLI (10), otras normas que afirman y sientan los derechos privados de los particulares entre sí y frente a la Administración cuando ésta obra como una persona jurídica, y, recíprocamente, otras que regulan el ordenamiento del Estado y de los actos políticos que ponen en juego las funciones fundamentales de los órganos primarios del Estado, hay otras que regulan la actividad de la Administración ejecutados por órganos secundarios.

Estas normas que regulan esta actividad pueden ser infringidas por la Administración. La Administración debe respetar esta normatividad jurídico-administrativa y sus propios actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, siempre que estos actos estén dentro de la ley en un sentido material, en la que se comprenden lo mismo los preceptos de carácter general de la propia Administración que los del Parlamento, leyes formales, y las fundamentales o del Poder constituyente. Deben respetarse, pues, el Derecho objetivo y todos los actos administrativos susceptibles de crear derechos subjetivos; y al efecto se instituye un procedimiento contencioso que garantiza la sustantividad del Derecho Administrativo y muy esencialmente los derechos subjetivos de los administrados, que al amparo del aludido Derecho normativo, objetivo, posean, gocen o disfruten los particulares; en suma, se instituyen las garantías jurídico-administrativas.

En un Estado de derecho tiene esto mucha importancia porque la Administración no carece de control, se somete como un particular a las normas del Estado, que pueden incluso dimanar de la propia Administración, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, de su libertad para dictarlas (11). Debe, pues, autolimitarse, controlarse por sus propios órganos, por los mismos que dictaron el acto administrativo antijurídico u otros superiores, mediante el recurso de reposición o bien mediante el recurso jerárquico; en suma, del recurso administrativo.

cultivo podrán obtenerse muchos beneficios», pero sin entrar en el examen de lo discrecional (desviación de poder), y de lo mal llamado jurídico-administrativo, para nosotros control administrativo, reservable al Derecho Administrativo. En esto parece conforme Guasp al afirmar que la actividad jurisdiccional (en la que participa la propiamente procesal), no comienzan hasta que intervienen los Tribunales de lo contencioso («El Derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso *«Revista, de la Facultad de Derecho de Madrid»*, abril-septiembre 1940, págs. 11 y siguientes).

La génesis de la actividad administrativa queda para el proceso administrativo, la de la dinámica jurisdiccional o de los Tribunales administrativos (contencioso-administrativo en España), puede quedar para el Derecho procesal administrativo, o sea, según González Pérez— «el conjunto de normas que regulan el proceso administrativo. (Vid. «La Sentencia administrativa, su impugnación y efectos», pág. 3.)

(10) «La difesa giurisdizionale dei Diritto dei cittadini» en el «Primo Trattato completo di diritto amministrativo», de Orlando, vol. III, pág. 370.

(11) Vid. León Mairie, «Le Droit positif et la jurisdiction administrative», I, 1903, Sec. VIII.

Empero la Administración es o debe ser también controlada en su actividad irregular por la Jurisdicción, otra faceta del Estado.

Mirando a éste —síntesis política— puede hablarse también la auto-limitación, en cuando a sus facetas no.

Entonces debemos de partir de la famosa doctrina de la separación de los poderes y ver de qué manera la Administración ha de ser sometida a una Jurisdicción, sea especial, sea ordinaria, pero siempre a una Jurisdicción, amén de que pueda resivar sus propios actos, no sólo por vicio de legitimidad, sino de mérito y de tutela del interés público, en vía jerárquica mediante autocontrol administrativo (12).

IV.—LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN (13).

Haremos el estudio atribuyendo la unidad de jurisdicción al Poder Judicial, que no es simplemente la Jurisdicción ordinaria u orden judicial, según el sistema anglo-sajón, como atribuye LAUBADÈRE en su «*Traité élémentaire de Droit administratif*» (14).

Montesquieu sentaba el principio siguiente, si el Poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en una misma persona, en un mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad porque pudiera ocurrir que el Monarca ejecute las leyes tiránicamente. No hay tampoco libertad si el Poder judicial no está separado del legislativo y ejecutivo. Si está unido el Poder legislativo el Juez tendrá en su mano la fuerza de la opresión.

Montesquieu no excluye que la Administración misma se someta al Poder judicial, otra cosa sería ser Juez y parte. De modo que para evitar la tiranía el Poder ejecutivo no debe ser Juez en las relaciones entre particulares como tampoco si la Administración tiene relaciones con los particulares; por tanto, no debe la Administración —corrientemente identificada con el Poder ejecutivo— ser su propio Juez.

Sin embargo, no se ha interpretado así la doctrina sustentada por Montesquieu en su libro «*De L'esprit des lois*» (15). El país que primero gozó de la jurisdicción contencioso-administrativa no la aparta de la propia Administración y precisamente (estoy refiriéndome a Francia) la Revolución de 1789 (16) toma su punto de partida en esta doctrina para sostener

(12) Cfr. Santi-Romano, «*La giurisdizioni speciale amministrative*», en el *Primo Trattato... di Diritto amministrativo italiano* de Orlando, vol. II. Ranisco... *I reorsi amministrative*», pág. 146. En otro sentido Ranalletti, «*Le garentigue della giustizia nella pubblica amministrazione*», 1936, pág. 247.

(13) Cfr. Santi Romano, «*La giurisdizioni speciali amministrative*», en el «*Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*», de Orlando, vol. III, págs. 502 y siguientes.

(14) Vid. ed. 1953, núm. 426, pág. 16.

(15) Libro X, cap. VI.

(16) Vid. Borsi, «*La giustizia amministrativa*», 1934, págs. 94 y siguientes.

el criterio de que sea la Administración quien haya de juzgar sus propios actos (con órganos que no sean los mismos que los dictan), pero siempre dentro de la jerarquía administrativa.

Montesquieu había hecho una exposición del Derecho público vivido en Inglaterra y al que tanta atención dedicó. Su intención era la de formar un cuerpo de doctrina para que se inspirase en ella los Estados modernos, y no faltaron Estados, como la Unión Norteamericana, que hayan recogido el espíritu de la doctrina de Montesquieu en todo su rigor. En cambio en Francia no ha sucedido así; queriendo hacer la separación absoluta incurren en grave error en la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, error que acogen publicistas modernos franceses, como Berthélemy (17), al decir que la justicia administrativa es el órgano jurisdiccional mediante el cual el Poder ejecutivo impone el respeto al Derecho, o de distinto país como Andreades (18), que al combatir a Artur—el cual propugna por una separación de los Tribunales administrativos respecto de las autoridades administrativas, dado que aquéllos practican la jurisdicción como los Tribunales judiciales—manifiesta que éste desconoce el principio esencial del Derecho público francés que atribuye a la autoridad administrativa la competencia exclusiva para conocer de las dificultades contenciosas que dimanen de sus actos. Lo que sucede es que Artur considera antagónico este principio, con el de la doctrina de la separación de Poderes, y argumenta, en contra de la opinión tradicional, diciendo que los Ministros no pueden revisar las decisiones que hayan adoptado los Tribunales administrativos, reformándolas ni anulándolas, quedando sustraídos éstos a la jerarquía administrativa.

En la ley 16-24 de agosto de 1890, título II, art. 13, se dice: «Las funciones judiciales vivirán siempre separadas de las administrativas. Los jueces no podrán entender en las operaciones de los cuerpos administrativos.» Hasta aquí está bien la hermenéutica legal de la doctrina de Montesquieu porque se distinguen las funciones del Estado en administrativas y judiciales, que se ejercen por distintos órganos, unos encargados de administrar y otros de juzgar.

