



LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ALEMÁN, ESPAÑOL Y FRANCÉS *

The structure of the State and its influence on Administrative Law: Analysis in the German, Spanish and French legal systems

Ciro Nolberto Güechá Medina**, Jessica Tatiana Güechá Torres***

Recepción: 23 de febrero de 2021. Aceptación: 28 de mayo de 2021.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2021.v31.a108>

RESUMEN

Ha existido una larga e interesante discusión entre quienes sostienen que el Estado determina al derecho y quienes defienden que es el derecho el que lo hace, llegando al punto de identificarlos.

En esta ocasión, con el presente artículo se hace un análisis de la forma en que el Estado y sus conformaciones estructurales inciden sobre el Derecho Administrativo a partir de las formas adoptadas en los sistemas jurídicos alemán, francés y español.

Es claro, al menos para el sistema jurídico colombiano, que el Derecho Administrativo tiene un fuerte antecedente en Francia; por tal razón, la estructura de Estado adoptada en dicho país ha ejercido una clara influencia sobre las regulaciones normativas a las cuales está sometida la actividad de la Administración; en tal medida, la forma de Estado unitario descentralizado ejerce una clara influencia sobre esta rama del Derecho Público.

Pero las otras formas de Estado como son la federal y la autonómica, también ejercen influencia notoria en las regulaciones normativas de Derecho Administrativo; más aún, en las instituciones que lo conforman como piedra angular de dichos sistemas jurídicos, porque los aspectos sustanciales de una u otra forma terminan siendo idénticos.

En efecto, las nociones de Administración, soberanía, poder público, prerrogativas públicas, funciones del Estado, entre otras, son muy similares, puede que no idénticas, en las tres formas de Estado y por tal, en los tres sistemas jurídicos, así las estructuras que lo conforman tengan marcadas diferencias, porque

* Artículo resultado de proyecto de investigación que los autores desarrollaron sobre el respectivo tema jurídico en el marco de su actividad académica investigativa y docente.

** Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. <https://orcid.org/0000-0003-1462-4853>
Correo electrónico: ciroguecha@hotmail.com

*** <https://orcid.org/0000-0002-4298-9182>. Correo electrónico: tatiana-guecha@hotmail.com

uno es Estado Unitario Descentralizado, el otro Estado federal y el tercero Estado autonómico; pero todos ellos en lo que corresponde a la actuación administrativa, lo hacen a través de un mecanismo que en nuestro concepto es idéntico, como es el acto administrativo.

Palabras clave: Estado, Derecho Administrativo, estructura, formas, unitario, centralizado, federal, autonómico.

ABSTRACT

There has been a long and interesting discussion between those who maintain that the state determines the law and those who defend that it is the right that does it, reaching the point of identifying them.

On this occasion, this article makes an analysis of the way in which the State and its structural conformations affect administrative law based on the forms adopted in the German, French and Spanish legal systems.

It is clear, at least for the Colombian legal system, that administrative law has a strong antecedent in France; for this reason, the State structure adopted in said country has had a clear influence on the normative regulations to which the administration's activity is subject; to this extent, the decentralized unitary state form exerts a clear influence on this branch of public law.

But the other forms of State, such as the federal and the autonomous, also exert notorious influence on the normative regulations of administrative law; even more so in the institutions that make it up as the cornerstone of these legal systems, because the substantial aspects in one way or another end up being identical.

In effect, the notions of Administration, sovereignty, public power, public prerogatives, functions of the state, among others, are very similar, perhaps not identical, in the three forms of state and therefore, in the three legal systems, as well as the structures that make it up have marked differences, because one is a decentralized unitary state, the other is a federal state and the third is an autonomous state; but all of them in what corresponds to administrative action, they do so through a mechanism that in our concept is identical to all of them, such as the administrative act.

Keywords: State, Administrative Law, structure, forms, unitary, centralized, federal, autonomous.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo corresponde al resultado de avance de investigación del proyecto denominado *La actividad administrativa, un mecanismo para el cumplimiento de los fines del Estado* del Grupo de Investigaciones en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá de la línea de investigación en Derecho Administrativo. Este proyecto es financiado por dicha institución de educación superior.

Las configuraciones estatales, es decir, su estructura, concebida a partir del poder soberano que posee, determinan la existencia de diversas clases de Estado; por tal razón, existen estados federales, unitarios y formas mixtas como los autonómicos, cada uno con independencia de los órganos que lo integran.

En tal sentido, los estados federados representan una de las mayores expresiones de autonomía, los autonómicos una independencia intermedia y los unitarios constituyen la expresión del centralismo político y administrativo; todos ellos con una conformación distinta de su poder soberano.

Por esta razón, el *objetivo* de la investigación se concreta en analizar dichas formas de Estado, en relación con la estructura de los modelos alemán, español y francés, y la particularidad de establecer la influencia en el Derecho Administrativo; es decir, determinar el impacto de la estructura estatal a partir de las funciones que desempeña, respecto de las normas y las instituciones de Derecho Administrativo, para establecer si es distinto de acuerdo a la forma o configuración estructural del Estado.

Como consecuencia de ello, el *problema de investigación* planteado se determina por el siguiente cuestionamiento: *¿En qué circunstancias las formas de Estado determinan al Derecho Administrativo en los sistemas jurídicos alemán, francés y español?*

La *metodología* es analítica y propositiva, y el *método* es inductivo. A partir del análisis particular de las tres formas de Estado y de las instituciones de Derecho Administrativo en cada uno de ellos, se llega a establecer la manera de incidencia de cada uno sobre esta rama del Derecho Público.

La *estructura* del artículo se establece de la siguiente manera:

1. LAS FORMACIONES ESTATALES EN ALEMANIA, ESPAÑA Y FRANCIA: DEL FEDERALISMO Y LAS AUTONOMÍAS, AL CENTRALISMO LIMITADO

La noción de Estado, desde que Maquiavelo en el concepto moderno lo utilizó por primera vez en *El Príncipe*¹, ha tenido múltiples concepcio-

1 Véase Maquiavelo (1970), quien utilizó el término Estado, como referencia a lo instituido; sin embargo, hay que decir que Juan Bodino en los seis libros de la República, había utilizado el término para expresar que la soberanía era el poder absoluto y perpetuo de una República, que estaba en el monarca soberano, quien recibía el poder del pueblo, pero que, para ser absoluto, tenía que derivar de la ley divina o natural; pero que de

nes², de acuerdo a las diversas corrientes de pensamiento que lo definen³, pero con una coincidencia en que constituye una organización jurídico-política del pueblo para garantizar la convivencia en sociedad de quienes la integran.

Lo anterior es así, porque quien da origen al Estado es el pueblo. Tal vez por esta razón en alguna doctrina se le identifica con el titular del poder político soberano creador del Estado⁴, en la medida que son los individuos quienes deciden unirse y establecer una organización que vaya más allá de los conglomerados familiares o sociales (Güechá, 2019, p. 31), que obedezca a una conformación jurídica y políticamente estructurada.

Por tal razón, en algún evento se ha llegado a identificar al Estado con el Derecho⁵, tal vez, por la cercana relación que existe entre los dos; es decir, la interdependencia que se presenta entre la configuración estatal y el ordenamiento jurídico, en el sentido de la coexistencia de uno respecto del otro, lo que ha determinado que las denominaciones de Estado de Derecho⁶ o Estado

todas formas, no podía derogar las leyes del Estado. En efecto, Bodino (2010, p. 56) dice al respecto: «En cuanto a las leyes que atañen al estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser anejas e incorporadas a la corona como es la ley sálica; si lo hace, el sucesor podrá siempre anular todo lo que hubiere sido hecho en perjuicio de las leyes reales, sobre las cuales se apoya y funda la majestad soberana...».

