

LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO*

1926

Gabino Fraga

Febrero 25

Estudiaremos la parte general de la materia, que ahora se ha dividido en dos cursos.

* En su despacho de Plaza Necaxa don Gabino Fraga conservó un invaluable documento: sus *Lecciones de Derecho Administrativo* impartidas en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México. La cátedra se realizó de febrero a octubre del año lectivo de 1926. El documento consta de 243 cuartillas, tamaño carta, elaboradas a espacio cerrado, en copia mecanográfica al carbón en su mayor parte. Es la reproducción de la versión taquigráfica de Manuel Sánchez Cuén, alumno de Fraga, quien las tomó en el momento de la exposición verbal del profesor. Para esta edición se eligieron las primeras cuatro lecciones, impartidas los días 25 y 27 de febrero, y 2 y 4 de marzo, en las cuales el catedrático universitario diserta sobre el concepto y evolución del Derecho Administrativo. La primera lección consta de dos cuartillas; la segunda de cuatro; la tercera de tres, y la cuarta de cinco. Se ha hecho una reproducción fiel de la versión original, realizándose sólo aquellas enmiendas absolutamente necesarias para favorecer la claridad de la redacción. El título de esta edición es convencional. N. del D.

El primer punto es la definición del Derecho Administrativo. Primer elemento: una rama del Derecho Público. El Derecho Público es el conjunto de disposiciones relativas al Estado y el Derecho Privado es el Conjunto de disposiciones relativas a los individuos. Esta distinción conocida ya por los romanos, subsiste fundamentalmente, aunque muy discutida.

Hay dos escuelas: la primera hace estribar la diferencia en esto: en el Derecho Privado se están reglamentando las relaciones de personas iguales. En el Derecho Público se reglamentan relaciones de personas soberanas o que unas son soberanas y otras no lo son. Aquí existe una desigualdad. Esta es la distinción más generalizada. Corresponde a las ideas de la personalidad del Estado.

La segunda escuela va contra la personalidad del Estado. Reposa en la negación de la personalidad soberana. Duguit asienta que no

existiendo una persona soberana no se puede hacer una distinción. Son una serie de actos a los cuales la ley da un valor determinado. Y siempre las relaciones son entre individuos de la misma categoría. La diferencia para él es que el Derecho Público no tiene una sanción como la tiene el Derecho Privado. Sí existe garantía en el Derecho Público, aunque no haya coacción directa contra el Estado. La diferencia no estriba en las personas sino en que el Derecho Público sólo tiene garantías de que no haya coacción directa contra el Estado. La diferencia no estriba en las personas sino en que el Derecho Público sólo tiene garantías que no constituyen la coacción física cuando el Estado es el obligado. En Derecho Privado el individuo necesita ocurrir a los tribunales, mientras que el Estado tiene el privilegio de hacer verificar sus derechos a reserva de los recursos que se interpongan.

Pero hay casos en que es difícil distinguir. El reconocimiento de la personalidad del individuo constituye una institución de Derecho Público. Además, es cierto que en la mayoría de los casos el Estado hace valer su capacidad soberana, y su situación se asemeja a la de los individuos cuando celebra contratos y se rige por los principios del Derecho Civil.

Debemos después hacer un estudio especial de los casos en que el Estado obra como persona de Derecho Privado y cuando obra como persona de Derecho Público.

Por lo que hace al Derecho Público, es necesario determinar qué actividad del Estado comprende el Derecho Público. Se divide en varias ramas: Constitucional, Penal, Internacional, Procesal y Administrativo. Para saber lo que éste comprende, observaremos: la rama

que más se presta a una definición es el Derecho Internacional Público. Regula relaciones de estados soberanos. Regula la acción del Estado en el exterior. El Derecho Penal es la parte del Derecho Público que determina las sanciones por inobservancia de la ley. Algunos autores creen que el Derecho Penal no es independiente, sino que está diseminado en todo el Derecho Público. Sin embargo, existe un dominio bastante amplio para el Derecho Penal. El Derecho Constitucional, el Administrativo y el Procesal presentan muchas relaciones que impiden conocer el alcance definido de cada uno. El Derecho Constitucional depende de la legislación positiva de cada Estado y la Constitución tiene materias¹ que generalmente obedecen a consideraciones políticas, especialmente en las constituciones rígidas. En la nuestra hay disposiciones como la legislación del trabajo, que se ha incluido por consideraciones políticas.

El Derecho Constitucional se ocupa fundamentalmente de la organización de los poderes públicos y sus relaciones con los individuos. El Derecho Constitucional, el Administrativo y el Procesal, contienen reglas de derecho cuya diferencia es más bien de grado que de esencia. Se ocupan de la actividad del Estado. El Derecho Constitucional no determina ni todos los órganos ni todas las relaciones. Indica sólo los órganos primarios.

