

LA INFLUENCIA EXTRANJERA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL DESDE 1950 A HOY

Por
ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

A las instituciones españolas (Ministerio de Educación y Fundación March) que hicieron posible mi larga estancia en la Universidad de Munich (Alemania).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EXTRANJERO EN ESPAÑA: TRADUCCIONES E INFORMACIÓN.—III. VISIÓN GENERAL: LA PRESENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EXTRANJERO EN ESPAÑA.—IV. LA IMPLANTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS FRANCESAS EN EL SIGLO XIX.—V. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL ESTADO ALEMÁN Y DEL MÉTODO JURÍDICO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX.—VI. Matices al predominio francés en la primera construcción del Derecho Administrativo Español.—VII. NOTAS SOBRE ALGUNOS PUNTOS DE DOCTRINA EXTRANJERA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: a) *General*. b) *Italia*. c) *Francia*. d) *Alemania*.—VIII. CONCLUSIÓN.

Aunque debe destacarse cómo el Derecho administrativo español no ha encontrado aún su médula de originalidad y es, en gran parte, construido sobre las doctrinas francesa, alemana y, sobre todo —en un sector muy extendido hoy—, italiana. A diferencia de Francia y Alemania, absolutamente asépticas a cuanto no nazca desde adentro. El Derecho administrativo español no es con ello extraordinariamente español, pues ser extraordinariamente español va contra la tradición española.

(J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo/ Introducción y teoría de las normas*, 1968, pág. 220.)

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, tengo que agradecer la deferencia que han tenido el Director de esta REVISTA y la Comisión encargada, por haberme ofrecido esta contribución al núm. 150 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN.

CIÓN PÚBLICA, que es el de sus cincuenta años, medio siglo desde su aparición.

Prima facie, el título es claro, pero cabe preguntarse: ¿qué quiere decir influencia? Se puede pensar que se quiere hacer referencia a una verdadera recepción, esto es, que determinadas instituciones jurídico-administrativas foráneas se han incorporado al Derecho español; o por el contrario, se puede pensar nada más en el dato de la cita y comentario de Derecho administrativo extranjero, que influye de una manera más o menos difusa en el Derecho patrio. Además, también se puede plantear el dualismo de si se pide que se centre la atención sobre la doctrina del Derecho administrativo o sobre el Derecho positivo, legislación y jurisprudencia.

Por otro lado, es lógico que se acote el campo al Derecho administrativo, pero no hay duda hoy, aunque esto se ha puesto en duda durante casi un siglo, que cuando se habla de Derecho administrativo también se hace referencia al Derecho constitucional; en una palabra, al Derecho público que establece los derechos fundamentales y regula la organización del Estado. Como es bien sabido, desde agosto de 1900, el vetusto Derecho político y el Derecho administrativo se separaron como disciplinas docentes, y también se seleccionó de forma separada a los profesores que iban a impartir estas asignaturas. Esto sigue siendo hoy así: los profesores de Derecho constitucional y Derecho administrativo componen escalafones propios del Cuerpo de Catedráticos y Titulares de Universidad, pero no hay duda hoy de que el estudio jurídico-administrativo incluye con frecuencia el estudio jurídico-constitucional, y lo mismo se puede decir de los estudios de Derecho constitucional que tratan o se refieren a cuestiones jurídico-administrativas. Y todo ello en virtud de que los derechos fundamentales y todos los preceptos constitucionales sobre el Gobierno, la Administración y la organización territorial del Estado son la base del orden jurídico estatal y, por ello, del Derecho público.

Fijado así el marco de la contribución que se me solicita, hay que decir, ya desde el primer momento, que es imposible llevar a cabo este trabajo de una forma rigurosa y completa, que es como he pretendido —nunca conseguido— elaborar todos mis trabajos. Primero, por razones de tiempo, ya que aunque se ha otorgado un plazo de varios meses, ya se sabe que la elaboración de un estudio solicitado debe incorporarse en un plan personal, con bastantes compromisos. En segundo lugar, porque hacer este trabajo de forma exhaustiva hubiese exigido muchos más meses; con ocasión de estudios similares sobre finales del XVIII y mitad del XIX en las Facultades de Derecho españolas y francesas, o finales del XIX y principios del XX con ocasión de la recepción del «método jurídico» de LABAND y OTTO MAYER en España y en toda Euro-

pa, o de la obra de COLMEIRO como protagonista de lo que he llamado «Estado administrativo» (1848-1868), dediqué miles de horas y dos veranos consecutivos, y largas semanas en la Biblioteca Nacional, para intentar exponer, no con detalle, la historia del Derecho político y administrativo en España. Por último, porque francamente no conozco lo suficientemente bien los Derechos italiano, francés y alemán —que son los que *prima facie* han influido más en el Derecho español— para poder llevar adelante este proyecto con profundidad y equilibrio.

Así pues, desde el primer momento tengo que declarar que esto es un ensayo de un ensayo, y que, desgraciadamente, por las razones dichas, es parcial y unilateral; me queda la tranquilidad de que en la invitación del Director de la REVISTA se dice expresamente que no debe ser un trabajo excesivamente dogmático, sino más bien descriptivo y, a ser posible, sin notas a pie de página. Sin embargo, he tenido presente no solamente el influjo de la doctrina extranjera, sino el Derecho positivo, y me he fijado no sólo en el Derecho administrativo, sino, en general, en el Derecho público, especialmente Derecho constitucional después de 1978.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EXTRANJERO EN ESPAÑA: TRADUCCIONES E INFORMACIÓN

1. En una primera apreciación formal es notable el hecho de la cantidad de traducciones de las grandes obras de Derecho administrativo, y en general Derecho público, alemanas, francesas e italianas que se encuentran en España. No se tradujo al español, pero sí al italiano y al francés, el *Derecho público del Imperio alemán* de LABAND (1876, y última edición en 1911). Por otra parte, en una traducción difícil, se vertió al castellano la 1.ª edición de *Derecho administrativo alemán*, de Otto MAYER, cuya lectura produce una impresión completamente diferente (y no solamente por los cambios que introdujo el autor) al texto de su 3.ª edición en 1923; lo curioso es que esta traducción (en Argentina, en 1949-1954) se hizo de la edición francesa que publicó Otto MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, en 1903, es decir, veinte años antes de su 3.ª edición. Se ha traducido al español la *Teoría de la Constitución* de Carl SCHMITT, entre otras de sus obras; *Las instituciones de Derecho administrativo*, de Fritz FLEINER. Se ha traducido gran parte de KELSEN, en España o en editoriales hispano-americanas, y en menor grado también de MERKL. Fernando DE LOS RÍOS llevó a cabo una notable traducción de la *Teoría General del Estado*, de JELLINEK (2.ª edición de 1905) en 1914-1915, reeditada en 1943 y en 1981, en Argentina.

En los últimos años se ha seguido la tradición de publicar en español clásicos alemanes, desde el opúsculo de Paul LABAND *El Derecho presupuestario*, traducido en 1979, algo más de un siglo después de su publicación, hasta la obra de gran influjo, pese a su dificultad, de Rudolf SMEND *Constitución y Derecho constitucional*, traducida en español en 1987 y publicada en alemán en 1928; y el trabajo de G. JELLINEK *Reforma y mutación de la Constitución*, traducido en 1991 y publicado en 1906. Y en los últimos cincuenta años se ha traducido al español el *Derecho administrativo* de FORSTHOFF, si bien en una edición bastante más antigua en relación con la edición que estaba por esas fechas en el mercado alemán. Aparte de otras obras menores de O. BACHOF, K. HESSE, P. HÄBERLE —*Libertad, igualdad, fraternidad* en 1998—, ULE, etc., junto a algunas monografías entre las que destaca el *Concepto de Ley en la Constitución alemana* de C. STARCK, publicada en español en 1979, se ha traducido parcialmente del alemán el monumental *Manual de Derecho estatal*, de STERN, en 1987, cuyo primer tomo, 2.ª edición, es de 1984, y el tercer tomo, volumen II, se ha publicado en Alemania en 1994. En 1992 se ha traducido *El Derecho administrativo económico*, de Rolf STÖBER, y no se debe olvidar la traducción al español en 1993 de la *Teoría de los Derechos fundamentales* de R. ALEXY, publicada en 1986. Por último, recientemente, en 1996, se ha traducido del alemán también el *Manual de Derecho constitucional* de Ernst BENDA.

Por otro lado, hay que resaltar que en los últimos años se han traducido al español la importante obra *Metodología jurídica*, de Karl LARENZ (dos ediciones diferentes), y *El negocio jurídico*, de FLUME, así como monografías de Derecho civil de HATTENHAUER. Por otra parte, junto a diversos artículos tanto en las Crónicas como en la sección de Estudios, la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ha informado de diversos aspectos de la Administración pública en la República Federal Alemana en los últimos años. En dicha REVISTA, además, se han recensionado más de 121 libros alemanes.

En resumen, se puede afirmar que el público español tiene acceso al Derecho público alemán (quizá más a los clásicos que a los modernos). Ahora bien, la información y estudio del moderno Derecho público alemán se encuentran en diversas monografías, publicadas en España en los últimos años, que estudian exclusivamente la realidad alemana o que hacen referencia a ella para analizar posteriormente la realidad española: así, por ejemplo, sobre la *jurisdicción contencioso-administrativa*, la *cooperación y convenios* entre la Federación y los *Länder*, la *organización supramunicipal* y su relación con el Estado y los municipios, el *valor de las Sentencias* del Tribunal Constitucional alemán y el principio de *igualdad* de los ciudadanos o

uniformidad de las condiciones de vida y el sistema federal, las *garantías institucionales*, las *relaciones especiales de sujeción*, *derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, etc.

2. Del Derecho público francés se han traducido al español, más que su Derecho administrativo, sus libros de Teoría del Estado, ya antes de la Guerra Civil; por ejemplo, obras de DUGUIT (pero no parece que esté entre ellas su monumental *Traité de Droit constitutionnel*, 3.ª edición, 1927), HAURIOU (pero no su *Précis de Droit administratif*, 9.ª edición, 1919), y recientemente, de este autor, una selección de obras escogidas (entre otras, los diversos prólogos de su *Précis de Droit administratif*); sí se tradujo (en Argentina, como el Otto MAYER), en 1948-50, *Los Principios del Derecho administrativo*, de G. JÈZE (1921-1936). En cambio, se tradujo completa en México la monumental *Teoría del Estado*, de CARRÉ DE MALBERG. En tiempos recientes se ha traducido, en 1986, el *Derecho administrativo* de P. WEIL (10.ª edición), y en 1980 el de G. VEDEL, debiendo destacarse la traducción en 1977 del *Derecho administrativo francés* de F. P. BÉNOIT, publicado en Francia en 1968, notable obra pero que no tuvo resonancia por, curiosamente, los acontecimientos políticos que ocurrieron en dicho año. Recientemente se ha traducido, en 1996, un estudio clásico de L. DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789*, y años antes, en 1980, se tradujo el *Derecho constitucional e Instituciones políticas* de André HAURIOU y otros.

En la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se han recensionado, hasta el núm. 149, más de 240 libros franceses (incluyendo libros belgas), y también se encuentran en la sección Estudios artículos de autores españoles y autores foráneos ofreciendo una variada información sobre aspectos de la Administración pública francesa y su Derecho.

3. De autores clásicos italianos, parece que aparte de *El ordenamiento jurídico*, de S. ROMANO, publicado en español en 1963, solamente se han traducido al castellano, en 1970 (2 tomos), la obra de R. ALESSI *Instituciones de Derecho administrativo* y, en 1978, la obra de ORLANDO *Principios de Derecho administrativo*, un clásico italiano; en comparación con Alemania no es mucho, teniendo en cuenta la influencia en España del Derecho administrativo italiano (por ejemplo, de ZANOBINI). Sin embargo, en 1984 se tradujo *Las lecciones de Derecho constitucional*, de A. PIZZORUSSO, y en 1991 se ha traducido *El Derecho administrativo*, volumen 1, de M. S. GIANNINI, que se publicó en 1970 en Italia (2.ª edición, casi veinte años después). En 1994 se ha traducido la obra *Las bases del Derecho administrativo*, de S. CASSESE. En 1983 se tradujo, de G. DE VERGOTTINI, *El Derecho constitucional comparado*.