Los Tribunales no pueden entrometerse en las funciones administrativas por «razón de sus funciones», dice la Constitución de 13 de septiembre de 1791, art. 3.º (19). Interpretando dicho texto en el sentido de que no compete a los Tribunales ejercer funciones administrativas—no revisar, entender, conocer de las administrativas en plan de restaurar el Derecho—, no podemos pensar en un resquebrajamiento del principio de la separación de Poderes por defecto de interpretación. La prohibición de los Tribunales judiciales de inmiscuirse en las funciones de la Administración ac-

(17) «Traité élémentaire de Droit administratif», 7.ª edición, pág. 919.

(18) «Le contentieux administratif des États modernes», 1934, págs. 12 y 13.

(19) Hauriou, «Précis de Droit administratif», 1919, pág. 11.

tiva entraña la separación de funciones administrativas de las judiciales, como dice Hauriou. El primero de los mencionados textos encarna bien el espíritu de la doctrina expuesta por Montesquieu.

El texto en que realmente se confunde la idea de funciones administrativas con la de funciones judiciales es el siguiente de *la ley 16 fructidor*, año 3: «está prohibido a los Tribunales conocer de los actos de la Administración cualquier especie que sean». Aquí si observamos que a los Tribunales se les impide conocer de los actos administrativos antijurídicos; es decir, se les impide juzgar los actos administrativos. Empieza ya la confusión. Como manifiesta HAURIOU, la prohibición a los Tribunales de entender en lo contencioso-administrativo por las reclamaciones hechas contra los actos administrativos entraña una separación de lo contencioso-administrativo y lo contencioso-judicial (20). De los textos derivados de los principios proclamados por la Revolución francesa se hizo una separación de lo contencioso-administrativo del contencioso-judicial, dando lugar a una jurisdicción administrativa absolutamente separada de la jurisdicción civil y muy próxima a la Administración, tan próxima que desde el punto de vista constitucional forma parte del Poder ejecutivo; por de pronto del texto que acabamos de transcribir, conforme interpreta Hauriou, no existe la separación contencioso-administrativa de la Administración, al menos de una manera absoluta. Se temía, o se consideraba que la jurisdicción administrativa era un derivante de la propia Administración en las funciones administrativas, sin apreciar que las funciones que realizan son exclusivamente judiciales. Los Jueces no se dedican a realizar o dictar actos administrativos, actos creadores de situaciones jurídicas que hayan sido desconocidas, sino a restaurar al imperio del derecho. ¿Cómo se explica, pues, que se haya tergiversado esta interpretación real, verdadera, recta de la doctrina de la separación de los poderes?

Wodon en su obra de «*Le control juridictionnel de l'Administration*» (21), manifiesta que las preocupaciones de la Asamblea Constituyente se explica por razones históricas, se precisa —dice— estimar la concesión teórica y práctica del antiguo régimen. Resumiendo el contenido de la introducción a esta obra, diremos que los Parlamentos, los Tribunales de

(20) Ed. 1920, pág. 6 y siguientes.

(21) «*Traité élémentaire du contentieux administratif*», 1927, pág. 18: «Defendiendo la Administración, al mismo tiempo, que la obra legislativa contra las usurpaciones posibles de los Tribunales el legislador de 1790 ha sido bien inspirado. El estudio de las legislaciones comparadas prueba, en efecto, que en todas partes en que los Tribunales han podido ejercer un control sobre la legislación, su acción, generalmente misoneísta, ha sido desfavorable al progreso de las instituciones, y que donde han sido investidas del contencioso-administrativo, éste no se ha desarrollado tan libremente como en Francia.» Laferrière, «*Traité de la juridiction administrative*», I, págs. 103 y siguientes; Hauriou, «*Précis de Droit Administratif*», 10. edición, pág. 872, nota. Para EE. UU., v. Lambert, «*Le gouvernement des juges*».

Francia, en el siglo XVIII, obraban por delegación del Rey; el Rey rescataba de los Tribunales la jurisdicción y resolvía esos mismos casos, que parecían, por la delegación de competencia, atribuciones propias de los Tribunales. Pero no siempre hacía ésto, sino que los Parlamentos en Francia iban teniendo una obsorción grande no sólo en materia jurisdiccional, sino en materia propiamente administrativa. Estos cuerpos judiciales se tomaban la libertad de citar a estrados a los administradores, tales como los Intendentes, censuraban su gestión y hasta se permitían inmiscuirse en la gestión de los servicios públicos. Había, pues, una usurpación recíproca y más que recíproca una usurpación de los Tribunales, porque cuando el Rey retenía la jurisdicción en sí mismo era en virtud de un derecho propio, proveniente del concepto monárquico de soberanía que se tenía entonces, puesto que la asumía la Corona, no pudiendo decirse que ésta se inmiscuía en las atribuciones de los Parlamentos porque no existía la separación de poderes; en cambio los Parlamentos se entrometían en las funciones administrativas, porque éstas incumbían al Rey. De modo que la opinión impresionada por estas causas había de contemplar al efecto consiguiente de considerar que la tiranía partía de los Parlamentos (Tribunales) y era necesario separar en absoluto las funciones administrativas de las judiciales, y tan en absoluto se efectuó que sustrajeron las funciones contencioso-judiciales de los Tribunales cuando se trataba de juzgar a la Administración en el ejercicio de sus funciones netamente administrativas.

No faltan propugnadores de que la jurisdicción contencioso-administrativa no se separe de la Administración. Apleton, en su «Tratado elemental de lo contencioso-administrativo» (22), recoge opiniones de otros autores y hace ver que en los países en que los Tribunales hayan podido ejercer un control sobre la Administración, su acción general ha sido desfavorable al progreso de las instituciones mismas del Derecho público, y viceversa, donde han sido investidas las funciones jurisdiccionales a la Administración, donde lo contencioso-administrativo ha sido practicado por la propia Administración, como sucede en Francia, se destaca el progreso de estas instituciones jurídico-administrativas; de modo que viene a dar a entender que el principio de la doctrina de Montesquieu, aún interpretado equívocamente ha tenido resultados magníficos. No creo que sea ésta la circunstancia por la que progresaron las instituciones jurídico-administrativas, sino la preparación de una magistratura especializada que conoce técnicamente las cuestiones de jurisdicción. El óptimo resultado creemos será compaginar la separación de la Administración de la Jurisdicción, y la especialización de los Magistrados que pertenezcan a la misma.

Esta es la tendencia de la legislación recién proyectada, la nota más

(22) «Le contentieux administratif en Espagne.» «Revue internationale de Sciences Administratives», vol. XXII, núm. 2, pág. 82.

significativa de la nueva ley, como dice GONZÁLEZ PÉREZ (23): Los órganos judiciales y los jueces especiales, lo cual examinaremos seguidamente.

V.—LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA (24).

1. Si el progreso de las instituciones de Derecho público no ha tenido lugar en los pueblos que se han reservado para el Poder judicial en absoluto las garantías jurídico-administrativas, ha sido porque no han formado dentro de un orden judicial, una Magistratura especializada con todas las prerrogativas e independencias que debe tener tal Magistratura; éste ha sido el éxito de Francia que aún viviendo en un régimen identificado con la Administración ha hecho progresar el Derecho Administrativo más que otros países, y si ha progresado ha sido a medida que los Tribunales contencioso-administrativos se han separado del propio Poder ejecutivo, han tenido jurisdicción delegada del Poder ejecutivo, sin que éste resolviese en última instancia sobre el particular en que entendiesen los Tribunales contencioso-administrativos, de suerte que si de *iure* tienen independencia del Poder judicial, de *facto* la tienen del Poder ejecutivo, y de *iure* también de los órganos administrativos no políticos (25).

(23) Cfr. Zanobini, «Corso di Diritto amministrativo», vol. II, 1940, págs. 144 y siguientes. Villar y Grangel, «La Justicia Administrativa», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 128, pág. 96.

(24) González Pérez, «Derecho procesal administrativo», 1955, págs. 277 y 288.

(25) Vid. Vachelli, «La difesa», cit. pág. 291.

