

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULARA DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA:

“La evolución del Derecho Administrativo en el siglo XX”

AUTOR:

Ab. Diego Mauricio Vásquez Flores

DIRECTOR

Dr. Pablo Zambrano Albuja

Loja, 2011

DECLARACIÓN DE AUTORIA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”

Nombre del autor

Firma

Diego Vásquez Flores

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

“Yo, Diego Mauricio Vásquez Flores, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del Patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través ,o con apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Nombre del autor

Firma

Diego Vásquez Flores

Dr. Pablo Zambrano Albuja

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

*Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante **Diego Mauricio Vásquez Flores**, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.*

Loja, 2011

Dr. Pablo Zambrano Albuja

Agradecimientos:

A mis padres, Lolita y Mario por su cariño

A mi hermano Mario por su ejemplo

Y a Luz Viviana por su incondicional apoyo

***Mi reconocimiento y gratitud para el Dr. Pablo Zambrano Albuja que
con sus conocimientos y prontitud, facilito la elaboración de esta
investigación.***

Y, a todos quienes forman la Universidad Técnica Particular de Loja.

Dedicatoria

A quienes han sido el pilar de mi vida;

En los que podré confiar siempre...

Mi Familia:

Mario, Lolita, Fer, Ma. Estuardo y Ache.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

Capítulo I

Estado y Derecho

- 1.1 Origen del Estado.
- 1.2 Origen del Derecho.
- 1.3 Relación entre Estado y Derecho.

Capítulo II

El Derecho Administrativo

- 2.1 Etimología del término Derecho.
- 2.2 El Derecho. Definiciones.
- 2.3 El Derecho Público.
- 2.4. El Derecho Administrativo.

Capítulo III

Fuentes del Derecho Administrativo y Principio de Legalidad

- 3.1 Las Fuentes del Derecho Administrativo. Definición.
- 3.2 Fuentes directas escritas.
 - La Constitución
 - La Ley
 - Los Reglamentos
 - Decretos y Acuerdos
- 3.3. Fuentes directas no escritas

- La Costumbre
- Los Principios General del Derecho

3.4. Fuentes indirectas

- La jurisprudencia
- Los tratados internacionales
- La Doctrina

3.5. El Principio de Legalidad.

Capítulo IV

Derecho Administrativo su Evolución

4.1 Antecedentes remotos.

4.2 Etapa de formación.

4.3. Fortalecimiento del Derecho Administrativo.

Capítulo V

La Administración y el Administrado

5.1. La Administración Pública. Definición.

5.2. La Administración en la evolución del Derecho Administrativo.

5.3 La Administración como Persona Jurídica.

5.4. El Administrado.

5.5. Situaciones jurídicas del Administrado.

6. Conclusiones.

7. Bibliografía.

Introducción.

He querido investigar a la evolución del Derecho Administrativo, dado que cada día la intervención de la Administración en la esfera privada del individuo es mayor y se manifiesta de las más variadas formas, y al ser el Derecho Administrativo aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de las administraciones públicas y las relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos, viene a mí lo importante que resulta el investigar el tema en cuanto a su evolución en el tiempo para así poder determinar con claridad la magnitud de la misma; partiendo de nociones básicas referenciales del origen de la materia y sus fuentes.

Por lo que al Derecho administrativo se refiere, parece claro que el proceso se inicia fundamentalmente a través de la organización estatal. Lo que significa que la relación sociedad Derecho no es directa el Derecho no emana de forma inmediata de la sociedad, sino del Estado.

Hemos de considerar que la permanente evolución del Derecho Administrativo es una consecuencia necesaria de su naturaleza de fenómeno social, cada sociedad se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica; aunque, como puede suponerse, el proceso de arrastre o influencia no es mecánico, sino muy sutil.

Al ser todos nosotros parte del Estado, como individuos sociales y sujetos activos de una sociedad determinada sujeta a normas de conducta como en el caso de estudio, de Derecho Administrativo, encontramos que desde el recurso

contra una multa de tráfico hasta la solicitud de una licencia para realizar obras en una vivienda, o la reclamación de responsabilidad por las lesiones causadas como consecuencia de una carretera en mal estado, todo ello queda dentro de la esfera del Derecho Administrativo de ahí la importancia de analizar el tema y preguntarnos ¿cuál es la incidencia de esta evolución en la sociedad.?

Resulta entonces de gran importancia generar un aporte respecto del origen de esta importante rama del derecho cuyo origen apenas se remonta a un poco más de dos siglos, los cuales, a su vez, pueden dividirse en dos grandes etapas:

Una primera, que cubre aproximadamente de finales del siglo XVIII a la última parte del siglo XIX y que puede identificarse como la etapa de formación del derecho administrativo; y, una segunda, que transcurre desde la última parte del siglo XIX hasta nuestros días, que podemos denominar como la etapa de consolidación de esta rama del derecho.

De ahí lo importante de determinar las circunstancias del proceso de creación y aplicación del Derecho Administrativo, analizando sus fuentes tomando como punto de partida el término Derecho; identificando sus etapas históricas con el fin llegar a determinar su incidencia en la sociedad.

Cuando se estudia el Derecho Administrativo generalmente se analizan los grandes temas que constituyen su objeto, como son, principalmente, la organización administrativa, los actos y los contratos administrativos, el régimen de la función pública, el régimen de los bienes del Estado, la responsabilidad de las personas públicas, los servicios públicos, el poder de policía, etcétera, así como los aspectos más detallados que hacen parte de

esos temas, según las necesidades académicas o prácticas del momento en que se realiza el estudio.

Pero tan solo ocasionalmente se analizan o se plantean los aspectos que están en la base del derecho administrativo y que constituyen su fundamento y su razón de ser, es decir, lo que podríamos denominar su esencia o su espíritu de ahí que proviene la motivación para la presente investigación cuyo fin último radica precisamente en realizar un estudio de ese espíritu de origen del Derecho Administrativo para poder determinar su evolución.

Participo del criterio del maestro Libardo Rodríguez en su obra “La Explicación Histórica del Derecho Administrativo” cuando manifiesta que al tratarse del estudio del Derecho Administrativo, escasas veces se analiza y resuelven preguntas tendientes a determinar la razón u origen de su existencia y que como toda reflexión de carácter filosófico, es fundamental para mejor comprender su existencia y objeto.

Estos presupuestos resultan de gran importancia al momento de emprender un análisis respecto de la evolución del tema sin embargo es menester también el constreñir como lo hacen los clásicos en la materia el sentido preciso del término dado que no existe Derecho Administrativo mientras ese conjunto de reglas no sea sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre particulares y que dichas reglas no sean obligatorias para los gobernantes.

Es decir, que sólo puede afirmarse que efectivamente existe derecho administrativo en un Estado, cuando ese conjunto de normas reguladoras de la organización y la actividad administrativa son obligatorias para las autoridades y conforman un cuerpo coherente y sistemático, que permita afirmar la existencia de una rama especializada del derecho, diferente de las ramas

jurídicas tradicionales, como el derecho civil, el penal, el comercial, el laboral, etcétera.

En ese orden de ideas bien podría identificarse varias etapas relacionada con el origen del derecho administrativo, referidas a lo que podrían denominarse antecedentes remotos, que vendrían inclusive, desde la civilización Sumeria, pues en ella ya existieron ya vestigios de lo que a la postre conoceríamos como Derecho Administrativo. Igual situación se presenta con etapas históricas más próximas, como la época monárquica, la Revolución francesa y la norteamericana.

Pero es evidente que en esas épocas, fuera de la necesidad práctica de tener algunas reglas para organizar la actuación de las autoridades, no existía la intención de conformar un cuerpo sistemático de normas que regularan esa actuación, y que además, fueran de obligatorio y efectivo cumplimiento para las mismas autoridades.

Desde otro punto de vista podemos entender como en su momento lo expresó el profesor Georges Vedel, todo país civilizado habría de tener un derecho administrativo, por cuanto necesariamente posee un conjunto de normas que rigen el accionar de la administración.

Como se podrá advertir de la presente introducción, considero hace falta un estudio por memorizado respecto del origen y existencia del Derecho Administrativo, como podría sino identificarse plenamente cual ha sido la evolución del mismo si previamente no se realiza dicho análisis, es por ello precisamente que para fines ulteriores tomo como punto partida de esta tesis definiciones de Estado y Derecho, que servirán como base para una clara delimitación de la evolución que he buscado determinar.

Tal como reza el título de esta tesis su fin es determinar la evolución del Derecho Administrativo, y para ello comenzare por buscar su origen a raíz de una definición de los términos Estado y Derecho haciendo un énfasis especial en el vinculo existente entre uno y otro y la connotación que ello implica para el desarrollo de la materia objeto de nuestro estudio; luego razonare definiciones básicas de derecho tomando en cuenta la etimología del término bajo la consideración de que se trata de un fenómeno social dialectico para así llegar a lo que es el Derecho Administrativo propiamente dicho y su connotación como derecho público; de esta manera podre entonces continuar con el estudio de las fuentes del Derecho Administrativo intentando desentrañar su génesis en base a consideraciones de carácter sociales y jurídicas; y, tras una breve reseña histórica entorno a su evolución bajo parámetros de antecedentes, etapas y fortalecimiento, podremos llegar a la aplicación del Derecho Administrativo desde dos puntos de vista a saber, el de la Administración y, el del Administrado y las diversas situaciones que surge de esta relación.

CAPITULO I

ESTADO Y DERECHO

1.1. Origen del Estado

Para una mayor comprensión del tema, hemos de partir del significado mismo del término Origen el cual de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo; siendo así, lo que nos corresponde es realizar el análisis conducente a determinar cuál es entonces el principio o causa del nacimiento del Estado, al respecto existen dos grandes teorías para explicar la organización social y su evolución en todos sus aspectos, ya sean estos infraestructurales, estructurales y superestructurales, economía; política; ideología y cultura respectivamente.

La primera de estas dos grandes teorías es la de la armonía social, entendida esta, en el sentido de que existe una tendencia interna dentro de cada sociedad que la conduce a imitarse a sí misma dentro de un esquema de cooperación entre sus integrantes, corrigiendo, al tiempo, aquellas situaciones que podrían llevarlos al desequilibrio y haciendo suyos de acuerdo a sus necesidades, aquellos aspectos novedosos que pudiesen ser de beneficio para la misma.

Los más grandes representantes de la teoría de la armonía o concepción social han sido las escuelas Funcionalista y Estructuralista, y en su orden la primera de ellas *sostiene* que el orden social se fundamenta en el movimiento social armónico planteándose que es la propia sociedad la que tiende a ser utilitariamente equilibrada; por su parte la escuela Estructuralista plantea simplemente que la estructura social se mantiene ligada entre sí en razón de

una conciencia colectiva, convertida en solidaridad la que permite organizar la distribución del trabajo.

La otra gran teoría sobre la organización social es la teoría del conflicto en la cual encontramos el pensamiento de Spencer y la variante propuesta por Marx y Engels, Spencer sostiene la idea de que el conflicto se desenvuelve en una dinámica externa, siendo resuelto generalmente por la guerra; la adecuación de todos los recursos para el logro de la victoria hace posible la cooperación que permite el cumplimiento del objetivo marcado y así mismo, la reiterada victoria permite el aumento de prestigio y poder de una minoría dirigente de la guerra. Marx y Engels por su parte sostienen la teoría del conflicto se basa en la dinámica interna del mismo y se plantea como el intento de solución diacrónica de una situación sincrónica, la cual es la apropiación de los medios de producción por parte de una minoría de la sociedad.

Adentrándonos un poco más en el tema, en palabras de Jean- Jacques Rousseau en un fragmento de su obra El Contrato Social o Principios de Derecho Político encontramos que “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo.»

De inmediato este acto de asociación produce, en lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe por este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se constituye mediante la unión de todas las restantes, se llamaba en otro tiempo Ciudad-Estado, y toma ahora el nombre de república o de cuerpo político, que sus miembros denominan Estado, cuando es pasivo, soberano cuando es

activo y poder, al compararlo a sus semejantes. En cuanto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman más en concreto ciudadanos, en tanto son partícipes de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto están sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden con frecuencia y se toman unos por otros; basta con saber distinguirlos cuando se emplean con precisión.”¹

De este pacto nace la voluntad general misma que ni es arbitraria ni se confunde con las con la suma de las voluntades egoístas de las voluntades individuales de las personas, así simultáneamente se establece, la soberanía popular y la libertad individual, porque, al haber pactado con la comunidad, cada individuo está realizando también un pacto con sí mismo, en tanto que al respetar a la voluntad general, está respetando su propia voluntad.

Grandes pensadores como Platón y Aristóteles en formas diferentes coincidían en que el Estado era anterior al hombre, para Platón por ejemplo la estructura del Estado y del individuo eran iguales, y con ello, analiza las partes y funciones del Estado y posteriormente, las del ser humano, con lo cual estableció el principio de Estado anterior al hombre; por su parte Aristóteles, fue más enfático al declarar que el Estado existe por naturaleza, y por tanto, es anterior al hombre.

En la época del absolutismo Luis XVI rey de Francia, llegó a a decir aquella conocida frase "El Estado soy yo", lo cual tan solo indica la más pura esencia

¹Rousseau Jean Jacques citado por María José Villaverde en el Contrato Social o Principios de Derecho Político, Estudio Preliminar y Traducción, pág.48

del absolutismo, llegando a ese extremo el Estado no era sino una prolongación de las características absolutas del rey.

Por otro lado, y en absoluto contraste a la precitada frase "El estado soy yo" manifestación del más nocivo absolutismo, violador de todo derecho y principio, encontramos a la revolución Francesa cuya mayor aportación fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se fundamentó en la teoría de Rousseau en su obra el "El Contrato Social". El cual contempla la transformación de la sociedad basado en el establecimiento de *"una forma de asociación, mediante la cual cada uno, al unirse a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes"*

Se trata entonces del hombre que vuelve a su estado natural, sin dejar de pertenecer a una comunidad, sin ser como lo señala Hobbes, un contrato entre individuos, ni de los individuos con un gobernante; sino como lo plantea Locke: es un pacto de la comunidad con el individuo y del individuo con la comunidad por el que cada uno de los asociados se une a todos y a ninguno en particular.

Debemos tener presente que no todos los Estados actuales surgieron de la misma manera; es decir, no provienen todos de una misma evolución, entendida esta como un camino único e inexorable, esto se debe a que cada Estado responde a la construcción histórica de su sociedad ya que con este se alcanza el grado más alto de la organización social, el de la unidad colectiva dotada de capacidad para la autodeterminación sujeta a un ordenamiento jurídico.

El hecho de que el Hombre por su sola naturaleza de tal este destinado a la convivencia fue lo que determinó las formas primitivas de la vida social y la aparición del Estado, debemos tener presente que los elementos humanos más

próximos del Estado no son los individuos, sino las familias, las cuales con el paso del tiempo y la influencia de factores tanto endógenos como exógenos fueron formando grupos superiores que podemos considerarlos como pre estatales como la banda, tribu, horda, etc. Cada uno con su particular y lógicamente distinta forma de organización en cuyo desarrollo se fueron distinguiendo las funciones que hacen necesario el poder.

El Estado es un fenómeno social complejo, cuya característica es la regularización coactiva de la conducta humana a través de un orden normativo, de esta manera podemos afirmar que, el Estado es sociedad más poder, o sea una sociedad políticamente organizada. Carnelutti, viejo pensador del derecho, nos enseña que una sociedad se llama Estado en tanto y en cuanto produce derecho.

Tenemos entonces que para encontrar el origen del Estado es menester acudir a las características de las primeras culturas y asentamientos humanos originarios de algunos pueblos con características semejantes al Estado, así encontramos que un primer orden al sedentarismo como una de las primeras expresiones de agrupación del hombre, esta debida a que el hombre en estado primitivo, por razones que son propias de la naturaleza tuvo que vivir en condiciones extremadamente precarias de ahí que nació en el necesidad de organizarse en pequeños grupos con asiento en determinados lugares donde aprendió a convivir con sus semejantes y repartiendo deberes y obligaciones tales como el cultivo y la caza.

Así tenemos entonces que la primera sociedad natural, fue sin duda la familia, cuyo desarrollo espontáneo, formo el clan y la tribu; esta fundó la ciudad, realidad permanente que radica al hombre a un territorio, las necesidades de la

protección común y el intercambio comercial dieron paso a la anexión de ciudades dentro de una más amplia estructura social, la nación.

La voz Estado es reciente y atañe a la unificación política alcanzada con posterioridad a la era medieval, para los griegos, la palabra polis, o sea ciudad, expresaba la comunidad, diferenciada por un modo de vida propia. El Estado era entendido por los romanos como "res pública" o "civitas". Del uso de las expresiones tales como "status rei romanae", puede provenir la voz Estado. Al extender su dominación, Roma llamó "imperium" a su organización política, acentuando así el elemento decisivo del concepto "Estado", que es el imperio o potestad de mandar. En el derecho germánico también se acentuó el elemento de dominio, pues el Estado fue llamado "Reich", voz que procede de "regnum", o sea mando de un príncipe.

Pero ya refiriéndonos al término stato de la lengua italiana, evolución de la palabra status del idioma latín, encontramos que fue Maquiavelo quien por primera vez lo utilizó para definir al cuerpo social que modernamente lo conocemos como estado nacional, en términos generales se entiende por Estado a la organización política y jurídica de un pueblo en un determinado territorio y bajo un poder de mando según la razón.