En la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se han recensionado en los últimos cincuenta años más de 150 libros italianos, y también en Estudios y en Crónicas se encuentra abundante información sobre aspectos determinados de la Administración pública italiana y de proyectos legislativos sobre esta materia.

4. Por último, del Derecho inglés hay que hacer referencia a la traducción de la obra de H. W. R. WADE, en 1971, *Derecho administrativo*. Y en 1964 se tradujo el *Derecho administrativo norteamericano* de J. C. ADAMS. Recientemente, una obra del constitucionalista norteamericano SCHWARTZ, *El federalismo norteamericano actual*, 1984 (1993).

En la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se han recensionado más de cien libros de lengua inglesa (británicos y norteamericanos), no solamente de Derecho administrativo, sino sobre la Administración pública. También en Estudios y Crónicas de la REVISTA se encuentra información sobre la Administración y el Derecho administrativo inglés y norteamericano.

5. En resumen, tras este breve repaso, desde luego muy incompleto pero que puede ser algo ilustrativo, se puede afirmar que el público especializado español tiene una buena información del Derecho administrativo francés, italiano, alemán, y menos del británico y norteamericano. Salvo Italia, no debe haber muchos países que tengan tanta información sobre el Derecho administrativo comparado. En ese sentido hay que recordar aquí las palabras que hace ya casi un cuarto de siglo escribió Alejandro NIETO (1) sobre la superioridad de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en este aspecto, en relación con otras Revistas europeas.

III. VISIÓN GENERAL: LA PRESENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EXTRANJERO EN ESPAÑA

1. En una visión general, no hay duda de que el Derecho administrativo español llama la atención por la cantidad de citas de autores franceses, italianos y alemanes, tanto en notas a pie de página como en el propio texto. Esto contrasta con los manuales de Derecho

(1) REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Indices de los años 1950-1973 (núms. 1 al 72)*, págs. VII y ss., y XIII y ss. Hace treinta y cinco años, este mismo autor publicó en los Anales de la Universidad de la Laguna (III, 1965-1966, págs. 45 a 68), un artículo con el título de *Influencias extranjeras en la evolución de la Ciencia española del Derecho administrativo*, que deberá leer el lector interesado. Se trata sobre todo de un estudio de libros de Derecho administrativo español desde la primera mitad del siglo XIX hasta principios del siglo XX; se hacen más bien genéricas observaciones sobre la influencia, principalmente francesa, en la doctrina jurídico-administrativa española.

constitucional, en general pocos en citas de autores extranjeros, pero no así los todavía existentes cursos de Derecho político, que contienen permanentes referencias a la doctrina político-jurídica italiana, francesa, alemana y, también, norteamericana.

Así pues, la primera impresión tras la lectura de los diversos manuales y cursos de Derecho administrativo, tanto los publicados en los últimos cincuenta años como los anteriores —la primera edición del *Manual* de ROYO VILLANOVA es de 1910, y la última de 1964; y el *Tratado* de GASCÓN Y MARÍN, de 1917 y 1955-56—, es la abundancia de doctrina jurídico-administrativa extranjera, tanto en forma de citas doctrinales como, sobre todo en el caso francés, de decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos.

2. En la actualidad, y empezadas a publicar en los últimos cincuenta años, hay dos grupos de obras generales de Derecho administrativo español. El primero está compuesto por obras con gran ambición teórico-jurídica e histórica, y con permanentes remisiones, a veces casi monográficas, al Derecho francés, alemán o italiano, y también como un contrapunto dialéctico al sistema anglosajón. Estamos ante *Tratados* o *Cursos* con muchas ediciones, y que han dominado y dominan la enseñanza del Derecho administrativo español, tanto en la Universidad como en la elaboración de temas para oposiciones, etcétera. Frente a esto, nos encontramos con obras mucho menos ambiciosas —aunque a veces con varios volúmenes, por incluir la organización, la función pública, el dominio público y el Derecho urbanístico— que suelen llevar el título de *Manual*, *Curso* o *Principios*, incluso *Apuntes*, y a veces sencillamente *Derecho administrativo*, y que se ciñen al Derecho positivo y a la jurisprudencia, con muy pocas remisiones a la doctrina extranjera, salvo una breve referencia bibliográfica al final o al principio de cada capítulo. También hay un modelo intermedio: un Derecho administrativo que estudia el concepto, las fuentes, la organización y el acto administrativo sin una gran exposición de Derecho comparado, pero con detenimiento y un fundado aparato crítico a pie de página, en el que surgen, junto a la doctrina española, citas fundamentalmente de doctrina francesa, incluso con resoluciones jurisprudenciales, y, en menor grado, italiana.

3. El resultado de esta primera aproximación llevaría a concluir que no es fácil aislar la influencia extranjera en el Derecho administrativo español, porque todo él está impregnado de Derecho francés, alemán e italiano. Más todavía: la doctrina mantiene casi unánimemente que las instituciones de Derecho administrativo españolas que se forman en el siglo XIX (jurisdicción contencioso-administrativa se-

parada de la ordinaria; el concepto de dominio y servicio público; el contrato administrativo, etc.) son un mero *trasplante* o *copia* de las instituciones francesas nacidas de la Revolución francesa.

4. Frente a esta visión dominante, se van a hacer algunos matices —como un contrapunto— sobre la influencia extranjera en el Derecho público español, con trazos sintéticos. Ahora bien, se ha acotado la época que debe tenerse en cuenta, que se fija en los últimos cincuenta años; la pregunta es inmediata: ¿es que para estudiar la influencia extranjera en una rama del saber jurídico se puede arrancar *ex novo* a partir de los últimos cincuenta años de su existencia, cuando esa disciplina tiene formalmente más de siglo y medio? (2)

Parece que esto no sería correcto y, por eso, en estos epígrafes IV, V y VI se van a hacer unas referencias a la influencia extranjera en el nacimiento y primer desarrollo del Derecho administrativo español, para enlazar después con unas observaciones que desarrollen los puntos expuestos en las páginas anteriores. Y esto tiene interés porque parece que se puede desgajar una tesis de todo este fenómeno cultural: dentro de una clara xenofilia, en la doctrina jurídico-administrativa, y en general en la doctrina jurídica española, la relación entre el Derecho extranjero y el Derecho administrativo español parece ser la misma a través de las diferentes épocas; con un propio Derecho positivo, legislación y jurisprudencia bastante desarrollados —mucho más que la inmensa mayoría del resto del mundo—, la doctrina jurídico-administrativa española ha tenido a gala conocer, dialogar, criticar y asumir, en su caso, la doctrina alemana, francesa e italiana. Un ejemplo de saber jurídico nada provinciano.

IV. LA IMPLANTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS FRANCESAS EN EL SIGLO XIX

1. El supuesto trasplante de las instituciones jurídico-administrativas francesas en España a lo largo del siglo XIX puede ser matizado si se tiene en cuenta el sistema jurídico-administrativo del Antiguo Régimen, tanto en Francia como en España. Dejando de lado la cuestión un tanto nominalista de si existía Derecho administrativo antes de la Revolución francesa, lo que sí se puede constatar es que instituciones esenciales de la «moderna» Administración parece ser que no son una creación de la Revolución francesa, sino de Bonapar-

(2) Planes de Estudio: Decreto de 15 de julio de 1842; Real Decreto de 17 de septiembre de 1845; Ley Moyano, de 1857; Real Decreto de 11 de septiembre de 1858.

te (entendiendo por esto la formación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción ordinaria, para ventilar los conflictos entre los particulares y el poder público, la centralización potenciando los órganos monocráticos frente a los colegiados, etc.).

2. «Según nuestro sistema», en expresión de Dou en 1800, al exponer el Derecho público de España, se distingue entre jurisdicción contenciosa y gubernativa (política o económica); esta distinción también parece ser que es dominante en Francia y en Alemania. Este sistema suponía un diferente procedimiento (el mero expediente frente a la «figura y estrépito de juicio»), y también diferentes autoridades (el Intendente o el Gobernador frente a su Asesor o Letrado), para resolver los asuntos gubernativos frente a los contenciosos. Cansado el Rey de España de ver cómo se paralizaba (según las fuentes se hacían «inmortales») en las Justicias ordinarias (Alcaldes ordinarios, Alcaldes mayores, Audiencias, Chancillerías, etc.) la acción de las Autoridades reales, se vio obligado a crear una *Justicia privativa* —con cierta entidad ya en la segunda mitad del siglo XVI— para que conociese de los asuntos contenciosos en las materias que daban lugar a los más frecuentes conflictos con los súbditos (por ejemplo, Hacienda, Sitios Reales, Correos y Caminos, etc.). Se prohibió terminantemente a las Justicias ordinarias conocer de estas materias, ni gubernativa ni contenciosamente.

La Constitución de Cádiz eliminó la jurisdicción privativa y *concentró* todo lo contencioso en los creados *Juzgados de Primera Instancia* y *Audiencias*, Justicia ordinaria a la que se *prohibía expresamente el conocimiento de cualquier asunto gubernativo o económico* (arts. 242 y ss. y 274 del texto de Cádiz, Decreto de 9 de octubre de 1812 Reglamento de Audiencias y Juzgados, cap. I, arts. XIV, XIV y LXIV; cap. II, I y ss., VIII; cap. III, XI). Por otra parte, las materias políticas, administrativas y económicas se atribuyeron, igual que en el Antiguo Régimen, a los Ayuntamientos, a los Alcaldes y Corregidores, Intendentes, siendo a veces designado con nuevo nombre: Jefe político, o creadas a partir de viejas formas: Diputación Provincial (heredera del Real Acuerdo de las Audiencias); se mantuvo «toda la autoridad gubernativa y económica» de las autoridades administrativas (Decreto de 13 de septiembre de 1813, arts. V y XIV). Son estas autoridades las encargadas de resolver las reclamaciones y los recursos, siempre y cuando conserven el carácter de gubernativos (Junta de Agravios a nivel provincial y Diputación Provincial frente a agravios de los pueblos), ya que si se convertían en contenciosos había que pasarlos al Juzgado de Primera Instancia. Por mandato constitucional (art. 275) es en la legislación local (Instrucción de 23 de junio

de 1813, y sobre todo Instrucción de 3 de febrero de 1823) donde se aprecia, en el doceañismo, con mayor claridad, las competencias políticas (Alcaldes y Jefes políticos) y económicas (Ayuntamientos y Diputaciones) frente a los Tribunales que «se limitarán precisamente a lo contencioso» (art. 274 Constitución Cádiz).

3. Este sistema —que obviamente no era «judicialista», y mucho menos «a la inglesa»— fracasó porque, dada la indefinición (se «bautizaba» el asunto de gubernativo) del concepto de *contencioso* (cuestión de derecho, pleito entre partes, propiedad, causa legal, etc.), los más de 400 Jueces de Primera Instancia, herederos de la jurisdicción contenciosa de los Alcaldes ordinarios y de los Alcaldes mayores, y de todos los juzgados privativos, se vieron inundados por gran número de reclamaciones de los súbditos y de los Ayuntamientos que consideraban que el asunto era contencioso y no gubernativo-económico. Por eso mismo, en el Trienio Liberal se intentó restablecer la Justicia privativa, así, lisa y llanamente, de los Intendentes —habiéndose aprobado poco antes el Sistema administrativo de Hacienda pública en junio de 1821, que, como se ha dicho, según los Decretos de 1812 y 1813 antes citados, sólo permitía a Juzgados y Tribunales conocer de los asuntos contenciosos (pero no las reclamaciones y agravios) en materia de contribuciones—, fundándose en el artículo 278 de la Constitución («las leyes decidirán si ha de haber Tribunales especiales para conocer de determinados negocios»), pero el Proyecto fue derrotado. Restablecida en 1836 la Ley liberal de 3 de febrero de 1823 para el *Gobierno económico y político de las Provincias*, a los tres años (8 de mayo de 1839) fue necesario prohibir expresamente a los Tribunales que admitiesen interdictos contra disposiciones y providencias que dictasen Ayuntamientos y Diputaciones. Frente a un progresismo liberal ingenuo y sin concepto de Estado, el partido moderado y los conservadores presentaron Proyectos para reformar el gobierno de los pueblos y provincias, y crearon una jurisdicción contencioso-administrativa. Su finalidad era acabar con la «democracia civil», representada por el gobierno asambleario de Ayuntamientos y Diputaciones, limitando el sufragio y potenciando los órganos monocráticos, Alcaldes y Jefes políticos —Gobernadores civiles—, y, por otra parte, terminar con la «democracia militar» (la milicia nacional, ejército popular defensor de la Constitución según el modelo de Cádiz); así expresamente en el Prólogo de la Constitución de 1845.

