

CAPÍTULO PRIMERO
EL CRECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA

I. Funciones de provisión de medios	1
1. Medios personales	2
2. Medios reales.	4
3. Medios económicos	5
II. Funciones de realización de fines.	5
1. La policía.	6
2. El servicio público	9

CAPÍTULO PRIMERO
EL CRECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA

El fenómeno del crecimiento de la actividad administrativa se ha producido, no sólo en el sentido de aumentar el ámbito de la realidad social objeto de la misma, sino en el de intensificar los grados de la intervención en proporciones tales que el derecho administrativo clásico no podía concebir. La actividad administrativa ha llegado a las esferas más íntimas de la vida individual para imponerle prestaciones incompatibles con la actividad de policía tradicional.

Quizás este último aspecto sea el que más interés ofrezca para el técnico del derecho. Porque, en definitiva, el primero no supone otra innovación que el de los límites del ámbito de actuación, mientras que el segundo supone nuevas modalidades en las instituciones básicas.

Veamos, pues, cómo se ha manifestado el fenómeno en cada una de las funciones administrativas, y cómo ha afectado a la libertad del hombre. A tal efecto, distinguiremos entre las funciones de provisión de medios y las de realización de fines.

I. FUNCIONES DE PROVISIÓN DE MEDIOS

En la medida en que la administración asume la realización de fines, convirtiendo en públicas actividades tradicionalmente consideradas privadas, aumenta sus necesidades. A mayor extensión de fines, mayor número de elementos personales, reales y económicos para la realización de aquéllos.

1. *Medios personales*

La regla general que acabamos de enunciar tiene directa aplicación en los medios personales de la administración. El número de los servidores de los entes públicos aumenta en una progresión muy superior a la del aumento de las necesidades que tiene que satisfacer, como demuestra cumplidamente Parkinson.

Las plantillas del personal de las distintas administraciones públicas alcanzan cifras exorbitantes, que se mantienen aun cuando cesen los motivos concretos que determinaron su aumento.

Sin embargo, no es en el ámbito de esta concreta función administrativa de provisión de medios personales donde se manifiestan los más graves atentados a la libertad del administrado. Por el contrario, casi podríamos afirmar que en este aspecto, más que un achicamiento de la esfera de libertad individual se ha producido un aumento de la misma. Y ello por una razón fácilmente comprensible. La administración de hoy, esa administración pan-crónica de que nos habla Gascón Hernández, requiere algo más que las aisladas prestaciones de los administrados: exige unos cuadros permanentes de personal idóneo y bien remunerado. Lo que se traduce:

a) Por un lado, en la reducción al mínimo de una institución que tanto arraigo tiene en las administraciones incipientes: la prestación personal obligatoria. Es indudable que en los momentos críticos de la vida de un país, todavía se acude a las prestaciones de un ciudadano hasta los límites máximos del esfuerzo. En las guerras de hoy, nadie escapa de la entrega total a la nación, sea hombre o mujer. El monstruo del Estado lo exige todo. Pero en los momentos de normalidad, las prestaciones personales obligatorias son hoy mucho menores que en otras épocas.

Resultado: un alivio de una de las cargas más gravosas para el administrado. Pero como las épocas de normalidad son tan pocas en un mundo dominado por el fantasma de la guerra, este alivio es más aparente que real.

b) Por otro lado, el aumento de los cuadros de la administración se traduce en la creación de empleos y, por tanto, de oportunidades para el administrado simple, que puede aspirar a esta nueva categoría de bienes. De este modo, el crecimiento de la intervención administrativa supone, al menos en este aspecto, un aumento de la esfera de libertad, al brindar al individuo nuevas posibilidades que antes no tenía.

Sin embargo, también este efecto de la intervención es más aparente que real, pues en la misma medida en que la intervención administrativa crea nuevos puestos públicos, se provoca la supresión o no creación de puestos en la empresa privada. No en la misma proporción, desde luego. Pues mientras que para realizar un fin, la empresa privada (celosa administradora de sus medios económicos) utiliza los elementos personales estrictamente necesarios, la gestión pública (más generosa a la hora de administrar el dinero del contribuyente) crea un lujoso cuadro de personas para realizar el mismo fin. Por eso, pese a todo, la conversión en pública de la gestión de un fin, determina efectivamente un aumento de oportunidades. Y el derecho administrativo trata, a través de una adecuada reglamentación del acceso a la función pública, que esas oportunidades sean iguales para todos los ciudadanos, a fin de acabar con el *spoils system*, que durante tantos años ha sido el dominante en todas las administraciones.