En conclusión, después de analizar, investigar y explicarnos que da origen al Estado, cabe afirmar que el origen de este no puede determinarse como una situación fáctica ya que es un producto propia de la evolución humana, considero acertado si, el tomar como punto de partida a los individuos, puesto que todo el Estado surge de una sociedad y descansa sobre ella; más aún, el Estado es la sociedad en cuanto ella se estructura políticamente, el hombre en abstracto, considerado independientemente de la sociedad, no tienen existencia

real, puesto que el hombre ha vivido siempre en grupos, aún en las edades remotas, perdidas en la noche de los tiempos.

Así podemos decir también, que la existencia del Estado nace de la necesidad, impuesta por la naturaleza propia de las cosas, respecto al Estado moderno, tenemos que éste se instituye desde que el poder se despersonaliza, institucionalizándose, bien podemos entonces concluir que la formación del Estado es un hecho consciente que radica en la aceptación de los gobernados a un orden cuyo titular es impuesto es una entidad abstracta.

1.2.- Origen del Derecho

En la búsqueda de una explicación racional, y no compleja podemos afirmar que el origen del derecho es producto de una evolución del nivel cultural de diversos pueblos en lugares y tiempos históricos diferentes, esto acogiendo el pensamiento de Savigny, en el sentido de que cada pueblo genera su propio derecho, como un dato relevante podemos anotar que este jurista alemán definió al derecho romano como el primer gran sistema jurídico en la historia de la humanidad, esto debido a que Savigny no llegó a conocer los extraordinarios logros jurídicos de los sumerios y babilónicos, en razón de que estos fueron descubiertos a inicios del siglo XX, esto es, después de 50 años de que falleció Savigny.

En este contexto, sin lugar a duda hoy en día bien podemos decir que el primer gran logro jurídico en la historia de la humanidad es el Código de Hammurabi, elaborado por el sexto rey babilónico Hammurabi, de la primera dinastía, que gobernó Mesopotamia por 40 largos años, en el siglo XVII A.C. Teniendo como punto de partida a los magnos aportes jurídicos, de los babilónicos y de los romanos, podemos dividir al origen del derecho en tres

fases a saber, la primera las “normas morales prejurídicas-prehistóricas”, está totalmente alejada de la concepción del derecho y de la historia; la segunda, las “normas morales-jurídicas históricas”, constituyen el nacimiento y consolidación del llamado “derecho consuetudinario” bien podemos decir que es esta da origen a la tercera fase que corresponde a las normas jurídicas escritas, es decir, al derecho propiamente dicho, que constituye el génesis de la amplia y complicada historia general del derecho, formalmente hablando.

En este orden de ideas, compartiendo el criterio de Recaséns Siches cabe precisar categóricamente que en la primera fase no hubo derecho así el precitado jurista español afirmó “Por otra parte, es verdad que tampoco es Derecho un sistema de normas, ora puramente ideales, ora elaboradas positivamente por los hombres en una cierta situación histórica y de las cuales se predica vigencia formal pero que en conjunto aún no han obtenido realización efectiva, es decir, que no son de hecho cumplidas regularmente. Tales normas carentes de realización fáctica regular no son Derecho. Serán a lo sumo una pretensión de Derecho. Podrán ciertamente tener forma jurídica, pero no Derecho en la significación genuina de esta palabra.”²

Dicho en palabras del reconocido antropólogo estadounidense Paul James Bohannon: “El Derecho debe ser distinguido de las tradiciones y de las modas y más específicamente de la norma social y de la costumbre moral.”³ Es por ello que en búsqueda de la científicidad del Derecho, el austríaco Hans Kelsen, sentencio enfáticamente que: “La ciencia del Derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y

² Recaséns Siches Luis, Filosofía del Derecho, pág. 159.

³ Bohannon Paul James, Law and Warfare, pág. 67.

una obligación moral hay la misma diferencia que entre el Derecho y la moral.⁴”

Las normas morales orales pre jurídicas o prehistóricas, son el equivalente a una prehistoria sin derecho tratándose más bien de normas consuetudinarias, en las organizaciones más primitivas del hombre como las hordas y, posteriormente los clanes, tenemos que en su forma de convivencia, imperó el orden del más fuerte, lo que llevo lógicamente a que se imponga la justicia en una forma personal , mas en un determinado momento de la historia cuando el hombre vio la necesidad de compartir el poder con individuos físicamente débiles, específicamente brujos, hechiceros, que se consideraba tenían poderes mágicos como consecuencia de cierto control de los hechos de la naturaleza fueron desarrollándose una serie de creencias vinculadas a la magia y a la religión viviendo una suerte de panteísmo y politeísmo.

Fueron estas personas las que se encargaron de promover y difundir oralmente, de generación en generación, las primeras formas de vida temiendo a esas creencias mágico-religiosas creencias impuestas por unos que desarrolladas como costumbres permitieron lograr el dominio e imperio sobre otros. De esta forma, en cada grupo humano contaba con un jefe, que sería el equivalente luego fue el rey, para defender a los demás que buscaban su resguardo, de otro lado, el brujo o hechicero sacerdote que imploraba a los dioses con los cuales él se comunicaba, protección para el jefe, en particular, y para el pueblo, en general.

⁴ Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, pág. 79.

Lógicamente viene de suyo el hecho de que en la fase prehistórica del hombre, todo fuese oral, en razón de que no se conocía la escritura, y, asimismo, no hubo atisbo alguno del elemento derecho.

Cabe señalar lo que expresa el tratadista español Ángel Latorre Segura:

“Estas reflexiones sobre el Derecho en las comunidades primitivas iluminan claramente las graves dificultades con que tropezamos al querer dar un concepto general del Derecho, o sea, al querer decir qué es el Derecho en todas las épocas y en todas las situaciones posibles” [...] “El problema de qué debe entenderse por Derecho en los pueblos primitivos es teóricamente más complicado, aunque su alcance práctico sea muy reducido.”⁵

En cuanto a las normas morales jurídicas históricas, podemos analizar que como fruto de la evolución del hombre, este se agrupó en tribus de religión politeísta mitológica, hecho que requirió de una mayor organización humana y material, lo que condujo al hombre a costumbres más concretas, específicas, que imponían rigurosas conductas sociales para una armoniosa convivencia social regida por la antigua concepción mágico-religiosa de acuerdo con los dioses adorados.

Sin embargo lo más destacado fue que las costumbres pasaron de ser orales a normas jurídicas escritas dejando así la justicia de ser directa para convertirse en indirecta, esto es, por acción de un tercero, según corresponda. Así tenemos que primero se creyó en el castigo divino de los dioses o de Dios, según la creencia de la nación; posteriormente, pasó a ser función del gobierno, a cargo

⁵ Latorre Ángel, Introducción al Derecho, pág. 35.

de la autoridad del Estado o sociedad, para que la ejerza públicamente, cuya finalidad era la de ejemplarizar con el objetivo de que no se repitan las transgresiones al orden jurídico interno, que se encontraba en periodo de formación.

Esta noción, fue generando gradualmente nuevos “mores” costumbres, que se identificaron por su mayor contenido ético acorde a la creencia de los dioses o de un Dios que quería o esperaba la obediencia o sumisión total del hombre. No obstante lo anotado, en los inicios de esta fase continuó primando la norma oral y de carácter moral consuetudinaria, sin que estas hayan resultado efectivas para la organización, regulación y control de los hombres, ante el latente peligro de la anarquía de los pueblos, se crearon normas escritas que fueron más eficientes y operativas, ante las cuales los hombres estaban obligados a su cumplimiento, y su violación acarrearaba una drástica sanción por parte de la autoridad, jefe rey o a quien se le delegaba este poder y facultad.

Debemos tener presente que si bien las primeras normas trataron de organizar la vida social de los pueblos fueron de carácter religioso y moral, esto fue, en una etapa en la cual vida hombre se encontraba en función de la voluntad divina, sin que sea menos cierto que en ese contexto la esfera subjetiva del hombre haya sufrido una gran influencia, en cuanto a su conciencia moral.

Empero, frente al fracaso de estas normas, se crearon otras desarrolladas por los hombres con criterio objetivo y contenedoras de sanciones brutales, estas ya con la finalidad concreta de limitar la libertad y establecer una autoridad y un orden imperativo en el grupo social. Sería esta la senda por la que transitase iusnaturalismo primitivo hacia el positivismo jurídico, en la medida que aparecen las primeras normas escritas, siempre estas con una gran influencia deísta.

Esta es, la etapa del período del derecho arcaico, en el cual del derecho consuetudinario oral pasamos al derecho escrito. Trascendental cambio suscitado en los diferentes momentos históricos, en los que se fraguaron las primeras leyes o códigos escritos, entre los que podemos citar Código de Hammurabi; las Tablas de la Ley, que es la Ley Mosaica y corresponde al pueblo de Israel; las Constituciones Griegas respecto de las cuales podemos mencionar que estas recibieron la influencia normativa de los mesopotámicos, egipcios y fenicios, tenemos también el primer Código Jurídico en China, introducido por el primer ministro Zi-Zhaan; La Ley de las XII Tablas que corresponde al Derecho Romano arcaico y es el trascendental paso de las normas morales-jurídicas históricas al derecho propiamente dicho, en otros términos es el paso del derecho consuetudinario oral a las normas jurídicas o derecho en estricto sentido. Es importante acotar que la Ley de las XII Tablas fue la primera ley escrita en Roma, la historia nos cuenta que una comisión de romanos viajó a Grecia para informarse de las normas jurídicas escritas que habían hecho posible la felicidad y el alto nivel cultural de los griegos, lo que hizo posible la elaboración y aprobación de la Ley de las XII Tablas.

Finalmente al hablar de las normas jurídicas escritas hallamos que la más amplia y concreta expresión de esta fase del origen del derecho se encuentra en Roma, y se da partir del cambio del derecho consuetudinario, es decir las costumbres morales- jurídicas, al derecho o normas jurídicas propiamente dichas es decir aquellas normas escritas.

La historia nos enseña que los romanos forjaron su progreso y desarrollo en la prosperidad de su Derecho, siendo este el génesis del derecho positivo, basado en la ley escrita, de la que emergen una serie de instituciones jurídicas, a la

cuales quedan sujetos en forma inexorable y obligatoriamente todos los ciudadanos miembros de un Estado, con sanciones ejemplares para quienes vulneran el orden jurídico edificado para preservar la paz, felicidad y prosperidad de Roma y los romanos.

Existen pensadores como el español Luis Pericot García, quien reconoce a los romanos como los genios del derecho positivo, textualmente el profesor Pericot señala que: “La aportación más notable de Roma a la cultura espiritual fue la conciencia jurídica. Los romanos supieron regular con gran sentido de la realidad las relaciones sociales. Algunas instituciones, como el derecho de propiedad, el de sucesiones y el de obligaciones (o contratos), sobreviven todavía en la legislación contemporánea, aunque con diversas modificaciones.”⁶

Nacido el derecho, su desarrollo y fortalecimiento en Roma y lo sucedido posteriormente, es sin duda alguna, otra historia de la historia del derecho que va más allá de lo que ha de tratarse como su origen; dando fin al presente acápite me permito exponer que el origen del Derecho y este como producto social o expresión de la vida en sociedad, se manifestó a través de normas indiferenciadas de carácter moral, religiosas o sociales; posteriormente el derecho surge de un proceso espontaneo constituyendo la costumbre su fuente primigenia única.

1.3. Relación entre Estado y Derecho

Al estudiar este tema es inevitable el encontrarnos con quienes sostienen que no existe un Derecho anterior al Estado, ya que el primero de los dos tan solo

⁶ Pericot Castillo y Vicens Polis, Historia Universal, pág.124.

aparece cuando lo real se transforma en normativo, tenemos también a quienes argumentan que estos dos orígenes son simultáneos y a los que mantienen que el Derecho es anterior al Estado tal como es el caso del iusnaturalista Giorgio del Vecchio, personalmente considero que la importancia de tratar las relaciones de estos dos orígenes radica en desentrañar la necesaria correspondencia que existe del uno con respecto al otro, sin que para ello importe su génesis en la historia.

Hemos de considerar entonces que el Estado es un producto de la evolución de la organización política de la sociedad, así que el Estado de derecho implica que este como forma de organización política, se legitima a través del derecho y es a su vez el mecanismo limitante del poder, lo que determina que el poder nunca es ilimitado, pues el derecho es su límite contrario a lo que suscitaba en la época de la monarquía en donde el monarca tenía el poder absoluto, pues solo si el poder está sometido al derecho, podemos garantizar las libertades y derechos de las personas, garantizando así que estos no se vulneran.

Fortaleciendo esta limitación ya para el siglo XIX surge la división de poderes del Estado propuesta por Montesquieu que hoy conocemos legislativo, ejecutivo y judicial, cada poder con funciones determinadas sin que pueda uno interferir en otro y controlándose entre sí. Este modelo evoluciona hasta llegar al Estado Constitucional de Derecho, en el que la legitimación jurídica del poder deriva de un texto constitucional que es la norma jurídica suprema del ordenamiento y goza de legitimidad democrática, la idea precisa en que tiene que existir una Constitución de la que derive la organización del Estado y esta a su vez debe estar legitimada por los ciudadanos ya que es en ellos radica la soberanía.

Sin distraer nuestro estudio del tema que nos ocupa podemos observar el pensamiento de Hegel, quien a la relación Estado y Derecho, la relaciona con una teoría idealista, manifestando que el Estado es la realización la idea moral, e instrumento más noble para alcanzar y respetar la libertad humana, pero no separado del Derecho de Estado, considerándolos como indisolublemente ligados, debiendo tener presente que tanto Estado y Derecho responden a causas análogas, tales como la aparición de la propiedad privada y división de la sociedad en clases contrapuestas, así resulta, que el Derecho es inconcebible sin un Estado que a través de sus entidades ejerza las actividades relacionadas con cada uno de los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial de lo cual se colige que no podría existir Estado sin el Derecho por cuanto el Estado presupone una actividad coordinada de sus organismos y funcionarios, que, para ello, deberán hallarse sujetos de manera objetiva a determinadas normas de Derecho.

Marcial Rubio Correa manifiesta que: “Contemporáneamente, es imposible hablar de Derecho sin asociarlo al Estado y sus diversos órganos. El Congreso emite las leyes; el Presidente de la República emite decretos y resoluciones; el Poder Judicial dicta resoluciones de administración de Justicia; organismos públicos tales como el Banco Central de Reserva producen normas sobre varios temas, por ejemplo el régimen cambiario de la moneda o las condiciones en que se realizan las operaciones de crédito; los titulares de los periódicos están llenos de alusiones a los Fiscales, Ministros, etc. En cada uno de estos casos, podemos apreciar que, de diversas maneras, los órganos del Estado están vinculados estrechamente al Derecho y varios de ellos, lo producen para todo el territorio y toda la población.

Es más vivimos en medio del Estado y nos parece natural que así suceda (estemos o no de acuerdo con todo lo que hace y, sobre todo, con cómo lo hace). El Estado cobra impuestos, regula el comercio, hace obras públicas, mantiene el orden, emite documentos de identidad, partidas de nacimiento. En fin, tenemos que ver cotidianamente con él en muchas circunstancias. No siempre fue así: el Estado tal como lo conocemos ahora es producto de los últimos siglos de existencia de la humanidad.”⁷

Podemos entonces sostener categóricamente que el Estado mantiene una estrecha y compleja relación con el Derecho, de tal forma que bien puede decirse que existe una acción mutua de ambos sistemas, sin perder de vista que el poder estatal no es ostensible en la forma de una fuerza física que nos compele, sino en la forma de un sistema de normas que nos constriñen independientemente de que, en nuestro interior, las aceptemos o no. Así las cosas tenemos que el vínculo Estado - Derecho es necesario como garantía de preservación de los derechos tanto individuales como colectivos del ser humano, legitimando así el Derecho al ejercicio del Poder.

En la actualidad ante la clara convergencia de Estado y Derecho tanto en su estructura como funciones resulta difícil hablar de Estado sin hacerlo también de Derecho, al igual que no se puede definir al uno sin hacer alusión al otro de ahí la lógica relación entre los dos, el Estado ha de hallar su fundamento en los principios del Derecho para un accionar transparente y constante, esto se conjuga con la garantía que otorga la independencia de los poderes, en la medida en que estos respeten los postulado de separación de los mismos establecidos por Montesquieu.

⁷ Rubio Correa Marcial, Introducción al Derecho, pág.7.

En definitiva el Estado debe ser el equivalente a la justicia con la finalidad de dar seguridad y garantizar la convivencia pacífica entre los individuos que lo conforman, pues su esencia es garantizar el bien común de sus ciudadanos y las relaciones con los demás Estados.

CAPITULO II

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. Etimología del término Derecho

La importancia de partir del significado etimológico del término radica en que cuando se conoce de dónde viene una palabra, se comprende más rápidamente su valor, por cuanto conocer la etimología de un término facilita su entendimiento, el mismo nombre de etimología del griego *étymos* que significa verdadero, está ligado al antiguo saber de que en el origen de las palabras se encuentra su sentido verdadero de acuerdo con la naturaleza del objeto designado.