Faltaría una rama que abarcara la actividad legislativa. Esta no engendra relaciones concretas entre el Estado y el individuo. Trátan-

¹ La palabra está trunca en el original; parece que se quiso decir "materias", tal como lo interpretamos. Precisamente aquí concluye la primera cuartilla del original (todas las notas son del Director de la Revista)

dose del poder ejecutivo, y del judicial, sí se engendran relaciones concretas.²

Febrero 27

El Derecho Constitucional tiende a la organización de los poderes públicos y se ocupa de las relaciones entre estos poderes y los individuos. El Derecho Constitucional toma todos los ramos que estudia, desde el punto de vista general, desde el punto de vista que significa simple organización de poderes, pero no determina el funcionamiento de esos mismos poderes. Dentro de la organización de cada poder es posible, y así lo hace el Derecho Constitucional, atribuir a cada uno de ellos una suma de atribuciones, pero la simple atribución de estas facultades no significa en forma alguna que cada uno de los poderes tenga una norma de acción definida. Para concretar estas facultades es necesario todo un conjunto de individuos y organismos dependientes de los poderes constituidos por la propia constitución, para poder realizar esas facultades. Por esto el Derecho Público se subdivide aquí en una rama que comprende la función del poder ejecutivo, la función administrativa y esta rama es la que se conoce con el nombre de Derecho Administrativo, y otra función queda en la rama conocida con el nombre de Derecho Procesal.

Aunque el Estado realiza las funciones como poder legislativo, ejecutivo y judicial, sin embargo sólo se han definido las dos últimas funciones, sin que haya una rama que se refiera al funcionamiento del poder legislativo, y esto se debe a que el poder legislativo se

limita al establecimiento de normas generales, abstractas, que no significan una relación concreta con los individuos. No hay relaciones especiales y por eso no es necesario un derecho particular. Sólo las otras dos ramas, administrativa y procesal, lo necesitan.

En terminos generales y para poder darnos cuenta completa de lo que el Derecho Administrativo abarca, necesitamos definir, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa la función administrativa del Estado.

Vamos a emprender un estudio detallado de esta función, pero sólo lo podremos hacer cuando hayamos tenido conocimiento de otras nociones indispensables. Aquí sólo daremos la noción general de lo que se entiende por administración.

La administración es un término que se usa para designar la actividad general del Estado. Desde este punto de vista, comprende las tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Esto no es el sentido en el cual el Derecho Administrativo se ocupa de la administración. Tiene un sentido más restringido en que sólo se dirige a las funciones del poder ejecutivo y se ha considerado que propiamente la acción del Estado es la única que puede realizar el poder ejecutivo. Se dice que el poder legislativo no obra por el Estado. El poder legislativo simplemente hace una manifestación de la voluntad del Estado, lo que no significa obrar ni tomar ninguna acción. El poder judicial, por su parte, únicamente tiende a mantener el orden jurídico que establece el poder legislativo. Es decir, el poder judicial no tiene una facultad libre para la acción. El poder judicial se limita simplemente a realizar las conclusiones que se obtienen de la aplicación de

² Aquí concluye el texto de la segunda cuartilla del original.

la norma de derecho expedida por el poder legislativo, a los hechos de un caso concreto en que hay conflicto y que se somete para su decisión. Ni el legislativo ni el judicial obran en nombre del Estado: constituyen la voluntad y el pensamiento del Estado pero no la acción del Estado que propiamente sólo la realiza el poder ejecutivo. Ni el poder legislativo ni el judicial pueden por sí mismos realizar sus decisiones. Las leyes no se ponen en vigor mientras el ejecutivo no asegura su cumplimiento. Los tribunales no ejecutan sus resoluciones, mientras el ejecutivo no les presta el auxilio para llevarlas a cabo. Dentro de la organización constitucional fundada en la división de poderes, sólo el ejecutivo tiene a su cargo la acción del Estado para realizar sus fines. La administración es la actividad del Estado para la realización de sus fines, dicen los autores alemanes. Aquí nos encontramos con el primer problema básico del Derecho Administrativo, que no es este el lugar de resolver, pero que apuntaremos: ¿La administración debe definirse como ejecución de la Ley? ¿o ejecuta actos que no son ejecución simple de la ley? Según la teoría del Contrato Social, que fue la inspiradora de la Constitución francesa, y que sirvió de modelo a otras constituciones como la americana³ y por intermedio de ésta a la nuestra, es el poder ejecutivo un poder de simple intermediación entre el soberano y los individuos, un poder intermediario entre la ley y los individuos. El poder soberano que se reconoce a la representación nacional no ejecuta directamente sus⁴ resoluciones sino por conducto del poder