4. Pero protagonistas y testigos de la época tuvieron conciencia de que la jurisdicción contencioso-administrativa era el restableci-

miento de la vieja *justicia privativa* del Antiguo Régimen; así, tanto SILVELA en 1838 como COLMEIRO en 1850 (*Derecho administrativo*, II, pág. 219; ed. 1876, págs. 358-359), que para justificar la Justicia administrativa separada de la Justicia ordinaria afirma que:

«Tan clara es esta doctrina que desde muy antiguo se acudió al establecimiento de *Juzgados privativos* como un medio de excluir a la Administración del fuero común, y librarla del yugo de los Tribunales ordinarios.»

Por todo ello, parece que tiene razón POSADA HERRERA cuando, en el Prólogo de 1880 escrito para el libro de GALLOSTRA sobre lo contencioso-administrativo, afirma que:

«Ni hace al caso que hayamos seguido en esto a los franceses, cuyos principios administrativos venimos adoptando hace siglo y medio, no por espíritu de imitación servil, sino porque Francia y España se han desenvuelto históricamente casi de una misma manera.»

No parece fácil que sobre esta cuestión se puedan ignorar los lapidarios capítulos de TOCQUEVILLE en su obra *El Antiguo Régimen y la Revolución* (Libro II, caps. 2, 3 y ss.), sobre la existencia de las instituciones de justicia administrativa, garantía de los funcionarios reales, centralización y tutela en la Francia anterior a la Revolución y al Imperio, y así lo ha expuesto rotundamente F.-P. BÉNOIT, en *Le Droit administratif français*, 1968, págs. 273 y ss., *passim*.

Y este hombre culto que era POSADA HERRERA, no puede por menos de sonreír sobre la imagen que han propagado estos «nuestros genios de regadío» sobre un sistema de pureza judicial y separación de funciones administrativas y judiciales en Inglaterra:

«No están allí [Inglaterra] científicamente separadas como en Francia, Italia y en España, las funciones legislativas, administrativas y judiciales ... los Jueces de Paz son verdaderos agentes administrativos y sustituyen a nuestros Alcaldes y Diputaciones provinciales...»

En efecto, el Juez de Paz inglés hasta 1888 (que pierde todas las atribuciones administrativas y de policía), era una magistratura casi universal (LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, 1896, I, pág. 109, nota, *passim*).

5. Así pues, analizando y teniendo en cuenta la evolución histórica, se puede matizar, y parece ser que se debe matizar, esa supuesta y completa importación de las instituciones jurídico-administrativas francesas en España en el siglo XIX. En España parece más bien que la Administración que se crea en 1845, y que ha sido la vigente hasta principios del siglo XX y, en otros aspectos, hasta recientemente, fue el producto de conscientes decisiones político-administrativas, en virtud de una realidad histórica y una crisis de Estado. La doctrina francesa que se pone como modelo por autores españoles de la época, los BONNIN, GANDILLOT, BOURBON-LEBLANC, MACAREL —realmente con muy poco contenido jurídico, por no decir nulo en algún caso, y que fundamentalmente son una exposición abstracta con pretensión de validez universal de la realidad organizativa de la Administración francesa—, no fue más que la «coartada científica» para establecer un determinado sistema político-administrativo que, en algunos aspectos sustanciales, hundía sus raíces en la propia historia.

V. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL ESTADO ALEMÁN Y DEL MÉTODO JURÍDICO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

1. Antes de entrar en esta fase, parece necesario hacer una mínima referencia a SANTAMARÍA DE PAREDES, no ya porque su nombre ha quedado vinculado históricamente a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888, sino porque su obra supone una ruptura con la tradicional visión desde BONNIN, que se incorporó a España en OLIVÁN, POSADA HERRERA Y COLMEIRO, con diferentes matices, y según la cual la Ley era la *voluntad* o la *cabeza* y la Administración era el *brazo*, esto es, la *fuerza* o la *acción*. SANTAMARÍA, criticando este planteamiento, en su *Curso de Derecho político* (cuya primera edición es de 1880-81), concluye que a partir de la expresión *poder ejecutivo*, que identifica con *poder administrativo* —como hacía COLMEIRO—, «no es difícil sacar en consecuencia que el poder ejecutivo ha de ser el encargado de cumplir de hecho los fines del Estado» (no dice de quién viene la fuente).

2. Parece que se puede mantener razonablemente que en tiempos modernos la noción de los fines del Estado ha sido desarrollada por la teoría alemana del Estado, y, en concreto, SANTAMARÍA recibió esta concepción probablemente de E. AHRENS (*Curso de Derecho natural o de filosofía del Derecho*, 3.^a edición, 1873, traducción de la 6.^a edición alemana, y del mismo autor, *Enciclopedia jurídica o expo-*

sición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado, traducción de F. GINER y G. DE AZCÁRATE, tomo I, 1878), cuya obra político-estatal dedica una parte esencial a la cuestión del «fin del Estado» (3). Así pues, frente al formalismo tradicional de voluntad y brazo, con el que se quería explicar los poderes legislativo y ejecutivo en el Estado, SANTAMARÍA lleva a cabo una exposición más rica e imaginativa sobre la Administración, poder ejecutivo o administrativo, al que cumple «realizar hechos dirigiendo y practicando los fines permanentes y tutelares del Estado» (*Curso de Derecho administrativo*, 1914, pág. 50). Muchos años más tarde, la Ley Orgánica del Estado de 1967 dispuso, en su artículo 40, que «la Administración asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general». Y esta visión teleológica sustancial de la Administración, frente al esquematismo Ley y ejecución, se encuentra también en el artículo 103.1 de la Constitución española: «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales».

La octava y última edición del *Derecho administrativo* de SANTAMARÍA es de 1914, y se solapa ya con otra nueva época, la del método jurídico, que centra la atención en el concepto y en la relación jurídica, frente a la obra de SANTAMARÍA, que es descriptiva, y que dividió la materia entre organización y funciones administrativas, sin definiciones y conceptos; no contiene ni una reflexión sobre el *acto administrativo*, común en los manuales europeos de la época y, desde luego, en el propio ADOLFO POSADA desde 1897 (*Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, págs. 219 y ss.). POSADA (*loc. cit.*), sin citar a MZ. ALCUBILLA —*infra*. VI, ep. 1 y VII b)—, utiliza el dualismo *acto administrativo* y *acto de gobierno* en un capítulo que no será publicado en la segunda edición de su *Tratado de Derecho Administrativo*, 1923. Sin embargo, hay que resaltar que SANTAMARÍA DE PAREDES (*Curso*, 1914, págs. 52 y ss.) utiliza la explicación, que después va a ser bastante dominante en el Derecho administrativo español, de que las facultades de la Administración como poder se llaman *potestades* (potestad reglamentaria, imperativa, correctiva, ejecutiva y jurisdiccional; aunque el autor hace referencia a que esto es un problema estudiado por la ciencia, no cita fuentes).

3. Tras esta referencia al administrativista de la Restauración, volvamos al enunciado de este epígrafe. Sobre este punto no hay que

(3) Aunque FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho administrativo*, I, 1930, pág. 27, mantiene que es ORLANDO quien representa la tendencia que considera que la Administración y el Derecho administrativo son los principios jurídicos que regulan la actividad del Estado para la realización de sus fines. Pero VELASCO remite a una serie de autores como antecedentes de esta concepción, como LOENING, MAYER, el mismo HAURIOU, etc.

detenerse mucho, porque es bien conocido y sobre él hay un cierto acuerdo. Unas veces de forma directa y otras veces a través de traducciones italianas o francesas, el método jurídico aplicado al Derecho constitucional y al Derecho administrativo, inaugurado, respectivamente, por LABAND y OTTO MAYER, se recibió expresamente en España en los manuales de Derecho administrativo que van a dominar la primera mitad del siglo XX: ROYO VILLANOVA (1910) y GASCÓN Y MARÍN (1917); el análisis formal y material de los actos del Estado, esto es, su «esencia» y «función», la teoría material de las funciones del Estado, dando lugar a las universalmente aceptadas expresiones de *Ley formal* y *Ley material, acto administrativo en forma de Ley*, etcétera, que se convierten en patrimonio del Derecho administrativo español. A Adolfo POSADA nunca le interesó este método, y comenta de forma marginal la «compleja significación» que tienen los manuales de GERBER y LABAND, entre otros, que representan un «tratamiento especial constructivo del Derecho público alemán». Y precisamente al comentar la obra de León DUGUIT frente a la suya, que según el propio Posada, solamente quería ser *Derecho político*, esto es, más ciencia política y sociología política e historia de las ideas que *Derecho público o constitucional*, indica que la obra del Profesor DUGUIT, a su modo de ver, significa «una técnica jurídica del Derecho público constitucional y administrativo francés de modo singular». Y esta labor, evidentemente, no la hizo Adolfo POSADA en el Derecho español.

4. Hasta qué punto el Derecho administrativo español de principios del siglo XX aplicó con rigor el método jurídico de OTTO MAYER y LABAND, y que hoy es dominante en el Derecho público alemán, con todos los matices que se quiera, es una cuestión difícil de resolver. Es evidente que el Derecho administrativo español asumió la Teoría jurídica del Estado alemana, con los conceptos de persona jurídica y órgano, abandonando la idea de representación y mandato para explicar la actuación del Estado, dominante no solamente en el Derecho público, sino también en el Derecho privado, a la hora de explicar las personas jurídicas. También, y sobre todo, la recepción es evidente en lo referente a la teoría de las funciones jurídico-materiales del Estado (*Ley material, formal, etc.*). No hay duda, por otra parte, de que, con más o menos fortuna, en las obras de ROYO VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN y RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO domina el método jurídico, la preocupación por la definición de conceptos, clasificación, etc., eliminando en general consideraciones políticas y sociales. Hay conciencia de la trascendencia que supone la literatura jurídico-pública alemana: GASCÓN (*Tratado*, 1935, pág. 17) señala que «a diferencia del Derecho administrativo francés, el alemán no deri-

va de una necesidad práctica, sino de una elaboración verdaderamente técnica, científica». FERNÁNDEZ DE VELASCO escribe que:

«La característica de esta literatura es su valor científico, su construcción elaborada con un rigor de técnica y un acopio de datos que ninguna otra ha podido igualar» (*Resumen de Derecho administrativo, I, 1931, pág. 40*).

A veces los resultados son peculiares; por ejemplo, cuando RECARDO FERNÁNDEZ DE VELASCO considera que la declaración de guerra es un acto de la Administración, aunque no sea un acto administrativo, cuando toda la doctrina alemana, y desde luego Otto MAYER, había calificado este tipo de actividades como pertenecientes a un cuarto nivel, que no era ni legislación, ni administración, ni justicia; algo que está «por encima», esto es, al Gobierno.

Parece correcto afirmar que, con más o menos intensidad, según los autores, se encuentra en estas obras todo el aparato conceptual alemán: Estado de Derecho y Estado de policía, principio de legalidad, fuentes del Derecho administrativo, fijación de conceptos y clasificaciones, que provenían fundamentalmente de la construcción llevada a cabo por Otto MAYER en su *Le Droit administratif allemand*, 1903 (que es la citada por GASCÓN Y MARÍN y, también, por VELASCO), que, como ya se ha dicho, fue la propia traducción que este autor hizo de su *Deutsches Verwaltungsrecht* (la primera edición fue de 1895, y la última de 1923).