Ahora bien, pese a este aumento de oportunidades, pese a esta cuidadosa reglamentación de los procedimientos de selección de personal, es lo cierto que la intervención administrativa, incluso en este aspecto, no deja de tener la misma incidencia en la libertad individual, pues es un hecho incuestionable que las posibilidades del hombre emprendedor y capacitado son mucho mayores en los cuadros de la empresa privada y de las actividades liberales, que dentro de las rígidas plantillas administrativas. Por lo que, en la medida que aquéllas se convierten en éstas, se habrán coartado las posibilidades del hombre libre, que es incompatible con las jerarquías administrativas.

Pero es más: es que la situación jurídica funcionarial, pese a todas las ventajas que ve en ella el hombre de la calle, ofrece serios y graves inconvenientes. Don Nicolás Pérez Serrano llegó a hablar de la *proletarización del funcionario*.¹ Quizás la expresión resulte exagerada, pero refleja perfectamente la evolución experimentada por la función pública, lo que explica un fenómeno cada día más acusado: la disminución del número de aspirantes a ella, al menos a los cuerpos prestigiosos de la administración, cuyos títulos cada día se cotizan menos en una sociedad realista.

El hombre emprendedor, preparado, con espíritu de iniciativa, huye de la rutina administrativa; busca campos con más amplios horizontes y más elevadas perspectivas. Precisamente por ello, coartar estas posibilidades convirtiendo en administración pública lo que era actividad privada, es cercenar esas perspectivas.

2. *Medios reales*

La administración necesita cada día más cosas. No sólo bienes inmuebles, no sólo terrenos para las obras públicas. Para poder realizar los complejos fines por ella asumidos, tiene necesidad de los bienes más diversos. Consecuencia: la amplitud progresiva del instituto jurídico idóneo para su adquisición. Y se habla de la *evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*.² Ejemplo expresivo, el artículo 1o. de la Ley Española de Expropiación Forzosa de 1954, al decir:

1. Es objeto de la presente ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que

¹ “Proletarizaciones del funcionario”, *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, Madrid, 1952, pp. 127-166.

² Es el título de un trabajo de Nieto, aparecido en *Revista Administración Pública*, núm. 38, pp. 67-124.

fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

De este modo, la expropiación no es ya una transmisión formal de la propiedad de un inmueble, sino que puede afectar a cualquier derecho patrimonial y no llegar a la privación de la propiedad, por ser suficiente para el fin público una mutación de la misma que no sea simple delimitación del dominio.³

Resultado: que la esfera patrimonial del administrado se ve cada día amenazada por más causas de utilidad pública o interés social: no escapa de la amenaza ninguna de los elementos que integran el patrimonio, y las formas jurídicas de los atentados al patrimonio alcanzan las modalidades más diversas.

3. *Medios económicos*

En definitiva, las mayores necesidades de personas y bienes, se traducen en una mayor necesidad de dinero para la adquisición de aquéllos. Estamos en presencia de otro de los fenómenos característicos de los Estados modernos: el aumento de la presión fiscal. Para hacer frente a los ingentes problemas que las administraciones modernas tienen planteados, no se sabe ya qué nuevas figuras importará crear, o qué procedimientos de aumento de las pases o de los tipos de las figuras conocidas serán más eficaces para lograr una mayor recaudación.

II. FUNCIONES DE REALIZACIÓN DE FINES

Ante los fines de interés general, los entes públicos pueden limitarse a una acción administrativa de persuasión y estímulo, encauzando la actividad privada hacia la realización de aquéllos.

³ Me remito a mi trabajo *La expropiación forzosa por razón de urbanismo*, Madrid, 1965, p. 9.