ejecutivo. Sin embargo, todos los autores reconocen que la acción administrativa no se limita a ejecutar la ley sino que el poder administrativo realiza toda una serie de actos encaminados a obtener el bienestar material y moral de los habitantes. Establece el poder ejecutivo un funcionamiento especial que tiene por objeto dar garantías a las situaciones jurídicas de los individuos y procurar el desarrollo de sus actividades individuales y para este efecto es conveniente poner unos casos concretos para conocer el alcance del problema. El caso de la expedición de una ley de impuestos, expedida por el poder legislativo anualmente. Al poder ejecutivo queda la misión de ejecutar aquellas disposiciones; al poder ejecutivo corresponde concretar las disposiciones de la ley de ingresos y hacerla realizable en cada individuo, fijándole la contribución que determina la ley y exigirle el pago de esa contribución. El papel del ejecutivo aquí es claro. Pero existen otros casos que no son los menos importantes: son todos aquellos en los cuales no se ve en forma inmediata la ejecución de la ley: por ejemplo, una ley de irrigación que dispone que el gobierno federal se haga cargo de la construcción de obras de irrigación cuando los particulares no estén conformes en hacerlas ellos mismos. La ejecución es que el ejecutivo celebre el contrato o designe los empleados que ejecuten la obra; pero hay una serie de actos que tienden a la ejecución y no son la ejecución de la ley. Desde luego puede procederse a la instalación (supongamos) de todos los empleados y autoridades que van a intervenir en la ejecución de la ley y para esto necesita la adquisición de un edificio especial. Aquí el Estado está celebrando un contrato que no puede decirse que sea la ejecución de la ley. Enseguida el ejecutivo celebra contratos con proveedores con el

³ Aquí hay una llamada de nota al calce, que está en blanco en el original.

⁴ Aquí concluye el texto de la tercera cuartilla.

objeto de acondicionar el mobiliario de las oficinas. Más tarde el ejecutivo encarga una serie trabajos de carácter técnico a los funcionarios designados a fin de que estudien la forma de realizar un aspecto de la ley y por otra parte el ejecutivo desarrolla una actividad que significa vigilancia de todos los actos que él ha emprendido y que tienden⁵ la realización de la ley. En todos casos el poder ejecutivo se encuentra en muy diversas situaciones: en todos está administrando, pero no en todos está haciendo una labor de ejecución directa de la ley. Sin embargo, el problema debe tener importancia porque en el régimen constitucional los poderes sólo deben actuar con facultades expresas y limitadas. Sin embargo, es necesario todavía desarrollar otras nociones para precisar este punto fundamental en Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo, la función administrativa, requiere todo un cuerpo de funcionarios organizados para realizarla y ésta es una de las materias principales de nuestro estudio: la organización de las autoridades administrativas. Esta organización significa la creación de organismos secundarios dependientes del poder ejecutivo entre los cuales se establecen relaciones todas de autoridad, pero que significan entre ellos relaciones de subordinación, de jerarquía. Significa igualmente un conjunto de relaciones entre el Estado y los individuos que van a desempeñar las funciones encomendadas a esas autoridades secundarias y aquí habrá necesidad de estudiar lo que en Derecho francés se llama *estatuto de funcionarios*, que en forma rudimentaria existe entre nosotros. Además, habrá que estudiar

las relaciones entre esas autoridades y los funcionarios con los individuos, y con los demás poderes, y nos ocuparemos principalmente del carácter general de todas las relaciones de Derecho Administrativo y de la subordinación que existe de los actos administrativos a la autoridad judicial; y como último término aparecerá naturalmente la responsabilidad del Estado y de los funcionarios tomados individualmente, que pueda originarse con motivo de las relaciones administrativas en que intervengan.

Tratando de precisar estas definiciones del Derecho Administrativo, se ha notado de la misma manera que se notaba en la diferencia entre el Derecho Público y el Privado, una doble orientación: existe un grupo de autores partidarios de la personalidad del Estado, que dan una definición del Derecho Administrativo desde un punto de vista meramente subjetivo. Otros autores, encabezados por Duguit, lo definen desde un punto de vista objetivo. La primera definición es la que lo considera como la rama del Derecho que se ocupa de la organización de las autoridades administrativas, organizadas como personas de Derecho Público; de los derechos de que gozan esas personas administrativas y de la forma como se ejecutan esos derechos de las personalidades administrativas. Esta acepción significa una prerrogativa para el Estado y es un carácter esencial de las autoridades administrativas, porque el poder ejecutivo o la administración es la única que puede realizar de oficio sus propias resoluciones, lo que no pueden hacer ni el poder legislativo ni el judicial. Tratándose de la administración, el poder ejecutivo procede de oficio a la ejecución de sus resoluciones. En estos términos se puede concretar la definición subjetiva del Derecho Administrativo.

⁵ Aquí concluye el texto de la cuartilla número cuatro.

Existe otro grupo de autores, que dan una definición del Derecho Administrativo de carácter objetivo, entre los que se puede mencionar a Duguit y Jéze. Estos lo definen como el conjunto de reglas que determinan el funcionamiento de los servicios⁶ públicos. En esta definición se prescinde del elemento de la perversidad del individuo que realiza estos servicios públicos y sólo se toma en cuenta el aspecto extrínseco, que únicamente significa la noción de Derecho Objetivo y la concepción propiamente realista del Estado que tienen estos autores; [pero naturalmente en el fondo si es cierto que exista esa diferencia en el punto de partida, en el fondo, repito, no existe una diferencia en el método de estudio del Derecho Administrativo]⁷ porque examinando su teoría indica que para el estudio de las reglas es necesario conocer los individuos, porque ellos atribuyen a los individuos el ejercicio de las funciones. Es preciso saber qué individuos ejercitan esos poderes y cuál es su límite de competencia. Propiamente su estudio viene a reducirse a los mismos términos que en el Derecho Subjetivo. En uno son individuos que detentan el poder y en otro caso son personas de Derecho Público. En el uno es el ejercicio de los derechos atribuidos a las personas de Derecho Público; en el otro es el funcionamiento de los servicios públicos que se organizan por el Derecho Objetivo. Propiamente no existe, por razón de método, una diferencia entre ambas definiciones. En el fondo sí existiría por la diferente base que toman respecto de la concepción del Estado.