“Desde el punto de vista terminológico, se abandonó la denominación “etimología” alternando con “analogía” para designar la morfología (porque enseñaba a remitir una palabra a su forma flexiva considerada original: el nominativo en los nombres, el infinitivo en los verbos), para pasar a significar la “ciencia que investiga los étimos de las palabras de una lengua dada, tratando de determinar las causas y circunstancias del proceso evolutivo”⁸

Tras el breve pero necesario paréntesis realizado en líneas anteriores, podemos ya concretarnos al análisis etimológico del término, encontrando que etimológicamente la palabra Derecho proviene de los vocablos latinos *Dirigere*, *Regere*, que significan dirigir, gobernar. En sentido metafórico o figurado, deriva de la voz latina *Directum*, o sea lo que está de acuerdo o conforme a la regla, la

⁸ Lázaro Carreter Fernando, Diccionario de Términos Fiológicos, pág. 176.

cual a su vez proviene del adjetivo Directus, que significa Dirigir, Conducir, lo derecho, lo recto, lo rígido, ello da una idea de Dirección, Rectitud, Disciplina, Conducción.

Así pues, desde el punto de vista etimológico, la palabra derecho proviene del latín directum, la cual deriva de dirigere que es igual a enderezar, dirigir, encaminar, a su vez, de regere, rexi, rectum que significan conducir, guiar, conducir rectamente, bien.

Aunque nos parezca extraño, derecho no proviene de una palabra latina de equivalente morfología e igual significado, la palabra latina que corresponde a derecho es ius palabra con la que los romanos denominaban al lugar o al acto de administrar justicia. Lingüísticamente, derecho proviene de la sánscrita riyat, la griega erektos, la germánica raith, la escandinava Ret, la inglesa right o la alemana antigua Reht, las que unidas al prefijo di fueron incorporadas ulteriormente, formando, la voz directum y sus derivaciones en las lenguas romances direito (portugués), drecht (provenzal), droit (francés), dret (catalán), drept (rumano), o diritto o dirito (italiano).

Revisando la historia encontramos que el sistema jurídico Romano utilizó el latín como lenguaje propio para la literatura jurídica y para este ámbito, los romanos adoptaron la palabra ius, que como quedo anotado en líneas anteriores su significado hacia relación al lugar donde se tomaban las decisiones judiciales, en su acepción más moderna, ius hace referencia al Derecho como conjunto de reglas que imperan en una comunidad.

En el Manual de Derecho Administrativo del Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez hallamos que: “De acuerdo con el sentido y alcance etimológico, objetivamente el termino derecho es un conjunto de normas justas que rige la conducta del ser

humano en la sociedad; y, subjetivamente es la facultad que tiene la persona para actuar correctamente frente a los demás. Derecho se dice en francés, droit; en italiano, diritto; en inglés, right; en alemán, recht; en portugués, direito.

Actualmente el derecho es un instrumento eficaz que sirve a la humanidad para propugnar la justicia, el orden, la seguridad, la paz y bienestar social. Sin embargo, para alcanzar el bien común que es la finalidad del Estado, tenemos que seguir construyendo y perfeccionando el edificio jurídico, que se caracterice por ser sólidamente justo, equitativo y solidario.”⁹

Si es que ponemos nuestra atención en la etimología más elemental encontraremos que la palabra derecho significa generalmente la dirección de una acción rectamente a un fin determinado, así los pueblos en su desarrollo han querido indicar a través de esta palabra que lo que es derecho o justo está en las relaciones más inmediatas y convenientes con los seres u objetos sobre que trata, que una acción es justa cuando es adecuada a toda la situación de un ser, hecho que constituye una condición de su existencia y progreso, en virtud de lo cual tenemos que trascender del campo de las etimologías, y en vez de preguntar a la historia el significado del vocablo Derecho, investigar y analizar su naturaleza en la razón.

2.2. El Derecho. Definiciones

En el presente apartado estudiaremos diferentes definiciones que se sobre el Derecho se han dado pudiendo anunciar que han de existir tantas definiciones como autores existan motivo por el cual centraremos nuestra atención en aquellas que he considerado de mayor relevancia para nuestro estudio, intentando llegar a la respuesta misma de que es el derecho, pregunta de gran

⁹ Jaramillo Ordoñez Hernán, Manual de Derecho Administrativo, pág. 9.

desazón en el mundo jurídico para todos los estudiosos de la materia, para quienes aparentemente existen dificultades que seguramente, físicos, químicos, ni historiadores las tendrán para definir el objeto de su estudio como es el caso de los juristas, pues a ellos en la mayor parte de los casos les bastaría con señalarnos algunos fenómenos o darnos alguna breve explicación y así transmitirnos una idea más o menos precisa de su estudio.

Siguiendo el pensamiento de Carlos Santiago Nino, el hecho de que los juristas no puedan resolver esta cuestión tan puramente, no se debe, a una falta de conocimiento o a que el derecho sea tan asombrosamente complejo, elusivo y variable que escape a los marcos de toda definición, sino mas bien el problema se encontraría en la adhesión a una concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que hace que no se tenga una idea clara sobre los postulados, técnicas y resultados que deben tenerse en cuenta cuando se delimita una expresión lingüística, en este caso “derecho”.

En el pensamiento jurídico quizá más que en ningún otro, tiene aún alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad, es decir ese pensamiento por el cual los conceptos reflejan la esencia de las cosas en donde las palabras son el transporte de dichos conceptos. Lo que implica que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas forman una realidad que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, revelando los aspectos esenciales de la realidad que deben, inexcusablemente, estar recogidos en nuestros conceptos.

Esta concepción sostiene que hay una definición válida para cada palabra, que esa definición se logra a través del análisis sesudo de la naturaleza intrínseca

de los fenómenos denotados por la locución, y que la labor de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de determinados hechos.

A este punto de vista se contraponen una concepción convencionalista respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la llamada filosofía analítica, cuyos pensadores sostienen que la relación entre el lenguaje como sistema de símbolos y la realidad ha sido establecida infundadamente por los hombres y que se trata más bien de un acuerdo usual de nombrar a determinadas cosas con determinados símbolos que nadie está obligado, por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir con dichos usos, teniendo la libertad de elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos encontramos ante una palabra como por ejemplo, "derecho", tenemos que darle el significado que detalle los fenómenos denotados por ella, pues no se puede describir, por ejemplo al derecho administrativo, sin saber lo que "derecho" significa.

En la práctica nos encontramos con la incuestionable realidad de que la palabra "derecho" , padece de la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia ocasional, sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí pudiendo referirse con la palabra derecho, tanto al término en su carácter objetivo, como ordenamiento o sistema de normas como desde su carácter subjetivo, como facultad, atribución, posibilidad; o, al estudio de una realidad jurídica que tiene como objeto el derecho en los dos sentidos anteriores, es decir con la misma palabra se hace referencia tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto.

De forma general con la finalidad de evitar confusiones, se concierta en que “derecho” referido simplemente así, hace relación al ordenamiento jurídico y para sus otras significaciones se lo menciona con las expresiones “derecho subjetivo”, y “ciencia del derecho”, sin embargo dada la ambigüedad del término la confusión es frecuente.

Previo a anotar las diferentes definiciones que se han dado con relación al término derecho, me permito traer a colación una sentencia de Kant la cual señala que todavía los juristas buscan una definición para un concepto de Derecho.

Definiciones

Miles son las definiciones que tratadistas, autores, estudiosos, gobernantes, jurisconsultos y estudiosos han dado de lo que es el Derecho, a continuación algunas que he considerado importantes para nuestro estudio:

Para Manuel Kant "el derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia". Lo define como "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una Ley universal de libertad".¹⁰

Rodolfo Stammler considera al derecho como "una forma, una categoría trascendental, absoluta, de materia empírica, relativa, variable, proporcionada por las relaciones económicas. Al contrario del marxismo, admite que la economía no condiciona la forma ideal, pero que la forma jurídica es la conducción lógica de toda actividad económica, no siendo posible la existencia

¹⁰ Kant Manuel, Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho, pág. 35

de relaciones económicas que no tuviesen una forma jurídica que de su sentido a estas relaciones. Sólo a través del derecho se podría pensar en las relaciones sociales; por eso es la forma jurídica el apriori lógico de la economía [...]"¹¹

Para Gustavo Radbruch citado por Máximo Pacheco en su obra Teoría del Derecho, el Derecho pertenece al "reino de la cultura Derecho es todo aquello que puede ser objeto de una apreciación de justicia o de injusticia. Derecho es aquello que debiera ser derecho justo, séalo o no; derecho es lo que persigue por fin la justicia, aunque para serlo no necesita de ningún modo haberla alcanzado [...]"¹²

Giorgio del Vecchio, citado dentro de la misma obra del profesor Máximo Pacheco, derecho es "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento"¹³.

Rudolf Von Ihering define el derecho como "la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por el poder del estado, mediante la coacción externa". Siguiendo su pensamiento "el derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza; he ahí por qué la Justicia, que sostiene en una mano la balanza en donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y el derecho sin la espada es el derecho en su impotencia"¹⁴.

¹¹ Stammler Rodolfo, Tratado de Filosofía del Derecho, pág. 117.

¹² Pacheco Máximo, Teoría del Derecho, pág. 739.

¹³ Ibíd. pág. 750.

¹⁴ Von Ihering Rudolf, Lucha por el Derecho, pág. 216.

Francesco Carnelutti pensó al derecho como "un sistema de comandos destinados a componer los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social [...] El comando jurídico tiene por fin solucionar el conflicto de intereses. Si los hombres no tuviesen intereses opuestos, dejaría de tener razón el orden jurídico." ¹⁵

En lo posterior el mismo Carnelutti en su obra *Cómo nace el Derecho*, deja plasmadas las siguientes líneas: "Estoy seguro de que en la mente de mis oyentes la palabra derecho suscita la idea de Ley; incluso, la de ese conjunto de leyes que se llaman códigos.

Es una definición empírica, pero provisionalmente podemos aceptarla: Un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres[.]"¹⁶

León Duguit citado por Augusto González Ramírez en su obra *Introducción al Derecho*, define la regla de derecho y encuentra la idea central sobre el derecho: "La regla de derecho es una línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto es considerado en un momento dado, por un grupo social, como la garantía del interés común y cuya violación trae la reacción colectiva contra el autor de la violación"¹⁷.

Finalmente citaremos al austriaco Hans Kelsen, en su gran obra *la Teoría Pura*

¹⁵ Carnelutti Francesco, *Teoría General del Derecho*, pág. 112.

¹⁶ Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, pág. 56.

¹⁷ González Ramírez Augusto, *Introducción al Derecho*, pág. 14.

del Derecho, quien a su vez es citado por Máximo Pacheco en su libro Teoría del Derecho:

"La ciencia del derecho ha quedado caracterizada de la siguiente manera: 1- Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el derecho. Para ella no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho. 2- Es una ciencia de derecho positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de jurídicos. 3- Como consecuencia de las características mismas del derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del derecho y de las conexiones esenciales entre ellas... Ello no excluye en lo absoluto el estudio del contenido del derecho; pero tal estudio debe ser el contenido presentado dogmáticamente por el derecho positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídico el contenido posible del derecho, pero ello en todo caso como el resultado del análisis y la comparación de los ordenamientos positivos. 4- En tanto estudio de las formas esenciales del derecho, la ciencia jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

El derecho es, como hemos visto, un conjunto de normas. Pero la ciencia jurídica no puede considerarlo como un conjunto de normas aisladas, sin conexión entre sí, ya que ello atentaría contra la unidad de su objeto. La ciencia jurídica debe integrar todas las normas que constituyen el derecho en un sistema, en un orden[...]"¹⁸

¹⁸ Pacheco Máximo, Teoría del Derecho, págs. 762-763

Tras la serie de conceptos anotados, podemos decir que en forma mayoritaria si es que cabe el termino, se ha definido al Derecho como un Conjunto de Reglas, que regulan valga la redundancia, la conducta del hombre y su vida en sociedad de manera que lo conduzcan al bien común así como a la justicia inclusive por medio de la coerción, convirtiéndolo al derecho en una necesidad para la vida en sociedad pues es en esta que el derecho encuentra la razón de ser de su existencia en el ideal ético de justicia por cuanto no pueden existir formas sociales de vida contrarias a la justicia por cuanto el derecho es realización de la justicia en la vida social, regulando las relaciones de las delimitando las libertades de la autonomía individual con las del bien común.

Concluyo recordando un pensamiento de Giorgio del Vecchio muy similar a la sentencia de Kant anotada en líneas anteriores, pues este manifiesta que a pesar de las numerosas investigaciones practicadas sobre este punto, el concepto del derecho no ha llegado aún, a obtener una consideración científica exacta.

2.3. El Derecho Público

Vladimiro Naranjo Mesa, nos indica que: “La división de las normas jurídicas en dos grandes ramas del público y derecho privado es obra de los juristas romanos. La doctrina clásica se encuentra sintetizada en la sentencia de Ulpiano: “publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat. Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat (derecho público es el que atañe a la organización de la cosa pública; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares). De esta manera las normas del derecho público corresponderán al

interés colectivo, en tanto que las del privado se refieren a intereses particulares¹⁹. (Sic)

De la noción transcrita hemos de destacar para fines que importan a nuestro estudio, que el derecho público nace de la división de las normas jurídicas realizada por los juristas romanos y que estas normas de derecho público desde su origen sirvieron para la organización de la cosa pública.

Humberto Pinto Rogers, expresa que el derecho público es “el conjunto de normas que regulan la organización y la actividad del Estado y de los entes políticos menores a través de los cuales este realiza sus fines o disciplina las relaciones entre los individuos y dichas organizaciones políticas, actuando estas en calidad de autoridad o poder público”²⁰.

La característica del derecho público, radica en que sus mandatos, contrario a lo que sucede con el Derecho Privado, no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, no pueden ser modificados, siendo estos irrenunciables y de obligatorio cumplimiento, por tratarse de derechos que forjan el orden público y por lo tanto deben ser acatados por toda la población.

La división tradicional del Derecho en público y de privado ha sido objeto de grandes críticas e incluso el día de hoy dicha división no tiene tanto peso, esta situación se presenta dada la continua tendencia de la administración pública de simplificar su funcionamiento acudiendo al derecho privado, mediante la

¹⁹ Naranjo Mesa Vladimiro, citado por Hernán Jaramillo Ordoñez, en Manual de Derecho Administrativo, pág. 13.

²⁰ Pinto Rogers Humberto, citado por Hernán Jaramillo Ordoñez, Manual de Derecho Administrativo, pág. 14.

externalización de algunas de sus actividades en sociedades sujetas al derecho privado, ante lo cual las diferencias entre lo público y lo privado se hacen cada vez menos evidentes, aunque cabe acotar que generalmente el Derecho público se encarga de las normas regulan a los entes públicos entre sí, y entre los privados y públicos.

Amerita entonces precisar algunas diferencias entre Derecho público y privado dentro de las que, encontramos las siguientes:

- En el Derecho Público predomina la heteronomía y las normas de carácter imperativo u obligatorio, en el Derecho Privado prevalece la autocomposición de los intereses en conflicto y las normas de carácter dispositivo.
- En el Derecho Público la relación de las partes se encuentra marcada por la desigualdad que reviste el imperium del que se encuentran asistidos los organismos públicos; en el Derecho Privado se suponen relacionadas las partes en posiciones de igualdad, al menos en una forma teórica.
- En el Derecho Público sus normas buscan el bien común a través de satisfacción de necesidades del conglomerado social; en el Derecho Privado las normas tienden a satisfacer intereses particulares de los individuos.

Teleológicamente el fin del derecho público es el Estado, regulando este derecho un gran número de materias atinentes a la administración pública, su organización, competencias y, en general, la actividad de los órganos constitucionales, los derechos constitucionalmente reconocidos dotándonos de

garantías constitucionales frente a las intromisiones de los poderes públicos a las libertades, derechos y garantías individuales; la administración pública, a nivel interno o nacional, y su actuación a través del procedimiento administrativo común o los distintos procedimientos especiales; y comprende también otras materias con carácter supranacional, o internas muy específicas.

Así el Derecho Público contiene, al Derecho Constitucional, Administrativo, Internacional Público, Tributario, Penal y algunas materias muy específicas el Derecho Parlamentario.

En síntesis por medio de esta ramificación del derecho, el Estado confiere a la autoridad pública, el mando para ejercer sus facultades y obligaciones, preponderando siempre los intereses generales sobre los particulares.

2.4. El Derecho Administrativo

Ya es de nuestro conocimiento, que el término “derecho” en nuestro lenguaje es aquello recto, directo, justo es decir representa la antinomia de lo torcido; nos corresponde entonces pasar a conocer el significado del término “administración” que proviene de la locución “administratio” y a su vez esta se compone de las voces *ad* que significa, a, y *ministrare* que significa servir, cuidar. Este término fue utilizado por los romanos para aludir al acto de prestar un servicio bajo la potestad y cuidado de otro, todo nos lleva a colegir que el derecho administrativo busca servir recta y cuidadosamente.

No obstante lo señalado debemos tener presente que no podemos realizar una definición tan elemental y escueta respecto de tan importante rama del derecho por cuanto esto sería limitar su amplia proyección y contenido que se encuentran en un constante proceso de evolución de lo podemos denotar que

el derecho administrativo ha adquirido gran importancia y solidez a través de la planificación, organización, dirección, control y evaluación de los servicios públicos.

Ensayando una definición de derecho administrativo un tanto más completa, diríamos que se trata de aquella parte del Derecho público que determina la organización y actuación de la Administración directa e indirecta del Estado, sometiendo a derecho sus relaciones jurídicas con el o los administrados.