- 2 Si bien es cierto, el concepto moderno de Estado se dice que aparece con los postulados de Maquiavelo en *El Príncipe*, también es cierto que a lo largo de la historia han existido diversas formas u organizaciones que implican una etapa previa a la formación del Estado actual y que para algunos son denominadas formas preestatales o estado antiguo. En este sentido, véase Marquardt (2012), quien hace un estudio detallado del origen del Estado.
- 3 Palacios (1980, p. 19) hace referencia a las diversas teorías del Estado, desde Jellinek, quien concibe el Estado a partir de las realidades jurídicas, lo que lleva a concebirlo como: «cuerpo equipado con el poder soberano de un pueblo sedentario»; o Kelsen, para quien el Estado se identifica con el Derecho; de la misma manera, Herman Heller, que muestra el Estado en el sentido de una organización.
- 4 Poder soberano que además constituye la fuente del ordenamiento jurídico, lo cual involucra necesariamente al Estado, y que es denominado como poder constituyente (Negri, 1994, p. 17).
- 5 Kelsen (2005, p. 21) lo identifica de la siguiente forma: «Es sabido que la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal; que aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino el de las normas o valores; que el Estado es por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad».
- 6 El Estado de Derecho implica el sometimiento de las estructuras estatales a la ley, o lo que se denomina el ordenamiento jurídico; concepto planteado a partir de los escritos

social de Derecho⁷ sean las más conocidas actualmente dentro de las diversas clases que han existido; y que en cualquier caso, el sometimiento a la legalidad genera un equilibrio entre las estructuras estatales y los individuos que lo conforman (Hauriou, 2010, p. 10).

De todas maneras, la noción de Estado se integra a conceptos de comunidad nacional, unidad, identidad política, lingüística, monopolio en la expedición de normas jurídicas, monopolio de la fuerza pública, existencia de soberanía, de un territorio; entre otros aspectos, los cuales se ven reflejados sea cual sea la forma de Estado⁸.

Pero en cualquier sentido, es preciso indicar que la noción que se puede dar del mismo corresponde a la organización institucional de un grupo social, determinado por un orden jurídico, asistido de soberanía, que constituye una persona moral de derecho público que detenta el poder y que se conforma de unos elementos que corresponden a la población, el gobierno, la soberanía y el territorio.

Así las cosas, establecida una noción de Estado, que puede tener alguna complementación, ya que las definiciones siempre se tornan incompletas, es

del profesor alemán Robert Von Mohl; pero que en un criterio fáctico, ha de tenerse a la Revolución Francesa como una fuente muy importante en la formación de esta clase de Estado, en la medida que el imperio de la ley sobre la Administración Pública determina que toda conformación estatal deba ajustarse a la legalidad.

- 7 En cuanto al Estado social de Derecho, es un concepto en el que sigue primando el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico, pero encaminado a buscar el cumplimiento y la garantía de los derechos sociales; por tal razón, ha de concebirse el Estado no solamente como un orden jurídico, sino que además ha de ser justo. En tal sentido véase Heller (2014, p. 250-251), quien expresa al respecto: «Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado, no se justifican por el hecho de que este asegure cualquier ordenamiento social-territorial, sino tan solo, en cuanto aspire a una ordenación justa». Se debe indicar, además, que fue la Ley Fundamental de Alemania, la que lo consagró de manera original, tomando como referencia la Constitución de Weimar de 1919.
- 8 Mélin-Soucramanien y Pactet (2015, p. 36) definen el Estado de dicha manera cuando expresan: «Le terme a plusieurs significations parmi lesquelles il faut particulièrement retenir les deux suivantes. La première, et la plus large, fait de l'État une communauté nationale particularisée par son passé et par une certaine unité, qui peut devoir davantage à la volonté et aux efforts des hommes qu'aux données naturelles, notamment si des populations différentes sur le plan ethnique et linguistique cohabitent dans le cadre d'une même communauté. Celle -ci comporte nécessairement certains caractères politiques et juridiques. C'est ainsi que l'organisation qui assume la direction de l'État dispose, au nom de ce dernier, du monopole de l'édition des règles de droit et de l'emploi de la force publique. La seconde, plus limitée désigne sous le terme d'État le seul appareil de direction de cette communauté, avec ses différents moyens de contrainte».

preciso indicar que existen diversas conformaciones de Estado, pero que las que interesan en la presente investigación corresponden al Estado Federal, el Autonómico y el Unitario, puesto que corresponden a las formas establecidas en Alemania, España y Francia, que es la delimitación territorial a que hace referencia la investigación.

Por tal razón, a continuación nos referiremos a las formas de Estado federal y autonómico, para continuar con el plan de investigación que se ha propuesto, con el fin de establecer la influencia de la estructura del Estado en el Derecho Administrativo.

1.1. El federalismo y las comunidades autónomas constituyen expresión de independencia en la organización del Estado

Dentro de las diversas formas que puede adoptar el Estado, el federalismo y las comunidades autónomas se caracterizan por presentar una estructura que implica independencia de los órganos que lo integran; desde una concepción que se puede denominar típica, de marcada o extrema independencia, como es el federalismo, a una expresión intermedia que se refleja en las comunidades autónomas, en las que existe una conformación estatal muy particular, en la medida que no es federalista, pero tampoco estrictamente centralista, lo que la hace muy interesante en su organización.

En tal sentido, es pertinente analizar cuál es la forma en que se organizan estas clases de Estado, para determinar cómo ha sido su influencia en el Derecho Administrativo, partiendo del Estado Federal que es la mayor expresión de independencia, para continuar con las comunidades autónomas en su carácter intermedio de autonomía.

1.1.1. El federalismo, la mayor expresión de autonomía en la organización del Estado: Una referencia en la estructura del Estado alemán

El Estado federal se conforma por la unión de varios estados, que siendo soberanos, deciden integrarse en un Estado federado, que es igualmente soberano, pero que distribuye el ejercicio del poder político entre los territorios que lo conforman; es una forma de Estado que refleja unidad al exterior, porque en sus relaciones internacionales así se presenta, es decir, se relaciona como uno solo; pero en el interior existe pluralidad, en el sentido que cada uno conserva soberanía⁹.

9 Burdeau (1981, p. 73) se refiere al Estado federal en los siguientes términos: «El Estado federal es una asociación de estados sometidos en parte a un poder único, y que, en parte conservan su independencia».

En las anteriores circunstancias y en ejercicio del poder soberano, el Estado federal posee una Constitución, leyes, jueces y autoridades administrativas, que corresponden al ejercicio de sus funciones estatales; de la misma manera, los estados federales tienen Constitución, leyes, jueces y autoridades administrativas, como muestra de su poder soberano; por tal razón se ha indicado que en esta forma de Estado, la soberanía se distribuye entre los estados federados y el federal, o que los primeros ceden parte su soberanía, pero en cualquier caso sin que dicho poder de imperio – como se le ha denominado – pierda unidad¹⁰.

Esta forma de organización estatal ha sido adoptada por el Estado alemán¹¹, el cual se compone de diez y seis estados federados a los cuales se les da la denominación de *Länder*, con una asignación de poder político, jurídico y administrativo, de acuerdo al poder soberano de los estados de la federación¹²; en tales circunstancias, las prerrogativas del Estado federal están asignadas a los estados federados, con las limitaciones y los controles que son previstos en la Ley Fundamental de 1949.

En tal sentido, la estructura constitucional de los *Länder* debe corresponder a los principios previstos para el Estado federal por la Ley Fundamental¹³, en un criterio de unidad política, pues de lo contrario se rompería la conformación

10 La soberanía ha sido concebida como un poder del Estado que le ha permitido prerrogativas, tal vez en alguna medida exorbitantes, como aquella muy conocida en el Derecho Administrativo francés clásico respecto de la irresponsabilidad de las entidades públicas, como consecuencia de la posibilidad que tenía el Estado de imponerse sin ninguna contraprestación, y por tal razón, si causaba un daño, no estaba en la obligación de indemnizarlo. Véase Vedel, (1980, p. 270), quien expresa lo siguiente: «La idea según la cual la potestad pública debe responder de los daños que causa, por natural que nos parezca, no se ha impuesto sin encontrar resistencia. En su origen, chocó con el principio en virtud del cual el Estado, siendo soberano, no podía obrar mal, al menos cuando lo hacía por vía de autoridad».

11 El artículo 20 de la Ley Fundamental de Alemania de 1949 consagra la forma de Estado federal adoptada, en los siguientes términos: «Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia.

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (...).

12 Dentro de la organización territorial del Estado, Alemania se compone además de los *Länder*, de regiones administrativas, distritos y municipios.

13 Así lo establece el artículo 28 de la Ley Fundamental cuando dice: «Garantía federal de las constituciones de los *Länder*, garantía de la autonomía municipal.

(1) El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental [...].