⁶ Aquí concluye el texto de la quinta cuartilla.

⁷ Las palabras puestas entre corchetes tienen una redacción confusa, que distorsiona el significado del párrafo. Sin embargo, se conservaron a favor de la integridad del documento.

Nos queda ahora por determinar únicamente cuál pueda ser el método más adecuado para el estudio del Derecho Administrativo. Naturalmente que al aparecer como una rama especializada del Derecho, se ha constituido una división de la Ciencia Política, de la Ciencia Social del Derecho y se ha constituido la Ciencia del Derecho Administrativo que tiene un contenido que puede definirse indicando que se ocupa de lo que significa la administración, de las razones por las que existe y cómo debe ser. Pero la Ciencia del Derecho Administrativo ha formado una serie de clasificaciones artificiales sobre las diferentes formas de actividad administrativa y ha creado una serie de derechos que atribuye a la administración, y de la misma manera que podría hacerse en el individuo una clasificación de sus derechos, y establecer los derechos de producción literaria, derechos de transitar libremente, etc., así se ha hecho una separación de derechos de que la administración puede gozar; y esta separación en cuadros clasificados da lugar a confusiones, porque se entienden estas divisiones como que no entran bien dentro de la actividad de un ser que vive y no puede estar sujeto a clasificación perfecta. No se puede decir que el Estado en tal actividad ejerce tal derecho y en otra otro derecho. Es pues un procedimiento un poco peligroso para la apreciación correcta de lo que significan los derechos de la administración pública.

Vamos a seguir un sistema que será el de la investigación, pero tendremos que afrontar problemas más serios porque en nuestra República no existe un pensamiento definido sobre lo que significa el Derecho Administrativo. Las instituciones que existen en países extranjeros quizás se encuentren en México, pero transformadas, y la actividad adminis-

trativa no tiene en muchos puntos contacto con la de otros países. Sin embargo, nos esforzaremos por dejar sentados los principales problemas del Derecho Administrativo y procuraremos intentar una solución de ellos.⁸

Marzo 2

Estamos todavía en la necesidad de emprender algunos otros estudios de carácter general para poder precisar el verdadero sentido del Derecho Administrativo.

Es necesario que comprendamos que forma una rama del Derecho que tiene una autonomía, que se ha hecho necesario en el transcurso de los tiempos para regular relaciones que las otras ramas no podían regular porque la naturaleza de ellas era diferente.

Desde un principio indicamos una separación entre la parte correspondiente al Derecho Público y al Derecho Privado.

El Derecho Administrativo se ha definido más bien que como separación, como una necesidad de aplicar reglas distintas que las que el Derecho Civil contiene. En la época actual, que encontramos bien separadas estas ramas, podemos precisar cómo se hace necesaria esa separación y algunos ejemplos aclararán el asunto: el Estado desempeña ciertas funciones muy semejantes a las de los individuos y que con un criterio muy estrecho podrían considerarse a la luz de las consideraciones y del criterio que rige las relaciones civiles de los individuos. Entre esas actividades se encuentra una gran cantidad de las que forman los servi-

cios públicos, como los transportes de cartas, administración de los ferrocarriles, construcción de obras de carácter público, etc. En todos estos casos el Estado está realizando funciones que pueden realizarse por los particulares, y sin embargo a ellas no es posible aplicar el derecho civil, sino una legislación especial, la del Derecho Administrativo, por la razón de que aunque la misma actividad pueda ser desempeñada por el individuo, son distintos los móviles de ambos. El individuo la ejerce sencillamente por un deseo de lucro y desde este punto de vista están reguladas sus actividades por el Derecho Privado. Las actividades del Estado no se ejecutan por razones de lucro. El Estado puede manejar una empresa y en ciertos casos está obligado á manejarla aun con perjuicio de intereses pecuniarios, y no existiendo ese elemento tan interesante, que es el que define las relaciones de Derecho Civil, se ha hecho necesaria una legislación especial donde no entre ese elemento y ahí aparece el Derecho Administrativo.

Hay otro grupo de actividades del Estado en las que la situación no es la misma que la de un particular, donde se ven actividades que un particular no realiza, como el cobro de contribuciones. Nunca se ve situación semejante en un particular. Una prestación para la atención de servicios públicos es inconcebible dentro de las actividades de los particulares. Y a pesar de que en este caso no existe una posible aplicación del Derecho Civil ha habido una tendencia, especialmente en México, de aplicar los preceptos o reglas generales que rigen estas relaciones privadas.