Es obvio que la utilización de esta función administrativa, en sí, no supondría un cercenamiento de la libertad individual. Podrá suponerla indirectamente, en cuanto requerirá alguno de los medios señalados, cuya adquisición incidirá en el patrimonio de los administrados, produciendo una merma efectiva en el mismo. Y hasta podrá requerir la creación de servicios que asuman la gestión de algunas de las técnicas del fomento. Tal es el caso de las instituciones de crédito oficial, que gestionan uno de los medios típicos de estímulo, distribuyendo el dinero que procede del contribuyente entre aquellas personas y entidades que encauzan su actividad hacia los objetivos que interesa alcanzar. Pero la función administrativa de fomento en sí, no supone un desplazamiento de la actividad privada. Los fines de interés general (construcción de viviendas, desarrollo industrial de una zona, cultivo de determinadas especies en una región, etcétera) siguen siendo realizados por los particulares, por los administrados.⁴

Cuando existe, evidentemente, un cercenamiento de la libertad individual es cuando se utilizan cualquiera de las otras funciones administrativas: la policía y el servicio público.

1. *La policía*

La esencia de la noción de policía no es otra que la idea de limitación. Es aquella función administrativa que consiste en limitar la actividad privada. Ésta es la razón de que su evolución refleje exactamente este fenómeno impresionante de la despiadada y radical mutilación de las libertades individuales. Precisamente por ello, ha merecido la especial atención de la doctrina, que ha verificado en el ámbito concreto de esta función administrativa el fenómeno más general del aumento de las necesidades públicas y el concreto de las transformaciones de las técnicas tradicionales de la policía.

⁴ Quizás exagera Baena del Alcázar las dificultades e imprecisiones del concepto, en su trabajo "Sobre el concepto de fomento", *Revista Administración Pública*, núm. 54, pp. 43-85.

a) En efecto, la evolución de la policía administrativa permite comprobar, quizá más acusadamente que en cualquier otra función administrativa, las mutaciones de los fines de una administración. Porque esta evolución permite apreciar cómo se pasa de una administración que no tiene otro cometido que el de mantenimiento del orden público en su sentido más estricto, a otra en que el concepto de orden público se extiende a límites tales que queda desnaturalizado, para acabar desbordándose por completo, reconociéndose que cualquier fin de interés general puede ser motivo legitimador de las limitaciones de la actividad privada.⁵

La policía, en la concepción del derecho administrativo clásico, se entronca con la noción de orden público. Ahora bien, a fin de mantenerse esta caracterización de la función de policía, se hizo preciso una mutación sustancial de lo que se entendía por orden público. Si en la época dorada del derecho administrativo liberal el orden público es poco más que “la tranquilidad de la calle”, y la policía administrativa policía de seguridad, muy pronto se va a ampliar la noción de orden público y a aparecer, al lado de la policía de seguridad —que seguirá designándose policía por antonomasia—, las llamadas policías especiales, “para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares dictadas en relación con materias específicas: policía minera, forestal, de aguas, de la circulación, etcétera.”⁶ En los manuales y tratados tradicionales de derecho administrativo, puede encontrarse un catálogo poco menos que interminable de esta serie de policías especiales.

Hasta que llega un momento en que se reconoce que ya no es sólo el orden público la finalidad de la función de policía. No

⁵ Entre nosotros, se ha ocupado especialmente del tema, Garrido Falla, en “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 11, pp. 11-31, y “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 28, pp. 11-50.

⁶ Garrido Falla, “Los medios de policía”, *op. cit.*, nota 5, p. 13. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, París, 1962, pp. 13-15.

es que se haya ampliado el ámbito del orden público. Es que al lado de éste han aparecido otras causas legitimadoras de la intervención administrativa en la esfera de la libertad individual. Cualquier fin de interés general puede constituir tal causa legitimadora. Y aun cuando todavía se intenta conservar la enumeración, tal enumeración forzosamente ha de terminar con una cláusula genérica. En el ordenamiento español, no puede ser más expresivo el artículo 1o. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al comenzar con esta declaración:

Los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1o. En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas. 2o. En materia de subsistencias, además, para asegurar el abasto de los artículos de consumo de primera necesidad, la calidad de los ofrecidos en venta, la fidelidad en el despacho de los que se expendan a peso o medida, la normalidad de los precios y la libre competencia entre los suministradores y vendedores. 3o. En el orden del urbanismo, también para velar por el cumplimiento de los planes de ordenación aprobados. 4o. En los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización especial o privativa de bienes de dominio público, para imponer la prestación de aquéllos debidamente y bajo tarifa. 5o. En los demás casos autorizados legalmente y por los motivos y para los fines previstos.