(2) La Federación garantizará la conformidad del orden constitucional de los *Länder* con los derechos fundamentales y las disposiciones de los apartados 1 y 2».

estatal; pero igualmente, tienen competencia en las demás funciones que corresponden al Estado federal, con la prerrogativa de que puede ser necesaria la reorganización del territorio para cumplir adecuadamente las funciones o competencias asignadas¹⁴.

Lo anterior es así, que la Ley Fundamental ha establecido una regla general de competencia en los Länder, es decir, que pueden hacer o desarrollar todas las competencias estatales, a menos que se establezca una limitación a través de una regulación que tenga rango constitucional o de contenido de dicha Ley Fundamental¹⁵.

Por tal razón, la función legislativa propia del Estado federal es igualmente ejercida por los Länder, quienes concurren a ella incluso en el orden federal, a través del Bundesrat, en la medida que dicho órgano está integrado por representantes del gobierno de ellos¹⁶; sin embargo, se les ha otorgado competencias propias de legislar¹⁷, así como concurrentes con la función que le corresponde a la federación¹⁸. Esto significa que existe una legislación exclusiva de la federación y una concurrente con los Länder.

En cuanto a la función administrativa, a los Länder les corresponde ejecutar las regulaciones federales, así como las que expiden en ejercicio de sus competencias legislativas; en tal sentido, se ha de considerar un asunto propio la aplicación o ejecución de la Ley Federal y la expedida en el orden federado (artículo 83, Ley Fundamental Alemana); por tal razón y para la ejecución de la

14 Lo prevé el artículo 29 la Ley Fundamental alemana.

15 En tal sentido es lo previsto por el artículo 30 de la Ley Fundamental que expresa: «Competencia de los Länder. El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario».

16 Es una consagración expresa del artículo 50 de la Ley Fundamental, que cuando se refiere a las tareas de los Länder, dice: «Tareas. Los Länder participarán, por medio del Bundesrat, en la legislación y en la administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea».

17 El artículo 70 de la Ley Fundamental le da la competencia a los Länder de legislar, siempre y cuando no se haya otorgado dicha facultad a la federación, lo que pareciera ser una competencia subsidiaria, porque si la misma ha sido otorgada al orden federal, ya no es posible para el orden federado de los Länder.

18 Hay asuntos en los cuales la competencia para legislar concurre tanto al orden federal como al federado de los Länder; pero siempre y cuando la Federación no haya hecho uso de la competencia y se refiera a los asuntos específicos previstos en el artículo 72 de la Ley Fundamental, con la particularidad de que en algunos temas, así haya legislación federal, los Länder pueden adoptar legislación divergente en asuntos de caza, protección de la naturaleza, distribución del suelo, ordenación del territorio, régimen hidráulico y admisión a las universidades.

ley, los Länder tienen la facultad de organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, llegando al punto de tener la facultad de adoptar leyes divergentes, es decir, una regulación contraria, cuando la federación haya regulado el asunto; sin embargo, hay eventos que por necesidad de regulación nacional uniforme, es posible que la federación expida normas que contemplen el procedimiento administrativo¹⁹.

De todas formas, existe una fuerte competencia del orden federal en asuntos administrativos del Estado, como ocurre con la facultad que tiene de expedir disposiciones administrativas generales, de impartir instrucciones a las autoridades de los Länder, la concurrencia en el nombramiento de los órganos ejecutivos intermedios, la formación uniforme de los funcionarios y empleados²⁰; pero de igual manera, con las competencias que le han sido asignadas para ejecutar la ley por la propia administración federal (regulación prevista en el artículo 86 de la Ley Fundamental), en los asuntos que le son propios de su competencia por asignación de la Ley Fundamental (consagrados en el artículo 87).

En lo que hace referencia a la actividad judicial, está distribuida entre el orden federal y el federado representado en los Länder, a través de los tribunales federales y federados establecidos²¹; siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de protección de la Ley Fundamental, y los derechos fundamentales²², la cual tiene una regulación específica de integración en la Ley

19 Así lo consagra el artículo 84 de la Ley Fundamental, que además contempla la obligación de la Federación de vigilar la ejecución de las leyes, cuando contempla: [«...】 (3) El Gobierno Federal controla que los Länder ejecuten las leyes federales conforme al derecho vigente: Con este fin, el Gobierno Federal podrá enviar comisionados ante las autoridades supremas de los Länder con el consentimiento de las mismas y, en caso de negativa, con la aprobación del Bundesrat, también a las autoridades inferiores [...】».

20 El artículo 85 de la Ley Fundamental refiere un control de la actividad administrativa de los Länder, que además debe ser de acuerdo a la legalidad y a la oportunidad de ejecución, es decir, desde la eficiencia y eficacia de la actuación, como lo da a entender el numeral 4, cuando expresa: «El control federal se extiende tanto a la legalidad como a la oportunidad de la ejecución. A tal efecto, el Gobierno Federal podrá exigir informes y la presentación de expedientes y enviar comisionados a todas las autoridades».

21 En efecto, por tratarse de un Estado federal, existen atribuciones judiciales a la federación como al orden federado a través de los jueces y tribunales que les corresponden, como lo expresa el artículo 92 de la Ley Fundamental, que hace referencia a la organización del poder judicial, así: «Organización judicial. El poder judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder».

22 El artículo 93 de la Ley Fundamental establece las competencias de la Corte o Tribunal Constitucional, las cuales se encaminan a la protección del orden Constitucional y de sus contenidos, como son los derechos fundamentales, por ejemplo; o como lo establece el numeral 1 que expresa: «Competencia de la Corte Constitucional Federal. (1) La Corte Constitucional Federal decide:

Fundamental²³; pero además, el poder judicial está integrado por los tribunales supremos de la federación que se encargan de resolver los asuntos en materia laboral, penal, civil y administrativa²⁴.

La Ley Fundamental prevé la posibilidad de crear otros tribunales federales, encargados de la función jurisdiccional, tales como: Tribunal Federal para asuntos de la protección de la propiedad industrial, Tribunal Federal en asuntos penales militares, Tribunal Federal en asuntos disciplinarios; siendo la Corte Federal de Justicia, la Corte Suprema respecto de los tribunales mencionados (artículo 96 de la Ley Fundamental de 1949).

Pero en cualquier sentido, y en ejercicio del poder soberano estatal, los Länder poseen tribunales para ejercer la función jurisdiccional, llegando al punto de que es posible que ejerzan jurisdicción de la Federación, a la par de la que les corresponde como organismo federado²⁵; tribunales que siempre están sometidos a la legalidad, ya que es el principio que impera en la actividad judicial, sea de carácter federal o de los Länder²⁶; por tal razón, la protección de la

-
1. Sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación, o de otras partes investidas de derechos propios por la presente ley fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo [...]».
 - 23 En este aspecto, véase el artículo 94 de la Ley Fundamental, que establece como está compuesta la Corte Constitucional Federal.
 - 24 La existencia de los Tribunales Supremos Federales está prevista en el artículo 95 de la Ley Fundamental que, en el numeral 1, indica las áreas o asuntos de los cuales se ocupan: «Tribunales Supremos de la Federación, Sala Conjunta. (1) En los ámbitos de las jurisdicciones, civil y penal, administrativa, financiera, laboral y social, la Federación creará como Tribunales Supremos la Corte Federal de Justicia, la Corte Federal Contencioso-administrativa, la Corte Federal de Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social».
 - 25 El numeral 5 del artículo 96 lo prevé así, en los siguientes términos: «Una ley federal con la aprobación del Bundesrat puede prever que los tribunales de los Länder ejerzan la función de la Federación respecto de los procesos penales en las siguientes materias:
 1. Genocidio;
 2. Crímenes de derecho penal internacional contra la humanidad;
 3. Crímenes de guerra;
 4. Otras acciones que sean idóneas y realizadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos (artículo 26, apartado 1);
 5. Defensa del Estado».
 - 26 El principio de legalidad determina la función jurisdiccional como un mandato constitucional previsto en el artículo 97 de la Ley Fundamental, que además hace referencia a la independencia de los jueces, la cual es limitada por la posición jurídica de los mismos en el respeto del ordenamiento legal, llegando el caso, que si un juez vulnera una norma constitucional o legal, puede ser objeto de sanciones, como lo establece el artículo 98, numeral 2, que contempla: «Posición jurídica de los jueces en la Federación y en los Länder; acusación contra un juez. [...] (2) Si un juez federal dentro o fuera de su cargo

Constitución o Ley Fundamental y en general del ordenamiento jurídico, es una prioridad en el ejercicio de la actividad judicial, en la medida que como se mencionó, dicho principio es el que impera en el Sistema Jurídico Alemán²⁷.