Más tarde estudiaremos cómo en materia de contribuciones precisamente los tribunales de México han aceptado una teoría netamente civilista para la apreciación de ciertos contra-

⁸ Aquí concluye el texto de la sexta cuartilla.

tos que la Historia administrativa de México ha hecho frecuentes: los contratos de exención de impuestos. En estos casos los tribunales han hecho una aplicación demasiado estrecha del Derecho Civil y han regulado las operaciones contractuales del Estado⁹ como las de los individuos, a pesar de que significa esto una restricción de las facultades legislativas, desde el momento en que cuando se pacta una cláusula de exención, el legislativo no puede dictar reglas de carácter general porque tiene que respetar esas exenciones contractuales. En estos casos se ha aplicado el Derecho Civil en el sentido de que no pueden expedirse leyes que modifiquen el contrato. La aplicación de los principios de Derecho Civil a relaciones de carácter público, trae consecuencias fatales y por eso mismo se hace necesario definir una rama especial de legislación aplicable a esas relaciones de carácter público.

Otro de los casos que también ha producido muchas confusiones, es el relativo a las relaciones entre el Estado y los funcionarios. Estas relaciones se han interpretado con frecuencia como un contrato de trabajo, como el que puede existir en cualquiera actividad privada; y se ha tratado de regular todas esas relaciones por las normas del Derecho Civil. Y a pesar de que la situación pudiera en ciertos aspectos asemejarse a las relaciones derivadas del contrato de trabajo, tendríamos más tarde¹⁰ oportunidad de demostrar cómo son diferentes y cómo es necesario excluir la aplicación del Derecho Civil de esa clase de relaciones.

El Derecho Administrativo se ha venido definiendo después de una evolución histórica que a nosotros no nos será posible seguir con detenimiento, pero sí conservar los rasgos fundamentales de esa evolución para apreciar con claridad cómo se ha producido y se ha creado en virtud de la insuficiencia del Derecho Civil para regular relaciones del poder público.

Con más o menos variaciones, se puede dividir en tres periodos; un primer periodo en el que ha tenido lugar en una época posterior a la desaparición de las doctrinas del Derecho Romano, relativas al poder del Estado. Desde luego vemos que el poder público se encuentra fraccionado entre una multitud de corporaciones y de individuos que tienen relaciones de superioridad con respecto a los gobernados, periodo en el cual el Estado no ha alcanzado su unidad, periodo de los señores feudales, en el que éstos ejercían con relación a sus vasallos una actividad cuyo contenido se limitaba en primer término, porque los derechos que ejercían con respecto a ellos eran únicamente los que habían adquirido por algún título especial. Un señor feudal únicamente ejercía poder en tanto que tenía un título para ejercer ese poder. Tenía el derecho de caza o pesca, siempre que el vasallo hubiera reconocido la facultad de intervenir del señor en esa materia, o que hubiera obtenido la facultad del poder supremo, para vigilar ese ramo. Necesitaba haber adquirido el derecho por virtud de un título. Aquí aparece claramente la idea del Derecho Civil que implica la tesis de que un individuo no ejerce otro derecho que el que ha adquirido por un título especial que regula el propio Derecho Civil.

Estos derechos que los señores fueron adquiriendo y fueron llamados derechos del

⁹ Aquí concluye el texto de la séptima cuartilla.

¹⁰ El tratamiento de esta materia ha sido omitido.

soberano, del príncipe; tuvieron un gran desarrollo, debido a las teorías del derecho natural, que comenzaron a extenderse, sobre qué derechos debería tener el señor, el príncipe, para realizar los fines del Estado, y se llegó a la conclusión de que debería tener todas las atribuciones para¹¹ la realización de los fines del Estado. Al lado de los derechos adquiridos por un título especial, la doctrina del derecho natural vino a agregar todos los que fueron necesarios para la realización de los fines del Estado, entre los que se encuentra el derecho de policía, o sea el conjunto de atribuciones del príncipe para conservar el orden público y efectuar todos los actos necesarios para el bienestar del individuo. Sin embargo, tanto los derechos adquiridos por título especial como los adquiridos por el derecho natural, tenían serias restricciones con respecto a los individuos. Esa relación se determinaba por estos dos elementos: el príncipe no puede hacer uso de sus derechos sino en tanto que están encaminados al fin del Estado y son ilegítimos sus actos cuando no están realizados con el propósito para el cual fueron adquiridos esos derechos.

En segundo lugar, el derecho del soberano tiene una restricción hacia el individuo, que consiste en el derecho adquirido del mismo soberano por un título especial, y así existían en aquella época casos en que por un pacto que podía celebrarse con el soberano (entendemos soberano como el ejercicio del poder público) para estar exento en el pago de contribuciones. Estas restricciones, propiamente, podían ser materia de una regulación por el Derecho Privado. Sin embargo, se empezaban

a esbozar algunas situaciones especiales que más tarde han venido a constituir elementos especiales de la actividad pública. Entre ellas se encuentra, en primer lugar, que aunque el derecho del individuo restringía la actividad del Estado, hubo un momento en que la razón de Estado podía ser mayor que la conservación del derecho individual y era necesario violarlo para que el príncipe pudiera realizar sus funciones, y esto fue el derecho eminente, esto es, la facultad excepcional de alterar un derecho privado cuando las necesidades del Estado lo exigían.