En Francia la jurisdicción contencioso-administrativa, puede ser ordinaria con relación a Tribunales administrativos especiales, pero siempre apartada absolutamente del orden judicial ordinario, ni siquiera constituyendo dentro de éste una jurisdicción especial, en el concepto formal dado a estas palabras, en cuanto que integradas por una magistratura especializada.

Por lo que se refiere a lo Contencioso-administrativo francés, dice Santi Romano («La giurisdizione speciale amministrativa», «Tratatto di dir. am. it.», vol. III, pág. 512, «...pasando del campo de las razones abstractas a los ejemplos concretos, parece que la autoridad de lo contencioso-administrativo en la manera que se ha ordenado en Francia, no puede considerarse como Juez especial; por el puesto que ocupa en las instituciones estatales de que forma parte. (¿Y el nombramiento por el Guarda sellos?) Y por la naturaleza de su competencia... es lícito afirmar que ciertamente constituyan un orden jurisdiccional distinto del que pertenecen a los Tribunales civiles y penales, mas de todos modos no excepcionales... si continuaran llamándose ordinarias las magistraturas civil y penal, no se trata sino de una inexactitud del lenguaje, que no tiene por consecuencia atribuir el carácter especial a lo contencioso-administrativo.»

Cfr. Ducrocq, «Cours de Droit administratif», t. II, 1879, pág. 55: «Nosotros hemos repudiado desde nuestro punto de vista las denominaciones de ordinarios dada a los Tribunales judiciales, y de Tribunales de excepción dado a los Tribunales administrativos.»

V. Laferrière, «Traité de la jurisdiction administrative», 1894, pág. 8.

El Tribunal administrativo autónomo como el francés es especializado, es la prime-

Si logramos separar de la Administración y del Poder ejecutivo los Tribunales contencioso-administrativos, apartándolos dentro del orden jerárquico judicial, formando lo que podemos llamar unidad de jurisdicción, procurando, pues, que no intervengan sobre un mismo asunto diversos Tribunales (prohibición de los recursos paralelos), hasta el punto de que por pertenecer al mismo orden jurisdiccional o al Poder judicial, hablando más concretamente, unos Tribunales que intervengan aplicando un Derecho distinto al administrativo, como el Derecho penal, hayan de suspender su actuación esperando adopten los administrativos fallos o decisiones jurídico-administrativas mediante las denominadas cuestiones prejudiciales; si sustraemos los litigios administrativos de la jurisdicción de los Tribunales de un orden administrativo que estén ligados con el Poder ejecutivo y los llevamos ante el Poder judicial, y al propio tiempo especializamos a esos Magistrados que se han de dedicar exclusivamente a lo Contencioso-administrativo y que no van a simultanear actuando como Administración y como jueces, ese mismo progreso existirá en todas partes y aun acrecentado con relación al que existe en Francia, máxime si se adopta un proceso expeditivo y en el que el Juez, supeditando el interés privado al interés público y sobre todo el Derecho, se permita actuar, si bien a instancia de parte interesada o legítima, superando la jurisdicción rogada, juzgando *ex officio* en función de restaurador del ordenamiento jurídico.

Es por lo que el régimen procesal civil, que salvaguarda derechos subjetivos privados, no sirve o es aplicable a los litigios entre la Administra-

ra condición de esos Tribunales según Bonnard, «Le Controle juridictionnel de la Administration», 1934, pág. 112, la especialización. El Tribunal administrativo deberá ser un órgano que habiendo sido investido de la función jurisdiccional, está rigurosamente especializado en el ejercicio de los mismos.

La independencia del Tribunal frente a frente de la Administración requiere que ningún agente de la Administración tome parte en las operaciones jurisdiccionales del Tribunal. De otra parte, su separación con los Tribunales ordinarios exige que ninguno de sus miembros pertenezcan a estos Tribunales, debiendo de gozar de las garantías que generalmente son acordadas; con limitación del poder discrecional del Gobierno para el nombramiento; pero sobre todo deberá beneficiarlo la garantía específica del Juez, que es la inamovilidad.

La tesis de Bonnard no se distancia de la nuestra, sino en cuanto que el Juez administrativo no tiene enlace alguno con el Juez ordinario, a los efectos de establecer en el orden jerárquico judicial una jurisdicción disciplinaria de los órganos supremos judiciales sobre los jueces de toda jurisdicción, pero idéntico en cuanto que obren con independencia de todo órgano administrativo, gozando de las mismas prerrogativas del Juez ordinario, si bien investidos de jurisdicción especial, en cuanto que aplican un Derecho especial, con relación al que sirve para juzgar el Juez ordinario, siendo ineludible el conocer una técnica procesal especializada.

ción y el particular (26) en los que el interés privado no juega o desempeña un papel tan importante como el interés público, absoluto, aunque respondiendo a un orden jurídico adecuado.

3. Nuestra tesis es la de que los Tribunales contencioso-administrativos se aparten radicalmente de la Administración; no se puede ser juez y parte. No hay independencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa —si bien los miembros de estos Tribunales administrativos no dicten actos administrativos, sino que ponen toda su contribución a realizar actos jurisdiccionales—, en tanto no se separe de una manera absoluta de la Administración, sin que tenga ésta retención de prerrogativas alguna, sin que goce la Administración de facultad o no de ejecutar las sentencias, o al menos si las sentencias de lo Contencioso-administrativo que se refieren a la Administración no sean ejecutivas y aplicables inexorablemente, se supla la inejecutoriedad de los fallos mediante indemnización, lo cual se acepta en el artículo 106 de nuestra Ley de lo Contencioso de 27 de diciembre de 1956, pues a instancia de cualquiera de las partes interesadas, con audiencia de las demás, el Tribunal señalará la suma que deba satisfacer al interesado como resarcimiento de los daños y perjuicios, resultantes del aplazamiento de la ejecución de la sentencia o de su inejecución, si no fuese posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia, siendo tan respetuosa nuestra Ley con el Poder judicial que prohíbe la inejecución o suspensión de los fallos de los Tribunales contencioso-administrativos —tesis absurda de la vieja Ley de lo Contencioso, si por otro lado habría de proveer o acordar una indemnización—, cuando haya quebranto grave de la Hacienda pública; empero en el art. 105, núm. 3, se previene que si estimase la Administración que el cumplimiento de la sentencia, en sus propios términos, habría de producir trastorno grave a la Hacienda pública, podrá el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, fijar la modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma que sea menos gravosa para el Tesoro público, lo que pondrá en conocimiento del Tribunal, por medio de la Abogacía del Estado, para que, oídas las partes, resuelva en definitiva sobre el modo de ejecutar la sentencia.

En resumen: para obtener la jurisdicción de lo Contencioso óptima, al principio de la separación de los Tribunales administrativos de la Administración adicionemos el de la especialización de la magistratura, ya glosado. No se puede encomendar la justicia administrativa a magistrados que están preparados más esencialmente en el Derecho privado. Son modalidades radicalmente contrarias y es necesario enfocar los problemas de Derecho público tal como ellos son, el examen de los hechos y la aplicación del Derecho a estos hechos atemperándose a los mismos, no al perjuicio personal derivado de incompetencia técnica, sino

(26) Cfr., López Rodó, «El coadyuvante en lo contencioso-administrativo», 1943, página 15.

estudiando y apreciando su naturaleza jurídico-pública, para restaurar el Derecho especial.