Como se puede observar, el Estado alemán presenta una estructura federal, otorgándole competencias legislativas, judiciales y administrativas al orden federal y al federado, lo cual determina de una u otra forma creación de Derecho Administrativo, por el ejercicio de función administrativa de los órganos que lo componen, como se analizará más adelante.

1.1.2. *Las autonomías en España: Entre el federalismo y el centralismo*

El Estado español presenta una estructura denominada autonómica, en la cual se le otorgan competencias a los entes territoriales denominados comunidades autónomas, para el ejercicio de algunas funciones estatales, pero el orden central conserva una fuerte atribución de las mismas, en ejercicio de la soberanía que le corresponde; por tal razón, en algunas circunstancias se le asimila a Estado Unitario.

En efecto, España corresponde a un Estado social y democrático de Derecho (el artículo 1 de la Constitución de 1978 así lo prevé de manera expresa), con una forma política de monarquía parlamentaria²⁸, organizado territorialmente a través de comunidades autónomas con un alto grado de independencia²⁹; en el cual la soberanía reside en el pueblo, pero se les otorga a las entidades territoriales autónomas una fuerte atribución de ejercicio de poderes públicos, cuando el artículo 2 constitucional le reconoce el derecho a la autonomía³⁰.

vulnerase los principios de la Ley Fundamental o del orden constitucional de un Land, la Corte Constitucional Federal podrá ordenar, a petición del Bundestag, por mayoría de dos tercios, que el juez sea trasladado a otro cargo o jubilado. En caso de infracción dolosa podrá ordenarse su destitución. [...]».

- 27 Esto se deriva de lo previsto en el artículo 99 de la Ley Fundamental, que establece: «Decisión por la Corte Constitucional Federal y por los Tribunales Supremos de la Federación de litigios jurídicos dentro de un Land. Mediante una ley de un Land podrá conferirse a la Corte Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho Land, y a los tribunales supremos de justicia mencionados en el artículo 95, apartado 1, la decisión en última instancia de aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del derecho de un Land».
- 28 Es la consagración del numeral 2 del artículo 1 de la Constitución de España, que ha sido de una larga tradición en la historia de las monarquías, la cual fue restaurada con Juan Carlos I en el siglo XX.
- 29 La autonomía de las entidades territoriales en España tiene rango constitucional, con la regulación que contiene el artículo segundo de la norma superior española.
- 30 Parejo (1998, p. 39) lo presenta en dicho sentido, cuando expresa: «Pues este principio constitucional de la autonomía da lugar ciertamente a una diversificación del poder, a la

En tal sentido, al ser España un Estado autonómico, es preciso analizar las competencias estatales en las comunidades autónomas, para verificar la forma en que el Estado se ha organizado para el ejercicio del poder público, en la medida que a dichos entes territoriales se les han dado atribuciones que en principio corresponden al Estado nacional, pero que por asignación se les han otorgado a las comunidades autónomas, como si se tratara de una forma federal, sin que esto sea así, pues conserva de todas formas carácter de Estado Unitario.

Es claro que el Estado Español en el nivel nacional ejerce las funciones legislativa³¹, judicial³² y administrativa o ejecutiva³³; pero es igualmente claro que dentro de la organización territorial se encuentran las comunidades autónomas con marcada independencia, a las cuales se les ha otorgado competencias que de una u otra forma corresponden a las del orden nacional³⁴.

En efecto, para lo que corresponde a esta investigación, las comunidades autónomas constituyen una estructura territorial del Estado, con una fuerte independencia en sus funciones, que en ocasiones trata de asimilarse al Estado Federal, sin que llegue a tener la naturaleza de dicha forma de organización estatal, y en otras al Estado Unitario centralizado; como ocurre en actividades tales como la administración de justicia, en que se han radicado jueces y magistrados en el territorio de dichas comunidades³⁵, pero teniendo

existencia de una pluralidad de poderes territoriales, pero esta pluralidad de poderes – al ser poderes constituidos– no ponen en cuestión ni la soberanía nacional o la unidad política de la nación, ni tampoco la unicidad del Estado. Este es, como tal, único, sin perjuicio de su articulación compleja, su organización en un conjunto de poderes territoriales autónomos, de la que proviene su calificación como Estado autonómico».

- 31 El artículo 66 de la Constitución de España de 1978 establece que la función legislativa del Estado corresponde a las Cortes Generales, es decir, a lo que se conoce como Parlamento.
- 32 Por mandato constitucional del artículo 117 superior, en el sistema jurídico español, la justicia viene del pueblo y es ejercida por el Estado, a través de jueces y magistrados que la imparten en nombre del Rey y sometidos únicamente al imperio de la ley, con fundamento en el principio de la unidad jurisdiccional, en los términos previstos en el numeral 5 de esta norma. El artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la composición de dicho poder, estableciendo que el Tribunal Supremo es el órgano superior en todos los órdenes.
- 33 Corresponde al gobierno en el nivel nacional, ejercer la función administrativa o ejecutiva en los términos previstos en el artículo 97 de la Constitución española.
- 34 El artículo 13 constitucional establece que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas.
- 35 Si bien es cierto, la administración de justicia es una función estatal nacional, en las comunidades autónomas existen los Tribunales Superiores de Justicia, como lo establece el artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con competencias en materia civil, penal y contencioso administrativa, el cual tiene competencia en el territorio de la Comunidad Autónoma.

en cuenta que en este caso, la función jurisdiccional está radicada en el Estado nacional, en la medida que existe un poder judicial único, lo que lo asimila al Estado Unitario³⁶.

De la misma manera, se evidencia en la actividad o función legislativa, en que las comunidades autónomas ejercen esta función a través del Parlamento instituido en cada una de ellas, en los términos previstos en los estatutos de autonomía[37], y en las propias competencias otorgadas por la Constitución (así lo establece el artículo 150.1 y 2 de la Constitución española); competencias legislativas que tienen alguna similitud con el Estado Federal.

En lo referente a la función administrativa o ejecutiva, está prevista en el artículo 103 de la Constitución, que hace referencia a la Administración Pública, como una función estatal, la cual está desconcentrada y descentralizada en los organismos territoriales³⁸; lo que implica que esté radicada en el orden nacional como en el territorial; es decir, en los municipios, las provincias y las comunidades autónomas³⁹.

Así las cosas, el Estado español constituye una variante del Estado Unitario, cuando adopta una organización autonómica, con una fuerte independencia de las comunidades autónomas; organización que determina una influencia importante en el Derecho Administrativo a través de cada una de las funciones estatales, ya que la actividad legislativa lo crea y determina por intermedio de la ley; así como la competencia jurisdiccional, que en las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo lo impacta significativamente; pero es en la función administrativa, con los actos administrativos, donde observa la mayor expresión de influencia sobre esta clase de Derecho Público.

36 Significa que las comunidades autónomas no tienen facultad de designar jueces en una competencia propia de administrar justicia.

37 El artículo 147 de la Constitución Española de 1978 establece que los Estatutos de Autonomía constituyen la norma institucional básica de cada comunidad autónoma, lo que de una u otra forma se asimila —sin que sea idéntico— a la Constitución en los estados federados, por ser la norma fundamental de cada organización territorial autonómica.

38 El artículo 103 de la Constitución de España de 1978 establece: «1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

1. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo a la ley [...]».

39 Del contenido del artículo 148 de la Constitución Española, se puede percibir que las atribuciones de las comunidades autónomas son fundamentalmente administrativas, es decir, de ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, obras públicas, ordenación de la economía, sanidad, higiene, etc.

1.2. El centralismo encuentra limitaciones en la descentralización administrativa dentro Estado Unitario francés

El Estado Unitario implica la existencia de una conformación estatal en la cual la soberanía se radica en la persona moral Estado; es decir, que solo existe una fuente de poder político y gubernamental⁴⁰, lo que implica unidad en el interior como en el exterior, unos solos jueces, una Constitución y autoridades administrativas en el orden nacional como en las circunscripciones territoriales.