Otro de los caracteres es la facultad del príncipe de llevar a cabo sus propias decisiones por él mismo; de ejecutar una acción directa.

Ya hemos repetido que el individuo, para la realización de sus derechos, necesita ir a los tribunales y buscar, la sanción del Estado. En esta época ya se perfila una tendencia del poder público para llevar a cabo sus propias resoluciones. Esta acción de oficio no es tampoco extraña al Derecho Civil y aun al Derecho Civil de la actualidad. Es cierto que el individuo ocurre generalmente a los tribunales. Sin embargo, en materia de derecho de propiedad y de familia, el individuo se hace justicia a sí mismo y puede ejercitar sus derechos por acción directa.

El derecho de patria potestad, lo ejecuta directamente el padre. En materia de derecho de propiedad tenemos al propietario ejecutando todas las atribuciones de su derecho, sin ocurrir a la autoridad pública: un propietario puede ejecutar dentro de su propiedad una serie de actos que a veces resultan molestos para los vecinos, pero que no obstante consti-

¹¹ Aquí concluye el texto de la octava cuartilla.

tuyen justicia por sí mismo. Esta acción directa ya se reconocía para el ejercicio de los derechos del poder público desde esta primera etapa.¹²

Marzo 4

Existe una restricción al poder público consistente en que no puede modificar los contratos celebrados entre particulares. Algunos derechos se ejercen por una acción de oficio en Derecho Público y aun en Derecho Privado: En Derecho Industrial la huelga significa una acción directa. En Derecho Constitucional las relaciones de los poderes públicos, según las cuales cada uno conserva su propia situación y definitivamente, sin recursos contra ella [...]¹³

En la clase anterior vimos el primer periodo de la evolución hacia la autonomía del Derecho Administrativo. En él encontramos predominantes las nociones del Derecho Civil. El Derecho Público se entendía como la negación del derecho. En el segundo periodo obra no ya en virtud de derechos adquiridos por determinados títulos, sino que el Estado se rige única y principalmente por el derecho de policía que vimos aparecer durante el primer periodo. El soberano no se considera ya obrando como un propietario con relación a sus bienes, sino como un funcionario en representación de una persona ideal que es el Estado. Este poder público desempeñado por un funciona-

rio controla en sus manos todas las actividades y poder que se ejercitan con relación a los individuos y comienza a aparecer para el ejercicio de todas sus funciones, una amplia organización que más tarde viene a constituir la organización administrativa y en la cual el rey o soberano que ejerce el poder público va dividiendo el trabajo, encomendando a cada uno de los organismos una esfera determinada de actividad. Este segundo periodo se caracteriza principalmente por la aparición de la autoridad judicial, por una parte, y como consecuencia de ello, por la separación de las leyes de carácter procesal y leyes que rigen otra clase de relaciones del Estado y que ahora podemos caracterizar como leyes administrativas.¹⁴ En un principio el soberano imparte la justicia y resuelve los casos individuales en donde era necesario resolver un conflicto por las leyes existentes. Poco a poco se fue caracterizando una organización de una rama especial y esta actividad constituyó la actividad propia del poder judicial. Se consideró cada vez con más insistencia que el soberano debería tener menos intervención en la solución de los asuntos. En un principio, a pesar de estar constituidas las autoridades judiciales, el soberano en un momento dado podía retirar un asunto especial y resolverlo por un acto de autoridad y como esta situación originaba serios trastornos y perjudicaba a los gobernados, el soberano tuvo que renunciar a este derecho y entonces encomendó la resolución de todos los asuntos a los tribunales exclusivamente. Al mismo tiempo que venían desarrollando al lado de las que constituían la administración pública, autoridades que tenían a

¹² Aquí concluye el texto de la novena cuartilla.

¹³ El párrafo queda inconcluso. Inclusive, se agregan dos signos de interrogación encerrados en un paréntesis, presumiblemente puestos para alertar acerca de la inconclusión.

¹⁴ Se usan los términos "por un lado" y "por el otro lado" para contrastar. El segundo está ausente en el texto.

su cargo todas las demás atribuciones del poder público. La separación de la administración de justicia trajo una división de las leyes, porque el soberano tenía también el derecho de legislar, pudiendo referirse a las leyes o a administración de justicia o a los funcionarios administrativos. Respecto a la segunda, no llegaron a tener el carácter de ley definida, sino que eran instrucciones que muchas veces ni siquiera se publicaban y que el soberano podía variar para un caso particular, lo que le quitaba el carácter de régimen de derecho a esta situación. Era el deseo del soberano el que imperaba en esta clase de relaciones. El soberano únicamente¹⁵ se sentía ligado hacia la divinidad y por su conciencia, pensando que los actos se justificaban en tanto que según él eran tendientes al bien público. Al lado de esta actividad discrecional y arbitraria del poder público, se encontraba la administración de justicia. Las leyes que normaban esta administración eran expedidas por el soberano, pero su aplicación correspondía a los tribunales y se reconocía que el soberano podía expedir la ley, pero no modificarla o hacer excepciones para un caso particular. El principio por el que se habían creado los tribunales se oponía a ello y las leyes luego que se expedían tenían un carácter riguroso y engendraban derechos para los particulares y sólo podían ser abolidos por otra ley.