4. No faltan autores como Santi Romano (27) que consideran que la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción especial, dando lugar la extrema importancia y la delicadeza de las funciones jurisdiccionales a que se haya originado la necesidad de otorgar garantías, privilegios y honores a quienes las ejerciten. Empero aun cuando dichas prerrogativas y estos honores se otorguen a los jueces (incluimos o incorporamos a los jueces administrativos en el denominado Poder judicial, en el orden judicial), no quiere decir que, en su virtud, haya de considerarse por igual a todos los Magistrados, porque la tendencia debe ser la de formar magistraturas con arreglo a la distinta disciplina que se trate de poner en juego, al reparar las infracciones habidas en estas disciplinas diferenciadas. Mientras haya una misma magistratura dedicada al estudio y reparación de diversas disciplinas, como sucede en el Derecho mercantil, civil y aun con el penal, nosotros tenemos que considerar que el Derecho administrativo no puede ser aplicado por Magistrados que estén formados en ese conjunto de disciplinas, y, por tanto, el mero hecho de que en un Estado la magistratura contencioso-administrativa se nutra con independencia de la magistratura que integran los Tribunales que hayan de garantizar los derechos privados, o que hayan de reparar el derecho penal reprimiendo los delitos, impartiendo los jueces a las diversas litis su especial técnica, tenemos algún fundamento para decir que se trata de una magistratura especial y, por tanto, de una jurisdicción especial.

No basta, como dice Santi-Romano, para que la jurisdicción sea especial, que la ejerciten quienes a su vez tienen otras actividades funcionales políticas distintas, verbigracia, cuando siendo Administración en determinados momentos se despoja del carácter de tal y le incumbe ejercitar actos jurisdiccionales, como los Tribunales económico-administrativos de nuestro país, integrados por funcionarios que realizan actos administrativos y que luego en determinados casos realizan actos jurisdiccionales.

Serían sólo estos Tribunales, para Santi-Romano los que realizan la jurisdicción especial, ni siquiera para él lo sería el Consejo de Estado francés que no se integra con miembros de la magistratura ordinaria y que depende de la Administración, en cierto modo, pues su jefe nato es el Guarda-Sellos, Ministro de Justicia.

Nosotros sostenemos que aún dentro del Poder judicial, apartados del Poder ejecutivo, o de la Administración, los Tribunales contencioso-administrativos realizan una jurisdicción especial, en primer lugar porque el juicio en que se aplican la disciplina científica a ellos encomendada, la revisión de los derechos a ellos atribuida, es especial, hasta el punto de que

(27) «La giurisdizioni speciali amministrative, en el Trattato... de Orlando, volumen III, pág. 512. Vid. nota anterior.

en muchos Estados, y en nuestro país entre ellos, según el art. 16 del Código Civil, el Derecho común es un derecho supletorio de esta legislación administrativa. Esto no es óbice para que podamos aplicar antes que el Derecho civil, la costumbre o los principios generales del Derecho administrativo o del Derecho público, y sólo en su defecto apliquemos el Derecho civil.

Tenemos ya una materia especial en el Derecho administrativo con respecto al resto del Derecho; pero, en segundo lugar, cuando se llegue, como debe ser el *desideratum*, a constituir diferentes Tribunales con magistratura de cuerpo distinto y con escalafón distinto del que nutre hoy los Tribunales ordinarios, para enjuiciar los litigios administrativos con arreglo a ese Derecho especial, podemos decir que es especial semejante magistratura.

Cierto es que por la división del trabajo se constituyen Tribunales penales, civiles y a veces mercantiles y sociales, pero estos Tribunales son comunes u ordinarios por estar constituidos, corrientemente por miembros de un cuerpo de magistratura única. Empero cuando a su vez estén nutridos por los de un especial Cuerpo de Magistrados tendrán un mismo rango de especialidad que los Tribunales contencioso-administrativos; o para mejor decir, no sabríamos distinguir cuáles son especiales y cuáles ordinarios, más bien serán o constituirán todos Tribunales especiales o especializados.

Nosotros entendemos que se debe tender a especializar a las distintas magistraturas. No se puede obrar técnicamente con competencia absoluta sin tener una preparación de estas materias que a la vez son contrapuestas a las que maneja la magistratura ordinaria, que tiene propensión a dar primacía a los derechos privados frente a los derechos de la Administración que jurídicamente debe prevalecer, y entonces no sobrevendría el fracaso de los Tribunales, o a la inversa, veríamos progresar las instituciones jurídico-administrativas a pesar de que no sea la Administración quien realice esta jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, aquellas ojecciones de Ispleton, que estudiamos anteriormente, ceden por su base.

VI.—LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PAÍSES ANGLO-SAJONES Y EN ALEMANIA.

1. En los países anglosajones predomina el Poder judicial (28) imponiendo la restauración de reglas de Derecho a los funcionarios y a los

(28) Cfr., Alibert, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», pág. 22. «En los países anglo-sajones privados de una Administración fuerte, asegura Alibert, en los que predomina el Poder judicial, reconocen a éste una jurisdicción general cuyo resultado consiste en imponer las reglas de derecho a los funcionarios y a los ciudadanos.»

Las acciones de Derecho común son, pues, instrumentos del control judicial sobre los actos del Poder y sobre el funcionamiento de los servicios públicos.

ciudadanos, con las rectificaciones que en estos últimos años se está sucediendo en Inglaterra y América, instituyéndose preceptos legales especiales que amparan a los particulares frente a la Administración que se le hace responsable, incluso civilmente (a la Administración local y aun a la central) (29), cosa que se desconocía en estos Estados en que no había progresado el Derecho administrativo como en Francia y otros países del Continente europeo e implantando Comisiones o Tribunales administrativos que controlan la actividad de la Administración (30).

Hay, además, otros muchos más servicios y departamentos, sobre todo en el Estado británico, como los de beneficencia, patrimonio de la Corona, exportación de créditos, registros de nacimientos, matrimonios y defunciones (nuestro Registro civil), Registro de la Propiedad, Deuda nacional, industrial, etc., que son prestados por funcionarios civiles (31).

(29) Royo-Villanova Fernández Cavada, «La responsabilidad de la Administración». *«Revista de Ciencias jurídicas y sociales»*, 1933, págs. 72 y 73. «La responsabilidad de la Administración pública», *Revista de Administración pública*, núm. 19, enero-abril 1956, págs. 38 y siguientes. Garrido Falla, «Les caractères spécifiques du droit administratif espagnol», en *Revue de Sciences Administratives*, vol. XXII, 1956, núm. 2, págs. 25-28.

López Rodó, «L'Administration locale en Espagne», en *Revue*, vol. ed. núm. cit. página 44. García de Enterría, «La doctrine de la responsabilité civile de l'Administration dans le droit espagnol récent», en *Revue*, ed. núm. cit. págs. 103 y siguientes.

(30) Robson, «Justice and administrative law». Toda la obra se conduce a demostrar que existe en Inglaterra un régimen administrativo. Respecto a los Tribunales administrativos. Cfr., págs. 262 y siguientes, y Hewart, «The new despotism», 1929. Véase decreto de la misma fecha. Por él se creaba un Tribunal contencioso-administrativo para también Garner, «La conception anglo-américaine». *Mélanges, Hauriou*, 1929, págs. 333 y siguientes. Baratier, «Le régime administratif de droit anglais» (*Revue de Droit public*, 1931). Ed. aparte. Estos autores sostienen opiniones contrapuestas a la propugnada por Dicey, en su libro «Introduction to the study of the Law of the Constitution», parte 2.ª, cap. XII (Londres, 1915) (trad. francesa, «Introduction à l'étude de Droit constitutionnel», por Batut y Jéze), que niega la existencia en Inglaterra del Derecho Administrativo, al menos del tipo continental. Sobre Tribunales administrativos militares en Inglaterra. consúltese Gneist, «Selfgovernment, Komunal verfassung und verwaltungsgerichte in England», 1871, § 93 y 94, págs. 541 y siguientes. Sobre Derecho Administrativo inglés puede consultarse Gneist, «Englisches verfassungs und Verwaltungsrecht». Hatscheck, «Das Stattsrecht des vereinigter Gross-Britaniens», 1944; y Kollreuter. Herrero Garralda, «El Derecho público inglés». Cfr., Hauriou, «Precis de Droit Administratif», 1925, página 15.