La forma de Estado unitario en un sentido estricto determina un centralismo político y administrativo que no es posible en los estados modernos (tal vez se puede presentar en las denominadas ciudades estados como Mónaco o Andorra, por ejemplo), debido a la extensión territorial y la gran cantidad de servicios públicos que presta; por tal razón, se han previsto limitaciones a la centralización extrema de esta forma de Estado, dentro de las cuales se encuentra la descentralización administrativa (Rodríguez, 2001, p. 11).

Francia se constituye como un Estado Unitario⁴¹, con la característica de tener una estructura administrativa descentralizada⁴²; en tal sentido, la soberanía es del orden nacional y no está radicada en los territorios, como ocurre en el Estado Federal⁴³; sin embargo, la estructura orgánica se determina por la existencia de entidades territoriales, las cuales tienen competencias fundamentalmente de orden administrativo, es decir, la función judicial y la legislativa corresponden al nivel nacional central.

En efecto, el orden nacional ejerce de manera exclusiva la función legislativa, lo cual hace a través del parlamento⁴⁴, así en algunos casos el poder ejecutivo expida actos con fuerza de ley, pero solamente por vía de excepción como

40 Así lo plantea Burdeau (1981, p. 74), lo que implica que la soberanía no sea distribuida o fraccionada —si es que puedo llamarlo así— entre las personas morales territoriales.

41 Véase Chevalier (2011), quien hace una interesante presentación de la conformación del Estado en la actualidad, que incluye el francés.

42 El artículo 1 de la Constitución francesa de 1958 establece: «Francia es una república indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada.

La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales».

43 Así está previsto en el artículo 3 de la Constitución, cuando hace referencia a que la soberanía reside en el pueblo y que ningún sector del pueblo, ni ningún individuo, podrá arrogársela o atribuírsela.

44 En Francia el Parlamento es bicameral, es decir, está conformado por dos cámaras: la Asamblea Nacional, que es la cámara baja, y el Senado, que es la cámara alta; a dicho

ocurre con los decretos legislativos y las denominadas leyes refrendarias⁴⁵. Significa que es una función estatal y no de las entidades territoriales, en la medida que constituye expresión de soberanía y esta se radica en el Estado.

La función jurisdiccional corresponde igualmente al Estado, porque de la misma forma que la función legislativa, implica manifestación de soberanía, existiendo en este caso una dualidad de jurisdicciones, es decir, una jurisdicción ordinaria y una especializada, dentro de la que se encuentra la administrativa⁴⁶; con la particularidad de que la jurisdicción administrativa está vinculada al ejecutivo (Morand-Deville, 2010, p. 17).

La función jurisdiccional, ya sea en la jurisdicción ordinaria o en la administrativa, desde el punto de vista orgánico, se determina por la existencia de jueces y tribunales de diverso orden y competencia, que tienen como finalidad resolver los conflictos entre las personas; pero fundamentalmente garantizar la primacía de la legalidad en todas las actuaciones que se den dentro del Estado.

En tal sentido, existe un Consejo Constitucional (artículos 56 y ss. de la Constitución de 1958), el cual se encarga de velar por la garantía de la Constitución, en asuntos tales como la revisión previa de las leyes orgánicas para que puedan ser promulgadas (así lo prevé el artículo 61 constitucional); pero además vela por la regularidad de la elección del presidente de la República (artículo 58 de la Constitución), y se pronunciará respecto de la impugnación de la elección de diputados y senadores (véase el artículo 59 constitucional), entre otras competencias⁴⁷.

El Alto Tribunal de Justicia está consagrado en la Constitución para ejercer la función primordial de determinar la destitución del presidente de la República en caso de incumplimiento de sus deberes; con la particularidad de que es el

Parlamento le corresponde la función legislativa dentro de la estructura del Estado. Véase el artículo 24 constitucional que establece: «El parlamento votará la ley», y el artículo 34 que prescribe: «Las leyes serán votadas por el parlamento».

45 El artículo 16 de la Constitución prevé la competencia del presidente de la República para dictar Decretos legislativos, y el artículo 11 consagra la facultad que tiene de someter a referéndum un proyecto de ley (Truchet, 2009, p. 174).

46 Morand-Deville (2010, p. 17) afirma: «El sistema francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes de jurisdicciones: jurisdicción ordinaria encargada de aplicar el derecho privado, y jurisdicción administrativa relativa a un derecho diferente del derecho común y de origen esencialmente pretoriano: el derecho administrativo».

47 Mélin-Soucramanien y Pactet (2015, p. 528) expresan que el Consejo Constitucional tiene atribuciones de autoridad constitucional, juez electoral y juez constitucional en asuntos de la constitucionalidad de las normas.

Parlamento el que se constituye como Alto Tribunal de Justicia para tomar dicha decisión (artículo 68 de la Constitución francesa).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la República está previsto para juzgar a los miembros del Gobierno cuando cometan delitos, con la característica de que sus miembros son designados por la Asamblea Nacional y el Senado (véase artículos 68.1 y 68.2 de la Constitución).

En cuanto a la Jurisdicción Administrativa, está integrada por los tribunales administrativos, las cortes de apelaciones y el Consejo de Estado como máximo órgano de esta jurisdicción (Frier et Petit, 2008, p. 386), los cuales de una u otra forma se constituyen en jueces de la Administración.

La Constitución prevé la existencia de un Consejo de la Magistratura, que se encarga de administrar la jurisdicción, pero más que tener funciones de juez o de juzgamiento, su actividad está dirigida al nombramiento de jueces y magistrados, principalmente⁴⁸.

Por otra parte, en lo que hace referencia a la actividad o función administrativa, es preciso indicar que existe una Administración Pública Nacional, a la que se le da la denominación de la Administración central; así como una territorial, de acuerdo a la organización del territorio francés, que es de carácter descentralizado, en el sentido de la independencia de las colectividades territoriales.

La Administración central la conforman, desde un punto de vista orgánico y funcional: el presidente y el primer ministro, los ministros, los servicios desconcentrados de los ministros y las autoridades administrativas independientes⁴⁹, quienes desarrollan la actividad administrativa como una competencia asignada por el mandato constitucional.

El presidente de la República vela por el respeto de la Constitución y garantiza el funcionamiento regular de los poderes públicos (artículo 5 de la Constitución de 1958); pero además, le están asignadas funciones administrativas, tales como el nombramiento en cargos civiles y militares (esta competencia es otorgada por el artículo 13 de la Constitución), y la facultad o poder reglamentario, como una competencia que se puede denominar subsidiaria a la del primer ministro (esta atribución se da en el caso de decretos y ordenanzas discutidos en el Consejo de Ministros).

48 El artículo 65 constitucional consagra el Consejo Superior de la Magistratura, el cual es presidido por el presidente de la República.

49 Morand-Deviller (2010, p. 105) hace un análisis detallado de la estructura orgánica administrativa del Estado a nivel central.

Las competencias administrativas del primer ministro se concretan en la facultad de nombramiento y el poder reglamentario que le ha sido asignado (véase artículos 21, 22, 34, 37, 39 de la Constitución francesa). Por su parte, los ministros desarrollan actividad de refrendación de los actos del presidente y son los encargados de la ejecución de los actos del primer ministro; en los ministerios existen los servicios ministeriales en el sentido de su funcionamiento. De igual manera, se presentan las autoridades independientes, que conforman la estructura administrativa central, dentro de las cuales se encuentran el Consejo de la Competencia, el Mediador de la República y la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos.

Por su parte, en lo que hace referencia a la Administración Territorial, la organización estatal francesa determina la existencia de municipios, departamentos, regiones, entidades con estatuto particular y las entidades de ultramar (así lo consagra el artículo 72 del título XII de la Constitución de Francia que hace referencia a las entidades territoriales), las cuales corresponden al criterio de descentralización administrativa territorial que caracteriza a la estructura del Estado, en el sentido de otorgar independencia a las mismas para su administración⁵⁰.

Se debe indicar, además, que a la par de la descentralización administrativa territorial, existe una descentralización por servicios, representada en una institución de Derecho Administrativo muy conocida en el mundo, y que corresponde a los denominados establecimientos públicos.

En todo caso, la estructura del Estado y la organización administrativa francesa han influido enormemente en el desarrollo del Derecho Administrativo, como se indicará más adelante.

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DETERMINADO POR LAS ESTRUCTURAS ESTATALES

Es claro que el Derecho Administrativo es significativamente influenciado por las estructuras del Estado, así las conformaciones del mismo sean diversas; es decir, no importa que una organización estatal sea federalista, autonómica, de carácter unitario centralizado o descentralizado, pues de una u otra forma existe un fuerte impacto respecto de las regulaciones normativas que van a regir las actividades de la persona moral Estado.