Con el objetivo de llegar a una comprensión más profunda del tema abordado transcribiremos algunas de las definiciones dadas diferentes autores:

Para Roberto Dromí, “el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa”²¹ .

Según Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú “El derecho administrativo rige gran parte de la actividad del Estado y determinadas relaciones de éste con los particulares...Comprende el estudio de los siguientes puntos: 1) La organización y funciones de la administración pública, que debe ser considerada bajo dos aspectos: la administración activa (servicios públicos) y la actividad jurisdiccional (justicia administrativa). 2) Los actos administrativos (que deben ser diferenciados de los actos de gobierno)...3) La función pública. 4) el poder de policía. 5) La administración del dominio público. 6) Las limitaciones a la propiedad privada regidas por el derecho administrativo”²².

²¹ Dromi José Roberto, Derecho Administrativo tomo I, pág. 46.

²² Mouchet Carlos y Zorraquin Becú Ricardo, citados por Hernán Jaramillo Ordoñez, Manual de Derecho Administrativo, pág.18.

Enrique Sayagués Laso, expresa que: “el derecho administrativo es la parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y ejercicio de la función administrativa”²³.

Gastón Jéze sostiene que el derecho administrativo “es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”²⁴.

Para Hübner Gallo “El Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público que regula la organización y el funcionamiento de los servicios públicos y reglamenta los derechos y obligaciones de sus funcionarios”²⁵.

Según Marco Monroy Cabra “El derecho administrativo es la rama que tiene como objeto específico la administración pública [...] Estudia la teoría de los actos administrativos; los contratos administrativos, la teoría de los servicios públicos, la organización de la administración, los agentes de la administración, el dominio público, la responsabilidad del Estado, el poder de policía y todo lo relacionado con la jurisdicción contenciosa-administrativa”²⁶

De acuerdo a las definiciones que hemos traído diríamos que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que comprende las normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento del Estado, en torno a la prestación de servicios públicos, regulando en forma equilibrada las relaciones

²³ Sayagués Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 21.

²⁴ Jéze Gastón, citado por Mouchet Carlos y Zorraquín Becú Ricardo en Introducción al Derecho, pág. 330.

²⁵ Hübner Gallo Jorge Iván, Introducción al Derecho, pág. 309.

²⁶ Monroy Cabra Marco Gerardo, citado por Hernán Jaramillo Ordoñez, Manual de Derecho Administrativo, pág. 18.

jurídicas que nacen entre la administración y los administrados, este criterio lo encontramos plasmado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 226:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”²⁷

A este respecto, haciendo una breve referencia a la anterior Constitución Política de la República del Ecuador me permitiré realizar una transcripción de la cita y comentario realizado por el Dr. Patricio Secaira, quien en su texto guía de Derecho Administrativo señala “Nuestra carta Política en su artículo 119 dice: Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la Ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. El mandato no solo obliga que los actos públicos se supediten a la norma, sino que va más allá, pues determina el alcance claro del accionar de los órganos y funcionarios públicos que no puede ser otro que la permanente búsqueda del bien común, de las mejores condiciones de vida de la gente; obrando en estricto apego a la ordenamiento jurídico e imponiéndoles el deber de coordinar sus actividades. Coordinación que no es mero enunciado, sino una obligación, por medio de la cual se armoniza el quehacer del Estado y sus instituciones, evitando duplicidades, en unos casos y en otros, evitando decisiones contradictorias.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 226, pág. 115

En su **aspecto subjetivo** el derecho administrativo es organizativo, se remite a la existencia misma del aparato administrativo. Por medio este del derecho administrativo estructura los órganos públicos, crea entidades que deben servir las finalidades estatales.

En su consideración **objetiva**, el derecho administrativo, deja de lado la estática subjetiva y se convierte en dinámico, ya que se remite a la actuación, al movimiento mismo de la administración. Esto señala las competencias y cómo deben actuar los órganos públicos; en suma permite que el aparato público funcione, se mueva, para satisfacer las necesidades de la colectividad a la que rige.

Sin que exista consenso sobre la definición del derecho administrativo, los autores, en cada concepto desarrollado, señalan varios elementos comunes de esta disciplina jurídica, que nos sirven para tener una visualización clara y concreta de lo que se trata; [...]”²⁸ (Sic.)

De todo el argumento esgrimido resulta evidente que la forma de organización social más sólida y perfecta es el Estado, entendido este como el triunfo del Derecho sobre las diversas formas despóticas de gobierno, así el derecho viene a ser el instrumento que organiza al poder público a través de los límites que nacen del sometimiento del Estado al Derecho, a través de las instituciones creadas por el mismo Estado, cuya finalidad es garantizar la exigibilidad directa tanto de derechos individuales como colectivos, de ahí aquel principio del derecho administrativo, por el cual, por medio de las normas que lo componen, se crean entes públicos, se los organiza y atribuye competencias y facultades para su funcionamiento.

²⁸ Secaira Patricio, Texto Guía de Derecho Administrativo, pág. 54.

CAPITULO 3

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.1. Las Fuentes del Derecho Administrativo. Definición

Si la palabra fuente significa aquel lugar en el que tiene principio, origen o fundamento una cosa, bien podremos, para los fines que a nuestro estudio importan significar a la fuente del derecho administrativo como aquel lugar del que brota como producto dicha rama del derecho sin perder de vista que “El estudio acerca de las fuentes del derecho no pertenece estrictamente al derecho administrativo sino que constituye un tema propio de la llamada teoría general del derecho; dentro de la cual se han formulado diferentes concepciones”²⁹.

Por las singularidades propias del derecho administrativo como rama en formación, su sistematización no es definitiva, dada la continua evolución de la realidad que debe normalizar; el análisis de sus fuentes requiere especial atención por parte de la doctrina cuyo postulado principal nos indica que las fuentes del derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico.

“El derecho administrativo aparece, precisamente, cuando los juristas y los hombres de gobierno advirtieron que el derecho de los administrados no

²⁹ Cueto Rúa Julio, citado por Juan Francisco Linares, Fundamentos de Derecho Administrativo, pág. 91.

derivaba sólo de las leyes, que en la mayor parte de las veces no prescribían soluciones para reglar las controversias con la Administración Pública.³⁰

Como lo señala Juan Carlos Cassagne en su obra Derecho Administrativo no podemos dejar de reconocer la importancia que ha tenido en la formación de esta disciplina del derecho, el Consejo de Estado de Francia, cuya jurisprudencia abrió un amplio cauce para generar respuestas justas, fundadas en la realidad social, a los principales problemas que planteó y plantea la actuación administrativa. Al admitirse que el Estado debía regirse por principios diferentes a los propios del derecho privado, se dio un paso fundamental para la formulación de un derecho independiente para regir el obrar de la administración en el campo del derecho público, sin que aquello obste la posibilidad de acudir a la analogía.

“Esa jurisprudencia del Consejo de Estado francés, al aceptar la existencia de reglas jurídicas que no emanan del legislador positivo, hace suponer que las normas no escritas trascienden los imperativos del poder, por su relación directa con la persona humana y la naturaleza de las cosas.”³¹

Una de las características del Derecho Administrativo ha sido su complejidad y contingencia dentro de lo cual ha predominado el concepto de fuente escrita existiendo también una pluralidad de fuentes que estructuran un sistema unitario así el Derecho Administrativo está formado por varias fuentes y no sólo por la Ley, de lo que se puede determinar que en el ámbito del Derecho Administrativo han de diferenciarse, sintéticamente, las siguientes fuentes creadoras de Derecho, tenemos así fuentes directas e indirectas, a su vez las

³⁰ Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo, pág. 124.

³¹ Barbe Pérez Héctor, los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Administrativo Uruguayo, pág. 116.

primeras pueden ser escritas y no escritas, entre las escritas analizaremos brevemente a la Constitución, la ley, el reglamento y los decretos y acuerdos dentro de las no escritas de igual forma sucintamente veremos a la costumbre y a los principios generales de derecho y finalmente dentro de la segunda división de las fuentes que hemos mencionado tenemos a la jurisprudencia, los tratados internacionales y la doctrina.

3.2. Fuentes directas escritas

La Constitución.- es la primera y fundamental norma del ordenamiento jurídico, que aprueba el poder constituyente y de la que nace todo otro poder, que aparece así ordenado por ella y sometido a sus disposiciones; los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, lo que implica su valor normativo inmediato y directo.

A diferencia de aquel poder constituyente, los demás son meros poderes constituidos. La Constitución se sobrepone a los ciudadanos, a todos los Poderes Públicos y, consecuentemente, a todas las normas de cualquier naturaleza que de estos vengan.

Como norma, la Constitución goza de un estado de supremacía normativa en un sentido tanto material como formal:

La supremacía formal comporta que la Constitución no puede ser perturbada ni derogada por ninguna otra norma.

La supremacía material implica que la Constitución despliega los efectos propios de cualquier otra norma, debiendo ser cumplida por sus destinatarios y aplicada por los Tribunales de Justicia; deroga las normas anteriores que se contrapongan a sus disposiciones y determina la invalidez por

inconstitucionalidad, de cualquier norma o acto producido con posterioridad a su entrada en vigencia.

Vale tener presente, que la Constitución, lejos de ser un catálogo elemental de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica.

La Ley.- La función administrativa es realizada por el Estado, a través del Poder Ejecutivo, y bajo un orden Jurídico así entonces la ley ocupa un lugar preponderante, es natural que, cuando en una disposición concurren los caracteres material y formal de la ley, esta debe ser considerada como la fuente más importante del Derecho Administrativo.

La Ley se encuentra constituida por una manifestación de voluntad orientada a producir un efecto de jurídico, es este efecto el que le da su carácter distintivo, siendo la naturaleza de la ley la generalidad del precepto, entendida esta generalidad como la esencia misma de la función legislativa, al punto que, como una garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes, que es precisamente el fundamento histórico racional del principio de la generalidad, las Constituciones, tradicionalmente, han prohibido el dictar leyes privativas, es decir leyes que no sean generales. Una norma puede afectar, en el momento de dictarse, a un solo individuo, sin que por esto pierda su carácter de aplicación general.

“Podemos definir la ley diciendo que es una norma jurídica de carácter general y obligatoria, dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el Poder Legislativo.”³²

³² Rizo Oyanguren Armando, Manual Elemental de Derecho Administrativo, pág. 41.

Es de destacar la importancia que reviste la publicación de la ley en el registro oficial acto material que tiene especial consecuencia jurídica, pues la ley no obliga sino en virtud de su formal publicación en el mismo.

“La teoría de la fuente del derecho suele hablar de la preeminencia de la ley, expresión que significa que la voluntad estatal que se manifiesta en forma de ley prevalece jurídicamente sobre toda manifestación estatal; la ley no puede ser derogada sino por otra ley; mientras que deroga o quita eficacia a todo lo que le contradice. El acto legislativo está colocado arriba de toda otra actividad del Estado como una voluntad superior y jurídicamente más fuerte. La voluntad del Estado, cuanto tiene ese origen, no puede válidamente ser anulada, modificada en sus efectos por ninguna otra vía; por su parte, ella anula todos los actos permitidos en nombre del Estado que le sean contrarios.³³”

Existen algunos casos en que el carácter obligatorio de la ley puede dar lugar a dificultades, entre ellas se encuentra el de las leyes llamadas supletorias, en estas leyes, parecería que, por su mismo carácter, forman la antítesis de las leyes obligatorias; pero hay que tener en cuenta que lo que pasa es que la ley supletoria está sujeta a una condición determinada para su aplicación. No es extraño ni contrario al carácter obligatorio de la ley el que su aplicación se subordine al cumplimiento de una condición, la esfera en la cual existen las leyes supletorias, es la de las relaciones entre particulares. Estos son, en primer término, los que deben de cuidar y regular sus propios intereses, cuando no lo hacen interviene el Poder Público, presumiendo la voluntad de los intervinientes. De manera que la ley supletoria está condicionada por la omisión del particular, y cuando la condición negativa se realiza, dicha ley adquiere todo

³³ Ibíd. pág. 43.

su vigor, estando el juez que ha de resolver el caso, obligado imperativamente a hacer su aplicación.

Resulta propio de la teoría general de la ley cuya problemática no es propia del Derecho Administrativo, el proporcionarnos un criterio para distinguir las leyes administrativas de las que no lo son y este criterio es el mismo que nos sirve para caracterizar el Derecho Administrativo y diferenciarlo del Derecho Privado, por lo que se exige para que una ley pueda ser considerada como administrativa:

a) Que sus preceptos tengan carácter imperativo y, por tanto, no dispositivo.

b) Que la ejecución de la tal ley aparezca encomendada precisamente a un órgano dependiente de la Administración Pública, no olvidemos que en una misma ley aparecen a veces mezclados preceptos jurídico-administrativos, con otros que no lo son.

Los Reglamentos.- Los reglamentos son mandatos generales y abstractos que provienen del Ejecutivo La Administración no solo vive regulada por el orden jurídico pre constituido legalmente, sino también por el que ella misma se crea a través de los reglamentos.

Según Garrido Falla, toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la ley, constituye un reglamento.

Así las cosas el reglamento viene a ser a continuación de la ley, la fuente más importante del Derecho Administrativo, ya que este constituye Derecho Administrativo por partida doble, a) porque su objeto común es producir reglas

de derecho administrativo y b) porque su autor y su procedimiento de elaboración y modificación atañen también al ámbito de dicha disciplina.

Entre la ley y el reglamento podemos destacar la similitud de que ambos caracterizan porque crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas, es decir contienen de suyo una regla de derecho, una norma jurídica.

Toda manifestación de voluntad que en el ejercicio de una facultad o poder legal, crea u organiza una situación jurídica general, impersonal, abstracta, objetiva, constituye un acto legislativo en el caso del reglamento yo diría que una facultad normativa en realidad, lo trascendente mas allá de la forma, es decir el órgano de donde emana la norma jurídica, existe identidad entre la naturaleza de la ley y el reglamento, ya que uno y otro, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, constituye un acto jurídico legislativo, que como todos lo de esta índole, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales.

El reglamento es por su naturaleza intrínseca un acto legislativo, por tal razón la competencia para emitirlo debería corresponder al Poder Legislativo, sin embargo tanto la doctrina como el derecho positivo están casi unánimemente de acuerdo en señalar que la facultad reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo.

Como razones que justifican la facultad reglamentaria pueden señalarse las siguientes:

a) El Poder Ejecutivo debe estar sometido a las leyes ordinarias en el sentido de que ha de velar por su debida ejecución; y no tiene facultad para derogarlas

suspenderlas; ni para disponer nada que a ellas se opongan, ni para ordenar por sí mismo en materias que solo mediante la legislación puede prescribirse.

La facultad reglamentaria le permite moverse en un campo más amplio que el de la sola ejecución de las normas legislativas vigentes, de acuerdo con la actitud dinámica que corresponde a quien ha recibido del Constituyente el encargo permanente de resguardar el orden y la seguridad pública.

b) La vasta esfera discrecional del Poder Ejecutivo, que determina la conveniencia de que la propia Administración se auto limite dictando Reglamentos.

c) La ley no puede contener ni alcanzar en sus preceptos todos los detalles que ofrece la realidad, debiendo circunscribirse a sentar los principios generales y permanentes que después serán desarrollados en los reglamentos.

d) El legislativo a través de los legisladores carece de la capacidad técnica suficiente para elaborar las normas relativas a determinados servicios, o bien, del conocimiento de ciertas necesidades, por lo cual el legislador se limita a establecer los principios, confiando su desarrollo y aplicación a los órganos administrativos que poseen la competencia técnica necesaria y el conocimiento de la realidad social.

e) La gran movilidad de las normas administrativas, exige que estas no tengan el rango formal que la ley comporta, a fin de facilitar su derogación o sustitución por otras que se ajusten a la realidad del momento y satisfagan las necesidades existentes.

El fundamento jurídico de la doctrina se baso durante mucho tiempo en la facultad discrecional de la Administración, siguiendo el principio generalmente

admitido de que si la Administración puede mandar o prohibir con resoluciones particulares, caso por caso, puede también hacerlo con disposiciones de carácter general para todos los casos análogos que se presenten a futuro, por lo que si la ley entrega a la Administración determinada esfera de libertad, la propia Administración puede limitar dicha esfera a través de un reglamento.

Es recientemente que se comenzó a poner en duda la exactitud de estas aseveraciones habiéndose demostrado que no existe la pretendida identidad entre facultad discrecional y facultad reglamentaria, ya que esta está atribuida frecuentemente con respecto a materias para las cuales la Administración antes de la promulgación del reglamento no tenía facultad alguna de dictar disposiciones concretas.

Debemos tener presente que la facultad reglamentaria como actividad legislativa de la Administración debe estar sometida jurídicamente a límites que no deben ser violados lo cuales se encuentran dados por el ordenamiento jurídico vigente establecido en la Constitución y en las leyes, El límite que la ley impone a la facultad reglamentaria se extiende, como es lógico, a la imposibilidad de modificar el precepto legal por una disposición reglamentaria respetando el principio de Derecho Público por el que las leyes solo se modifican o derogan por medio de otras leyes, de lo contrario se estaría atentando a la independencia de cada uno de los poderes.

El límite concreto de la facultad reglamentaria de la Administración, es el principio de reserva de ley, por el cual es competencia exclusiva del Poder Legislativo, la regulación por normas generales de ciertas materias.