En esta forma, constituido el Estado de aquella época, no existía propiamente ninguna garantía para los particulares que tenían que sufrir las consecuencias de la actividad del Estado. Sin embargo, como los individuos constituyen una fuerza bastante poderosa

para hacer respetar sus derechos, se fue formando al lado del Estado soberano una concepción de la personalidad moral que el Estado debería tener, no como soberano sino con el carácter de persona privada. Y que era conocida con el nombre de "Fisco". Esta creación impuesta por las necesidades de la época, vino a resolver en gran parte las consecuencias perjudiciales que originaba el sistema de organización arbitraria de aquella época, en que el derecho no significaba sino la ausencia de derecho. El Fisco tuvo una gran importancia para determinar las relaciones entre el Estado y los gobernados. En efecto, siempre que el Estado como soberano ejecutaba un acto por el cual causaba perjuicio a un particular, como poder público no se reconocía responsable y sin embargo ordenaba a la personalidad establecida al lado del poder público, al Fisco, que asumiera la responsabilidad de los actos del poder público. En el caso de una expropiación, el poder público verificaba el acto, sin que en su carácter de poder público se reconociera responsabilidad. Sin embargo, este poder público tenía facultades para ordenar a la persona privada que manejaba los intereses del Estado, que pagara una indemnización al propietario desposeído. Si el poder público cobraba una contribución indebidamente, no se reconocía responsable. Sin embargo, el Fisco estaba sujeto por una orden del poder público, a responder al individuo por la devolución de aquella cantidad. En este periodo del desarrollo, la teoría del Fisco, que viene a salvar la irresponsabilidad del Estado poder público, está caracterizada por la existencia de dos personas en el Estado: una persona poder público y una persona de derecho privado. No se trataba de dos aspectos de una misma entidad. No era el mismo Estado que por un aspecto se presentaba ejecutando funciones de

¹⁵ Aquí concluye el texto de la décima cuartilla.

poder público y en otro caso funciones de Derecho Privado, sino que eran dos personas y la de Derecho Privado se encontraba sometida al poder público como todas las personas de Derecho Privado lo estaban.

Se pueden resumir los caracteres de este segundo periodo, haciéndolos consistir en estas dos ideas fundamentales: creación de la administración de justicia, como una actividad independiente del poder público, en la que el soberano no podía intervenir, y como consecuencia de este carácter, la distinción¹⁶ de las leyes; unas relativas a la administración de justicia, que regulaban las relaciones civiles o penales de los particulares y que estaban encomendadas para su aplicación a los tribunales que constituían la administración de justicia y que el soberano sólo podía variar por disposiciones de carácter general; y otras leyes eran constituidas por las instrucciones que se expedían a los funcionarios que se encargaban de las actividades que no eran la administración de justicia y que no tenían la generalidad que caracteriza a las leyes, no constituían un derecho para los gobernados y podía el soberano hacer una excepción de la ley.

El segundo carácter es el de la existencia de una personalidad de Derecho Privado conocida con el nombre de "Fisco", que asumía todas las responsabilidades del poder público con motivo de los actos que ejecutaba. El principio era que el poder público como tal no contraía ninguna obligación ni responsabilidad por los actos que ejecutaba, aunque las leyes civiles establecieran la responsabilidad en casos semejantes para los individuos. La solución

que se dio fue crear al lado del poder público un organismo que pudiera responder por los actos de aquél.

Se ve aquí que todavía no existe un Derecho Administrativo autónomo y que las únicas reglas que regulan las relaciones del poder público con los individuos son reglas de Derecho Civil. No existe ninguna regla de Derecho Público que constituya una obligación para ese poder público y los tribunales civiles siguen siendo los que conocen de esas relaciones de los particulares con la persona de Derecho Privado que se conoce con el nombre de "Fisco".

El tercer periodo de la evolución histórica que estudiamos, viene a ser propiamente un desarrollo de todas las ideas que hemos encontrado en los dos periodos anteriores. Desde luego en este tercer periodo vemos aparecer el Estado unitario, el Estado ejerciendo derechos de un carácter público que no están sometidos a las reglas del Derecho Civil y por otra parte vemos que un aspecto del Estado puede estar sometido bajo ciertas modalidades a los preceptos del Derecho Civil. El desarrollo histórico en este tercer periodo consiste en un proceso semejante al que originó la separación de la administración de justicia en el segundo periodo.

Esta evolución se marca principalmente en la historia del Derecho Administrativo francés, en que se ha llegado a un régimen administrativo más perfecto.