5. Pero la influencia del Derecho alemán en España no es un caso aislado, sino que esto fue un fenómeno general en Europa, tanto en Francia, con HAURIU, DUGUIT, CARRÉ DE MALBERG; como en Italia, con ORLANDO, ZANOBINI, RANELLETI, D'ALESSIO, etc., que dio lugar en este último país a superar la influencia francesa de la primera época, según VILLAR PALASÍ (*Derecho administrativo / Introducción y Teoría de las normas*, pág. 212). Lo más llamativo fue la recepción de la doctrina de Ley formal y Ley material, que se extendió como la pólvora por toda Europa. La influencia alemana no solamente se dio en el Derecho administrativo, sino en general en toda la doctrina y teoría jurídica. Detalle significativo es que tanto la teoría de LABAND sobre el *mandato y la representación* como la distinción trascendental de GIERKE entre *corporación y establecimiento (Anstalt)* se impusieron en toda Europa; y en España parece que se recibió y extendió esta última clasificación a través de FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas* (traducida en 1929), pero, desafortunadamente, en lugar de

establecimiento se impuso el término «institución». Este dualismo entre corporaciones e instituciones figuraba en el frontispicio de la Ley española de lo Contencioso de 1956, artículo 1.2.c), y hoy ha desaparecido, artículo 1.2.d), sustituido por el término «entidades de Derecho público». La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) de 1997 podía haber utilizado, en lugar de la vacua expresión «organismos públicos», la de «establecimientos públicos», manteniendo así un lenguaje común en el Derecho administrativo europeo (*établissements, Anstalten*). Bien es cierto que Francia no ha recibido a GIERKE, aparentemente, y se sigue hablando de *établissement municipal* —todo sigue siendo *universitas*, como antes de GIERKE—, sin distinguir, por lo menos formalmente, lo que es evidente: la corporación como persona asociativa y el establecimiento como conjunto, normalmente personificado, de medios personales y materiales destinado a un fin o tarea y que ofrece prestaciones o servicios; el primero con miembros y el segundo con usuarios.

Así pues, la influencia del Derecho administrativo y, en general, del Derecho público alemán en España respondió a un fenómeno general en el Derecho europeo. Hay que recordar, además, que por la singular evolución del *Derecho político español*, España carecía de estudios jurídicos sobre el Derecho constitucional; en una palabra, de Teoría jurídica del Estado, y por eso tuvo que asumir la alemana o la francesa. Los tratadistas españoles de Derecho administrativo español estaban muy bien informados, pero la disciplina parcialmente se había hecho acéfala, por no tener propio Derecho constitucional, y ahistórica, por haber olvidado, ante tal cantidad de información extranjera, las raíces y la evolución histórica de las instituciones españolas, y tenía un cierto estilo cosmopolita (o, visto desde otro lado, poco nacional) en lo que se refiere al cuadro teórico o conceptual.

VI. MATICES AL PREDOMINIO FRANCÉS EN LA PRIMERA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

1. Frente a la idea dominante de que las categorías jurídico-administrativas españolas se forman en el siglo XIX sobre las francesas, como son contrato administrativo, dominio público, acto administrativo, servicio público, etc., tan sólo se pueden hacer aquí algunas preguntas y muy breves observaciones.

No hay duda, por la abrumadora cita de fuentes y de diversas monografías especializadas, que parece correcta la afirmación de que

«en España los juristas han seguido al pie de la letra la orientación francesa, proclamando la esencialidad de la noción del servicio público, al que, al igual que los teóricos del vecino país, consideran la base del Derecho administrativo» (4).

Pero el hecho es que la expresión «*obras y servicios públicos*» consta como materia competencial de los Consejos Provinciales en la Ley de 2 de abril de 1845, artículo 8, 3.º, cuando pasan a ser contenciosas las cuestiones sobre estos contratos celebrados por la Administración. De ahí que expertos en la materia hayan señalado que, con este precepto, el reparto entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la ordinaria, en materia de contratos, España se anticipó

«a la jurisprudencia francesa, que inicia la vigencia de idéntica doctrina particional en 1873, con el *arrêt Blanco*».

En virtud del mayor desarrollo social y económico francés, no hay duda de que su producción bibliográfica era muy superior a la española, pero en este punto se partía en España de una realidad del Derecho positivo y la influencia o recepción, por lo tanto, es relativa. Así se explica que COLMEIRO, en su edición de 1876 (II, págs. 95 y ss.), no haga ninguna referencia a doctrina extranjera, sino tan sólo se limite a exponer la materia de acuerdo con la normativa vigente, pliegos de condiciones generales y jurisprudencia (págs. 463 y ss.). COLMEIRO cita esporádicamente a autores franceses en cuestiones marginales (codificación, bondad de la prisión individual, huérfanos acogidos en Hospicios, etc.); su obra es una exposición de Derecho positivo español que domina todas las notas a pie de página. Pero lo mejor sobre esta asignatura en el siglo XIX es, sin duda, la obra de MZ. ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración* (española), 1858, 1.ª ed., 4.ª, 1886, en la que se encuentra un artículo sobre el *acto administrativo*, mejor que todo lo publicado en los manuales, que no estudian este concepto, hasta bien entrado el s. XX, salvo A. POSADA (*supra* V, 2. Muy buena en ALCUBILLA, también, la voz *contratos para servicios u obras públicas*, Tomo 3, 1.ª ed., 1960, p. ej. pág. 262 y en la 4.ª ed., T. 3, 1886), voz *contratos administrativos*; naturalmente, ni rastro de doctrina foránea.

En una importante monografía sobre *Contratos administrativos*, de 1899, de Federico DE ARRIAGA, no hay una sola referencia al Dere-

(4) ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, 1960, pág. 11.

cho francés, sino que todo es Derecho nacional. Años más tarde, en 1927, FERNÁNDEZ DE VELASCO publica su obra sobre los *Contratos administrativos*; el aparato crítico es, naturalmente, aparte de español, predominantemente francés e italiano, pero más que influencia lo que hay es un diálogo en virtud del Derecho positivo y de cuestiones generales con doctrina extranjera. Años más tarde, investigaciones rigurosas han mostrado cómo el principio de riesgo y ventura, hecho del Príncipe, *periculum rei*, principio de equivalencia, etc., son principios que se pueden encontrar hasta el Derecho intermedio.

Es una cuestión confusa el origen, sentido, extensión y alcance de los *privilegios o prerrogativas* (ejecutividad: rescisión, interpretación, sanción, modificación) de la Administración en los contratos de obras y servicios que celebre; pero no parece que esto sea una directa influencia francesa, sino producto de las circunstancias políticas administrativas en la España del siglo XIX, con contradictorios resultados frente al proclamado principio *pacta sunt servanda*. Los gobernantes españoles sentían un Estado débil frente a los poderosos y los influentes:

«Siempre que lucha el interés particular con el general, éste sale perjudicado, porque ni sus medios son tan eficaces ni tan activos como los de aquél. Las indemnizaciones suben a más, a mucho más de lo que debieran, sin que la Administración tenga medios para impedirlo. De aquí el que las obras no puedan extenderse ni ampliarse cuanto debieran... El interés individual siempre activo, siempre astuto y sagaz, suele burlar al interés público, haciendo que los sacrificios del Estado y de una Provincia cedan sólo en beneficio de unos pocos» (SEIJAS, Ministro conservador, en la Instrucción para los Gobernadores de Provincia de 26 de enero de 1850).

2. Si vamos al *dominio público* es evidente que formalmente la influencia francesa es manifiesta, puesto que en este país se acuña esta expresión, en los artículos 538 y 539 del Código civil; pero no su concepto, puesto que el Código civil francés incluía en el dominio público los bienes mostrencos, etc., que evidentemente nada tienen que ver con los bienes de uso general. El concepto sería construido después por PROUDHON, en su *Traité du Domaine Public*, cuya segunda edición es de 1843. Pero, entre nosotros, el dominio público como bienes de uso general son las vetustas *cosas públicas* de las Partidas, y por lo tanto ahí no hay ninguna recepción de Derecho foráneo, sino retomar una categoría tradicional del Derecho español (Tercera Partida, Título XXVIII, Ley VI).

Es cierto que COLMEIRO importará de Francia —y tomada, con bastante seguridad, de MACAREL, *De la Fortune Publique en France et de son administration*, 1838, tomo I, págs. 39 y ss.— la clasificación de dominio nacional dividido en dominio público y dominio del Estado (COLMEIRO, *Derecho administrativo*, 1850, tomo II, págs. 5 y ss., y 52 y ss.), que después quedará reducido al dualismo dominio público o nacional y dominio privado particular del Estado, en SANTA-MARÍA DE PAREDES, Adolfo POSADA y GASCÓN Y MARÍN. Pero es evidente que el concepto de dominio público en España, consagrado en el artículo 339 del Código civil, es muy diferente al francés; supuso el Código civil español una revolución al extender el dominio público a todas las aguas corrientes (*aqua profluens*), frente al principio dominante en el Derecho europeo de que solamente eran dominio público o cosas públicas las aguas flotables y navegables; y, además, el Código civil incorporó otros dos conceptos de dominio público: primero, los bienes destinados a algún servicio público, y después, el dominio público como la reserva al Estado de determinados bienes a los que solamente se podía acceder con concesión (minas).

3. Por otra parte, una de las columnas en la construcción del Derecho administrativo español del siglo XIX, esto es, el concepto y relación entre *obra pública*, *dominio público* y *servicio público*, no es fácil saber hasta qué punto está determinada por la doctrina francesa o más bien se ha formado por un camino propio con el Derecho positivo, legislación y jurisprudencia nacionales. A la vista de algunos interrogantes que se acaban de hacer, no parece correcto, sin haber estudiado minuciosamente la legislación y jurisprudencia españolas del siglo XIX —ya se ha publicado algún intento modesto—, afirmar sin más y de forma soberana que las instituciones jurídico-administrativas españolas se han construido sobre las francesas. La observación de POSADA HERRERA (*supra*, IV) merece ser tenida en cuenta. Como hipótesis cabe plantear que, dentro de un cuadro conceptual análogo por razones históricas, la propia legislación (extensa y relativamente permanente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, desde la Jurisdicción Contenciosa a la Hacienda Pública, pasando por las Aguas y el Patrimonio Real) y jurisprudencia en España determinaron la configuración y evolución de su Derecho administrativo, independientemente que la doctrina española citase y conociese la doctrina extranjera, en especial la francesa.

4. Una última observación. Sobre la *responsabilidad* del Estado o de la Administración por daños que causa a los particulares. Se suele partir de los artículos 1902 y 1903 del Código civil, mostrando

con ello el atraso del Derecho español en relación con el Derecho francés. Pero es un hecho que, quizá por la falta de interés de los estudiosos del Derecho administrativo español por las propias fuentes nacionales —en virtud de la crisis de la conciencia de Estado y nacional durante todo el siglo XIX y también parte del XX—, no se cita en esta materia el artículo 17 de la Ley de Hacienda Pública de 1850, que va a ser el 18 de la Ley de 1870 y el 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 (con la modificación de que remiten a los Tribunales competentes o a los Tribunales ordinarios, en estas dos últimas leyes), y que fue sustituido por los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y, después, por el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1956. Decía así este viejo precepto que la jurisprudencia del siglo XIX trae a colación:

«Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funda el reclamante, quedando a éste únicamente durante otro año el recurso que corresponda por la vía contencioso-administrativa, al que habrá lugar como si la reclamación hubiera sido denegada por el Gobierno. Este recurso prescribirá por el transcurso de dos años a contar desde la misma fecha.»

En un año singular (1869), el Tribunal Supremo de Justicia (se había suprimido el 13 de octubre de 1868 la jurisdicción contenciosa y se había creado en el Tribunal Supremo y las Audiencias una Sala para esta materia) reconoció como «principio universal de Derecho consignado en la constitución de las Leyes civiles» que ninguno puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común y previa la correspondiente indemnización. Y este principio no se aplica solamente a los casos de indemnización por expropiación, sigue diciendo la sentencia, «sino a todos aquéllos en que con motivo del bien público haya necesidad de tomar medidas más o menos urgentes con las que se perjudique a un tercero en su propiedad». Se trataba de la destrucción de un molino porque sus aguas estancadas eran insalubres. Parece que estamos ante un caso de sacrificio, o el principio de la *Aufopferung* del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 (Introducción, parágrafo 75), en virtud del cual era obligado indemnizar a aquellas personas cuyos derechos y privilegios se tenían que sacrificar por el bien de la comunidad.

En fin, lo que se quiere apuntar con toda modestia es que un es-

tudio riguroso de las leyes, reglamentos y jurisprudencia durante la segunda mitad del siglo XIX podría matizar, muchas veces considerablemente, la afirmación dominante de que el Derecho administrativo español ha copiado o incorporado miméticamente las instituciones jurídico-administrativas francesas.