50 Foillard (2005, p. 65) expresa: «Les collectivités sont dotées d'un statut constitutionnel qui prévoit leur existence ainsi que leur libre administration par des conseils élus, dans les conditions prévues par la loi. Il revient donc au législateur de préciser le contenu de ce statut dans le respect du principe de libre administration».

Pareciera que la relación jurídica entre las estructuras del Estado y el Derecho Administrativo se enmarcara en la subordinación que debe existir respecto de las normas jurídicas administrativas; es decir, el Derecho subordina al Estado y sus conformaciones⁵¹. Pero esto no es tan cierto, porque en muchos casos ocurre lo contrario, pues es el Estado y su forma de organización los que impactan el Derecho Administrativo.

Lo anterior es así, porque las funciones desarrolladas por cada una de las estructuras estatales dan lugar a la creación y el desarrollo de normas jurídicas o instituciones de Derecho Administrativo, en el sentido amplio del término; es decir, la actividad legislativa del Estado no es la única que impacta el Derecho Administrativo a través de la creación de la ley, sino que de igual manera lo hacen la actividad jurisdiccional y la de carácter administrativo⁵².

Es claro que la actividad legislativa tiene primacía en la creación de normas jurídicas administrativas, pero en casos como el Sistema Jurídico francés, por ejemplo, el Derecho Administrativo es fundamentalmente pretoriano, es decir, de creación jurisprudencial⁵³; como ocurre de igual manera en otras formas de organización de las estructuras estatales.

Por tal razón, a continuación se hace un estudio del impacto de la estructura del Estado en el Derecho Administrativo, a partir de las funciones que desarrolla.

51 Tal vez con un criterio nacido de la Revolución Francesa, que establece que la ley subordina las actividades de la Administración, como una reacción al antiguo régimen, donde el Rey o gobernante era quien estaba por encima de toda regulación, se ha denominado principio de legalidad, y alguna doctrina actual, en un criterio más amplio lo concibe como principio de juridicidad (Dupuis, 2004, p. 83).

52 Si bien es cierto, desde la Revolución Francesa con los antecedentes del Ordenamiento Jurídico Inglés, ha existido una clara separación de los poderes públicos y, de esta manera, de las autoridades administrativas y judiciales, así como de sus funciones; también es cierto que actualmente las competencias no son totalmente separadas, sino que en ocasiones el poder legislativo administra y el ejecutivo legisla. Respecto de la separación de las autoridades administrativas y judiciales, véase Vedel et Delvolvé (1958, p. 87).

53 Los fallos del Tribunal de Conflictos y en especial del Consejo de Estado francés han determinado muchas instituciones de Derecho Administrativo desde sus orígenes, como ocurrió con el Fallo Blanco TC 1873 en asuntos de Responsabilidad del Estado, o el Fallo Cadot CE 1889 en lo referente al abandono de la teoría del ministro-juez; o en época más reciente, el Fallo Société KPMG et Autres CE 2006 respecto de la seguridad jurídica y la confianza legítima, etc. (Long et autres, 2017; Le Conseil D'État, 1949).

2.1. Las funciones estatales implican creación y desarrollo de Derecho Administrativo: Análisis a partir de la estructura de los estados, alemán, español y francés

Las funciones estatales se concretan en las actividades, legislativa, judicial y administrativa, las cuales son desarrolladas a través de los poderes públicos o en lo que en algunos casos se denomina ramas del poder público; circunstancia que se presenta sin importar la estructura del Estado que se adopte, es decir, la federal, autonómica o de Estado Unitario descentralizado, que es lo que ocurre en Alemania, España y Francia, dentro de lo cual se circunscribe la presente investigación.

2.1.1. *La independencia de las estructuras del Estado en el federalismo alemán y las autonomías españolas impactan el Derecho Administrativo a través de las funciones que desempeñan*

Las fuentes del Derecho Administrativo alemán se concretan de manera primordial en las regulaciones normativas escritas, que se evidencian en la actividad del legislativo, aunque no exclusivamente, porque el ejecutivo también tiene competencia normativa, las cuales corresponden a la Constitución, las leyes como actos del parlamento, los reglamentos jurídicos, los estatutos, los preceptos administrativos, el derecho consuetudinario, así como el derecho de la Unión Europea (Maurer, 2008, p. 11).

La Constitución en Alemania está conformada por la Ley Fundamental de 1949, pero por tratarse de un Estado Federal, los demás estados que lo integran también tienen su propia Constitución; por tal razón, se constituye en fuente del Derecho Administrativo, al establecer la estructura del Estado y especialmente el orden administrativo; pero además, porque todas las regulaciones de Derecho Administrativo deben respetar las normas constitucionales, al corresponderle una jerarquía de superioridad.

Los contenidos de la Constitución alemana impactan el ordenamiento jurídico administrativo, ya que ella consagra los principios a los cuales debe ajustarse este; es decir, si una norma administrativa es contraria a los postulados constitucionales debe salir del ordenamiento jurídico. Significa esto que el Derecho Administrativo alemán está determinado por la Constitución, como regulación superior dentro del Estado, lo que hace que todas las instituciones administrativas deban ajustarse a los contenidos constitucionales⁵⁴.

54 Maurer (2008, p. 13) expresa en este sentido: «La Constitución establece los principios y es la medida de todo el ordenamiento jurídico. Ella impregna también a la administración

Las leyes, por su parte, son fuente del Derecho Administrativo en Alemania, teniendo en cuenta que las normas de procedimiento administrativo del orden federal, como de los estados federados, constituyen las regulaciones que rigen la actividad administrativa; en este sentido, se presenta un fuerte rigorismo legislativo, con fundamento en que se expiden normas para las diversas actividades de las entidades públicas.

Se debe hacer claridad en el criterio de que la ley, y por tal el Derecho Administrativo, surge del orden federal como del federado, en la medida de la existencia de Parlamento en uno y otro, es decir, en el Estado federal y en los Länder (Maurer, 2011, p. 108).

Los reglamentos jurídicos, los estatutos y los preceptos administrativos constituyen actividad o función del ejecutivo y por tal razón de la Administración; por tal razón, es la estructura estatal administrativa la que impacta el Derecho Administrativo (Maurer, 2011, p. 110). Los reglamentos son expedidos por la rama ejecutiva a todos los niveles y se refieren a la regulación de grupos de casos, siendo necesaria la autorización legal para su expedición; los estatutos corresponden a las regulaciones de las corporaciones administrativas autónomas, dentro de las cuales están los municipios, los distritos rurales, las universidades, los cuales no necesitan autorización legal especial para su producción, sino que es suficiente con la atribución general; por su parte, los preceptos administrativos hacen alusión a las disposiciones de las autoridades jerárquicamente superiores respecto de las subordinadas o subalternas (Maurer, 2008, p. 14-15, 24).

Como se puede observar, estos actos son dictados por el poder ejecutivo, lo que podría enmarcarse en los denominados actos administrativos o actos ejecutorios del Derecho Administrativo francés; sin embargo, en Alemania no es así, porque el concepto de acto administrativo se refiere fundamentalmente a actos particulares.

En todo caso, las normas mencionadas anteriormente, es decir, la Constitución, la ley, los reglamentos jurídicos, los estatutos y los preceptos, teniendo en cuenta la estructura federal del Estado alemán, se presentan tanto en el orden federal como en el federado; por tal razón, el impacto sobre el Derecho Administrativo corresponde a todos los niveles de la organización del Estado (Maurer, 2008, p. 17).

y al derecho administrativo, a partir de los derechos fundamentales y los fundamentos del Estado de Derecho, en especial, los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de proporcionalidad».

En el sistema jurídico español, la independencia de las comunidades autónomas determina una forma de Estado, que al igual que en Alemania, el ejercicio de las funciones estatales en cada uno de los niveles de la estructura del mismo determina una fuerte influencia en el Derecho Administrativo.

La función legislativa corresponde al nivel nacional, es decir, al Parlamento del Estado, pero las comunidades autónomas de igual manera tienen competencia para legislar; en tal medida se expiden normas relacionadas con el Derecho Administrativo, que determinan su existencia y desarrollo.