Consiste ese proceso en que naturalmente los particulares, los individuos, se sintieron cada vez más lastimados por el ejercicio arbitrario del poder público. Existía una desigualdad entre la actividad de la administración de

¹⁶ Aquí concluye el texto de la décima primera cuartilla.

justicia, sujeta a reglas definidas, y la actividad de la administración pública, en la que sólo imperaba la discreción y el capricho del rey. Se vieron continuas causas de conflicto entre las autoridades del rey y los tribunales. Estos ampararon a los individuos contra los actos irregulares del poder público, pero éste protegía a sus funcionarios y se resistía a acatar los mandamientos del poder judicial. Además, en este periodo vemos también que los tribunales tenían ciertas facultades de policía, de carácter administrativo, y estas facultades¹⁷ las ejercen bajo el imperio de ciertas reglas ya establecidas y en las que se veía el contraste notable con las actividades del poder público distintas de la administración de justicia.

En el conflicto que se originó entre la autoridad judicial y el poder público, vinieron a combinarse otros dos principios importantes: el principio de la representación nacional y el principio de la división de poderes.

Las luchas en contra del arbitrio del poder público llevaron a la conclusión de que era necesario que el soberano, que era el pueblo representado en la forma que determinaba la Constitución, fuera el único que manifestara la voluntad general con el carácter de imperativos, y exigía que los otros poderes quedaran sometidos al poder soberano que era la Representación Nacional. Además, en la misma época se nota la influencia decisiva de las teorías de Montesquieu relativas a la división de los tres poderes, y el esfuerzo de la Revolución Francesa consistió en la destrucción absoluta del pasado en lo que significaba de arbitrario y abusivo, y las nuevas constituciones implan-

taban un régimen semejante al que existía para la administración de justicia.

Organizaban tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, con una subordinación del ejecutivo y judicial al poder legislativo, a la soberanía del pueblo; de manera que en lo sucesivo el poder ejecutivo quedó sometido a reglas de carácter inviolable, dictadas por el poder legislativo y enteramente semejantes a las que regían al poder judicial desde una época anterior. Se organizó el poder ejecutivo, la administración, bajo un régimen perfecto de derecho, que no estaba sujeto al capricho de los gobernantes, y los particulares conocían los derechos que el poder público debe respetarles y los medios que el poder ejecutivo podía usar para modificar sus resoluciones y responder de los actos que ejecutaba.

La teoría del "Fisco" no se hizo necesaria y el Estado quedaba responsable de sus actos y sujeto a normas invariables como la administración de justicia; pero organizado así un régimen de derecho, en el cual ya existe un derecho propio del poder público, un derecho que es ya independiente del Derecho Civil, quedaban algunos otros problemas que resolver. Esos problemas eran los de si el poder público debería tener a su cargo la aplicación íntegra de ese Derecho Público. Esta situación ha sido resuelta de muy diversas maneras en los países. En Francia, por ejemplo, se llegó a la conclusión de que el poder ejecutivo debería tener a su cargo la integridad de la aplicación de las leyes de derecho público. Debería no solamente hacer la aplicación y ejecución de esas leyes, sino que debería resolver los casos contenciosos que ocurrieran con motivo de dicha aplicación. Al poder ejecutivo, al poder administrativo, se le organizó en forma

¹⁷ Aquí concluye el texto de la décima segunda cuartilla.

que comprendiera en sí todas las actividades y situaciones que puedan encontrarse en la aplicación de las leyes de Derecho Público. Las razones de esta separación tan definida, fueron en aquel país las de sus continuas pugnas con los tribunales del poder ejecutivo. Además, los tribunales siempre exageraban el celo por la aplicación de las leyes y maniataban la actividad del poder ejecutivo, y la única solución fue hacer que la administración de justicia quedara en un campo distinto y no tuviera intervención¹⁸ en los actos que el poder ejecutivo realizara. Así quedó organizado un régimen administrativo perfectamente definido, en el cual el poder ejecutivo tiene facultades no sólo para aplicar las leyes, sino para resolver los casos contenciosos que ocurrieren con motivo de éstas.

En otros países la evolución fue distinta, sin prescindir del principio de que el poder ejecutivo debería regirse por reglas de Derecho Público, aunque consideraron que los casos contenciosos deberían ser resueltos por los tribunales. De este sistema son las organizacio-

nes ajenas y la mexicana, tomada de la organización americana.

Basta dejar sentada la idea de que el poder ejecutivo no tiene entre nosotros una actividad completamente independiente de los tribunales, sino que una gran cantidad de sus actos y todos los casos contenciosos tienen que ser resueltos por los tribunales. Como consecuencia del establecimiento del régimen de derecho a que dio lugar la implantación de la teoría de la división de poderes, apareció una actividad más definida del poder ejecutivo. Como resultado de la independencia del poder ejecutivo, fue necesaria una forma especial y consistió en el acto administrativo que es característico del régimen de derecho que viene a ser un producto de la división de poderes. Por lo mismo debemos estudiar la teoría de la división de poderes, para formarnos una idea de ese acto administrativo.

Con esto concluye la evolución histórica que llevó a la formación y autonomía del Derecho Administrativo que nos rige.¹⁹

¹⁸ Aquí concluye el texto de la décima tercera cuartilla.

¹⁹ Aquí concluye el texto de la cuartilla número catorce, última incluida en esta edición.