Decretos y Acuerdos.- La Administración como poder político del Estado goza de la potestad de mando, por medio de la cual le está facultado el dar órdenes

y constreñir su cumplimiento en virtud del imperio del que el Estado goza; esta potestad le es indispensable al Poder Ejecutivo, ya que a la acción diaria del mismo le es indispensable un poder que le permita tomar decisiones que obligatoriamente se impongan a los administrados.

Esta potestad de mando a lo que nos hemos referido, se exterioriza por medio de Decretos y Acuerdos los dos se exteriorizan en forma escrita.

El Decreto es la decisión escrita a través de la cual el Ejecutivo emiten reglas de derecho generales, abstractas e impersonales en tal virtud los reglamentos se emiten o dictan en forma de Decreto.

“En épocas de anormalidad constitucional, el Poder Ejecutivo dicta actos obligatorios de alcance general, sobre materias que deben ser reguladas por ley formal. En tales casos, el instrumento normativo correspondiente recibe el nombre de Decreto-Ley”³⁴.

De otra parte, el Acuerdo al igual que el Decreto, constituye una decisión del poder Ejecutivo que comparte con este la característica de ser escrito y se diferencia del Decreto, en que por medio del Acuerdo se toman decisiones de carácter personal, individual, concreto; por ejemplo cuando se nombra a una personal natural como titular de un órgano estatal se usa la forma de acuerdo

3.3. Fuentes directas no escritas

La Costumbre.- Por costumbre entendemos a la práctica constante y uniforme de una conducta, por parte de los miembros de determinado conglomerado social que lleva implícito el convencimiento de que dicho comportamiento es

³⁴ Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo, pág. 124.

jurídicamente inexcusable, así resulta que son dos los elementos que componen a la costumbre, el comportamiento constante y uniforme que es el elemento objetivo y la idea cierta de que dicho comportamiento es jurídicamente obligatorio, que constituye el elemento subjetivo.

“Se sostiene que si el comportamiento debe ser de la comunidad, no serían costumbres los usos o prácticas de los órganos administrativos o jurisdiccionales”³⁵.

La costumbre es una norma jurídica que no proviene de una manifestación de voluntad, sino de un mero comportamiento uniforme y constante que es realizado con el convencimiento de que dicho comportamiento corresponde a una obligación jurídica.

Bastante debatido es el tema de si la costumbre puede ser admitida como fuente del Derecho Administrativo, mi pensamiento sigue la línea de que debemos tener presente que, la costumbre es fuente del Derecho y el Derecho Administrativo es una rama del Derecho, por lo tanto corresponde analizar cuál es la envergadura de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo y no si esta es o no una de sus fuentes, aunque en realidad la doctrina generalizada no la ha admitido como fuente y en el mejor de los casos se le ha concedido un irrisorio valor.

“Se alega que la obra del Derecho Administrativo es de creación legal, derecho escrito, producto reflexivo de la voluntad de legislador, que el pueblo no administra, se deja administrar, y que, en consecuencia, no hay lugar hábil en la

³⁵ Díez Manuel María, Derecho Procesal Administrativo, pág. 181.

vida administrativa para que la conciencia popular haga acto de presencia como puede hacerlo en la vida civil.³⁶

Negar la importancia de la costumbre en el Derecho, sea cual fuere el orden jurídico que se considere, es cerrar los ojos ante la realidad, la costumbre es fuente subsidiaria del Derecho Administrativo y este a su vez es esencialmente un derecho escrito, por lo tanto, el valor de la costumbre se encuentra subordinado y su aplicación es muy reducida.

Los Principios Generales del Derecho.

Estos principios que también constituyen una fuente subsidiaria del Derecho Administrativo, son aplicables tan solo ante la falta de Derecho escrito y la costumbre, dentro de estos podemos situar a aquellos principios que sin aparecer expresamente escritos, están en la base de un ordenamiento positivo determinado, se trata de reglas de derecho no escritas que responden a la lógica del sistema y a los principios que lo forman.

Los principios generales del derecho o principios jurídicos operan en Derecho Administrativo, porque la idea de la legalidad no se agota, indiscutiblemente, con la interpretación literal de la ley, sino que ha de mirar también al espíritu que la levanta y conforta.

Por consiguiente, los principios generales del Derecho, deben considerarse como fuente del Derecho Administrativo, ya que es una realidad que estos son utilizados tanto por administradores de justicia, legisladores, creadores de

³⁶ Rizo Oyanguren Armando, Manual Elemental de Derecho Administrativo, pág. 53.

doctrina y juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación genera duda.

3.4. Fuentes indirectas

La Jurisprudencia.- se encuentra constituida por las decisiones de los tribunales resolviendo cuestiones de derecho, en principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el Derecho, sino aplicarlo en los casos en dentro de los diferentes casos que son sometidos a su conocimiento, por regla general la jurisprudencia constituye un medio trascendental para precisar la interpretación de las leyes.

“El positivismo jurídico intentó reducir al juez a un instrumento de aplicación de las normas escritas. Como reacción a tal actitud se afirma que los jueces u órganos jurisdiccionales crean derecho, ya que el juez no puede dejar de juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, siendo por lo tanto la jurisprudencia fuente del derecho en sentido formal y material”³⁷.

De lo anotado se infiere que la jurisprudencia es fuente indirecta del Derecho Administrativo.

Los Tratados Internacionales.- También tratados internacionales son fuentes indirectas del Derecho Administrativo, en cuanto sirven de fundamento a otras leyes o disposiciones positivas, y cuyas estipulaciones obligan a los Estados a ajustar a ellas su Derecho Administrativo interno.

³⁷ Díez Manuel María, Derecho Procesal Administrativo, pág. 503.

Los tratados como tal son acuerdos de voluntades entre los Estados o entre un Estado y un organismo internacional de carácter público, y sin duda son fuente del derecho administrativo en tanto que su contenido puede versar sobre materias que en el derecho interno son reguladas por el derecho administrativo.

Los tratados en todos los casos han de respetar las disposiciones Constitucionales de cada Estado y además debemos tener presente que no todos los tratados internacionales son fuentes del Derecho Administrativo, pues tan solo lo serán aquellos cuyo contenido se refiere a materias que se encuentran dentro de la competencia de la Administración Pública, o bien cuya ejecución se encuentre dentro del campo de los organismos administrativos.

La Doctrina.- La doctrina constituye también una fuente indirecta o mediata del Derecho Administrativo en cuanto contribuye a la elaboración escrita del mismo pues en efecto, la doctrina sirve de guía a la labor legislativa, pero no llega a alcanzar la condición de precepto legal.

La doctrina carece de la imperatividad propia de la ley, por cuanto su origen no es legislativo es decir no proviene del órgano del Estado, que a través de un proceso formal le otorga tal calidad, no obstante de aquello goza de la imperatividad de la lógica y del sentido común que justifican su carácter de fuente indirecta del Derecho Administrativo, toda vez que de ella se desprende el conocimiento mismo, del derecho.

3.5. Principio de Legalidad

El principio de la legalidad viene a ser la piedra angular sobre la que se asienta la construcción del Derecho Administrativo, una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho no solo por el sometimiento de la actuación

administrativa a las disposiciones del Legislativo, lo cual resulta propio de la división de poderes dado el mayor valor formal que se da a los actos del Legislativo; este principio va mas allá, tanto en cuanto, el respeto al mismo se basa en la producción de normas administrativas acorde a la jerarquía de las fuentes, y definitivamente en la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad e inclusive por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia.

Es importante destacar conforme lo señala Roberto Dromí que las construcciones *tradicionales* del principio de legalidad se encaminaban a la llamada *vinculación negativa*, es decir, el Estado podía hacer todo lo que no le estuviera prohibido. La discrecionalidad funcionaba en el espacio libre de la ley, con libertad absoluta de determinación. Entendiéndose que la Administración podía usar de su discrecionalidad esto es de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la ley no había regulado.

“Consecuentemente, se excluían del control judicial todos los actos administrativos emitidos en ejercicio de una competencia discrecional, por entenderse que tales actos se encontraban fuera de la esfera de legalidad, es decir, en el ámbito de la "libertad absoluta".³⁸”

Por el contrario las construcciones *modernas* del principio de legalidad apuntan a la denominada vinculación positiva, es decir no se admite poder jurídico alguno que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente, sin que queden *espacios* libres de ley, en que la Administración pueda obrar a su arbitrio.

³⁸ Dromi Roberto, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 439.

“Esta necesidad estatal de ejercer las funciones dentro de los precisos límites del derecho positivo, actúa como garantía de los administrados contra las posibles arbitrariedades de la autoridad.³⁹”

Por lo tanto la esfera de validez del principio de la legalidad de la actividad administrativa implica:

a) El sometimiento de los actos administrativos concretos a las disposiciones de carácter general.

b) La subordinación de los órganos que dictan disposiciones generales, al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas del Derecho, de lo que se desprenden las siguientes reglas:

- Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán quebrantar lo dispuesto en leyes.
- Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán infringir los contenidos de disposiciones emanadas de autoridad de superior jerarquía.
- Las autoridades administrativas no podrán dictar resoluciones de carácter concreto cuyo contenido sea contrario a lo que la misma autoridad haya dispuesto por vía general.
- Las resoluciones administrativas concretas no pueden vulnerar lo establecido en disposiciones de carácter general prescritas por autoridades inferiores, dentro del ámbito de su competencia.

³⁹ Ibíd. pág. 439.

Cabe acotar que no debe confundirse el principio de la legalidad de la administración pública, con el principio de la legalidad que rige para el derecho privado en el cual predomina la autonomía de la voluntad, y por el cual [...] ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

CAPITULO IV

DERECHO ADMINISTRATIVO SU EVOLUCION

4.1. Antecedentes remotos

Para el estudio de este tema he de hacer referencia concretamente a la civilización sumeria ya que esta es considerada la primera y más antigua de las civilizaciones del mundo; para los historiadores existen diversas fechas en la que este pueblo se asentó en la Mesopotamia entre los ríos Tigris y Eufrates, fundando su Ciudad-Reino, en este caso para empezar nuestro estudio de “Antecedentes Remotos” del Derecho Administrativo, me acogeré al igual que el licenciado Pedro Nogueron Consuegra en su obra “Temas de Derecho Administrativo”, a lo que señalan Hamilton y Blunt en su *Compendio de Historia*, de lo que encontramos que:

“Aproximadamente en el 3500/4000 a. de C. llegaron de Asia Central y se establecieron en la llanura de Singar en la Mesopotamia, en la parte que se llamó Sumeria.

Se establecieron bajo el gobierno de Sacerdotes en Ciudades-Reinos. Eran grandes comerciantes que importaban cobre de Asia Menor. Cultivaban la tierra. Tallaban y esculpían la piedra. Trabajaban los metales.

Conocían la escritura pero por carecer de papel con una cuña hacían signos en unas planchas o tablas de arcilla blanda y húmeda que al endurecerse por cocción conservaban los signos (la escritura cuneiforme).

Sabían medir el tiempo y dividían el año en 12 meses de 28 días y se estima que inventaron el día de 24 horas y como su año regulado por la Luna era más corto para el periodo de las estaciones reguladas por el Sol, agregaban periódicamente un tiempo extraordinario para compensar la diferencia.

Habitaban casas de adobe (no hay piedras en Mesopotamia) y construyeron un templo para su Dios. En las llamadas Casas de Dios realizaban todas sus actividades.⁴⁰

Fueron conquistados por los Semitas hacia el año 2350/2150 a. de C., creándose el imperio Semítico con su ciudad Babilonia, los Semitas asimilaron los conocimientos de los sumerios y aprendieron a hacer bronce del cobre y latón, también practicaron las artes de la predicción, del vuelo de las aves y el sacrificio de animales.

Ya hacia el año 2100 a. de C. el reino Babilónico fue gobernado por quien ha sido a lo largo de la historia el más conocido de sus gobernantes Hammurabi o Yammurabi, conocido de ambas formas, fue este quien ordenó las Leyes del Reino y las mandó grabar en una columna de piedra que constituye el más antiguo Código de leyes del que se conoce y se supone influyó en las leyes hebreas conocidas como la legislación de Moisés.

Dentro de toda esta interesante historia para los fines que a nuestro estudio importan destaca el descubrimiento de 55 cartas de Hammurabi, escritas en tabletas de arcilla dirigidas a sus funcionarios y que tratan respecto del cuidado

⁴⁰ Hamilton y Blunt, citado por Pedro Nogueron Consuegra, Temas De Derecho Administrativo, pág.15.

de los rebaños, el de los canales de riego para los campos; el deber de cobrar los impuestos con premura y justicia, etc.

Sin duda a lo largo de la historia humana han de existir un sin número de civilizaciones incluso aquellas que como se dijo en el primer punto de nuestra tesis se habrán perdido en la noche de los tiempos, siendo importante hacer hincapié en que los Sumerios o Húmeros ha sido catalogada como la primera civilización organizada de lo que como consecuencia lógica se colige tenían un avanzado nivel de lo que remotamente bien podemos considerar administración pública.

Es importante anotar que las cartas de Hammurabi dirigidas a sus funcionarios respecto de sus deberes sobre el cuidado de los rebaños, el de los canales de riego para los campos y el deber de cobrar los impuestos con premura y justicia, son ordenes que descienden del superior al inferior y de estos a los administrados o gobernados, mismos que no representan sino actos de administración que ulteriormente se mudaron en actos de Derecho Administrativo, que disciplinan e inciden en la vida cotidiana de gobernantes y gobernados a lo largo de la historia en nuestros tiempos y en los futuros situación que deviene del permanente cambio en el que vive la sociedad humana, generando constantemente nuevas necesidades que requieren de una oportuna atención, dentro de la relación gobernante – gobernado en donde es superior la responsabilidad del primero, por ser este el que tiene a su bajo su responsabilidad el cuidado de los servicios públicos que satisfacen esas necesidades, llámense alimentación, salud y salubridad, educación, transporte, agua potable, etc., en general todas aquellas que le sirvan para satisfacer dichas necesidades independientemente de la atención que corresponde a la persona física.

Continuado nuestro estudio de antecedentes remotos del Derecho Administrativo me permito citar a lo que considero puntos de interés para este estudio mismo que los extraigo de la obra de historia de la administración pública de Edgar Norman Gladden.

“Se piensa que los Sumerios deben considerarse como los iniciadores de la historia, tanto con respecto al tiempo como a la creatividad”⁴¹.

“La inspiración divina aseguraba una labranza eficiente, en tanto que una administración efectiva en esa etapa era sinónimo de una administración efectiva de la hacienda”⁴².

“La idea de una unidad más extensa, como una entidad política antes que económica, tenía todavía que surgir, y cuando lo hizo fue aún bajo del control de un dios, un gran dios en este caso. Había una asamblea de dioses; uno de los cuales era elegido como líder y trabajaba a través de su administrador humano. El papel de líder había llegado a ser político; había surgido la idea del servicio público; la cabeza humana de esta organización extendida, estaba ya en camino de la dignidad real”⁴³.

“Gradualmente la influencia de la teocracia disminuyó o más bien se concentró cada vez más en las funciones de la administración de la hacienda, en tanto que fue incrementándose el aspecto político interestatal. La primera ciudad que

⁴¹Gladdend Edgar Norman, Historia de la Administración Pública desde los Primeros Tiempos hasta el Siglo XI, pág. 28.

⁴² Idíd. pág. 30.

⁴³ Idíd. Pág. 31

se conoce que obtuvo el liderazgo entre las ciudades Sumerias fue Ur, donde se han realizado vastos e importantes descubrimientos...”⁴⁴.

En la obra a la que nos encontramos haciendo referencia, se alude también a Hammurabi y sus leyes que se conservan en una tablilla de Diorita de cerca de ocho pies de altura y a en ella se encuentran las inscripciones que ocupan más de 3,600 líneas y se dice que la mayor parte de estas leyes inscritas tienen un origen anterior a este código, pero existían de forma muy dispersa y poco precisa, de ahí la gran importancia que tiene este código por representar la primera vez que se dejó sentado un sistema de Leyes extenso en forma escrita para que los jueces pudieran administrar la justicia con solidez y con sujeción al Código.

Tras el breve paréntesis realizado, prosigo con la transcripción:

“Ya no dependieron de los precedentes basados en la tradición oral. La autoridad legal se centralizó entonces en el Rey como legislador y los Jueces fueron puestos bajo su control de forma más definitiva. Esto supuso también una fuerte administración centralizada.

De hecho, se estableció una clase de funcionarios profesionales. Ya había surgido una sociedad comercial con sistema contable, medidas uniformadas, un sistema de cheques bancarios y probablemente la primera burguesía verdadera en el mundo. Ahora esta clase sería ayudada con un servicio público remunerado...”⁴⁵.

⁴⁴ Gladdend Edgar Norman, Historia De La Administración Pública desde Los Primeros Tiempos hasta el Siglo XI, pág. 31.

Del contexto de lo anotado llegamos al conocimiento de que cada Ciudad-Estado se hallaba un templo, desde el cual se administraba la hacienda principal bajo la dirección del patesi quien como príncipe y sacerdote asociado, llevaba a cabo la voluntad del dios, al cual estaban consagradas la ciudad y las tierras cuyo cultivo lo efectuaban los sirvientes, siervos que constituían prácticamente toda la población.