La Ley de Procedimiento Administrativo constituye una expresión de la influencia del legislativo en el Derecho Administrativo, por cuanto regula la actividad de las denominadas Administraciones Públicas⁵⁵, estableciendo los objetivos, los principios, los términos y en general, los trámites administrativos de las entidades públicas; pero de igual manera, las comunidades autónomas, respetando la jerarquía de las normas del Estado, pueden expedir leyes de procedimiento administrativo para regular la actividad de la Administración Pública autonómica, en ejercicio de la competencia legislativa que tienen de acuerdo a la forma de estructura del Estado que posee⁵⁶.

En igual sentido, el ejecutivo puede impactar el Derecho Administrativo, a través de las competencias que le asisten en asuntos como la facultad reglamentaria de las leyes, en este caso específico, las referidas a la Administración Pública⁵⁷; competencia que es igualmente atribuida al ejecutivo en las comunidades autónomas⁵⁸.

Por su parte, el Poder Judicial del Estado también impacta al Derecho Administrativo a través de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, especialmente las correspondientes al Tribunal Supremo, el cual tiene jurisdicción en

55 La ley 39 de 2015, que sustituyó la Ley 30 de 1992, constituye la regulación del procedimiento administrativo común de todas las administraciones públicas en España.

56 Las comunidades autónomas pueden dictar regulaciones de procedimiento administrativo, como ocurre por ejemplo, con la Ley 4 de 2005 que constituye la Ley de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Comunidad Autónoma de La Rioja; y así para cada una de las comunidades autónomas.

57 La facultad reglamentaria de la ley corresponde al ejecutivo, en los términos previstos en el artículo 97 de la Constitución, lo cual se concreta en el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, en lo consagrado en la disposición final sexta de la Ley 39 de 2015, en la que se facultad al Consejo de Ministros y particularmente al ministro de Hacienda, para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de la Ley.

58 El Estatuto de la Comunidad autónoma de Andalucía, por ejemplo, establece en el artículo 32, que corresponde al Consejo de Gobierno, la elaboración de los reglamentos de las leyes.

todo el país y que a través de su Sala Contencioso Administrativa profiere jurisprudencia que se refiere al Derecho Administrativo⁵⁹.

De la misma manera, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de las competencias referentes a los recursos de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, impacta el Derecho Administrativo, debido a que sus decisiones determinan la existencia de regulaciones normativas referidas a la Administración Pública y a los procedimientos Administrativos⁶⁰.

Mención especial se debe hacer al Consejo de Estado Español (regulado por la Ley Orgánica 3 de 1980), previsto en el artículo 107 de la Constitución de 1978, que aunque no ejerce funciones jurisdiccionales sino consultivas⁶¹, y por tal razón no se le ubica como parte del poder judicial, sí vela por la garantía de la legalidad, lo que determina que con sus conceptos influyan sobre el Derecho Administrativo⁶².

2.1.2. *Francia y las competencias de Estado Unitario Descentralizado en la creación y desarrollo de Derecho Administrativo*

En lo que corresponde al ordenamiento jurídico francés, la estructura del Estado representada en las competencias estatales ha influenciado en el Derecho Administrativo, a través de las funciones que cumple, es decir, la función legislativa, la ejecutiva y la judicial; con la particularidad de que por tratarse de un Estado Unitario, las mismas son ejercidas desde el nivel central, con la excepción de la función administrativa, que es desarrollada de igual manera por las entidades territoriales o locales como consecuencia de la descentralización territorial adoptada dentro de la conformación estatal francesa.

59 En este sentido están los fallos respecto a la discrecionalidad administrativa, por ejemplo, tales como: STS 27 junio 1986, SSTS 15 octubre 1981, STS 1 diciembre 1986, STS 15 diciembre 1986, STS 11 junio 1991.

60 Tal es el caso de la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional español, el 24 mayo de 2018, respecto de la constitucionalidad de la Ley 39 de 2015, Ley de Procedimiento Administrativo, como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la cual hace un pronunciamiento de las competencias de las comunidades autónomas y del Estado Nacional, en lo referente a la organización, régimen jurídico y el procedimiento de las administraciones públicas.

61 El artículo 21 de la Ley Orgánica 3 de 1980 establece los asuntos en los cuales debe ser consultado el Consejo de Estado, los cuales incluyen temas de Derecho Administrativo, de la Administración Pública y de procedimientos administrativos.

62 Conceptos como el número 1149/2014, 15 de enero de 2015, respecto de la responsabilidad del Estado, constituyen una muestra del impacto sobre el Derecho Administrativo.

En este sentido, la función legislativa es ejercida por el Parlamento que en su estructura bicameral le corresponde hacer las leyes de la República⁶³, y en cumplimiento de tal competencia, expide normas de Derecho Administrativo, en asuntos referidos a la creación de categorías de entes públicos, garantías de los funcionarios civiles, la administración de las entidades territoriales, nacionalidad, estado y capacidad de las personas, creación de nuevas clases de jurisdicciones, etc. (artículo 34 de la Constitución de Francia de 1958).

Sin embargo, la función legislativa creadora de Derecho Administrativo, en ocasiones es otorgada al ejecutivo a través de una ley de habilitación, para que regule asuntos que están reservados al Parlamento, lo cual ejecuta el Gobierno a través de ordenanzas, como en el caso del Código de Justicia Administrativa – Ordenanza del 4 mayo de 2000, ratificada por la Ley del 2 de julio de 2003 (Turpin, 2005, p. 35) – y el de Procedimiento Administrativo (Ordenanza 2015-1341 del 23 de octubre de 2015); normas de Derecho Administrativo, donde la función de legislar muestra su influencia en esta rama del Derecho Público, pues lo que hace es crear las normas jurídicas que determinan la actividad de la Administración y del juez administrativo.

De la misma manera, la Administración en el nivel central y descentralizado influye en el Derecho Administrativo, a través del ejercicio de función administrativa, teniendo en cuenta la asignación de competencias hecha por la Constitución y la ley en sentido formal.

En efecto, esto es así cuando el ejecutivo en el orden central expide los denominados reglamentos de administración pública, reglamentos autónomos, de ejecución de las leyes o comunitarios, en asuntos de derecho administrativo; lo que hace es ejercer impacto o influencia sobre el mismo, porque de una u otra forma lo determina (Morand-Deville, 2010, p. 936).

De la misma manera, las entidades descentralizadas tienen competencias administrativas y en esta medida crean regulaciones de Derecho Administrativo, en ejercicio de la facultad de libre administración que les ha sido otorgada por los artículos 34 y 72 de la Constitución, lo cual hacen normalmente por intermedio de actos administrativos.

Pero es la función jurisdiccional, ejercida principalmente por el Consejo de Estado, la que en nuestro concepto más ha impactado en el Derecho Administrativo, teniendo en cuenta que es fundamentalmente pretoriano (Rivero, 2002, p. 45), es decir, jurisprudencial (Gaudemet, 2012, p. 26). Por todos es

63 Sobre la conformación y funciones del Parlamento en Francia, véase Avril (2014, p. 67).

conocido que los fallos proferidos por el Tribunal de Conflictos en un comienzo y por el Consejo de Estado han determinado de manera muy fuerte al Derecho Administrativo.

Sería casi que interminable nombrar todos los fallos que se han proferido con una influencia significativa en el Derecho Administrativo, pero solo a título enunciativo es preciso indicar que el Fallo Blanco TC 1873 se refirió a la responsabilidad del Estado; el Fallo Association Syndicale du Canal de Gignac, TC 1889, respecto a establecimientos públicos y prerrogativas de poder público; el Fallo Société Commerciale de L'ouest Africain TC 1921, sobre servicios públicos industriales y comerciales; el Fallo Monpeurt CE 1942, acerca de organismos *sui generis* encargados de un servicio público; el Fallo Ville Nouvelle - Est CE 1971, sobre expropiación por causa de utilidad pública; el Fallo Jamart, CE 193, relativo al poder reglamentario de los jefes del servicio; el Fallo Mme Duvignères CE 2002, Régimen de las circulares; el Fallo Compagnie Générale Française des Tramways CE 1910, respecto al principio del equilibrio económico de los contratos, entre muchos otros fallos (véase sobre este tema, Ricci, 2010).

3. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONCRETADA EN ACTOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUYE LA EXPRESIÓN TÍPICA DE FORMACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Si bien es cierto que las fuentes del Derecho Administrativo se encuentran en la Constitución, la ley, el Reglamento, la jurisprudencia, etc., es preciso indicar que el acto administrativo constituye una expresión tradicional de esta rama del Derecho Público, en el sentido de las regulaciones que rigen la Administración y la actividad administrativa, como una de las funciones desarrolladas en las estructuras de Estado que ocupa esta investigación, es decir, la del Estado Federal alemán, Autonómico español o Unitario Descentralizado francés.

La noción de acto administrativo en el sistema jurídico alemán se concreta como un mecanismo de actuación de la Administración, en el entendido de acto jurídico particular y concreto, es decir, regula o reglamenta una situación individual, que está determinada por el Derecho Público y que proviene de una decisión de la Administración⁶⁴.

64 Maurer (2008, p. 79) lo define así cuando expresa: «Acto administrativo es toda disposición, decisión o cualquier otra medida soberana, que una autoridad toma para la regulación de un caso particular en el área del derecho público y que se dirige a un efecto jurídico inmediato y externo».

En tal sentido, en el orden jurídico germano, el acto administrativo se conforma por una decisión que tiene unos efectos jurídicos, en el entendido de obligatoriedad, pero que se refiere a un caso particular, ya que cuando se trata de un grupo de casos lo que se expiden son estatutos, o en el evento de regulaciones generales se tienen los reglamentos; pero que en cualquier sentido, constituye la expresión de un acto de autoridad como lo planteaba Otto Mayer.

En efecto, Otto Mayer, en el derecho alemán, consagró el acto administrativo como una institución en la que la Administración aplica el Derecho de manera unilateral, a través de una declaración encaminada a adquirir firmeza, es decir, obligatoriedad; criterio que fue adoptado por este doctrinante germano a partir de la comparación que hizo con las sentencias judiciales, desde el punto de vista de las diferencias y similitudes, como lo plantea el profesor Raúl Bocanegra Sierra en su libro *La teoría del acto administrativo*.

Por su parte, en el Sistema Jurídico de España, el acto administrativo corresponde a una decisión de la Administración Pública que implica una declaración de voluntad, la cual, al igual que en el Derecho alemán, se encamina a surtir efectos jurídicos, es decir, obligatorios⁶⁵.

Significa esto que el Derecho español concibe el acto administrativo como una expresión de voluntad de una entidad pública, lo que implica la existencia de unilateralidad y de autoridad administrativa con efectos obligatorios, mostrando de esta manera identidad con el Derecho alemán, porque en uno y otro caso se trata de actos de autoridad, en el sentido de poder público administrativo con efectos obligatorios⁶⁶.

Pero es en el Derecho francés donde la noción de acto administrativo ha tenido su mayor expresión, desde la teoría clásica del Derecho Administrativo, en que se le ha definido como decisión ejecutoria de la Administración; lo que implica características tales como la unilateralidad, los actos de autoridad, la obligatoriedad, el efecto vinculante en el sentido de hacerlo cumplir sin necesidad de acudir al juez; noción que implica que sea una expresión de autoridad administrativa (Frier et Petit, 2008, p. 275).

65 García de Enterría y Ramón Fernández (1993, p. 520) lo definen de esta manera: «Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria».

66 Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach (2001, p. 45) muestran el acto administrativo como una resolución unilateral, vinculante, es decir, obligatoria.

Así las cosas, se puede observar que en las formas de Estado analizadas, la noción de acto administrativo tiene una significativa identidad, en el sentido de constituir decisiones de la Administración, corresponder al ejercicio de actividad administrativa, como expresión de autoridad, y tener efectos obligatorios, es decir, ejecutorios.

En tal sentido, el acto administrativo constituye el mecanismo típico de actuación de la Administración Pública⁶⁷, sea cual sea la estructura del Estado, porque siempre va a existir una necesidad de las entidades públicas de aplicar o ejecutar la ley y el cumplimiento de los fines del Estado, lo cual se hace a través de la actividad administrativa, que es regulada por un sistema de normas jurídicas, que corresponde a las de Derecho Administrativo.

Es claro que pueden existir otros mecanismos de actuación de la Administración, como los contratos, por ejemplo, pero es el acto administrativo el que constituye la expresión típica de la actividad del Estado en el ámbito administrativo, sin importar la estructura estatal de que se trate.

CONCLUSIONES

- Los Estados por regla general adoptan una estructura que corresponde al ejercicio o expresión de soberanía, es decir, al poder unilateral de organizarse de forma autónoma.
- Por tal razón, dependiendo la forma soberana que adopte cada Estado en su estructura, se otorgarán las distintas prerrogativas y competencias en las funciones estatales a los órganos que lo conforman.
- La estructura del Estado en los sistemas jurídicos alemán, español y francés se conforma desde una fuerte independencia en el federalismo, pasando por una moderada pero significativa en las comunidades autónomas, a un centralismo que se limita con la descentralización en el Estado Unitario.
- Sin importar la forma de Estado, es decir, su estructura, el Derecho Administrativo se ve significativamente impactado por cada una de las funciones estatales que son desarrolladas; impacto que se presenta tanto en su formación como en su desarrollo.

67 Guglielmi, Gilles (1991) hace un estudio muy interesante sobre el concepto de administración pública en Francia.

- Aunque existen diversos mecanismos de actuación de la Administración Pública en las estructuras estatales analizadas, los actos administrativos constituyen la expresión típica donde se ve reflejado el Derecho Administrativo y la actuación de las entidades públicas.
- Consideramos que el Derecho Administrativo, como dice la doctrina francesa, es el Derecho de la Administración; por tal razón, tiene similitudes en las clases de Estado analizadas.

REFERENCIAS

- Avril, P. (2014). *Droit parlementaire* (5e éd.). Paris: LGDJ.
- Bodino, J. (2010). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos.
- Burdeau, G. (1981). *Derecho constitucional e instituciones políticas* (18.ª ed.). Madrid: Editora Nacional Cultural; Sociedad Torregalindo.
- Chevalier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dupuis, G. (2004). *Droit administratif* (9e éd.). Paris: Armand Colin.
- Foillard, P. (2005). *Droit administratif* (9e éd.). Orleans: Paradigme Publications Universitaires.
- Frier, P. L. et Petit, J. (2008). *Précis de droit administratif* (5a. éd.). Paris: Montchrestien.
- Gallego Anabitarte, A. y Menéndez Rexach, A. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gaudemet, Y. (2012). *Droit administratif* (20e éd.). Paris: LGDJ.
- Güechá Medina, C. N. (2019). *Poder público y principio de legalidad*. Bogotá: Ibáñez.
- Guglielmi, G. (1991). *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*. Paris: LGDJ.
- Hauriou, M. (2010). *Principes de droit public, préface d'Olivier Beaud*. Paris: Dalloz.
- Heller, H. (2014). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado*. México: Ediciones Coyoacán.
- Le Conseil D'État. (1949). *Livre jubilaire*. Paris: Recueil Sirey.
- Long, M. et autres. (2017). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21e éd.). Paris: Dalloz.
- Maquiavelo, N. (1970). *El príncipe*. México: Porrúa.
- Marquardt, B. (2012). *Historia mundial del Estado* (tomo I). Bogotá: Temis.
- Maurer, H. (2008). *Introducción al derecho administrativo alemán*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo: Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Mélin-Soucramanien, F. et Pactet, P. (2015). *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey.
- Morand-Deville, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo* (10.ª ed. actualizada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Negri, A. (1994). *El poder constituyente*. Madrid: Librerías Prodhufi.
- Palacios Mejía, H. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Bogotá: Temis.
- Parejo Alfonso, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo* (vol. 1) (5.ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Ricci, J. C. (2010). *Droit Administratif: Mémento de la jurisprudence* (8e éd.). Paris: Hachette Supérieur.
- Rivero, J. (2002). Jurisprudencia y doctrina en la elaboración del Derecho Administrativo. En *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis; Universidad del Rosario.
- Rodríguez, L. (2001). *Estructura del poder público en Colombia* (8.ª ed.). Bogotá: Temis.
- Truchet, D. (2009). *Droit administratif* (2e éd. mise à jour). Paris: Thémis.
- Turpin, D. (2005). *Contentieux administratif* (3e éd.). Paris: Hachette Supérieur.
- Vedel G. et Delvolvé, P. (1958). *Droit administratif* (tome 1) (1e éd.). Paris: Thémis.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.