(31) Gladden en la citada obra «The civil service its problems and future», pág. 13, dice que: El Gobierno moderno se diversifica corrientemente en cinco ramas: Cuerpo electoral, legislativa, ejecutiva, jurisdiccional y administrativa.

El cuerpo electoral elige a los legisladores y contribuye a la formación de la mayoría de los elementos que constituyen la opinión pública en que descansan las últimas actividades. El Legislativo confecciona las leyes y colabora en las relaciones de los miembros del Ejecutivo. El Ejecutivo dicta las instrucciones para dirigir y desarrollar el Derecho y poner en marcha las ruedas administrativas del País. La Jurisdicción

En Inglaterra ante los Tribunales ordinarios se ventilaban las cuestiones administrativas, pero para llevar esas cuestiones ante esos Tribunales de los Tribunales especiales, que tienen como característica la gratuidad (32).

Según Laski (33) el campo de la Administración abarca algo más que la mera ejecución y examen de las disposiciones legales (de cuya tarea se deriva el conocimiento de aquellas normas bajo las cuales viven los ciudadanos)

En unos casos los departamentos gubernamentales disfrutan de los más amplios poderes. En otros se deriva, de una prerrogativa como la del «Rey en el Consejo», la potestad de emitir Ordenanzas como el Presidente en Francia. Otras veces se concede ésta a organismos de carácter legal, como el Consejo Médico general, en Inglaterra.

Por otra parte, el nuevo contencioso-administrativo inglés está incorporado al Poder ejecutivo, sin que tenga el procedimiento de publicidad y aportación de pruebas, de modo que los derechos administrativos individuales quedan menos garantizados que en el derecho continental europeo (34).

Robson, en su monografía titulada «Justicia y Derecho Administrativo» (*Justice and administrative law*) sostiene que existe una jurisdicción administrativa especial, pero quizá porque el Derecho Administrativo está en embrión, los Tribunales son Comisiones que figuran en el Poder ejecutivo, pues no hay un órgano jurisdiccional independiente y

decide sobre los casos concretos en que el Derecho es conculcado, con independencia absoluta de las otras ramas, y, finalmente, la Administración es la organización encargada de las funciones administrativas.

(32) Según Beceña, el Juez inglés es la única garantía para el ciudadano en materia de impuestos, pues sostiene con todo rigor el principio constitucional del *Bill of Rights*, de 1688, de que es ilegal la imposición contributiva no autorizada por el Parlamento.

El Juez inglés limita al Ejecutivo y sus agentes que atentan contra la libertad personal del ciudadano de hecho; los jueces, afirma Dicey, están investidos de todos los medios para impedir y controlar toda la acción administrativa del gobierno e imponer su veto contra cualquier procedimiento no autorizado por la letra de la ley.

(33) «El Estado Moderno», traducción de don Teodoro González, t. II, 1932, pág. 120.

(34) De Inglaterra se ha dicho que no tenía Derecho administrativo. Dicey, en su obra «Introducción al estudio del Derecho constitucional», sostiene que un inglés apenas comprende lo que se entiende por Derecho administrativo, y lo equipara a la arbitrariedad y frente a él opone el *Rule of law*. Los autores modernos observan que no existe en Inglaterra ninguna garantía parecida al recurso por exceso de poder, y que se tiene la costumbre viciosa de incluir en las leyes una cláusula de la delegación, para que el Poder ejecutivo pueda dictar reglas y disposiciones (*rules and order*). Esto es sostenido por Paul Baratière, en «Régimen administratif et droit anglais»; Hewart, en su obra, «New despotism» censura como abusiva la práctica legislativa del Poder ejecutivo en virtud de las cláusulas de delegación.

prestigioso (35) y en el trabajo «Le Droit Administratif en Angleterre» (36) acusa el referido autor la presencia de fuentes de Derecho administrativo en los reglamentos, en las decisiones administrativas y de las jurisdicciones administrativas, y en las costumbres, usos y convenios.

Se dice que si no hay Derecho administrativo en Inglaterra es porque las Comisiones no obran a modo judicial, con juicios orales públicos, sino que todo se hace por escrito, lo que supone una actuación secreta, faltando suficientes garantías, según ya hemos consignado, puesto que a veces, se condena sin oír al demandado y sin que pueda aportar pruebas. En resumen: no podemos decir que exista un verdadero régimen administrativo, de tipo continental, pero sí que se halla en formación, con algunas variantes respecto del régimen clásico francés. En esto están de acuerdo Baratier, Robson, en sus obras mencionadas, Garner en «La conception anglo-américaine du droit administratif», y Jawson en «Lo contencioso-administrativo en Inglaterra» (37).

2. En los Estados Unidos (38) llega el Poder judicial a tal extremo de

(35) Murillo Ferrol, en «El Régimen jurídico», t. I, 1950, abt. pág. 62. Administración inglesa. *Revista de la Administración pública*, hace la siguiente crítica del régimen jurisdiccional administrativo inglés:

«O la marcha de la Administración ha de atemperarse al lento y costoso procedimiento de los Tribunales ordinarios, o saltan las barreras que estos le ponen y asume ella misma las funciones jurisdiccionales relacionadas con su actividad, obrando en cierto modo, a espaldas de la Ley e implicando una actuación arbitraria y carente de garantías para el ciudadano, por cuanto no se realiza a través de órganos y procedimientos normalizados.»

Recoge Murillo las siguientes opiniones contrarias al nuevo régimen de control de la Administración en Inglaterra:

Morgan considera las usurpaciones de funciones judiciales por el Ejecutivo de inexcusables y desafortunadas.

Crítica la solución inglesa que confía la justicia administrativa a autoridades u organismos, sin ninguna de las características de los Tribunales administrativos de Francia y Alemania, y cuyas sentencias no pueden ser revisadas ó controladas por los Tribunales ordinarios.

Barker, censura el tipo de justicia administrativa inglesa como productiva del *Rule of law*. Afirma que la *statutory and provisional order* dictada por la autoridad ejecutiva forma hoy parte de la legislación inglesa. Los departamentos gubernamentales no sólo administran, sino también legislan y tienden cada día más a ejercer funciones jurisdiccionales, que según el *Rule of law*, pertenece a los Tribunales.

(36) «El Conseil d'Etat, livre jubilaire», pág. 651.

(37) En *Rev. del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 4, enero-junio 1955, páginas 146 y ss.

(38) Los EE. UU. han completado este sistema de la Administración judicial por el control de la Constitucionalidad de las leyes, que concluyó de hecho con el Gobierno de los jueces.

Se ha llegado a ello por la necesidad de defender la integridad del pacto federal y el

control que incluso se revela ante la propia constitucionalidad de las leyes (38).

Por la influencia de la Constitución se consagró la doctrina de la separación de poderes en su verdadero sentido y el principio de que en el Poder ejecutivo no podía juzgar los actos administrativos, no hay Tribunales especiales y las garantías de los particulares, los amparan en última suerte los Tribunales ordinarios. Sin embargo, puede haber un procedimiento administrativo jurisdiccional, sin duda previo al judicial, en virtud del *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 (38 bis), por que la Administración, en los litigios que los ciudadanos la planteen designa, así como un juez instructor, *hearing officier*, que recoge las pruebas y oye a las partes que pueden ser representadas por abogado, en suma se incoa un contencioso antes de decidir las Comisiones administrativas (*Federal Trade Commission, Security Exchange Commission, etc.*), sin que parezca admitirse la acción popular para el control de la legalidad de los actos administrativos, al menos en la jurisdicción administrativa (39).