Se cree que el Código de Hammurabi entrañaba primordialmente situaciones de un Código Civil en cuanto a la propiedad y contratos, sin embargo la historia ha revelado que este verdaderamente y en forma cardinal, hacía referencia a la administración de los bienes y al ejercicio de la función pública por parte de los servidores de este admirable gobernante.

Conforme queda anotado en líneas anteriores de ninguna manera se desconoce que hayan existido asentamientos humanos anteriores a los Sumerios, siendo que ese no es punto cardinal de este trabajo sino mas bien se ha tomado como punto de partida a la civilización sumeria como primera civilización organizada con sus Ciudades-Estados, que a la postre darían pie a lo que en nuestros días representan las Naciones –Estados, y es precisamente nuestro interés el llegar a conocer el cómo desde remotos tiempos se organizo el hombre respecto de la relación administración-administrado, intentando llegar en forma clara y concreta a nuestros días.

⁴⁵ Gladdend Edgar Norman, Historia De La Administración Pública desde los Primeros Tiempos hasta el Siglo XI, pág. 33.

4.2. Etapa de formación

El Derecho Administrativo, nace a raíz de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado del control al poder del monarca y la estructuración tripartita del Estado, de cuyo surgimiento entonces la necesidad de la presencia de un Derecho que ponga límite al poder y con ello toda posible arbitrariedad por parte de la autoridad, a esta limitación que el poder de la autoridad tiene, con referencia al derecho, es lo que el día de hoy conocemos como principio de legalidad.

Ahora cabe preguntarnos como si el Estado estuvo o no sometido siempre al Derecho?; encontrando que en el Estado Totalitario, es claro que el Derecho y su creación radican en el monarca, siendo que el poder que este tenía para la crear el Derecho se encontraba en él mismo; siempre como claro ejemplo de lo que representaba el poderío de rey en la Monarquía Absoluta vendrá la recordada frase del rey Francés, Luis XIV, que dijo “El Estado soy yo”, estas simples cuatro palabras nos dan una clara idea del poder absoluto del rey en sí mismo y en nombre de la divinidad por la cual se han justificado a lo largo de los tiempos sendas atrocidades infligidas en contra de los derechos fundamentales de los ser humano, en nombre de Dios.

Teniendo una idea del sistema de Derecho en la monarquía, resulta evidente que el mismo se encontraba concentrado únicamente en la persona del rey y que este tenía el poder para producirlo, dictar sus propias normas y administrarlas, un sistema en el cual sus actos, los actos del rey, no eran susceptibles de ser impugnados, sino bajo determinadas circunstancias.

“En este contexto Jorge Vélez García (1996), ilustra acertadamente la estructura del poder ostentado de manera absoluta por el monarca: “El dogma

del absolutismo real incide obviamente sobre la determinación y ejercicio de los poderes administrativos. En primer término, cabe destacar que la soberanía absoluta del monarca implica que el poder administrativo, como todos los poderes, pertenecen al rey, y sólo al rey. El rey es, por así decirlo, la fuente de donde emana el poder de Policía (asimilado en varios países de la Europa medieval a la administración); es la fuente de la justicia (*fons omnis justitiae*) y, desde luego, las ordenanzas y demás disposiciones regias constituyen la legislación. [...] En resumen, la fuente de toda función pública, de todo poder administrativo, de toda competencia, emana de la voluntad del monarca”.⁴⁶

Tras la caída de la monarquía producida por la Revolución Francesa en el siglo XVII, con un concepto de Estado de Derecho, relució el establecimiento del Derecho Administrativo, como conjunto de normas que buscaban regular la actuación y organización de la Administración, bajo el principio del liberalismo que para unos representaba el sometimiento de la Administración a un Derecho semejante al de cualquier particular, sin excepción; mientras que para otros paradójicamente implicaba la creación de un Derecho especializado, un conjunto de normas aplicables en forma directa a la Administración, independientemente de los administrados.

En este punto se pueden diferenciar dos grandes sistemas jurídicos administrativos, los sistemas anglosajones y los sistemas continentales; Los sistemas continentales que consentían la creación de un Derecho especializado para la Administración Pública, es decir, el Derecho Administrativo, por el contrario en los sistemas anglosajones apareció la llamada Administración

⁴⁶Vélez García Jorge, citado por Marco Morales Tobar, Texto Guía de Derecho Procesal Administrativo, pág.18.

Judicial ya que ante la carencia de normas especiales para la Administración Pública se daba una sumisión total de la Administración, al derecho común, sin excepción.

“En el marco de esta controversia, sucintamente resume Garrido Falla (1972), los principales argumentos esgrimidos por Dicey para rechazar el administrativo francés, los cuales se fundamentaban en su aparente contraposición a los principios jurídicos británicos apoyados en la supremacía absoluta del Derecho común (en oposición al reconocimiento de facultades discrecionales administrativas), la igual sumisión al Derecho ordinario del país y la afirmación de que el Derecho Constitucional Inglés no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos del individuo. No obstante, la inflexibilidad de dicha interpretación puede justificarse por el incipiente desarrollo de la Administración Central inglesa de la época, que con posterioridad se vio fortalecida como consecuencia de la expedición de las leyes para Defensa del Reino de 1914 y 1915 y la ley de Emergencia de 1920, que confirieron amplios poderes al Gobierno, afianzándose una progresiva legislación delegada, sustentada en el crecimiento de la Administración, lo que igualmente fomentó la evolución del sistema inglés desde la perspectiva del modelo férreamente defendido por Dicey, originando un Derecho Administrativo particular (*Administrative Law*).⁴⁷”

De su parte, los sistemas continentales de régimen administrativo, lograron su evolución doctrinaria a raíz de la Revolución Francesa, esto es a partir del año 1789, excitada por la apresurada mutación de las sociedades y el acrecimiento de las relación individuo Estado precipitaron el nacimiento de un Derecho especial, emancipado y autónomo del Derecho común, constituyéndose una

⁴⁷Morales Tobar Marco A, Texto Guía de Derecho Procesal Administrativo, pág. 19.

jurisdicción apartada de los Tribunales ordinarios. El progreso teórico del Derecho Administrativo ha sido atribuido al Consejo de Estado francés, sucesor inmediato del Gran Consejo Real de Monarquía, en un principio le correspondía a este Consejo asesorar en materia de administración pública y legislación, al igual que la elaboración de los proyectos de las sentencias contencioso administrativas sometidas a conocimiento del emperador.

Queda claro, que a raíz de la Revolución Francesa e independencia Norteamericana con la llegada del Estado de derecho se genera el fenómeno jurídico político, que somete al poder a la Ley, bajo el nuevo paradigma de división tripartita de poderes, en donde en primera instancia el legislativo se constituye como poder fundamental, esto en virtud de que este produce la Ley a la que ha de someterse el Ejecutivo, de ahí encontramos el génesis de lo que hoy conocemos como principio de legalidad por el cual todos los actos de la administración han de ajustarse a la ley en tanto que está en teoría representa la voluntad del soberano.

4.3. Fortalecimiento del Derecho Administrativo

El momento en el que se advierte la necesidad de un régimen jurídico especializado que regule las situaciones propias de la administración del Estado, surge este nuevo derecho al que se lo llamo derecho administrativo y este fue fortaleciéndose paulatinamente, especialmente por el trabajo jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado francés que dio paso a la creación de principios propios para la ordenación de la actividad administrativa mismos que poco a poco fueron dando lugar a la aparición de reglas y normas que fueron formando una institución sistemática que admitió que la idea original

se apuntalara en el tiempo dando espacio a la coexistencia de una auténtica rama del derecho, disímil de las ramas tradicionales.

“Entre esos principios propios, pueden destacarse el de legalidad; el de la presunción de legalidad; el de la culpa o falla del servicio para sustentar la responsabilidad de la administración pública; el de la dualidad de contratos de la administración, que permite diferenciar los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración; los principios de la función pública, que permiten dar un tratamiento especial a las relaciones laborales entre el Estado y sus colaboradores; el principio del servicio público; el de la dualidad de bienes del Estado, que permite diferenciar los bienes de naturaleza pública de aquéllos que, si bien pertenecen al Estado, se asimilan a los bienes de los particulares”⁴⁸.

La consolidación del concepto de derecho administrativo en Francia, como una rama especial e independiente para la administración del Estado, tomo aun más fuerza dado el robustecimiento que le brindo el hecho de que este concepto fue acogido en igual forma por un buen número de países, que con la misma ideología fueron reconociendo y aplicando este nuevo derecho, por supuesto cada uno en medida diferente acorde a sus realidades, ajustándolo a sus necesidades, esta situación se dio bajo la influencia que tuvo el derecho francés en otros derechos nacionales, con todas las bondades, limitaciones e inconveniencias que la imitación produce en este campo.

Es muy importante destacar en nuestro análisis que la presencia del derecho administrativo en un país determinado no necesariamente significa o representa a la existencia de una jurisdicción administrativa especial, quiero decir, que

⁴⁸ Rodríguez Rodríguez Libardo, un Siglo de Derecho Administrativo en Colombia, pág. 300

muchos de los países que han aceptado la existencia del derecho administrativo, como un derecho especial para la administración, lo aplican dentro de la noción de unidad de jurisdiccional que implica la existencia de una estructura judicial única, ya sea con la presencia de jueces especializados en su interior o sin esa presencia.

A este respecto podemos anotar, que han acogido este sistema no sólo desde el punto de vista de la existencia de un derecho especial sino también en un sentido de jurisdicción especial administrativa, países como Alemania, Austria, Portugal, Italia, Uruguay, Colombia, etc., debiendo sumarse a todos estos aquellos países que si bien cuentan con una organización jurisdiccional monista, es decir, de unidad jurisdiccional, han creado salas o tribunales especializados dentro de sus cortes o aun cortes especializadas para resolver controversias en las cuales la administración es parte, lo cual implica, en mayor o menor medida según el caso, el reconocimiento del concepto de derecho administrativo como régimen jurídico especializado para la administración pública; dentro de estos países a los que hacemos mención podemos referirnos concretamente al caso del Ecuador, que en su Constitución en el artículo número 188, consagra el principio de unidad jurisdiccional, y concomitantemente en su artículo 173 *ibídem* manda “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”⁴⁹

Siguiendo análisis que realiza el profesos Libardo Rodríguez encontramos que “aun dentro de los países del commonwealth, como en el caso de Australia, y en Estados Unidos, existen ejemplos de cortes especializadas en asuntos de la

⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 173, pág. 97

administración pública, lo cual deja ver que, así sea con carácter excepcional, la filosofía del régimen especial para la administración también tiene cabida dentro de los países que han sido tradicionalmente reticentes al reconocimiento de un derecho administrativo como rama autónoma del derecho.

Esta apreciación tiene cierta significación aun en el caso de Inglaterra, el país más reticente al reconocimiento del derecho administrativo, con la existencia de las que Braibant denomina cuasi-jurisdicciones, como son los administrativos tribunals, que si bien son parte de la administración y no órganos judiciales, expresan, de alguna manera, la necesidad de tener órganos especiales para resolver las controversias de la administración.”⁵⁰.

Mi punto de vista al que quiero llegar, desde esta etapa de fortalecimiento radica en que independientemente del sistema que se trate, llámese monista, dualista, continental o anglosajón, lo destacable y que a mi pensar fortalece a este Derecho Administrativo es el hecho de que de ninguna manera se lo niega sino por el contrario se lo ha llegado a reconocer como un derecho especial para la administración, inclusive, aunque en forma excepcional, por los propios ingleses de quienes la historia da cuenta han sido los más reticentes al reconocimiento del Derecho Administrativo.

⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, un Siglo de Derecho Administrativo en Colombia, pág. 302

CAPITULO V

LA ADMINISTRACION Y EL ADMINISTRADO

5.1. La Administración Pública. Definición.

Definición. Para dar una definición, primero debemos partir de la definición de la palabra administración, misma que tiene su origen en el latín, y se compone por el prefijo a o dar, y la frase ministrare, servir.

Es decir, administrar en su acepción más antigua significa “gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan”.⁵¹

También, el término analizado es empleado como sinónimo del ejercicio de la dirección de una institución, o en otros casos más comunes como el acto de suministrar, proporcionar o distribuir alguna cosa.

Diríamos entonces que la administración es la actividad que desempeñan los individuos, empresas, el estado conforme a las necesidades que deben suministrar día a día y a partir de los recursos de los que pueden disponer.

La administración se refleja en la gestión que los individuos hacen con los bienes que cuentan, buscando de ellos el máximo aprovechamiento posible en pro de la satisfacción de necesidades.

La administración es de vital importancia para el ser humano, tanto las personas como las entidades públicas pueden practicar los actos que tiendan a la administración de sus bienes, pues ambas tienen necesidades que cubrir ante la escasez de haberes.

⁵¹ Torre Abelardo, Administración Pública, pág. 189.

Es evidente que la administración puede ser empleada en diversas circunstancias:

- a. Administración privada, efectuada por los particulares para intercambiar el uso y el consumo de sus recursos.
- b. Administración estatal, tiene la finalidad de satisfacer sus necesidades propias.

Esta administración es la que la realizan los órganos del gobierno para aprovisionar sus necesidades; tiene las características de ser interna y mediata.

Es interna porque los órganos públicos tienen necesidades propias que satisfacer, mismas que deben proveer para garantizar el eficiente desempeño de las funciones que les han sido confiadas.

Es mediata porque con su realización, los órganos públicos no efectúan sus funciones, pero sí es un medio que les permite a los órganos como a cualquier otro individuo, satisfacer sus carencias. Es decir, satisfechas las requerimientos propios de la institución, ejecutara las funciones de que son depositarios para atender al bien general.

- c. Finalmente encontramos la administración que realiza el poder Ejecutivo, y que es a la que llamamos Administración Pública. A diferencia de la que explicamos en el literal b), se caracteriza de ser externa e inmediata.

La administración pública es externa respecto al órgano Ejecutivo ya que con su aplicación no se satisfacen necesidades del órgano titular, sino de la población.

Es inmediata, porque el ejecutivo al practicarla, realiza de forma directa la prestación de un servicio público que beneficia a la colectividad.

Para comprender a cabalidad el termino administración pública que es imperioso analizar el poder ejecutivo y su función.

La Doctrina tradicionalmente ha considerado que el contenido de las funciones de cada uno de los poderes se encuentra.

Coincidimos con el maestro Gabino Fraga cuando postula que no es adecuado afirmar que la ejecución de la Ley es el contenido de la Función del Poder Ejecutivo, ya que cualquiera de los tres órganos de gobierno, realiza la actividad que se les encomendó, también terminan, en la práctica por aplicar y ejecutar una ley.

Así es que “afirmar que el contenido de la actividad que el Poder Ejecutivo realiza sea la Ejecución de la Ley, puede resultar como el maestro Fraga previene, o bien demasiado amplio, o ya igualmente muy limitado”.⁵²

Diremos que el contenido del poder ejecutivo es la realización de la función de administración pública y no de la función ejecutiva. Particular que nos permite distinguir los actos que emanan del Ejecutivo, encaminados a la satisfacción de necesidades colectivas de otros que devienen o son emitidos por otras personas, órganos u organismos públicos o privados.

Una vez que se aclarado el sentido de los términos administración y poder ejecutivo, llegamos a la definición de Administración Pública:

⁵² Fraga Gabino, Administración Pública, pág. 113.

“La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos ”.⁵³

Administración Pública. “Conjunto de funciones desempeñadas por órganos de la Federación, de los estados y municipios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades generales de la población en cuanto a servicios públicos. Conjunto ordenado y sistematizado de instituciones gubernamentales que aplican políticas, normas, técnicas, sistemas y procedimientos a través de los cuales se racionalizan los recursos para producir bienes y servicios que demanda la sociedad en cumplimiento a las atribuciones que las Constituciones federal y estatales confieren al Gobierno Federal, Estatal y Municipal”.⁵⁴

La vigente Constitución ecuatoriana define a la Administración Pública en el artículo 227 “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

La Constitución ecuatoriana 2008 a través de este enunciado busca garantizar la eficiencia y eficacia de los servicios públicos en beneficio de la colectividad.

⁵³ Torre Abelardo, Administración Pública, pág. 206.

⁵⁴ Rojas Franco Enrique, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, pág. 347

Busca satisfacer el mayor número de necesidades con el menor costo de inversión, sin que ello signifique sacrificar la calidad del servicio.

Como podemos observar hay diferentes conceptos, no obstante, podemos entenderla como la parte de los órganos del estado que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo, tienen a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (legislativo y judicial); su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con componentes personales, patrimoniales, una estructura jurídica.

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios antes señalados por la norma constitucional citada. La función principal de la misma, es la creación de un vínculo o relación entre el poder político y el pueblo o ciudadanía.

Por último debemos decir que la administración pública es una obligación con la cual tiene que cumplir cada gobierno de cada país, para ello se deben implementar modelos que resulten eficientes para que de esta manera se pueda lograr un desarrollo económico y social que tanto se necesita. Por ello, un modelo moderno y eficaz de administración pública, debe ser la prioridad de cada jefe de gobierno.

5.2. La Administración en la evolución del Derecho Administrativo

Con el advenimiento de la Revolución francesa, punto de partida del Derecho Administrativo, y durante el siglo pasado en su primera mitad, la Administración Pública es identificada con el Poder Ejecutivo, dentro del cuadro constitucional

del principio de división de poderes, de esta manera el Derecho Administrativo venía a constituir el régimen jurídico del Poder Ejecutivo.