5. Marginalmente resulta interesante subrayar cómo la incorporación o influencia de doctrina extranjera puede resultar absolutamente paradójica en un país, en este caso concreto en España. Así, la distinción de Ley formal y Ley material en Alemania no tenía un sentido exclusivamente teórico-jurídico, sino que lo que pretendía era fijar las competencias (indeterminadas en la Constitución prusiana de 1850, que da lugar a un conocido conflicto y a la correspondiente especulación teórica de LABAND) entre el Parlamento y el poder reglamentario del Gobierno. La tesis que se impuso era que toda norma jurídica o Ley en sentido material tenía que ser aprobada por el Parlamento, o expresamente autorizada por él, mientras que lo que no era norma jurídica, era competencia del Gobierno (en síntesis lo externo y lo interno, esto último, *Hausgut*, poder doméstico del Gobierno, Administración o «reserva del ejecutivo»). El resultado es que la expresión «regla de derecho» o aquello que afecta a la «libertad y propiedad» de los ciudadanos, quedó como competencia de la Asamblea legislativa. Trasladar esto a España era forzado, puesto que el constitucionalismo español establecía una competencia ilimitada de la potestad legislativa y una competencia reglamentaria para la *ejecución* de las leyes por parte del Gobierno.

Lo mismo se puede decir de la recepción en la doctrina española en 1910 de la clasificación de L. V. STEIN de los reglamentos —ejecutivo, autónomo (administrativo) y de necesidad—, los dos últimos sin base constitucional en España.

VII. NOTAS SOBRE ALGUNOS PUNTOS DE DOCTRINA EXTRANJERA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

a) *General*

1. En estos cincuenta años hay, evidentemente, dos épocas, desde 1950 a 1978 y desde 1978 hasta nuestros días. La Constitución ha marcado un hito en el Derecho público español y, por lo tanto, en el Derecho administrativo, que singularmente, un cuarto de siglo antes, había empezado a experimentar un profundo cambio.

2. En efecto, con la creación de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA en España, cuyo primer número se publicó en enero-abril de 1950, el Derecho administrativo español cambió sustancialmente; esta historia es tan bien conocida que no hace falta insistir sobre ella. Retengamos tan sólo que muchos artículos que se van publicando en la REVISTA tienen un contenido jurídico-cultural y de penetración conceptual y jurídico-histórica en las instituciones y categorías que, en muchos aspectos, se podría decir que parecía que se estaba ante una nueva asignatura.

Aunque las citas (la influencia ya es otra cuestión) del Derecho administrativo extranjero siguen siendo frecuentes, en los densos artículos, en las monografías y, después, en los grandes manuales que se publican en la década de los 50, de los 60 y de los 70 —a los que habían precedido apuntes de Cátedra, no bien editados pero que se conservaban como oro en paño por los estudiantes y los que ya no eran estudiantes— no hay la menor duda de que estamos ante otro tratamiento del Derecho administrativo. No importa en absoluto la exactitud o incorrección de las tesis que mantienen los autores; lo importante es el afán y el talante de conocer y de explicar instituciones jurídicas, su evolución a partir del Derecho español, tanto reciente como histórico, y de un conocimiento nada usual de doctrina y Derecho extranjeros, no sólo del francés, italiano o alemán, sino también del británico y norteamericano.

3. Pero fijar la influencia concreta del Derecho extranjero ya no es una cuestión tan fácil. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros países, el Derecho Administrativo español, en esos años, está fundamentalmente dominado por la grandes Leyes administrativas que se aprueban en España, como son: la Ley de Expropiación Forzosa de 1954; la Ley de Régimen Jurídico-Administrativo, texto refundido de 1957, que tiene, evidentemente, unos catorce primeros preceptos con contenido *quasi* constitucional; la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley del Patrimonio del Estado del mismo año, por citar tan sólo la normativa de carácter general administrativo. En el ámbito local se aprobó el segundo texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1955 y, entre otros, el Reglamento de Servicios de la Corporaciones Locales de 1955. Recordando esto se quiere señalar que bastante trabajo tenían los administrativistas españoles en comentar e interpretar la legislación aprobada, que suponía, en muchos aspectos, cambios importantes en la disciplina.

b) *Italia*

Pero, naturalmente, toda la interpretación de normas jurídicas se enmarca dentro de unas categorías, conceptos generales, y si, a pesar de lo arriesgado del intento, se quiere buscar algunas líneas generales de influencia se podría señalar lo siguiente:

— En la materia de *Derecho de Organización* —no en el estudio de una organización administrativa concreta— la influencia italiana es patente a través de las obras generales de RANELLETI, ZANOBINI, DE VALLÉS, GIANNINI, ALESSI, etc., así como multitud de monografías sobre esta materia, exponiéndose conceptos y distinciones como oficio, competencias, funciones, atribuciones, esfera de mansiones o tareas, subjetividad del órgano pero no personalidad, etc. En cambio, la doctrina alemana, la fundamental obra de Hans J. WOLFF *Organschaft und Juristische Person*, 2 tomos, 1933-34, reeditada en 1968, y después el segundo tomo de su *Verwaltungsrecht*, 5.ª edición, con BACHOF y STÖBER, de 1987 (la 4.ª edición, de 1976, es en algunos aspectos más interesante que la 5.ª) es pocas veces citada, y desde luego no incorporada, obra que a mi juicio es determinante en Alemania, y alabada (Giannini) en Italia. Aunque quien escribe no tiene gran competencia sobre esta cuestión, parece que la doctrina italiana está más influida por la alemana que la española (5). No es infrecuente en España que se haya conocido la teoría jurídico-estatal alemana a través de las fuentes italianas, que tradujeron en seguida las grandes obras de Derecho alemanas. Obviamente, este fenómeno no tiene ninguna relación con la calidad de la doctrina jurídico-pública italiana.

— La influencia italiana también se puede constatar en la recepción en España de la *teoría de las potestades administrativas*. Como ya se ha dicho, siempre se ha hablado en España de potestad reglamentaria, correctiva y sancionadora, ejecutiva, etc.; pero quizá sea SANTAMARÍA DE PAREDES, en su *Derecho Administrativo* (8.ª edición, 1914, págs. 52 y ss.), quien establece una directa relación entre el poder del Estado y las potestades de la Administración pública. Parece ser que la moderna doctrina proviene de Italia, en concreto de SANTI ROMANO, en 1926, y es desarrollada posteriormente por diversos autores italianos. Hay que subrayar que esta teoría, bastante dominante en

(5) Poco después de haberse planteado en Alemania la duda de la constitucionalidad de la llamada ley medida (*Massnahmegesetz*) se publicaba en Italia, por un gran jurista, C. MORTATI, la monografía *Leggi Provvedimento*, en 1968, que arranca, naturalmente, del Derecho alemán (VI, pág. 3) y está plagada de citas de la doctrina alemana.

España, no existe ni en Francia ni en Alemania. En Alemania, la visión general es que el poder del Estado se expresa en la atribución a los diversos órganos del Estado de la correspondiente competencia, que es ejercida dictando normas (reglamentarias o administrativas), en su caso resoluciones o actos administrativos, celebrando contratos, etc. La palabra potestad se reserva para la potestad legislativa y para la potestad reglamentaria, o en relación, en general, con la separación de poderes (*puissance*, potestad en francés, se traduce en alemán por *Gewalt*, *Gewaltenteilung*, separación de poderes).

— Parece también que es una clara influencia italiana la utilización de la expresión «*autotutela*» para designar los privilegios de la Administración ante los Tribunales, la presunción de legalidad de los actos administrativos y su eficacia, la posibilidad de ejecutar sus propias decisiones utilizando, incluso, la coacción, etc. Parece ser que esta expresión proviene de la doctrina italiana (D'ALESSIO y BENVENUTI), donde sigue siendo muy característica, igual que en España. También hay que señalar que este conceptualismo es desconocido en Francia y Alemania. Las cualidades de validez, eficacia y ejecutividad de los actos administrativos se considera que provienen de la propia naturaleza del poder del Estado y, en general, del poder público, que desde la Ley hasta el mandato de un policía es de obligatorio cumplimiento, independientemente de los recursos o medios de defensa que se puedan utilizar. El fuero propio de la Administración o Justicia jurídico-administrativa se explica por razones históricas y también, a veces, por la diferencia que existe entre los conflictos privados y los conflictos entre el Estado y los ciudadanos.

— Otro punto donde la influencia italiana ha sido y es notable es en la definición de *competencia*, de la que es frecuente en la doctrina española encontrar la definición de «medida de potestad del órgano» (parece ser que proviene de D'ALESSIO). No parece que el Derecho administrativo francés, por su carácter práctico, nada teórico o especulativo, se preocupe de estas cuestiones; llegado el caso, se trata la incompetencia como un supuesto de posible ilegalidad, o lo relevante es sólo explicar la *delegación de competencia* y la *delegación de firma*, la primera sería nuestra desconcentración y la segunda es un supuesto más para el ejercicio de la competencia o delegación impropia, el artículo 13 de la Ley 30/1992 española, que se duplica con la regulación de la *delegación de firma* del artículo 16 y con la *encomienda* del artículo 15. Las tres figuras son la misma cosa: ejercicio *nomine alieno* de la competencia de otro órgano, que pertenece a la misma organización personificada o a otra. En cambio, en Alemania, la definición de competencia está dominada por la obra de WOLFF con un rigor realmente notable, distinguiendo entre imputa-

ción final (a la persona) e imputación transitoria (al órgano) que la gestiona como propia, unido a un concepto estricto de *órgano*, sujeto que gestiona competencias con cierta independencia, y de cargo (*Amt*), que es la unidad más pequeña para gestionar competencias, y que tiene relación con el viejo término de *oficio*.

— Otro punto donde se nota la influencia italiana en el Derecho administrativo español es en la *definición del acto administrativo*. Es aquí dominante la definición de ZANOBINI como «declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento realizada por la Administración», añadiéndose unas veces que es «en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a una potestad reglamentaria», y otras veces sencillamente se dice que es en el «ejercicio de una potestad administrativa» o de «poder público». Esta diferencia estriba en una discusión muy usual en el Derecho español sobre si el concepto de acto administrativo debe incluir no sólo las resoluciones que afectan a situaciones individualizadas, sino también las disposiciones o reglamentos administrativos.

También está en juego en esta definición si se debe incluir dentro del concepto de acto no sólo la *resolución* o decisión sobre una situación concreta o individual, sino también los informes, las propuestas, etc.

GASCÓN Y MARÍN (*Tratado de Derecho Administrativo*, I, 1935, págs. 188 y ss.), tras un repaso a la doctrina de la época (Otto MAYER, DUGUIT, etc.), señala que el acto administrativo debe referirse a la «idea de decisión o resolución que se contrapone al señalamiento por vía general de *normas* jurídicas obligatorias para los administrados», y, por lo tanto, concluye que el acto administrativo determina «una situación jurídica individualizada». Esta es también, sustancialmente, la tesis (*vid. supra*, VI, 1) de MZ. ALCUBILLA, cuya obra (*Diccionario de la Administración*, 1858), incomprensiblemente fue ignorada por la doctrina española: las disposiciones o medidas generales (reglamentos), que son *actos de gobierno* y no propiamente *actos de administración*. Esta idea se ha mantenido en la otra corriente doctrinal actual, que tiene un concepto estricto de acto administrativo (tanto en el sentido de que tiene que ser una resolución, y no informe o propuesta, como en el sentido de que se excluyen las disposiciones reglamentarias).

— La concepción *estricta del acto administrativo* es la dominante en Alemania desde Otto MAYER (*vid. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.^a edición, 1990, pág. 149):

«Una decisión de la autoridad administrativa que determina frente a un particular lo que debe ser su derecho en un caso concreto.»

La Ley alemana de Procedimiento Administrativo de 1976 ha confirmado esta concepción estricta (sólo resoluciones y exclusión de las disposiciones).⁶ En efecto, su artículo 35 contiene una definición legal de acto administrativo:

«Cualquier resolución (6), decisión u otra medida de una autoridad para la regulación de un caso concreto, en el campo del Derecho público...»