b) Pero más importante que el aumento de las razones por las que se atenta contra la libertad, son las modalidades que los atentados adoptan. Hace unos años, cuando se registró el fenómeno, la doctrina tradicional —sobre todo la doctrina civilista— se rasgó las vestiduras y llegó a hablar del *déclin du droit*.⁷ Por-

⁷ Fue el título de la conocida obra de Ripert, que tanto impacto produjo. Al menos en España dio lugar a una apasionante polémica.

que, en efecto, lo que se exigía del administrado era algo distinto del contenido de las limitaciones de la policía tradicional.

La administración ya no se contenta con prohibir hacer algo, bien de modo absoluto o en tanto se obtenga una autorización, licencia o permiso, de concesión más o menos discrecional. La administración llega a imponer prestaciones de hacer. No le basta con prestaciones de no hacer, sino que exige que el administrado realice determinadas actividades. Y no por alguno de los motivos clásicos (como por razones de salud pública, la vacunación o el tratamiento forzoso de ciertas enfermedades), sino como consecuencia de las nuevas concepciones, por los motivos más diversos: cultivo forzoso de fincas, obtención de rendimientos mínimos, venta obligatoria de productos, etcétera.

Cualquiera que sea la solución que se adopte sobre el debatido problema de la catalogación del fenómeno en el cuadro de conceptos de que dispone la ciencia del derecho,⁸ lo que es incuestionable es su realidad, y, por tanto, la repercusión en las libertades individuales.

2. *El servicio público*

Pero la administración de nuestros días no se contenta con una intervención cada vez más intensa en la esfera individual. En último término, la intervención administrativa, por estrecha que sea, presupone una actividad que sigue siendo privada. Con todas las cortapisas que se quiera, con todos los condicionamientos que puedan imaginar los entes públicos; pero privada. Y esto no basta, no es suficiente a la voracidad de los administradores. Lo que se pretende es que la actividad deje de ser privada y se convierta en pública; que la satisfacción de necesidades realizadas por los particulares en régimen de derecho común se realice por

⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Villar Palasí, "Justo precio y transferencias coactivas", *Revista de Administración Pública*, núm. 18, pp. 11-72.

entes públicos en régimen de derecho administrativo o incluso de derecho común.

De este modo, ha surgido el fenómeno de las municipalizaciones, provincializaciones y nacionalizaciones de los servicios, tan en boga en los últimos años.

Y lo curioso es que la libertad se ha invocado tanto por los defensores como por los contradictores de estas tendencias publicificadoras. “Tan excelsa e indiscutible parece ser para todos la libertad que, sin que nadie se moleste en decirnos en qué consiste concretamente, la vemos figurar al lado de los que defienden la nacionalización y al lado también de los que la impugnan”.⁹

Estamos ante el dilema de la prevalencia entre las libertades formales y las libertades reales, al que hace unos años dedicó Raymond Aron tres excelentes conferencias pronunciadas en el *Jefferson Lectures Committee* de la Universidad de California.¹⁰ La contradicción y radical posición entre una y otra concepción es evidente. Se refleja perfectamente en estas palabras de aquel gran jurista que fue Ángel Ossorio: “Quienes se consuelan —¡O se enorgullecen!— de una opresión del alma, alegando que, en cambio, existe un buen ferrocarril, no deben ir en él como viajeros, sino como mercancías”.¹¹ Si un representante de la más avanzada ideología socialista, se enfrentara con estas palabras, es casi seguro que respondería que los que demandan eficacia ya viajan de hecho como mercancías.

Pero no es que hoy el hambre, la miseria, las calamidades, sean mayores que en cualquier otra época. Todo lo contrario. Es que se ha producido una profunda mutación en la mentalidad del hombre. Ya no importa tanto la libertad del ciudadano, como su bienestar material. A la preocupación por salvar la personalidad

⁹ Federico Rodríguez, “Aspectos sociales de la nacionalización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pp. 188-191.

¹⁰ Traducidos al castellano y publicados con el título de *Ensayo sobre las libertades*, Alianza, Madrid, 1a. ed., 1966, 2a. ed., 1969.

¹¹ Ángel Ossorio, *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929, p. 9.

del hombre frente a la tiranía de una minoría, ha sustituido la preocupación por el desarrollo de la economía.