A mediados del siglo XIX, los esfuerzos encaminados a garantizar la independencia del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, materializan en Alemania un aporte fundamental, sin duda traído en préstamo del pandectismo iusprivatista, el Estado como persona jurídica.

Así el Estado, como una persona jurídica permite instruir, verificar y sostener la excelsa edificación de su proceder frente al Derecho. La personificación jurídica del Estado se instituye como postulado de toda obra jurídica de Derecho Público, este tema lo analizaremos con mayor detenimiento en nuestro siguiente punto en el cual estudiaremos a la Administración Pública como persona jurídica.

En el ámbito que ahora nos concierne, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica incumbe al Estado en su conjunto y no a cada uno de los tres Poderes, hace que estos pierdan su individualidad propia y se conviertan en meras manifestaciones orgánicas de aquél.

“La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona.

El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar. La cuestión será entonces la de averiguar en qué consiste,

concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado”⁵⁵.

El afán de encerrar una inconcreta función estatal de administrar, para sobre ella consolidar el objeto formal del Derecho Administrativo en tanto disciplina, ha representado uno de los esfuerzos más grandes y más delicados a lo largo de la trayectoria de esta ciencia y al mismo tiempo uno de los más estériles.

En palabras de García de Enterría administrar sería la acción singular y concreta, de los servicios públicos, o la actuación bajo formas jurídicas peculiares. El agotamiento de este dilatado esfuerzo dialectico se presentó en la sorprendente adopción final de formulas únicamente negativas, administrar sería toda realización del Estado distinta a las de legislar o enjuiciar, razonamiento derivado del hecho de que tanto legislar como juzgar se habrían separado del conjunto de funciones del antiguo Estado absoluto como meras técnicas formales en donde el resto de funciones, no pueden ser reducidas a una técnica formal única y uniforme; “o tesis de la regla o clausula exorbitante, desempolvada en Francia tras la crisis de la doctrina del servicio público, en la última postguerra, y que se limita a catalogar en el Derecho Administrativo las regulaciones Estado-ciudadanos que salen de los moldes establecidos del Derecho Privado, renunciando a una explicación uniforme de esa peculiaridad”⁵⁶.

Cabe culminar el asunto con la interrogante de si en realidad es necesario adoptar una explicación negativa, una vez que se ha verificado el fracaso de una determinación positiva de la función de administrar, situación que debe

⁵⁵ García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 24.

⁵⁶ *Ibíd.* pág. 25

trazarse más profundamente, considerando que si es cierto que administrar es un tema abstracto jurídicamente determinable y que la Administración como organización carece de toda individualidad propia, esta existiría como un mero complejo orgánico que hace referencia al Estado como ente sustantivo, desde un punto de vista jurídico.

5.3. La Administración como Persona Jurídica.

Antes de tratar el fondo mismo de este asunto, resulta importante establecer el origen etimológico del término persona para comprender que se trata de un término artificioso, eminentemente jurídico y que no pertenece su significación a ser humano, como se suele pensar.

Conviene dilucidar que persona proviene de la voz latina *persona*, que significaba *maskara*, este fue el término con el que los romanos designaban la máscara que los actores del teatro empleaban para destacar lo que representaban en escena y, mediante laminas metálicas puestas en la abertura que correspondía a la boca, amplificaban la voz.

“En el Derecho Romano, se distinguían unos seres humanos, que eran sujetos de derechos y obligaciones; otros seres igualmente humanos, asimilados a las cosas: eran los esclavos: Parece que, por primera vez, en el Código Teodosiano, dado por el Emperador de Oriente Teodosio II, en el año 438 de nuestra era, es decir; en época relativamente reciente se introdujo el termino persona, para designar a esos seres humanos que tenían aptitud para adquirir derechos y obligaciones, distinguiéndolos así de los esclavos.

De lo expuesto es fácil colegir que, en un sistema esclavista, no todos los seres humanos eran personas y que persona no significaba exactamente hombre o mujer.⁵⁷”

Concluyentemente podemos establecer, que la voz, persona, ha evolucionado en su significado, de máscara a actor, es decir a ser humano que representa un papel en la obra jurídica de su vida, interesando únicamente para este ámbito la forma en la que dirige su conducta y la calidad en la que actúa.

Al igual que en el sistema esclavista no todo ser humano era persona, tenemos que tras la evolución del término, definitivamente no toda persona es ser humano, llegando así a que persona, jurídicamente, es un ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Entendida entonces la persona como una elaboración jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, podemos comprender que nuestro razonamiento ha permitido la creación de sujetos ideales, que no tienen presencia visible, a los que se les otorga la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Estos entes ideales responden a la necesidad de conseguir fines específicos, políticos, culturales, económicos, religiosos, etc., a los que denominamos personas abstractas, ficticias, jurídicas, es esta última designación la que a nuestro estudio atañe, determinando, que conjuntamente con los seres humanos que constituyen las personas naturales, están las personas jurídicas, constituidas por asociaciones de personas naturales o por bienes afectados a una finalidad.

⁵⁷ Coellar Espinoza Max, Derecho de Personas, pág. 16.

Ya que nos es conocida la diferenciación entre personas naturales y jurídicas, podemos con facilidad abordar a la Administración como Persona Jurídica llegando a su significado e importancia que es el fondo del acápite que hemos iniciado.

Una de las definiciones más simples de Derecho Administrativo es aquella que lo considera como el Derecho de la Administración Pública, sin que pueda pasar inadvertido que si adoptamos una posición neutral desde el campo de la Ciencia de la Administración, esta es una sola, sea pública o privada en cuanto a sus técnicas y métodos respecta, correspondiéndonos analizar entonces, que representa la administración pública en la esfera del Derecho Administrativo.

Es de suma importancia considerar que la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo determinada función objetiva o material, todo cuanto intento ha sido direccionado en este sentido ha fracasado de ahí lo poco infructuoso de insistir en este tema; la movilidad de la materia administrativa representa un obstáculo insuperable para querer establecer una manera formal de administrar.

Las funciones y actividades de la administración a lo largo de la historia han sido de carácter variable lo cual no podía haber sido de otra manera, pues debemos tener presente que estas dependen fundamentalmente los requerimientos de la sociedad mismos que han de variar dependiendo su contexto de desarrollo y así las técnicas formales de administrar también variarían, por lo que resultaría inútil el pretender elaborar un prototipo.

“así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas, que por sí sola ha bastado en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica la << doctrina del servicio público >> que

hacia un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión *ad extra* de servicios públicos inequívocamente tales --- ferrocarriles, electricidad, gas---; por otra la aplicación del derecho público ----- en cuanto la forma de personificación y organización ----- para gestionar actividades sustantivamente privadas ”⁵⁸

La Administración Pública no es para el Derecho Administrativo un conjunto de órganos accidentales, la relación existente entre la realidad instituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se verifica en razón de esta como un complejo de órganos, sino en atención a la misma como persona jurídica, factor que podríamos denominarlo constante, además de ser el que hace posible el Derecho Administrativo. Los órganos y la funciones administrativas son cambiantes, en tanto que el único elemento que no varía es aquel que permite todas las relaciones jurídico-administrativas, la personificación de la Administración Pública, permitiendo que esta como persona jurídica, pueda ser sujeto de Derecho manifestando su voluntad, estando sujeta a responsabilidades, celebrando contratos e incluso siendo justiciable por sus acciones u omisiones, así entonces este postulado de personificación representa un requisito indispensable para el Derecho Administrativo.

5.4. El Administrado

En este caso, nos corresponde realizar el estudio de los denominados administrados y la problemática que ha traído consigo esta denominación

⁵⁸ García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 26.

pudiendo determinar que tradicionalmente, se ha utilizado el termino para referirse al sujeto destinatario del ejercicio de la administración, no obstante debemos tener en cuenta que el concepto de administrado ha sido objeto de cierto rechazo debido a que sitúa al particular en una situación pasiva, en palabras de García de Enterría este término es realmente poco feliz.

“[...] (quizás la burocracia tiende a heredar con ventaja al Príncipe absoluto). El absolutismo si concebía en ese sentido pasivo la posición del individuo dentro de la comunidad política, titular apenas de meras cargas, obligaciones y deberes que le imponía un poder público trascendente a todos y cada uno de los individuos y aun al conjunto de todos ellos, como emanado de una u otra forma, de Dios mismo cuyo vicario en la tierra para el fin de instaurar el orden secular era el Rey.⁵⁹”

Por ello entonces en aquella época todos los miembros de la comunidad, distintos al Rey eran considerados, calificados, de súbditos es decir sometidos a la voluntad de este.

Hoy la problemática traída por el termino administrado, podemos observarla desde dos aristas de una parte las posición de los particulares en relación a las administraciones públicas, va mas allá de ser un mero administrado entendido este como el individuo sobre el cual se administra o quien soporta la acción de administrar, pues este es incluso, sujeto de derechos; y, por otra parte desde un punto de vista político, el término que observamos se contrapone a la idea de participación ciudadana en la esfera de la administración pública.

⁵⁹ García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 18

Tras la breve consideración realizada podemos decir que el administrado es toda persona sea esta física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración Pública; la doctrina ha diferenciado dos clases de administrados que los ha denominado como simples y cualificados.

- El administrado simple es aquel que se encuentra en un estado de sujeción general respecto a la Administración.
- El administrado cualificado en cambio es aquel que se encuentra, frente a la Administración en un estado de sujeción especial, por ejemplo el caso de un funcionario público.

En síntesis podemos decir que el administrado simple es puramente un ciudadano, mientras que el cualificado es aquel cuya relación concreta lo liga con la Administración de una manera específica.

“[...] todos somos administrados simples en la mayor parte de nuestras relaciones con la Administración, todos podemos ser en una circunstancia administrados cualificados, aunque siempre respecto de relaciones concretas y sólo en el seno de éstas. [...]”⁶⁰

Es precisamente el carácter genérico de la suerte de administrado simple, la expresión del principio de igualdad ante la Ley, que deja atrás la división de la sociedad por castas o raleas como ha sido característico de las sociedades primitivas.

Hemos de referirnos también necesariamente en este punto en forma sucinta a la capacidad del administrado, tema que no resulta propio de nuestra rama de

⁶⁰ García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 19

estudio por lo que cabe más bien realizar determinadas puntualizaciones de la capacidad en el Derecho Administrativo en relación con el Derecho Civil que es el ámbito la que pertenece esta institución.

Debemos tener presente así, que la tradicional distinción entre capacidad jurídica, de índole subjetivo que nos permite ser sujetos de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar concebida como aquella capacidad de ejercicio, tiene menor importancia en el Derecho Administrativo que el Derecho Civil esto porque generalmente ambos conceptos tienden a equipararse, en la medida en que usualmente, se permite el ejercicio de los derechos a todos a aquellos a quienes se les reconoce la aptitud para ser parte de las relaciones jurídicas de la que estos derechos nacen.

Y por otra parte debemos tener presente que el casuismo propio del orden jurídico-administrativo, tiene una singular elaboración de sus normas en virtud de que esta obedece a los diferentes requerimientos del interés público que se encuentra en cada tipo de relaciones jurídicas, lo que da lugar a una amplia gama de matices en lo que al alcance de las causas modificables de la capacidad respecta.

En definitiva cuando en Derecho Administrativo hacemos referencia a la capacidad, ha de entenderse nos referimos a la aptitud que nos permite ejercer efectivamente tanto los deberes como los derechos derivados de las relaciones jurídico-administrativas, recapitulando podría decirse que en cuanto a la capacidad respecta, el Derecho Administrativo resulta un tanto menos formalista que el Derecho Civil, encontrándonos incluso con ordenamientos jurídicos como el Español, que en el caso de los menores les otorga capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses, lo cual

constituye un claro ejemplo de la mayor amplitud que existe en cuando a la capacidad por parte del Derecho Administrativo.

5.5. Situaciones Jurídicas del Administrado.

Es normal que el administrado “al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas [...]”⁶¹. Estas situaciones jurídicas hacen referencia a escenarios de poder o deber de los diferentes sujetos de la relación jurídico-administrativa.

Conforme lo enseña la doctrina y para fines de aprendizaje los agruparemos estas situaciones en tres categorías: activas, pasivas y, mixtas y complejas.

Dentro de las **Situaciones activas** tenemos:

a) La Potestad es aquella situación de poder que faculta a su titular para imponer conductas a terceros a través de la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Por lo tanto esta potestad se despliega de cara a terceras personas que se hallan en una posición pasiva respecto del titular de la potestad, por ejemplo la potestad de la que goza la administración para imponernos una sanción ante el cometimiento de una infracción de tránsito la cual no deja de ser una infracción administrativa.

Características de la potestad:

- Tiene su origen en una norma jurídica;

⁶¹ García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo II, pág. 28

- Su objeto es genérico, en tanto su contenido reside en la posibilidad de generar efectos jurídicos materiales sobre un sujeto;
- Es un poder cuyo fin último resulta ser el interés general.
- Es inalienable, aunque en ciertas ocasiones puede cederse su ejercicio;
- Las potestades no pueden obtenerse por prescripción, sino únicamente por norma.

b) Derecho Subjetivos son aquellos basados en un título jurídico concreto que permite a su titular, de acuerdo a su propio interés, reclamar de un tercero una conducta, positiva o negativa, tercero que en nuestro caso viene a ser la Administración Pública.

Características el derecho subjetivo:

- Tiene origen en una relación jurídica concreta, como ejemplos tenemos los derechos subjetivos que nacen de un acto administrativo declarativo como el otorgamiento de una licencia de obra o los derechos subjetivos que nacen de una obligación extracontractual como ser una lesión siempre y cuando el hecho dañoso sea imputable a la administración.
- Su objeto es determinado y busca la realización de una conducta igualmente determinada y exigible

- El derecho subjetivo está encaminado a la satisfacción de un interés particular que es el de su titular y es por ello que en muchos casos es modificable, transmisible e incluso renunciable.
- Los derechos subjetivos son sujetos tanto de prescripción adquisitiva como extintiva.

c) El Interés Legítimo *radica en una situación que se da por efecto indirecto de una norma, es decir se da* cuando la administración en salvaguarda del interés público, protege también en forma indirectamente intereses propios del administrado, por ejemplo, existe interés legítimo de la oposición al exigir que la administración pública respectiva cumpla con los requisitos y el procedimiento para el nombramiento de funcionarios públicos, en base a un concurso público de oposición y meritos

La jurisprudencia ha determinado que el interés legítimo consiste en una situación individualizada en relación a la actuación administrativa, que se cuando un acto puede implicar una alteración positiva, bien por generar una ventaja o un perjuicio, sin que sea necesario, se trate de un interés económico.

Dentro de las **Situaciones pasivas** tenemos:

a) La Sujeción, esta situación se encuentra en correspondencia directa con la potestad, radica en el deber de *aguantar el ejercicio de una potestad*, por ejemplo, el administrado está subyugado a la acción de las potestades sancionadoras de la Administración, volviendo sobre el ejemplo de la infracción de tránsito que nos impone un multa, debemos satisfacerla o pagarla, so pena de que la Administración haga uso de la coerción.

b) La Obligación es la contraparte de la situación jurídica activa del Derecho Subjetivo, es decir, que dentro de una relación jurídica determinada entre la Administración y el administrado, mediante un acto o contrato nos encontramos ante la situación jurídica de cumplir con determinada conducta de hacer o no hacer algo, en beneficio o para utilidad de un tercero que tiene el poder para exigirlo.

c) La Carga, lleva implícita una situación en la que el ordenamiento jurídico impone al individuo el ejercicio de una conducta fin de que este pueda hacer uso de sus derechos, es decir, esta situación presta resguardo a los propios intereses del sujeto sobre cual recae y su inobservancia no va mas allá de la simple pérdida de una prerrogativa.

d) El Deber Público, también es *una situación de sumisión, que tiene origen directo en una norma, impuesta en atención al interés general o colectivo, esta se diferencia de la obligación en tanto se describe de modo genérico y abstracto, mientras la obligación tienen un contenido determinado y concreto.*

No obstante, esto no es absoluto tiene matices, por ejemplo “[...] liquidación tributaria girada a un sujeto convierte en obligación frente a la Administración el deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos [...].⁶²”

Dentro de las **Situaciones mixtas y complejas** tenemos:

a) Los Poderes funcionales que son una mezcla de las situaciones jurídicas activas y pasivas y pueden dar lugar a tres supuestos:

⁶² García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo II, pág. 34.

- El de las potestades de ejercicio obligatorio que es el caso de la mayoría de las potestades administrativas, cuyo ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, debido a que son otorgadas en garantía de intereses ajenos;
- El de los derechos subjetivos/deberes que son situaciones que los titulares pueden reclamar de los entes públicos y viceversa; por ejemplo, en el caso de los derechos-deberes constitucionales, derecho/deber al trabajo, derecho/deber a un buen vivir, etc. Y;
- Las situaciones de contenido complejo que son escenarios en los que encontramos situaciones activas y pasivas, por ejemplo el derecho a la propiedad inmobiliaria, que por un lado nos brinda facultades de aprovechamiento del bien inmueble y por otro nos impone un deber positivo de contribución sea por concepto de mejoras, pago de predios, etc.

b) El Status trata de un complejo de situaciones jurídicas pensadas en forma unitaria en función de organizar jurídicamente a un colectivo determinado, dicho de otra forma el Status se utiliza para definir colectivos de personas que se someten a una ordenación unitaria., por ejemplo, en el caso ecuatoriano los empleados públicos se regulan en la actualidad por la Ley Orgánica de Servicio Público.