3. Hemos hecho referencia de un parte a la Jurisdicción contencioso-administrativa como una organización injertada en la propia Administración, para garantizar los derechos de los administrados, y de otra a la Jurisdicción totalmente apartada de la Administración, respondiendo a una interpretación auténtica de la teoría de la división de poderes, es decir, formando parte del Poder judicial. Entre estos dos sistemas —un sistema puro judicial y sin procedimiento especial seguido en los países anglo-sajones (ya vimos las rectificaciones verificadas en estos postreros tiempos) y un sistema formulado de una manera absolutamente administrativa en Francia, hay en algún país un sistema mixto de reorganización de Tribunales especiales que no forman parte de la jerarquía administrativa ni de la jerarquía de la organización judicial; a veces integrados por elementos, por miembros procedentes de ambos poderes, otras veces por miembros designados especialmente para el cargo sin que procedan de ninguna de las dos jerarquías, administrativa o judicial, si bien preponderando la especialización, aun incorporados los Tribunales administrativos en el círculo del Poder judicial.

deseo de proteger los principios individualistas contra las Empresas del Estado o las infiltraciones socialistas.

Quizá también la separación absoluta de poderes ha abierto entre el Ejecutivo y el Legislador un surco que ha aprovechado el Tribunal Supremo. (Alibert, Ob. y loc. cit.)

(38 bis) Morstein Marx opina que es muy prematuro creer que el *Administrative Procedure Act* inaugura un período nuevo en materia de recursos judiciales. «*Quelques caractéristiques du Droit administratif aux Stats*», en *Conseil d'Etat*, cit.

(39) Vid. Gascón y Marín, «Fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos en el Derecho americano», *Revista de Estudios de la Vida*, noviembre-diciembre 1954, núm. 78, págs. 845-47.

Este sistema mixto se inició en Alemania; no es que todos los Estados alemanes lo hayan seguido. En la Constitución de Wurtemberg del año 1819 (40) se asignó a una autoridad colegiada, al Colegio secreto, la facultad de poder controlar los actos administrativos no sólo de las autoridades administrativas inferiores, sino aún de los Ministerios mismos.

Los Estados alemanes tuvieron facultad después de 1819, hasta la política nacionalsocialista, para organizar con cierta autonomía esta jurisdicción contencioso-administrativa (41). En la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849 se pretendió encomendar a los Tribunales ordinarios la justicia administrativa no con un gran éxito, precisamente por la parcialidad o mejor dicho por el prejuicio (decían algunos autores) que solían tener los Tribunales ordinarios, demasiados contrarios y enemigos a todo lo administrativo, y así como a los Tribunales que estaban incorporados en la Administración se les tildaba, se les tachaba de parcialidad en un sentido de favorecer siempre a éste, a los Tribunales ordinarios se les imputaba la parcialidad de obrar frente a la Administración, negándose a la propulsión de una doctrina administrativa absolutamente autónoma, por inspirarse en el Derecho privado, lo cual no puede regir las relaciones jurídico-administrativas, porque la Administración tiene siempre un rango superior, si bien tampoco se ha de considerar a la Administración, según enjuician los Tribunales enquistados en la Administración, como un ente de tal soberanía que no tenga ciertas limitaciones en el Derecho objetivo, aun cuando sea especial y goce de aquellos determinados privilegios que ha de utilizar con arreglo a ciertos límites, no desconociendo el derecho de los particulares, hasta el punto de que por ese privilegio se arrogue la facultad de lesionar derechos —que parecen o son legítimos hasta el instante en que la Administración los hace extinguir o sustituir por interés público o social—, de los particulares, como ocurre en los casos de expropiación forzosa.

Después de 1870, Gneist propugna la organización de Tribunales administrativos especiales, incorporando a los elementos que pertenezcan o hayan pertenecido a la Administración un número de funcionarios honoríficos o de miembros ciudadanos que han de contrapesar la tendencia excesivamente administrativa que tengan los que pertenezcan a la Administración central o a los Consejos provinciales.

En 1875, Prusia estableció un Tribunal administrativo especial y siguen los demás Estados la norma de Prusia, hasta llegar a la Constitución de Weimar, en cuyo artículo 107 se instituía la Jurisdicción administrativa

(40) Cfr., Fleiner, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht», párrafo 16 (1928), págs. 237 y siguientes. Trad. española, págs. 190 y siguientes.

(41) La Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales de 27 de enero de 1877 autorizaba a los Países transferan a sus órganos administrativos respectivos las actuaciones administrativas de naturaleza jurisdiccional. Fleiner, ob. cit., y ed. alemana, cit., pág. 12, ed. española, pág. 10.

integrada en el Poder judicial, es decir, que los magistrados van a gozar de los mismos privilegios e idénticas prerrogativas que los que tuvieron los magistrados de la jurisdicción ordinaria, incorporándose en algún país (ciudades libres de Hamburgo y Bremen), tanto el Tribunal administrativo de primera instancia como el Supremo administrativo al Poder judicial, con remisión al Senado del Tribunal Supremo anseático y al Presidente del mismo todo lo concerniente a la actuación administrativa y disciplinaria de la magistratura (42).

En la situación nazi no se ha llegado en Alemania a realizar una confusión absoluta de los Tribunales administrativos y la Administración a pesar del sentido autoritario de la tendencia implantada a la sazón.

En la actualidad los Estados o Países de la República Federal alemana, pueden, y así lo han hecho (43), organizar Tribunales administrativos especiales, equiparable su jurisdicción a la civil y a la penal, independientes de la Administración para resolver los recursos contencioso-administrativos subjetivos y objetivos, no habiendo introducido el de nulidad por desviación de poder, como no se trate de impugnar una inequidad, dentro de la órbita discrecional, pues es un principio de Derecho (fuente normativa) «la igualdad ante la Ley» no sólo federal (art. 3.º, parte 1.ª, de la Constitución de Bonn), sino de las Constituciones de los países (Constituciones de Baviera, art. 118; de Hessen, art. 1.º; de Württemberg-Baden, art. 2.º, ap. 1.º) (44).

VII.—LA GÉNESIS DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.

A raíz de la Constitución del año 1837 se intentó implantar en España, por don AGUSTÍN SILVELA, la Jurisdicción contencioso-administrativa (en el año 38) (45), con la institución de unos Tribunales, a imitación de los Consejos de prefectura, denominados Consejos provinciales.

(42) Cfr., Jellinek, «Verwaltungsrecht», 1929, págs. 288-89; «Kirschofer die Verwaltungspflege beim Bundes-gerchts» en «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», 1930, página 6, nota 8. Fleiner, cit. 16, Merkl, cit., pág. 369. Hatschek, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts», I, 3.ª ed., págs. 131 y siguientes.

(43) Leyes de los Tribunales administrativos de Baviera de 23 de septiembre de 1946; de Bremen, 5 de agosto de 1947; de Hessen, 31 de octubre de 1946 y 30 de junio de 1949; y de Württemberg-Baden, 16 de octubre de 1949; de Berlín Occidental, 2 enero 1951, etcétera. Vid., Ley federal, de 16 de diciembre de 1946, conteniendo principios para la Ordenación de la Jurisdicción en la Alemania Occidental (Ule, «Das Bonner Grundgesetz un die Verwaltungsgerechtbarkeit», 1950. y la de 23 de septiembre de 1952 (Cfr. Hans Peters, «La jurisdicción administrativa en la República federal alemana», *Rev. del Inst. de Derecho Comparado*, núm. 61, págs. 23 y 24).

(44) Eyerman-Tochler, «Verwaltungsrechts Kommentar», 1950, págs. 138-39. Sobre el contencioso en el Estado federal suizo; vid., Wyss, «Le contentieux administratif en Suisse».