También otra Ley de Procedimiento Administrativo, el llamado Código de Procedimiento Administrativo portugués de 1991, en su artículo 120, contiene una definición de acto administrativo:

«Las resoluciones de los órganos de la Administración que, al amparo de normas de Derecho público, vayan a producir efectos jurídicos en una situación individual concreta.»

Es curioso que la Ley de Procedimiento española de 1958 y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 1992 (modificada por la Ley de 13 de enero de 1999) no contengan ninguna *definición del acto administrativo*. La falta de una definición legal ha dado lugar a esta disparidad en la doctrina española, donde se constata la influencia francesa e italiana, con un concepto de acto administrativo amplio (tanto decisiones como reglamentos), y la influencia italiana al incluir las llamadas declaraciones de juicio, conocimiento, etc., además de las verdaderas decisiones o resoluciones. En cambio, en el concepto estricto de acto administrativo en la doctrina española no se sigue plenamente la doctrina alemana, ya que ésta, como se acaba de ver, centra el criterio en la resolución del «caso concreto» y no en la «situación individual o personal» (aquí, como es bien sabido, entran en juego las ecuaciones abstracto-concreto y general-particular o singular).

— Todo esto tiene efectos prácticos; recientemente, el Tribunal Supremo de España, en Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (Recurso de Casación núm. 7742/97), ha considerado que la *declaración*

(6) El texto alemán dice *Verfügung*, que literalmente es disposición, como a veces se suele traducir, pero jurídico-administrativamente esto es muy equívoco, ya que disposición (reglamento) es precisamente lo que no es el acto administrativo en dicha definición; el Derecho español parte de la distinción rotunda entre resolución de carácter particular y disposición de carácter general. *Verfügung* se podría traducir por providencia (aunque en el Antiguo Régimen también había providencias generales y providencias particulares), pero hoy este término está monopolizado por la Administración de Justicia.

de impacto ambiental no es susceptible de ser impugnada autónomamente, porque no es un acto autorizatorio, no es una decisión última de la Administración; es más bien un acto de trámite, tesis muy matizable. Terminemos aquí estos meros apuntes sobre el acto administrativo.

— Por último, se puede citar la influencia que ha tenido el dualismo típico en la doctrina italiana, parece ser, de *derecho subjetivo e interés legítimo*, en el Derecho administrativo español, que aparece en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956 y en el artículo 24 de la Constitución de 1978. Pero esta recepción ha sido expresa y rotundamente rechazada por un sector doctrinal muy cualificado, manteniendo que hay que centrar la atención en un concepto de derecho subjetivo amplio como situaciones jurídicas protegidas.

— Para terminar este punto, no queda más que recordar que parece ser que la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958 se vio influida, por un proyecto en Italia de Ley General sobre la Administración Pública, cuyo contenido se parecía mucho al constituido por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo.

Naturalmente, los puntos anteriores no reflejan en absoluto la utilización del Derecho italiano en muchas monografías españolas, que recurren a la doctrina jurídico-administrativa italiana para explicar o enriquecer su comentario sobre determinadas cuestiones; por ejemplo, sobre el Patrimonio histórico.

— Aunque es una cuestión complicada, parece oportuno hacer una referencia al dominante dualismo (legal y doctrinal) de *nulidad* y *anulabilidad* de los actos administrativos. Esta dicotomía parece provenir de Alemania vía Italia, junto con la construcción del «negocio jurídico» (*Rechtsgeschäft*). En 1929, FERNÁNDEZ DE VELASCO en *El acto administrativo*, págs. 214 y ss., y 221, al estudiar las «nulidades» se refiere a la inexistencia, a la nulidad absoluta y a la nulidad parcial, exposición muy poco sistemática. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 1935, págs. 200 y ss., se refiere sólo a la nulidad por exceso o desviación de poder, y la falta de ciertas formalidades. En 1955, en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se expone, parece ser que por primera vez, de forma sistemática, los motivos de impugnación del acto administrativo, nulidad y anulabilidad. En 1956, se traduce al español el libro de L. C. FERRARA, *El negocio jurídico*, que parece haber tenido resonancia en España, *vid. supra* II, epíg. 1, sobre la obra de FLUME; en 1967 se publica *El negocio jurídico* de Federico DE CASTRO, con un detallado análisis de los negocios nulos y anulables. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed., Tomo I, pág. 426, nota 7, indica que: «este término (*Anfecht-*

barkeit, anulabilidad), ha alcanzado un reconocimiento general a través de SAVIGNY»; *vid.* SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1841, IV, pág. 537, que distingue entre invalidez completa: nulidad (*Nichtigkeit*), e invalidez incompleta: anulabilidad (*Anfechtbarkeit*). La doctrina jurídico (administrativa) francesa, no tiene término para «negocio jurídico», que se traduce por acto jurídico; esta doctrina, muy apegada al contencioso por exceso de poder y a las correspondientes decisiones del Consejo de Estado, no parece preocupada por una teoría de las nulidades, y en sus manuales se encuentran estas cuestiones bajo la expresión legalidad interna, externa, etc.; a veces se encuentran afirmaciones ajenas a la doctrina y la práctica españolas: «la nulidad absoluta es lo único que puede concebirse en Derecho administrativo», LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 1976, 7.ª ed., Tomo I, pág. 260. En Alemania esta distinción ha llegado a una precisión técnica procesal: para los procedimientos por nulidad se presenta la llamada *Feststellungsklage* (acción que constata o declara la nulidad), y para los procedimientos de anulación de actos se utiliza la *Anfechtungsklage* (acción de anulación), arts. 43 y ss., y 79 y ss. de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa alemana.

c) Francia

— Sin poder evitar ser superficial, hay que constatar que en toda la doctrina española se encuentra expuesta y comentada la discusión francesa sobre el concepto de *servicio público clásico y su crisis* por los diferentes regímenes jurídicos, públicos y privados, de la actuación administrativa moderna e intervencionista. La anécdota aquí es quizá señalar que la distinción entre organismos autónomos de carácter administrativo y de carácter comercial, industrial, financiero [art. 4.1.a) de la Ley General Presupuestaria de 1977] proviene, parece ser, del Derecho francés (*établissements publics à caractère administratif y établissements publics à caractère industriel ou commercial*). Esta terminología que parece ahora refundida en la clasificación de la LOFAGE de los organismos públicos en organismos autónomos y entidades públicas empresariales, cuestión a la que ya se ha hecho una referencia.

— Una institución francesa clave que se encuentra en toda la doctrina española son las expresiones *privilège du préalable* que se considera, según el Consejo de Estado, como «la regla fundamental del Derecho público»: la decisión administrativa se toma y se aplica previamente a toda intervención jurisdiccional, que solamente se producirá *a posteriori*. La otra expresión típica francesa que se en-

cuentra en la doctrina jurídico-administrativa española es la llamada «decisión ejecutiva» (*décision exécutoire*), esto es, que la Administración puede asegurar la ejecución de sus decisiones *manu militari*, es decir, por sus propios medios coactivos. Ambas expresiones provienen de M. HAURIUO (*vid.*, por último, René CHAPUS, *Droit administratif général*, 1988, págs. 329 y ss.). Las dos tienen apoyo en el Derecho positivo español desde el siglo XIX —art. 8 Ley 2 de abril 1845, Consejos Provinciales; no hay duda: la vía contenciosa supone la «preexistencia de reclamaciones en la esfera gubernativa», MZ. ALCUBILLA—, y también con anterioridad, evidentemente con muchos matices, pero el hecho es que se busca quizá mayor autoridad y brillantez en la exposición correspondiente, cuando el autor español utiliza esta prestigiosa terminología.

— También es manifiesta la influencia que ha tenido el Derecho administrativo francés en toda la cuestión de la *descentralización* y *desconcentración*. En muchos aspectos, la doctrina española actual, al estudiar estas cuestiones, ofrece más material histórico francés que los modernos manuales franceses; por ejemplo, la anécdota de cómo surgió (AUCOC) el término «desconcentración» con ocasión de la discusión de unos decretos de organización en Francia en 1852 y 1861. En 1982, Francia experimentó una gran reforma político-administrativa por la Ley 82/213, de 12 de marzo (derechos y libertades de los Municipios), y la Ley 83/8, de 7 de enero (reparto de competencias de los Municipios), y posteriores Decretos de mayo de 1982 sobre los poderes de los Prefectos, Decretos que enlazan con la Ley sobre desconcentración 92/125, de 6 de febrero, conocida también como Ley de Desconcentración. Muy en síntesis, se puede decir que esta legislación ha supuesto una ampliación de las competencias de las entidades locales y una reducción considerable de la tutela del Estado sobre ellas. Si bien antes se consideraba compatible con la descentralización de las entidades locales una tutela que incluyese el poder de anulación, la aprobación de actos ya tomados, la autorización previa para dictar actos y la facultad de sustitución y subrogación, después de la Ley de 1982 estas facultades han desaparecido. A las antiguas autoridades de tutela sólo les queda la impugnación de los actos de las entidades locales ante los Tribunales administrativos, pero siguen conservando para determinados supuestos (por ejemplo, inactividad de la corporación local) el poder de sustitución (CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo I, 1986, págs. 190 y ss.; F. I. LUCHAIRE, *Le Droit de la Décentralisation*; y J. BOURDON, J. M. PONTIER y J. C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, 1987) (7).

(7) Y sobre la desconcentración de 1992, aunque no muy jurídico, Maurice BOURJOL.

— El actual Derecho público alemán tiene poco interés por estas tradicionales categorías de descentralización y desconcentración (y mandato), y se busca más bien fijar los diferentes *tipos de Administración* (Administración propia de los *Länder*; Administración federal delegada; Administración propia de la Federación; Administración accesoria o dependiente de la Ley; Administración libre de la Ley, etc.; HERZOG-LERCHE y otros, *Grundgesetz Kommentar*, arts. 83, 84, 85, 87, con entregas desde 1961 a 1992, por ejemplo, y W. KREBS, «Verwaltungsorganisation», en *Handbuch des Staatsrechts*, III —dirección ISENSEE/KIRCHHOF—, 1987, págs. 567 y ss., y en la misma obra, IV, 1990, págs. 857 y ss., contribución de W. BLÜMEL, «Verwaltungszuständigkeit»).

— Curiosamente, Alemania, país con bastante tradición en la autonomía local (*Selbstverwaltung*), considera perfectamente compatible la tutela jurídica de las autoridades territoriales superiores sobre el ejercicio de competencias propias de las entidades locales y, naturalmente, la tutela material y de oportunidad sobre el ejercicio de competencias delegadas en los Municipios.

— Es bien sabido que hoy en España, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 4/81, FJ 3; STC 14/81, FJ 6, etc.) como por la propia legislación (Ley 7/85, reguladora de las Bases de Régimen Local), se considera incompatible con la autonomía local una tutela de legalidad genérica. ¿Hasta qué punto hay en esta materia una influencia francesa o una simple convergencia de los Derechos nacionales español y francés? Dejémoslo así.

— Por último, basta sencillamente recordar que una técnica legal y jurisprudencialmente consagrada en España, y que ha sido objeto de multitud de estudios, la desviación de poder, tiene su origen en la técnica francesa de *détournement de pouvoir*, bastante compleja y discutida en Francia, en algunos aspectos igual que en España (por ejemplo, CHAPUS, *Droit administratif général*, I, 1987-1988, págs. 654 y ss., dificultad de la prueba, etc.). También se encuentra esta técnica en Alemania (FORSTHOFF, *L. d. Verwaltungsrecht*, 10.^a edición, 1973, págs. 97 y 99; y WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 1994, pág. 379) con la expresión *Ermessensmissbrauch* (abuso de discrecionalidad), junto al *exceso* de discrecionalidad y *omisión* de discrecionalidad. La argumentación judicial en estos casos y la entidad de esta técnica presentan interesantes diferencias en cada país. Parece

La réforme de l'administration territoriale, «L'Actualité juridique, Droit administratif», 20 avril 1992, spécial, págs. 140 y ss.; Paul BERNARD, *Un Etat déconcentré dans une nation décentralisée*, «L'Actualité juridique, Droit administratif», 20 avril 1992, spécial, págs. 39 y ss.; Jean-François AUBY, *La loi du 6 février 1992 et l'administration d'État*, «Rev. fr. Droit adm.», 9 (s), mars-avril 1993, págs. 234 y ss.

ser que la desviación de poder, de cuño francés, no ha sido plenamente aceptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, I, 1988, pág. 284).