Y si el liberalismo fue —y así ha podido calificarse— el término de una larga lucha dirigida por el hombre contra todas las fuerzas que oprimían su personalidad,¹² las concepciones marxistas pueden considerarse el comienzo de una lucha contra la tiranía de las necesidades materiales.

Si en la cima del otero —nos diría muy gráficamente Enrique Serrano— se alzan las nobles siluetas del castillo-atalaya y de la catedral y hoy la de los grandes rascacielos y edificios creados por el monumentalismo de las actuales técnicas del cemento y del acero, junto al cieno del río se encuentran indefectiblemente, la miseria física y espiritual, el alcoholismo y la desesperación.¹³

Hay que reconocer que no cabía otra reacción. El hombre que, en un mundo con todas las libertades políticas garantizadas, estaba sujeto a la esclavitud del amo, no podía reaccionar de otra manera que depositando su confianza en la técnica, exigiendo el desarrollo material, aun a costa de sacrificar aquellas libertades que, en definitiva, sólo eran patrimonio de unos privilegiados.

Ahora bien, parece que la evolución del mundo ha demostrado cumplidamente que no existe incompatibilidad alguna entre las llamadas libertades formales y las libertades reales, que el desarrollo económico es perfectamente posible en un mundo regido por los principios de libertad y respeto a la persona humana. Por lo que no es en modo alguno admisible invocar la libertad real para sacrificar las libertades formales y justificar el endiosamiento de un hombre, de una casta o de un partido.

De aquí que el problema de la expansión de los servicios públicos pueda hoy reducirse a sus justos límites.

¹² Racine, *Au service des nationalisations: entreprise privée. L'évolution du monde et des idées*, Neufchâtel, 1948.

¹³ *La administración local y los problemas de la renovación urbana*, Madrid, 1961, pp. 51 y 52.

Efectivamente, toda creación de un servicio público o, en general, toda asunción por parte de los entes públicos en régimen de monopolio de actividades tradicionalmente privadas, supone un achicamiento de la libertad individual, al impedir hacer algo antes lícito y permitido. Pero tal achicamiento estará justificado desde la misma perspectiva del respeto a las libertades, si en régimen de economía privada no se satisfacían o se satisfacían indebidamente unas necesidades que el hombre de hoy considera elementales y primarias en una comunidad bien organizada.¹⁴

Porque cuando el Estado se enfrenta con las necesidades de una población que se duplica en el transcurso de breves años, y se concentra en las grandes ciudades y centros industriales, no tiene más remedio que intervenir.

Tiene que intervenir. Y la intervención siempre conducirá fatalmente a una disminución de la libertad. Permítaseme para terminar con este breve resumen del crecimiento de la actividad administrativa, una cita un poco larga, pero que refleja muy expresivamente el problema. Es un trabajo de Leibholz, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*. Dice así:

Es evidente que cuanto más igualitaria y democrática deviene nuestra vida política y de relación y cuanto más se perfecciona el Estado en materia de legislación social, prestación y beneficencia, tanto mayor se hace la amenaza para la libertad personal del individuo. Ciertamente hoy, como en tiempos de la Revolución Francesa, está muy extendida la creencia de que liberalismo y democratismo se orientan hacia idénticos valores fundamentales políticos. Opinión por cierto equivocada. Porque libertad liberal e igualdad democrática no se hallan en una correlación de recíproca y fácil armonía; antes bien, habría que reconocer que es de incancelable tensión la relación en que están. La libertad genera fatalmente desigualdad, y la igualdad no puede por menos de coartar la libertad. Cuanto más libres son los hombres, tanta

¹⁴ Valentín Andrés Álvarez, "Introducción al estudio de la empresa pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 3, p. 51.

mayor desigualdad les separa. Y cuanto más se igualan en sentido radical-democrático, tanto más se alejan de la libertad sus vidas.¹⁵

Hasta aquí, un esquema del desarrollo de la intervención administrativa.

Estudemos ahora, los tres planos en que, frente a este desarrollo de la intervención administrativa, se ha luchado por los defensores de la libertad, comenzando desde la lucha por reducir la intervención a sus justos límites.

¹⁵ “El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de partidos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 137, 1964, p. 13.