(45) «Un diputado tan entendido como laborioso, don Francisco Agustín Silvela,

En 1845, se dictó la Ley de 2 de abril creando los Consejos provinciales, con atribuciones contencioso-administrativas en primera instancia, incorporados a las Diputaciones, órganos eminentemente administrativos; y la de 6 de julio en que se promulgó la ley del Consejo Real, dándose este nombre tradicional, en vez de Consejo de Estado, para evitar toda influencia francesa (46) dotándoles de una sección encargada de instruir los expedientes y preparar las resoluciones del Consejo en asuntos contenciosos (47). La jurisdicción contencioso-administrativa estaba incorporada al Poder ejecutivo; el Consejo de Ministros era el que en última instancia resolvía sobre las cuestiones que se planteaban. Las resoluciones del Consejo Real en materia contenciosa, estaban privadas del carácter de decisivas, eran meramente consultivas. En una palabra, no se avanzaba de la jurisdicción retenida (48).

Algunas vicisitudes tuvimos (49) hasta reorganizar el Consejo Real, denominado Consejo de Estado por Ley de 17 de agosto de 1860, figurando retenida esta jurisdicción hasta el año 1868. Como consecuencia de la revolución septembrina, y por un Decreto de 13 de octubre de dicho año, se traspasaron las funciones judiciales contencioso-administrativas del Consejo de Estado al Tribunal Supremo, y las de los Consejos provinciales a las Audiencias, independizándose el Poder ejecutivo. Ya no va a ser Juez y parte la Administración.

Todo esto duró hasta el año 1875, y la cosa entonces vuelve a resta-

fué el primero que llevó a la Cámara de los Diputados el proyecto de ley para el establecimiento de los referidos Tribunales; proyecto que fué tomado en consideración en la sesión de 16 de noviembre de 1838 (Gallostra, «Lo contencioso-administrativo», 1881, pág. 80).

(46) Sin embargo, como dice Jordana de Pozas («Le Conseil d'Etat espagnol et les influences francaises aux cours de son évolution», en *Le Conseil d'Etat Livre jubilaire*, pág. 529), la diferencia es puramente nominal, como lo prueba el hecho de que trece años después la denominación del Consejo Real fué sustituida por la de Consejo de Estado, sin que este cambio entrañase modificaciones sensibles en la estructura y en la competencia de la Alta Asamblea.

En un anteproyecto de Martínez de la Rosa, Sancho, Carell y Pacheco, presentado al Gobierno anteriormente, se dió al órgano de control sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, amén de entender o ser oído en cuestiones gubernativas y administrativas, la denominación de Consejo de Estado.

(47) El reglamento se promulgó el 30 de diciembre de 1846.

(48) Gallostra, cit., pág. 81; Fernández Mourillo, «Lo contencioso-administrativo», 1926, págs. 98 y 99.

(49) Así las cosas, llegó el Movimiento revolucionario de 1854 y a su empuje cayó el Consejo Real, suprimiéndose los Consejos provinciales. No era la intención del Gobierno dejar como definitivo este estado de cosas, y así parece deducirse de otro Real decreto de la misma fecha. Por él se creaba un Tribunal contencioso-administrativo para el despacho de los negocios antes encomendados al Consejo Real, teniendo sus sentencias, como las de éste, carácter consultivo; más en el preámbulo se advertía que la

blecerse al estado anterior de 1868 (50); pero parece que no muy satisfechos los parlamentarios españoles, pensaron que las garantías no eran suficientes si no se separaba de la propia Administración todo lo relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa y entonces, influenciados por Santa María de Paredes (51), después de una serie de tentativas, en el año 1881 y 1883 (iniciativa de Gallostra) (52), se instituye el Tribunal contencioso-administrativo en 13 de septiembre de 1888, de una manera original, adscrito, sin embargo, al Consejo de Estado, erigiéndose en las Audiencias provinciales los Tribunales contencioso-administrativos; y unos y otros van a ser integrados por elementos de la Magistratura ordinaria y por elementos del Poder ejecutivo o funcionarios administrativos (Diputados provinciales en las Audiencias). Esto perdura después de una reforma en el año 1894, 22 de junio, hasta 1904, en que por ley de 5 de abril (53) se incorpora de una manera clara al Poder judicial. es decir, que España, siguiendo la corriente que en otros países continentales venía existiendo, frente a doctrinarios como Alfaro, Gallostra y siguiendo el criterio de Azcárate, Posada, Royo-Villanova (54) y Gascón

nueva organización que conviniese dar a la Jurisdicción administrativa quedaba aplazada hasta la decisión de las Cortes.

No llegaron éstas a discutir el proyecto del Consejo de Estado que se le presentó, por haber ocurrido en el cambio político de 1856, que restituyó en su vigor las instituciones suprimidas el 54 (Gallostra, cit.).

(50) Vid., Santa María de Paredes, «Curso de Derecho administrativo», 1911, página 770, y López Rodó, «Recurso contencioso en España», *Rev. del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 4, 1955, pág. 65.

(51) Véase su obra citada, págs. 771 y siguientes.

(52) Fernández Mourillo, ob., cit., pág. 101.

(53) Que desarrolla la base 2.^a del art. 17 de la ley de Presupuestos de 31 de marzo de 1904, que autoriza la creación de una Sala, la 3.^a, en el Tribunal Supremo, que se llamaría de lo contencioso-administrativo.

(54) «Elementos de Derecho administrativo», 1933, pág. 805.

Dice Gallostra (cit. págs. 87 y 88): «La opinión fué poco a poco volviendo a los sanos principios administrativos y lejos de marcar con el sello definitivo la supresión de los Tribunales de la Administración, desde el año 1874 se empezó a dibujar claramente, en las esferas gubernamentales, la tendencia a restituir las cosas al ser y estado en que se encontraban antes de la revolución de 1868. El cambio político, en los últimos días de aquel año, impidió, por lo pronto, que proyectos preparados con esta tendencia se convirtiesen en preceptos legales; pero poco después, el 20 de enero de 1875, un Decreto del Ministerio-Regencia devolvió al Consejo de Estado la jurisdicción administrativa, confiando a las Comisiones permanentes de las Diputaciones, las funciones encomendadas antes a los suprimidos Consejos provinciales.»

«En Ultramar se había hecho sentir los mismos cambios que en la Península. Dos decretos, uno de 7 de febrero y otro de 2 de junio de 1869, habían confiado a las Audiencias territoriales de aquellas provincias la jurisdicción contencioso-administrativa que antes ejercían las Secciones de lo Contencioso de los Consejos de Administración, quedando éstos suprimidos. Como era natural, al verificarse en la Península la

y Marín (55), ha conseguido incorporar al Poder judicial los Tribunales contencioso-administrativos.

Se aceptúa la incorporación de los Tribunales contencioso-administrativos al Poder judicial con la aprobación del apartado b) del art. 97 de la Constitución republicana de 1931 (56) al depender los ascensos y traslados de los Magistrados —evidentemente, de los que hubieran de formar parte de los Tribunales provinciales contencioso-administrativos y de las Salas 3.^a y 4.^a del Tribunal Supremo—, de una propuesta entre los elementos que no ejercieran la abogacía que hiciera el Presidente, al de este Alto Tribunal, al Ministro de Justicia, de acuerdo con la Sala de Gobierno y los asesores jurídicos que la Ley designase, pudiendo el Ministro elegir entre los propuestos, pero no fuera de los propuestos. Dicho texto constitucional no fué desarrollado legislativa ni reglamentariamente.

Sin merma para las prerrogativas de orden judicial con que amparaba a los Magistrados de los Tribunales administrativos el art. 98 de la Constitución de 1931, se pretendía la especialización que hemos propugnado, en el proyecto de ley de reforma del Tribunal Supremo presentado por el Ministro de Justicia, señor AIZPÚN, al Parlamento, en diciembre de 1934; en cuyo art. 10 se prevenía que podrían ser Magistrados «de la Sala tercera o cuarta del Tribunal Supremo los Abogados fiscales del Supremo procedentes del Cuerpo de Abogados del Estado, los oficiales del Consejo de Estado con veinte años de servicio, los funcionarios administrativos del Estado, licenciados en Derecho que hubieran servido veinticinco años y de ellos cinco como Jefes de Administración de primera; los Catedráticos de Derecho político o administrativo durante veinte años y los Secretarios de las Salas de lo Contencioso del Supremo» (57).