Estas breves observaciones sobre conceptos e instituciones del Derecho administrativo francés en el español no reflejan, ni lejanamente, la presencia del Derecho francés en España, a través de citas, remisiones y comentarios no sólo de doctrina, sino, con mucha frecuencia, de *arrêts* (el ya citado *Blanco*, la *Société Immobilière de Saint-Just, Monpeurt*, etc.), de tal manera que esta presencia y conocimiento contribuyen, indudablemente, a crear una conciencia jurídico-administrativa en ciertos estudiosos en España sobre el Derecho administrativo francés.

d) *Alemania*

1. El Derecho administrativo alemán a partir de 1950 ha estado muy presente en el Derecho español, a través del gran manual de E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, que alcanzó la décima edición en Alemania en 1973, y una de cuyas primeras ediciones se tradujo al español en 1958. Ya fue recensionada esta obra en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA en 1950. El concepto de FORSTHOFF que más impacto tuvo en el Derecho español fue el de *Daseinsvorsorge*, literalmente «asistencia vital», con lo que el autor alemán pretendía calificar la nueva Administración del Estado social, prestadora de servicios, frente a la Administración de policía, típica del Estado liberal de Derecho. Este concepto mereció incluso un estudio monográfico muy bien informado en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en su núm. 38. El término se hizo usual en la doctrina jurídico-administrativa española, pero, como ocurre otras veces, la función de esta expresión en España no se correspondió con lo que pretendió su autor al acuñarla.

— En efecto, la Administración alemana (fundamentalmente la municipal) a lo largo de los siglos XIX y XX había empezado a prestar servicios de abastecimiento (agua, gas, electricidad, etc.) en forma jurídico-privada, porque había comprado o adquirido las empresas particulares que prestaban estos servicios. El concepto de *Daseinsvorsorge* tenía la función práctica de llamar la atención sobre que estas prestaciones jurídico-privadas de la Administración eran verdadera Administración material o funcional y, por lo tanto, había que someterlas a ciertas ligaduras del Derecho público, ya que aquí se

producía una clara laguna en el principio de legalidad de la Administración pública. Estas actividades no eran meramente económicas, para obtención de beneficios o lucro, etc. (la llamada Administración fiscal alemana), sino que era verdadera Administración pública que satisfacía un interés general. Se trataba del problema general de la huida de la Administración al Derecho privado, al que se enfrentó FORSTHOFF con el concepto de *Daseinsvorsorge*, y WOLFF con el por él llamado *Derecho privado administrativo*, esto es, el conjunto de ligaduras (esencialmente, los derechos fundamentales) a las que está sometida la actuación administrativa jurídico-privada cuando no es puramente fiscal, sino de dirección social y asistencia vital.

Esta manera de pensar sigue existiendo en Alemania; por ejemplo, los aeropuertos son, por la tradición alemana, *empresas* (*Unternehmen*) que actúan en régimen jurídico-privado y que fijan las tarifas que tienen que pagar las compañías de aviación para la utilización de sus instalaciones de forma privada; se trata de un precio privado. Pero, naturalmente, como se trata de una Administración material, en el sentido de asistencia vital, porque no se concibe la sociedad moderna sin los servicios aeroportuarios, la fijación de esos precios tiene que tener siempre en cuenta que se está ante una *Daseinsvorsorge*, y no puede tener exclusivamente como criterio el económico. Independientemente, el Código civil alemán dispone en su artículo 315 que cuando la contraprestación se determine por uno de los contratantes, su determinación deberá hacerse en un sentido equitativo. Estos son los argumentos que se ventilan en los Juzgados ordinarios alemanes cuando las compañías impugnan las tarifas por considerarlas muy altas.

Se comprende que este planteamiento en España estaba un tanto fuera de lugar, porque aquí estos grandes servicios los gestionaba directamente la Administración, o a través de concesionarios, y en el contrato de concesión se establecían ya las reglas y obligaciones del contratista, enmarcando, pues, jurídico-administrativamente la prestación.

— Recientemente se ha vuelto a plantear monográficamente en España con toda amplitud la cuestión, en terminología alemana, del *Derecho administrativo privado*, ante el proceso de privatización de grandes servicios o prestaciones, así como en general la huida al Derecho privado de la Administración pública. La expresión *Daseinsvorsorge* sigue apareciendo en el Derecho administrativo español, para referirse gráficamente a actividades que actuando en régimen de libertad de empresa están moduladas por el interés público (servicio universal).

— La influencia alemana en el Derecho administrativo español se ha fortalecido al extenderse el uso del *principio de legalidad* en sus

dos vertientes, primacía y reserva de Ley, así como las expresiones Estado de policía, Estado de Derecho y Estado social de Derecho, esta última con propia y específica consagración constitucional (art. 1.1), tal como consta en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn (Estado social y democrático de Derecho).

— Las *relaciones especiales de sujeción* fue otro concepto alemán, ya conocido, que se estudió con cierta extensión en 1961 y se ha extendido en el Derecho español, pero de una forma francamente peculiar, con una aplicación desmedida e incorrecta a relaciones jurídicas que nada tienen de sujeción especial (concesiones, etc.). Esta institución ha sido especialmente estudiada a lo largo de los años, y se pueden contabilizar tres importantes monografías de 1992 y 1994.

— Otro influjo germánico, esta vez austríaco, se puede constatar en la recepción en España por doctrina muy prestigiosa e influyente de las expresiones *negative* y *positive Bindung* de la Administración. Se quiere con esto manifestar que la Ley no es sólo un límite externo a la actuación administrativa, sino que toda actuación administrativa debe tener su fundamento en la Ley. Esta cuestión se transforma a la larga en una concepción de la reserva de Ley amplia y total. La *positive* y *negative Bindung* es uno de los *topoi* clásicos del Derecho administrativo español, aunque no se puede decir que sea una doctrina dominante en España, sino más bien lo contrario. En Alemania se desconoce por completo este principio de la *positive Bindung*, que ha tenido su desarrollo en el ámbito de la escuela de la teoría pura del Derecho de Kelsen. Es curioso subrayar las diferencias radicales que al respecto se suscitan en las reuniones entre profesores alemanes y austríacos sobre esta cuestión.

— También hay que señalar que la distinción alemana entre *reglamentos jurídicos* y *reglamentos* (disposiciones) *administrativos* u organizativos ha sido recibida en España; ahora bien, sin la antigua connotación alemana de que los reglamentos administrativos no son normas jurídicas. Esta distinción ha pretendido limitar la potestad reglamentaria de los Ministros a estos meros reglamentos administrativos de organización y funcionamiento interno. No se puede negar su influjo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La raíz alemana de esta distinción está en separar los aspectos en la actuación del Estado: un ámbito externo, esto es, las relaciones con los particulares, sometido estrictamente al principio de legalidad, y todo el ámbito interno que, según un sector doctrinal (fundamentalmente LABAND), no tenía carácter jurídico. Esto responde a una concepción liberal-burguesa del Derecho público que se despreocupa de toda la organización interna del Estado y solamente atiende a lo que puede afectar a la libertad y propiedad de los ciudadanos. Esta concepción

empezó a criticarse desde un artículo de KRÜGER, en el *Homenaje a Smend*, en 1952, y la crítica hoy a esta concepción es bastante unánime.

— En la doctrina española ha sido y es muy frecuente la cita de la teoría alemana del *Fisco*, que es la faz jurídico-privada del Estado, sometida al Derecho y a los Tribunales ordinarios en su relación con los particulares, frente a la acción en ejercicio del poder público del Estado. El Fisco era la única posibilidad de protección jurídica que tenían los súbditos antes de instaurarse el constitucionalismo en Alemania. Pero en España se ha dado a conocer también que esta imagen histórica no resiste un análisis de las fuentes y así, por ejemplo, entre otros, en 1981 se dio a conocer la crítica en Alemania a esta teoría del Fisco de OTTO MAYER, fundamentalmente por BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt* (Contrato y acto administrativo), 1962, págs. 204 y ss., y RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preussen von 1749 bis 1842* (Protección jurídico-administrativa en Prusia desde 1749 a 1842), 1962, págs. 62 y ss., y 169 y ss. Estas investigaciones demuestran la existencia de una protección jurídica en el Antiguo Régimen para los súbditos en todos los asuntos contenciosos o de justicia, esto es, cuando se lesionaban sus derechos adquiridos y su libertad natural. El Fisco de O. MAYER era más aplicable a la época de la Restauración conservadora en Centroeuropa, en la primera mitad del siglo XIX.

2. Pero es con ocasión de la aprobación de la Constitución española de 1978 cuando la presencia o influencia del Derecho público alemán en España se hace más intensa. Hay que recordar que preceptos capitales de nuestra Constitución están inspirados directamente en la Ley Fundamental de Bonn (el art. 1.1 ya citado); el artículo 14, igualdad y prohibición de discriminación; el artículo 10.1, el libre desarrollo de la personalidad; el artículo 33, propiedad, función social y garantías expropiatorias; el artículo 53.1, mandato de que sólo por Ley se regulen los derechos y libertades del Título II, capítulo segundo, de la Constitución, y la obligación de respetar en todo caso su contenido esencial, así como el artículo 138.1, que obliga al Estado a garantizar la solidaridad y un equilibrio adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, etc., son preceptos inspirados en la Ley Fundamental de Bonn (arts. 2, 3, 14, 19.2, 72.3, etc.).

Como un mero inventario de cuestiones tratadas en el Derecho público y administrativo español que están directamente vinculadas al Derecho alemán, se pueden citar:

— En líneas generales, el sistema de distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros en Alemania, que en

síntesis consiste en otorgar a los *Länder*, como competencia propia constitucional, la ejecución de las Leyes generales y la ejecución de sus propias Leyes, conociéndose esta articulación de competencias como «federalismo de ejecución», se ha utilizado con frecuencia en la doctrina española, más bien de *lege ferenda* que de *lege lata*.

— Ante la dificultad de determinar cuál es la *reserva de Ley* según el texto constitucional español de 1978 (la Ley establecerá, regulará; con arreglo a la Ley; de acuerdo con la Ley; sólo por Ley; mediante Ley, etc.), cierto sector doctrinal se ha decidido por considerar que la reserva de Ley en España viene a significar lo mismo que la reserva de Ley en la tradición alemana: *todo lo que afecta a libertad y propiedad*, independientemente de los puntos concretos donde la Constitución exige una regulación por Ley. Esta cláusula de reserva de Ley se formuló en Alemania en la mitad del siglo XIX, y está fundamentalmente vigente en el Derecho público alemán, aunque sometida a permanente crítica con intentos de ampliar, en virtud del nuevo sistema parlamentario democrático, el ámbito de la reserva de Ley. En virtud de la potestad reglamentaria originaria del Gobierno, que no es exclusivamente ejecutiva, como era la tradición española desde 1812, esta cuestión es importante en España [vid. art. 5.h) Ley del Gobierno 1997].

— Es sobre todo en materia de derechos fundamentales donde se deja sentir más la influencia de la doctrina alemana. En primer lugar, se incorporó a la doctrina jurídico-administrativa española la teoría de *las garantías institucionales*, como institución complementaria de los derechos fundamentales. Esta recepción ha dado lugar a serias críticas sobre la necesidad y bondad de incorporar dicha expresión al Derecho español.

— Pero es sobre todo destacable como supuesto de una recepción que sí parece, *prima facie*, espectacular todo lo relativo a la *interpretación y teoría de los derechos fundamentales*, por obra, como es lógico, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pueden ponerse algunos ejemplos: el énfasis sobre el *contenido objetivo* de los derechos fundamentales (por ejemplo, STC 53/1985), que en Alemania era fundamentalmente creación jurisprudencial y doctrinal, pero en España era ya Derecho constitucional positivo (arts. 9.2, 10.1, etc.).

También es de origen alemán la doctrina sobre el *contenido esencial* en materia de derecho de propiedad, con el dato relevante de que nuestra jurisprudencia constitucional introduce la *función social* dentro de ese «círculo interno» —el «caballo de Troya» dentro de los muros de la ciudad, en expresión de doctrina de ambos países— o la inicial confusión con el concepto de garantía institucional.