Recapitulando podemos notar sin problema, la importancia que tiene el Derecho Administrativo en la cotidianidad de nuestras vidas, ya que como miembros de una sociedad es imposible no vernos inmersos en alguna de sus diferentes regulaciones, me atrevo a decir que este Derecho especial ha de estar presente desde el primero hasta el último de nuestros días, sin importar

para el efecto cual sea nuestra vinculación con el mundo del Derecho seamos o no estudiosos del tema, lo trascendente es nuestra calidad de seres sociales que es la que nos vincula ineludiblemente con el mundo del Derecho Administrativo sea a través de situaciones activas , pasivas, mixtas o complejas, la constante serán nuestros derechos, deberes y obligaciones, vinculados a la Administración.

6. Conclusiones:

Como hemos visto a lo largo del desarrollo de esta tesis partiendo del origen del Estado nos fue posible afirmar que esta no es una situación que sea posible determinar como algo fáctico ya que es un producto propio de la evolución humana, tomando así como punto de partida al individuo, en tanto que todo Estado se debe a una sociedad y reposa sobre ella, considerando también que el hombre desde inmemorables tiempos ha vivido siempre en conjunto, así el Estado como organización política surge en forma consciente, de esa necesidad natural del hombre de vivir en sociedad.

Refiriéndonos al derecho se han denominado como normas pre jurídicas o prehistóricas, a aquellas que más bien fueron normas consuetudinarias y pertenecieron a las organizaciones primitivas del hombre, cuando en definitiva, imperó el orden del más fuerte, lo que condujo a la imposición de una justicia en una forma personal, época en la que se desarrollo una serie de creencias vinculadas a la magia y a la religión viviendo una suerte de panteísmo y politeísmo, en este espacio de la historia, todo fue oral por cuanto no se conocía la escritura. Estas primeras normas de conducta trataron de organizar la vida social de los pueblos y tuvieron un carácter religioso y moral. La norma jurídica escrita como la concreta expresión de origen del derecho se encontró en Roma, y se dio a raíz del cambio del derecho consuetudinario, al derecho propiamente dicho es decir aquellas normas escritas.

En la relación Estado-Derecho encontramos quienes mantienen que no existe un Derecho anterior al Estado, ya que el primero de los dos tan solo surge cuando lo real se convierte en normativo; a quienes sostienen que estos dos orígenes son simultáneos y a los que defienden que el Derecho es anterior al

Estado, nuestra consideración ha sido dirigida en torno a la importancia de conocer la correspondencia que existe entre uno y otro, sin que para ello importe su naturaleza en el tiempo, sino su estrecha relación y acción mutua de ambos sistemas como garantía de los derechos individuales y colectivos del ser humano.

Así el Derecho resulta ser un instrumento para la realización de la justicia que brinda seguridad y bienestar a la sociedad, por ello es que el Derecho entraña precisamente la idea de lo justo lo adecuado lo correcto, sin desconocer por supuesto, el amplio debate existente que sobre la ambigüedad del término se ha dado, considerado que no podemos caer en lo que sería una logomaquia en tanto lo que en verdad interesa, es el fondo y no su forma, de lo que determinamos que el Derecho es un conjunto de reglas, que regulan la conducta del hombre y su vida en sociedad de manera que lo conducen al bien común así como a la justicia inclusive por medio de la coerción, convirtiéndolo al derecho en una necesidad para la vida en sociedad.

Son los romanos quienes dividen a las normas jurídicas en públicas y privadas, como las que atañen a la organización de la cosa pública y las que conciernen a la utilidad de los particulares, respectivamente, de este modo las unas responden a un interés colectivo y las otras a intereses particulares, de lo que destaca que el Derecho Público por constituir la base de un orden público, por el cual es Estado le confiere a autoridad pública el poder, no se encuentra sujeto a la autonomía de la voluntad individual. En lo referente ya a la definición de Derecho Administrativo se ha dicho que es aquella parte del Derecho Público que establece la organización y actuación de la administración directa e indirecta del Estado, sometiendo a derecho sus relaciones jurídicas con el o los

administrados y la existencia de este Derecho hace posible la exigibilidad directa tanto de nuestros derechos individuales como colectivos.

En el estudio de sus fuentes, como lugar del que tuvo principio u origen esta rama del derecho hallamos que el Derecho Administrativo aparece, cuando estudiosos del derecho y gobernantes llegan a la conciencia de que el derecho de los administrados no derivaba sólo de las leyes, que en la mayoría de las veces no prescribían soluciones para las controversias con la Administración Pública, como característica de sus fuentes podemos anotar que ha predominado el concepto de fuente escrita existiendo obviamente una variedad de fuentes que estructuran su sistema sin que se halle formado únicamente por la ley.

Punto de gran importancia en esta investigación ha sido el principio de legalidad viene del Derecho Administrativo que constituye la piedra angular sobre la que se asienta la construcción mismo, ya que es en virtud de este se da el sometimiento de la actuación administrativa a las disposiciones del poder Legislativo, esto como consecuencia lógica de la división tripartita de poderes. A este principio de legalidad en sus edificaciones *tradicionales* se lo encamino dentro de la llamada *vinculación negativa*, que tiene gran relación con el principio del Derecho Privada en tanto al Estado se le permitía hacer todo lo que no le estuviera prohibido con una discrecionalidad basada en el espacio libre de la ley, es decir, la Administración podía hacer libre uso de su autonomía, en todos aquellos extremos que la ley no había regulado, con la sin que para estos actos discrecionales haya existido control judicial posible. En la modernidad, en contraposición a lo tradicional las edificaciones *modernas* del principio de legalidad lo encasillan dentro de la vinculación positiva, es decir no se acepta poder jurídico ninguno que no sea desarrollo de una facultad

normativa precedente, sin que queden *espacios* libres de ley, en que la Administración pueda obrar a su arbitrio.

En el estudio de la evolución del Derecho Administrativo, se ha hecho referencia como antecedente remoto en forma concreta, a la civilización sumeria ya que es considerada la primera y más antigua de las civilizaciones del mundo, la cual de la mano del más conocido de sus gobernantes Hammurabi grabo en una columna de piedra lo que constituye el más antiguo Código de leyes del que se conoce, resaltando que dentro de esta interesante historia el descubrimiento de 55 cartas de Hammurabi, escritas en tabletas de arcilla dirigidas a sus funcionarios referidas precisamente a situaciones de orden administrativo respetando un nivel jerárquico, mismas que no representan sino actos de administración que posteriormente evolucionaron en actos de Derecho Administrativo, y es así que a lo largo de la historia esta rama especializada del derecho ha incidido en la cotidianidad de las vidas tanto de gobernantes como de gobernados.

El Derecho Administrativo, como tal se forma a raíz de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, ante la necesidad de la presencia de un Derecho que limite al poder y con ello una posible arbitrariedad por parte de la autoridad, esta limitación es el antecedente del principio de legalidad que hemos anotado.

Con la caída de la monarquía en el siglo XVII, producto de la Revolución francesa surge el concepto de Estado de Derecho, que dio luz al posicionamiento del Derecho Administrativo, como conjunto de normas que buscaban regular la actuación y organización de la Administración, bajo el principio del liberalismo que para unos representaba el sometimiento de la

Administración a un Derecho semejante al de cualquier individuo, sin excepción; en tanto que para otros implicaba la creación de un Derecho especializado.

Es entonces con la llegada del Estado de derecho que se genera el fenómeno jurídico político, que somete al poder a la Ley, bajo el nuevo paradigma de división tripartita de poderes.

Cuando se admite la necesidad de un régimen jurídico especializado capaz de regular las situaciones propias de la administración del Estado, surge el Derecho Administrativo y va fortaleciéndose paulatinamente, de manera especial por el trabajo jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado francés que dio paso a la creación de principios propios para la ordenación de la actividad administrativa.

El afianzamiento del concepto de Derecho Administrativo en Francia, como una rama especial e autónoma para la administración del Estado, toma aun más fuerza una vez que el concepto es acogido en igual forma por un buen número de países, que con la misma tendencia fueron reconociendo y aplicando este nuevo derecho.

Destacamos desde nuestra óptica que en la etapa de fortalecimiento independientemente de la corriente adoptada por cada sistema lo sobresaliente resulta ser que de ninguna manera se niega al Derecho Administrativo como rama especial para la administración, todo lo contrario lo reconocen inclusive, aunque en forma excepcional, los propios ingleses de quienes la historia da cuenta han sido los más reticentes a su reconocimiento.

En cuanto a la administración se definió a la misma como la actividad que desempeñan los individuos, empresas, y especialmente para nuestro estudio el

estado, conforme a las necesidades que debe suministrar día a día y a partir de los recursos de los que puede disponer, la Administración Pública se encuentra al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios señalados por la norma constitucional, constituyendo una obligación con la cual tiene que cumplir el gobierno de cada país, para ello se deben implementar modelos eficientes a fin de conseguir el desarrollo económico y social que se espera.

Con la llegada de la Revolución francesa, punto en que se origina el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública es identificada directamente con el Poder Ejecutivo, y el Derecho Administrativo concebido como su régimen jurídico, para posteriormente evolucionar a la concepción de que la personalidad jurídica incumbe al Estado en su conjunto y no a cada uno de los tres Poderes. De este modo el Estado deja de ser pensado como un conjunto de poderes individualizados, sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar.

Pudimos ver que las funciones y actividades de la administración a lo largo de la historia han sido de carácter mudable lo cual no podía haber sido de otra manera, ya que estas dependen esencialmente de los requerimientos de la sociedad y estos a su vez varían dependiendo del contexto de su desarrollo así las técnicas formales de administrar también lo hacen, por lo que sería inútil el formular un prototipo.

Lo realmente importante es llegar a la conciencia de que tanto órganos como las funciones administrativas son variables, mientras que el único elemento que no varía es aquel que hace posible y constituye requisito indispensable del

Derecho Administrativo, la personificación de la Administración Pública, por la cual persona jurídica Administración es sujeto de derechos y obligaciones.

Al tratar la problemática traída por el termino administrado, lo hicimos desde dos puntos de vista de una parte las situación de los particulares en relación a las administraciones públicas, va mas allá de ser un simple administrado comprendido únicamente como el sujeto sobre el cual se administra o quien resiste la acción de administrar, ya que este es incluso, sujeto de derechos; de otra parte desde una situación o realidad política, el término que observamos se contrapone a la idea de participación ciudadana en la esfera de la administración pública. Vimos también la clasificación entre administrados simples y calificados, llegando a que todos somos administrados simples en la mayor parte de nuestras relaciones con la Administración y que es precisamente el carácter genérico del administrado simple, la manifestación del principio de igualdad ante la Ley.

Finalmente llegamos a las situaciones jurídicas del Administrado frente a la Administración de lo que pudimos determinar en forma definitiva, la importancia que tiene el Derecho Administrativo en la cotidianidad de nuestras vidas, ya que como parte activa de una sociedad es imposible no encontrarnos dentro de alguna de sus diferentes regulaciones, y reiterando lo anotado en líneas anteriores sostengo que el Derecho Administrativo ha de estar presente siempre en nuestras vidas, desde el primero hasta el último de nuestros días, sin que para ello importe nuestra vinculación con el mundo del Derecho, seamos o no estudiosos del tema administrativo, lo que importa a esta realidad es nuestra calidad de seres sociales que es la que nos vincula ineludiblemente a este espacio sea a través de situaciones activas , pasivas, mixtas o

complejas, la constante serán nuestros derechos, deberes y obligaciones, vinculados a la Administración.

7. Bibliografía:

- Barbe Pérez, Héctor. (1958): *Los Principios Generales del Derecho Como Fuente del Derecho Administrativo Uruguayo*, Montevideo-Uruguay, Editorial Montevideo.
- Bohannan, Paul James. (1967): *Law and Warfare*. New York- USA. Editorial de Robert B. Textor.
- Cassagne, Juan Carlos. (1998): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Abeledo Perrot.
- Coellar Espinoza, Max. (1991): *Derecho de Personas*, Cuenca- Ecuador, Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca.
- *Constitución de la República del Ecuador*. (2008)
- Diez, Manuel María. (1985): *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires- Argentina, Editorial Plus Ultra.
- Diez Picazo, Luis. (1985): *Traducción de la Lucha por el Derecho de Von Ihering*,. Madrid-España, Editorial Civitas.
- Drómi, Roberto. (1998): *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires- Argentina, Ediciones Ciudad Argentina.

- _____ (1992): *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires-Argentina, Editorial Astrea.
- Fraga, Gabino. (2003): *Administración Pública*, Madrid-España, Editorial Civitas.
- García de Enterría, Eduardo. (1997): *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Madrid-España, Editorial Civitas.
- _____ (1997): *Curso De Derecho Administrativo Tomo II*, Madrid-España, Editorial Civitas.
- Gladdend, Edgar Norman. (1959): *Historia de la Administración Pública desde los Primeros Tiempos hasta el Siglo XI*, México-México D.F., Editorial Fondo de Cultura Económica, del Instituto Nacional de Administración Pública.
- González Ramírez, Augusto. (1995): *Introducción al Derecho*, Bogotá-Colombia, Ediciones Librería del Profesional.
- Hübner Gallo, Jorge Iván. (1976): *Introducción al Derecho*, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Jaramillo Ordoñez, Hernán. (2005): *Manual de Derecho Administrativo*, Loja-Ecuador, Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.

- Kant, Manuel. (1968): *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México-México D.F., Editorial Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, Hans. (1969): *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Latorre, Ángel. (1972): *Introducción al Derecho*, Barcelona-España, Ediciones Ariel.
- Lazaro Carreter, Fernando. (1987): *Diccionario de Términos Fiológicos*, Madrid España, Editorial Crítica.
- Linares, Juan Francisco. (1975): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires- Argentina, Editorial Ariel.
- Morales Tobar, Marco. (2010): *Texto Guía de Derecho Procesal Administrativo*, Loja-Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú Ricardo (1977): *Introducción al Derecho*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Perrot.
- Nogueron Consuegra Pedro, (2007): *Temas de Derecho Administrativo*, México- México D.F., Editorial de Talleres Gráficos de México.
- Osset, Francisco. (1955): *Teoría General del Derecho*, Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado.

- Pacheco, Máximo. (1990): *Teoría del Derecho*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis.
- Pericot García, Luis. (1963): *Historia Universal*, Barcelona-España, Editorial Alianza.
- Recaséns Siches, Luis. (1961): *Filosofía del Derecho*, México-México D.F., Editorial Porrúa.
- Rizo Oyanguren, Armando. (1991): *Manual Elemental de Derecho Administrativo*, Managua-Nicaragua, Editorial Universitaria.
- Roces, W. (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid-España, Editorial Reus.
- Rodríguez, Libardo. (2003): *Un Siglo de Derecho Administrativo en Colombia*, Madrid-España, Editorial Civitas.
- Rojas Franco, Enrique. (2007): *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, San José-Costa Rica, Editorial Edilex.
- Rubio Correa, Marcial. (1985): *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, Lima-Perú, Editorial Civitas.
- Sayagués Laso, Enrique. (1953): *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo-Uruguay, Editorial Martín Vianchi Altuma.

- Secaira Patricio, (2010): *Texto Guía de Derecho Administrativo*, Loja Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja
- Sentís Melendo, Santiago. y Ayerra Redín, Marino. (1994): *Colección Monografías Jurídicas*, Bogotá- Colombia, Editorial Temis.
- Torre, Abelardo. (2001): *Administración Pública*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Perrot.
- Villaverde, Ma. José. (1988): *El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Estudio Preliminar y Traducción*, Madrid-España, Editorial Tecnos.

INDICE

Capítulo I

Estado y Derecho

1.1 Origen del Estado.....	6
1.2 Origen del Derecho.....	12
1.3 Relación entre Estado y Derecho.....	18

Capítulo II

El Derecho Administrativo

2.1 Etimología del término Derecho.....	23
2.2 El Derecho. Definiciones.....	25
2.3 El Derecho Público.....	32
2.4. El Derecho Administrativo.....	35

Capítulo III

Fuentes del Derecho Administrativo y Principio de Legalidad

3.1 Las Fuentes del Derecho Administrativo. Definición.....	40
3.2 Fuentes directas escritas.....	42

- La Constitución
- La Ley

<ul style="list-style-type: none"> • Los Reglamentos • Decretos y Acuerdos 	
3.3. Fuentes directas no escritas.....	49
<ul style="list-style-type: none"> • La Costumbre • Los Principios General del Derecho 	
3.4. Fuentes indirectas.....	52
<ul style="list-style-type: none"> • La jurisprudencia • Los tratados internacionales • La Doctrina 	
3.5. El Principio de Legalidad.....	53

Capítulo IV

Derecho Administrativo su Evolución

4.1 Antecedentes remotos.....	57
4.2 Etapa de formación.....	63
4.3. Fortalecimiento del Derecho Administrativo.....	66

Capítulo V

La Administración y el Administrado

5.1. La Administración Pública. Definición.....	70
5.2. La Administración en la evolución del Derecho Administrativo.....	74
5.3 La Administración como Persona Jurídica.....	77

5.4. El Administrado	80
5.5. Situaciones jurídicas del Administrado	84
6. Conclusiones	90
7. Bibliografía	98