VIII.—LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN LA NUEVA LEY.

En 1956 se presentó a las Cortes Españolas un proyecto Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa, reformando radicalmente el tex-

restauración de los Tribunales administrativos, no podía dejar de hacerse otro tanto respecto a Ultramar y así se publicó un Decreto de 19 de marzo de 1875, dejando sin efecto los dos que anteriormente hemos citado, volviendo a declarar en vigor las disposiciones que existían en la materia antes de la revolución del 68.»

(55) Cfr., «Tratado de Derecho administrativo», 1933, pág. 326. El señor Gascón suma a los partidarios de la tesis de la Administración jurisdiccional a Silvela, Posada Herrera y Tejada de Valdosera.

(56) Vid., Royo-Villanova, «La Constitución española de 9 de diciembre de 1931», 1934, págs. 286 y siguientes. Pérez Serrano, «La Constitución española (4 de diciembre de 1931), 1932, págs. 294-96.

(57) A consecuencia del Movimiento Nacional se suspendió la actuación de la Jurisdicción contencioso-administrativa (ley 27 de agosto de 1938), restableciéndose la competencia de la Sala 3.^a para conocer y fallar los recursos pendientes contra reso-

to refundido, de 8 de febrero de 1952, que lo era de la de 22 de noviembre de 1894 y la de 18 de marzo de 1944, que había implantado la Jurisdicción de Agravios en materia de personal, no tratándose de destitución o separación de servicios, ante el Consejo de Estado.

El proyecto-ley ya acentuaba la especialización de los Magistrados de la Jurisdicción contencioso-administrativa, para el Tribunal Supremo, dentro del acertado criterio judicialista, si bien sin escalafón especial e incorporando, con elementos de la Administración y de la docencia jurídica, a los pertenecientes a la Magistratura ordinaria que si en el orden del respeto a derechos adquiridos es plausible esta medida limitativa, en todo caso, debían de exigirse actividades jurisdiccionales, académicas o publicitarias en materias jurídico-administrativas.

Tan sólo para una tercera parte de Magistrados se introdujo el requisito de estar adscritos permanentemente a la Jurisdicción contencioso-administrativa con diez años de servicio. El texto del proyecto, como veremos, se convirtió en ley.

Respecto al ingreso en los Tribunales territoriales contencioso-administrativos en el tercio por oposición, tal como lo pretendía el proyecto de Ley, resultaba ciertamente precipitado hacerlo con categoría de Magistrados de Audiencia territorial a simples licenciados de Derecho sin alguna práctica en carrera administrativa o académica o en la Abogacía del Estado u otros órganos de Administración pública.

El proyecto de ley fué aprobado por las Cortes en sesión de 20 de diciembre de dicho año, sancionándose por el Jefe del Estado el 27 de los aludidos mes y año; inspirado en el criterio que hemos propugnado de incorporar la Jurisdicción contencioso-administrativa plenamente al Poder judicial. Así lo declara el Ministro de Justicia, señor ITURMENDI, en la sesión de Cortes en que se aprobó la nueva Ley al decir, que «el proyecto es, judicialista, como se lee en su Exposición de motivos, en cuanto confía a la Jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e investidos de todas las garantías inherentes a su genuína independencia. Pero teniendo en cuenta, además, que la especial naturaleza de los litigios de que esta jurisdicción conoce y la creación de una auténtica jurisprudencia que dé certeza y seguridad a nuestro derecho administrativo exigen de los juzgadores un profundo conocimiento del Derecho material que rige la acción administrativa y de las necesidades públicas que se persiguen por aquella acción». Sigue la Ley, pues, como se afirma en la referida Exposición la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904.

luciones de la Administración Central anteriores al 18 de julio de 1936, y la Jurisdicción contenciosa en su totalidad, salvo los denominados recursos de agravios que se interpondrían ante el Consejo de Estado, por la Ley de 18 de marzo de 1944. Vid. García y Marín, «Derecho administrativo Nacional», 1939, págs. 199 y 200.

Según el art. 20 de la Ley, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se nombrarán:

a) La tercera parte, entre Magistrados, con arreglo a las normas que rijan la promoción de los mismos al Tribunal Supremo.

b) Otra tercera parte, entre los Magistrados adscritos permanentemente a la jurisdicción contencioso-administrativa con diez años de servicios en la misma que tengan, además, la categoría y condiciones requeridas por las normas generales que rijan la promoción al Tribunal Supremo y que presten sus servicios en la jurisdicción contencioso-administrativa al ser promovidos a dicho Tribunal.

c) El resto entre funcionarios de los Cuerpos docentes y administrativos con las categorías y condiciones siguientes:

Primero.—Catedráticos de la Facultad de Derecho o de disciplinas jurídicas de la de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, con diez años de servicios en el desempeño de la Cátedra.

Segundo.—Letrados de término del Consejo de Estado.

Tercero.—Abogados del Estado, Jefes Superiores de primera.

Cuarto.—Letrados Mayores del Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados facultativos.

Quinto.—Oficiales de las Cortes con categoría de Jefes Superiores de Administración.

Sexto.—Auditores del Cuerpo Jurídico del Ejército, Armada y Aire, con categoría de Generales.

Séptimo.—Jefes Superiores de Administración con quince años de servicios efectivos al Estado, dos de ellos en dicha categoría. En el proyecto se decía Licenciados en Derecho.

Se ha incorporado en el texto definitivo de la Ley, con muy buen acuerdo, para ingresar por este turno en el Supremo a los Secretarios de 1.^a categoría con veinte años efectivos de servicio, cinco de ellos en capitales de provincia de más de 200.000 habitantes (un poco avaro todavía este cupo), y a los abogados que hubiesen ejercido la profesión durante veinte años y satisfecho durante cinco la primera cuota de la Contribución Industrial.

Los Magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo se nombrarán (art. 21 de la Ley):

a) Dos terceras partes entre Magistrados, con categoría para serlo de la Audiencia Territorial respectiva, por concurso en el que se estimará como mérito preferente la especialización en Derecho administrativo; y

b) El resto, por oposición entre funcionarios de la carrera judicial y fiscal, con tres años de servicios efectivos. Se ha suprimido la oposición libre corrigiéndose la precocidad profesional.

Si en el proyecto de Ley se incorporaban a la Magistratura de los

Tribunales Territoriales letrados bisoños inexpertos mediante libre oposición de Licenciado en Derecho, sin pertenecer a personal de Cuerpos de especialistas en Derecho administrativo, con daño de la técnica especializada que hemos propugnado, ahora en la nueva Ley no se reserva ningún turno a tales especialistas.

Si los de alta categoría de tales Cuerpos pueden ser Magistrados del Supremo, ¿por qué no haber admitido a los de las inferiores, o por lo menos a los de las categorías intermedias a la oposición de los Magistrados de Audiencias territoriales? Ni el ingreso instantáneo o improvisado de Licenciados en Derecho sin experiencias jurídico-administrativas, ni el veto para ingresar por oposición a los juristas avezados en cuestiones jurídico-administrativas debiera prevalecer; máxime si no han de participar en ingresos de Cajas autónomas nutridas con fondos de procedencia fiscal. Así el título académico y la práctica se compaginarían con la doctrina obtenida en la oposición que, como dice la Ley de lo contencioso-administrativo, tenderá a verificar, además de los conocimientos jurídicos generales, la especialización jurídico-administrativa.

A nuestro modo de ver el problema hubiera quedado más centrado sin estas dos soluciones extremas: la de la inexperiencia y la de la madurez no especializada.