Mención aparte merece el principio de *proporcionalidad*. La idea del principio de intervención mínima ya se encontraba en nuestro Derecho (p. ej., arts. 4 y 6 RSCL). Existía en nuestra doctrina algún trabajo sobre el tema. Pero en 1995 se produce la incorporación del completo contenido del principio de proporcionalidad (tal y como es posible encontrar en cualquier comentario alemán), con la subdivisión en tres mandatos parciales (idoneidad, necesidad, ponderación), a nuestra jurisprudencia constitucional. Salvo error, fue la STC 66/1995 (FJ 5) la primera que incorporó literalmente esa forma escalonada de proceder en tres fases. Poco antes se había publicado en esta REVISTA (núm. 135, septiembre-diciembre 1994) un artículo sobre la cuestión. El esquema trifásico se repite después en posteriores sentencias constitucionales (55/1996, 207/1996).

Puede citarse también la doctrina del *efecto recíproco* (*Wechselwirkungslehre*), según la cual los límites que las leyes imponen a los derechos fundamentales han de limitarse, a su vez, por el derecho mismo, mediante una ponderación que, en el caso concreto, examine en qué medida el fin al que sirve el límite legal justifica una determinada restricción del derecho fundamental. Procede, como se sabe, de la *Lüth-Urteil* de 1958. La doctrina ha sido, incluso con fidelidad terminológica, recibida por nuestro Tribunal Constitucional (STC 149/1986, entre otras muchas).

Otra influencia es la del denominado *efecto irradiación* (*Ausstrahlungswirkung*). Esta doctrina se refiere, fundamentalmente, al efecto informador de los preceptos que garantizan los derechos fundamentales, como valores objetivos, en la interpretación de las normas de Derecho privado. Según parece, tiene conexión directa con la denominada teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. También ha sido literalmente recibida por nuestro TC (p. ej., STC 15/1993).

Asimismo, el denominado *principio de la concordancia práctica*. En el conflicto entre dos bienes constitucionales no sólo debe llegarse a una solución ponderada, sino que, además, el punto de equilibrio exigible ha de ser, precisamente, aquel en que ambos bienes alcancen su grado de realización óptima, lo que se interpreta como un plus a la ponderación. Su formulación se atribuye a HESSE (vid. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., pág. 27). Una recepción, también literal, se encuentra, p. ej., en la STC 158/1993 (FJ 5).

En el ámbito de la intervención estatal en la esfera de libertad de los ciudadanos hay que hacer referencia, también, al principio de *protección de la confianza legítima* (*Vertrauensschutz*). En Alemania se explica como principio integrante del más amplio del Estado de De-

recho (vid., p. ej., BADURA, *Staatsrecht*, 2.^a ed., Munich, 1996, págs. 273-274). El Tribunal Supremo, que empezó a hacer uso de este principio (según parece) a finales de los años ochenta, ha reconocido expresamente que el principio procede del Derecho alemán y se ha integrado en el nuestro a través del Derecho comunitario (vid., p. ej., STS de 1 de febrero de 1990 —Az. 1258—). Se acaba de introducir (Ley 4/1999) en el artículo 3.2 (segunda frase) LRJPAC. Se ha publicado recientemente, en 1998, una monografía sobre esta cuestión.

— En materia de *Derecho de organización*, además de lo que se ha dicho ya, cabe hacer referencia, en primer lugar, al *Principio de lealtad institucional* (trasunto —en lo que se refiere a las relaciones entre el Estado y las CC.AA.— de la *Bundestreue* alemana). Acaba de ser introducido (Ley 4/1999) en la primera frase del artículo 4.1 Ley 30/1992. Ya se había hecho uso de él en nuestra jurisprudencia constitucional; p. ej., en la STC 46/1990 (FJ 4). En la década de los ochenta éste fue un «tema de moda», que dio lugar a la publicación de diversas monografías que trataban la cuestión en el Derecho alemán.

— Debe hacerse referencia, también, a las *Conferencias sectoriales*, hoy reguladas en el artículo 5 Ley 30/1992. Su procedencia de las *Ressortminister-Konferenzen* parece clara, aunque en España se integran en ellas miembros del Gobierno de la Nación (art. 5.4 Ley 30/1992). Sobre la eficacia de los acuerdos de la Conferencia sectorial se pronunció la STC 76/1983 (FJ 13) (sobre la polémica LOAPA).

— Por lo que se refiere a la *garantía de la autonomía local*, ya se ha dicho aquí que el sistema francés y español difieren esencialmente del alemán, pero parece que sí ha influido en nuestro Derecho un concepto de autonomía local importado de Alemania a principios de los años ochenta: autonomía local como participación o como derecho a intervenir en los asuntos que afecten a los intereses locales. La formulación alemana de ese nuevo concepto se debe a BURMEISTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, Munich, 1977. La idea de la participación o derecho a intervenir como concepto central de la autonomía local se recogió en la STC 32/1981 (FJ 4) y, después, en el artículo 2.1 LRBR.

— En las materias relativas al *acto administrativo*, ya se ha dicho lo pertinente sobre el concepto. Se puede afirmar que el Derecho administrativo español ha mantenido un diálogo con los Derechos francés, alemán e italiano, encontrándose en la doctrina española el concepto amplio y el estricto (el alemán) sobre el acto administrativo. La regulación positiva de los detalles, nuestra nulidad de pleno derecho, de la anulabilidad, de la revocación y revisión, etc., al estar codificada esta materia tanto en España como en Alemania, tiene más similitudes formales en estos Derechos que con respecto al fran-

cés, de creación jurisprudencial, y aunque hay diferencias sustanciales (salvo conexiones de fondo inevitables) entre la Ley española y la de la Ley de Procedimiento alemana.

Algunas influencias alemanas más directas pueden encontrarse, no obstante, en la Ley 30/1992; p. ej., la terminación convencional del procedimiento del artículo 88 LRJPAC. No cabe duda de su conexión con la regulación alemana del contrato jurídico-público, en los artículos 54 ss. de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo. Ahora está entre nosotros abierta la polémica sobre si para que la Administración celebre estos convenios es necesario que exista una disposición que los autorice y los regule expresamente en cada caso, con apoyo en la redacción del precepto («... que en cada caso prevea la disposición que lo regule...»), o si, por el contrario, el artículo 88 contiene ya una autorización general directamente aplicable salvo prohibición legal. Es curioso que la misma polémica tuvo lugar en Alemania durante décadas entre las llamadas «dirección normativa» (norma en cada caso) y «dirección utilitarista» (autorización salvo prohibición expresa), hasta que la Ley de Procedimiento alemana de 1976 reguló el contrato conforme a esta segunda tesis. Lo expuso bien STERN (antes de 1976), *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichen Vertrages, Verwaltungsarchiv*, tomo 49, 1958, en especial págs. 108-109.

— En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la nueva regulación del *sistema de acciones* (impugnación de acto expreso o presunto, de inactividad y de vía de hecho, arts. 25-30 LJCA) separa en este punto nuestro contencioso del modelo francés (vinculado tradicionalmente al acto previo), para acercarlo más al alemán (arts. 42-43 Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana de 1960 —con posteriores modificaciones—, *Verpflichtungs-, Anfechtungsklage*, etc.). No puede decirse, sin embargo, que reproduzca este modelo, sobre todo por la diferencia de que en Alemania no existe la institución del silencio con el mismo sentido que en España.

— Por último, en la interpretación de la *distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, no parece que se haya hecho sentir la influencia de la hermenéutica constitucional de los diferentes tipos de Estados federales, aunque hubo y hay buena información al respecto, probablemente por la singularidad de la solución constitucional española sobre esta cuestión. Sí se comprueba, la ausencia en España de un concepto jurídico de Estado.

VIII. CONCLUSIÓN

Aquí es necesario cerrar este trabajo, porque si no esto se puede convertir en algo interminable. Quizá sea el momento de hacer una consideración final. Pese a las numerosas citas de Derecho y doctrina jurídico-administrativa extranjera (fundamentalmente francesa, italiana y alemana), la cuestión de la influencia —entendiendo bajo este concepto una cierta recepción o asimilación de conceptos e instituciones— de esa doctrina sobre el Derecho español no es una cuestión fácil. Hay que recordar que sectores trascendentales de la actuación administrativa (desde la jurisdicción contencioso-administrativa hasta la legislación sobre carreteras y dominio público, pasando por la expropiación forzosa) en España han sido objeto de grandes leyes en fecha muy temprana, desde la mitad del siglo XIX. Y desde hace más de cincuenta años en España se ha «codificado» gran parte del Derecho administrativo (procedimiento, contratos, entidades de Derecho público, etc.). Un Derecho administrativo regulado en gran parte con rango de Ley es menos susceptible de sufrir la influencia extranjera porque, antes que recibir doctrina foránea, lo que se impone es comentar y aplicar el Derecho vigente. Por eso mismo, frente a esa presencia realmente llamativa de la doctrina extranjera en el Derecho administrativo español, se puede mantener que, más que una influencia o una recepción, lo que muestra es la voluntad de información y de diálogo de los administrativistas españoles con ordenamientos jurídicos extranjeros. Es un caso de cultura jurídica.

No se puede negar que muchas veces la cita extranjera no es más que un mero adorno literario, ya que no aporta nada, salvo confirmar lo que se está manteniendo; otras quieren ser «prueba» del valor científico del autor y de su obra. Otras veces la cita extranjera sirve para ejercer cierta crítica a la solución del Derecho positivo vigente y proponer la correspondiente modificación, o sencillamente como contrapunto informativo. Es interesante la referencia o utilización de conceptos de Derecho extranjero si tienen un valor en sí mismos, y si suponen una categorización o clasificación institucional o conceptual por encima del Derecho positivo nacional, o que desde luego no se opongan a él, y que sirvan para explicarlo mejor. Valgan como ejemplo, todos, muchos o algunos de los puntos recogidos en las páginas anteriores.

En resumen, en España hoy, con una Constitución que tiene plena pretensión de vigencia, con un Tribunal Constitucional que vela por su correcta aplicación, con Tribunales y Juzgados de lo conten-

cioso-administrativo que están matizando, aplicando (y por lo tanto interpretando) y concretando miles de preceptos jurídicos, el Derecho administrativo español se hace, por la propia naturaleza de las cosas, tan impenetrable y nacional como ocurre con el Derecho alemán y francés. Ante este ingente material legislativo y jurisprudencial, cada vez va a ser más difícil la información y el diálogo con culturas jurídico-administrativas extranjeras. La necesidad de definir, ordenar y clasificar gran número de conceptos clave del Derecho administrativo español —cuya definición y función es todavía incierta, como por ejemplo caducidad y revocación— exige la completa dedicación de los administrativistas españoles al estudio y a la investigación. Los instrumentos técnicos y la información que hoy tiene el Derecho administrativo español son suficientes para llevar a cabo esta labor, esencial para crear un cuerpo doctrinal útil y práctico que sirva para facilitar la aplicación del Derecho, porque si no se cae en el mero descriptivismo legalista. Muchísimas páginas que se dedican a explicar el Derecho positivo podrían reducirse si se manejasen categorías y conceptos bien perfilados, como ocurre paradigmáticamente en el Derecho administrativo alemán.

Pero ya hace muchos años (8) se escribió, con gran penetración, que el administrativista español debe ser un «héroe» para investigar, dadas las circunstancias de la sociedad y la universidad españolas. Esperemos que ante la complejidad cada vez más creciente del Derecho positivo, las jóvenes generaciones de profesores de Derecho administrativo y Derecho constitucional dediquen todo su esfuerzo a esta labor de depuración conceptual y fijación precisa de instituciones, para construir un Derecho administrativo riguroso y, si se quiere, «científico», que contribuya a la conciencia y cultura nacional, pero también que sea útil y facilite su aplicación (9).

(8) Alejandro NIETO en el Prólogo a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Índices de los años 1950-73, núms. 1 al 72*, págs. XXV y ss.

(9) Quiero agradecer a JOSÉ M.^o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO la ayuda que me ha prestado corrigiendo el original y ayudándome a escribir las últimas páginas de este artículo sobre la influencia del reciente Derecho administrativo alemán en España. Al darlo por terminado, tengo que excusarme porque no he podido llevarlo a cabo como hubiese querido, tal como he manifestado en su Introducción. La REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, que hace casi cuarenta años, con veinticuatro años cumplidos, acogió mi primer trabajo, merecía mucho más.