

**DESREGULACION, PRIVATIZACION
Y DERECHO ADMINISTRATIVO**

CAPÍTULO 2

LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y SUS CONSECUENCIAS PARA NUESTRA DISCIPLINA

1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PÚBLICO DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y SU CONTRASTE CON LOS PRINCIPIOS SURGIDOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

Veamos en primer término las características del llamado Antiguo Régimen, desde la perspectiva que aquí y ahora nos interesa, como presupuesto de la indagación sobre el concepto de la disciplina.

Entendemos por Antiguo Régimen la fórmula política designada con el apelativo de «Estado Absoluto», y que era el régimen político inmediatamente anterior al Estado liberal, —producto a su vez, de las diferentes Revoluciones de índole burguesa—. Este Régimen adoptó en ocasiones la veste de Estado-Policía y constituyó una situación cronológicamente intermedia entre el feudalismo y el liberalismo, por lo que no ha de resultar extraño que participe de los ingredientes de ambos (1).

(1) *Vid.* en este sentido, UBIETO, REGIA, JOVER y SECO: «Introducción a la Historia de España», Barcelona (13.ª Edición 1981), pág. 453 y ss.; A. SOROTI: «La Rivoluzione francese», Edit. Laterza, 1974, 2. Vol. *Vid.*, págs. 411 y ss.; G. ANES: «El Antiguo Régimen: Los Borbones», Ed. Alaguara, 1976, en especial 43 y ss.; F. TOMÁS y VALENTE: «Manual de Historia del Derecho Español», pág. 383 y ss.; Alejandro NIETO: «Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Admi.

obra política y jurídica del Absolutismo no bastó para eliminar totalmente los viejos derechos particulares, fueros y costumbres (2). Bien entendido, desde luego, que en toda esta formidable pugna el común de las poblaciones tenía poco que decir y que, en lo esencial, la lucha política sigue teniendo lugar entre la Monarquía y la Nobleza. Justamente, veremos que una de las más importantes consecuencias de tal batalla será, en Francia, la debilitación de ambos poderes y la preparación del terreno sobre el que asentarse el tercer Estado, insospechado efecto que habrían de pagar muy caro ambos poderes con su enfrentamiento (3).

Pero quizás estemos adelantando algunas conclusiones por lo que convendrá retomar el hilo argumentativo principal centrándonos, con la brevedad que requiere el caso, en los caracteres principales del derecho propio del Antiguo Régimen.

Aun a riesgo de ser tildado de excesivamente simplificador, en síntesis, podemos cuabificar al derecho de la Monarquía Absoluta, por los siguientes rasgos:

a) *Inexistencia de limitaciones jurídicas al poder regio.*

En la Monarquía Absoluta, el poder regio apenas tenía límites, especialmente en lo que hoy llamamos derecho público (4). Como sagazmente expresó Otto Mayer, «El Derecho nada tiene que ver» (5).

El principio de arbitrariedad, entendido como falta de limitación jurídica concreta, encuentra absoluta vigencia en esta época; no podía existir un marco de referencia objetivo de naturaleza jurídica; el Príncipe era «legibus solutus» y las limitaciones al poder regio eran de otra índole (6).

Como ha señalado Barthelémy en el prólogo a la citada obra de Otto Mayer, «la Administración de la antigua Monarquía Fran-

A grandes rasgos, este Estado permite, y aun exige, que la titularidad del poder se atribuya, en función de justificaciones y legitimaciones indiscutibles, en general de origen divino, por lo que igualmente indiscutible será el poder que cabría ejercitar derivado de tales títulos.

El monarca concentra así en su figura un poder indisputado, y aun más, la propia fuente del poder le pertenece, por lo cual no se encontrarán con facilidad límites jurídicos que se le pudieran imponer, ni siquiera su propia normación anterior, a la que no quedaba sujeto («quod principis placuit legis habet vigorem»).

El fundamento técnico jurídico de tal poder se encuentra en la soberanía, tal como fue teorizada por los juristas legitimistas, al servicio de la Monarquía, y sin duda y por proyección de la misma, al servicio también de la consolidación de los Estados Nacionales que la Monarquía implicaba, al convertir su secular pugna con la Aristocracia rural en el eje de la política regia.

De ahí que no extrañe, «servata distantia», que podamos hablar de un cierto centralismo (es claro el ejemplo francés, no tanto el español), en el aparato administrativo, la irrupción de la técnica comisaral, la homogeneización política y administrativa de amplias zonas de los Estados (entiéndase bien, homogeneización relativa si la contemplamos con la óptica de nuestros días, pero nada desdeñable desde la perspectiva histórica en que se sitúa el Antiguo Régimen), la consolidación del derecho regio y su sistema de fuentes —comenzando a relegarse a la costumbre a un papel más subordinado— con el notable auge del derecho escrito, la consideración de los privilegios como estatutos singulares y, consecuentemente, excepcionales, la utilización de la prerrogativa real en contra de los mismos, y la preparación de unos modos jurídicos de pensamiento más abstractos y generales. La pervivencia de los privilegios feudales durante el Absolutismo se explica, en consecuencia, porque la

Administrativo», Edit. Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, págs. 72 y 73: «Una última observación: el autor no desconoce que la expresión Antiguo Régimen engloba convencionalmente un período demasiado extenso y demasiado heterogéneo, hasta el punto que imposibilita un tratamiento coherente de los temas. El Antiguo Régimen es el resultado de una cómoda magnificación de elementos comunes a varias épocas, muy distintas entre sí, prescindiendo de los elementos diferenciadores, que de ordinario son más importantes que los comunes.» Para el feudalismo y los procedimientos de tránsito al período posterior, *vid.* F.L. GANSHOF: «El Feudalismo», Ariel 1981, Luis C. DE VALDEAVELLANO: «El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval», Ariel 1981.

(2) *Vid.* E. GACHTO FERNÁNDEZ: «Temas de Historia del Derecho: Derecho Medieval», Universidad de Sevilla, 1977.
 (3) Allan R. BREWER CARIAS: «Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno», Caracas, 1992, págs. 149 y ss.
 (4) En el ámbito del derecho privado parece que sí existían limitaciones basadas en los «res-criptos contra ius». *Vid.* Gustavo Villapalos: «Los recursos contra los actos del Poder en la Baja Edad Media», Madrid, 1972.
 (5) OTTO MAYER, «Derecho Administrativo Alemán», Edic. Depalma, Buenos Aires 1982 (4 vol.), Vol. I, pág. 48.
 (6) *Vid.* MAUYAVAL: «Estado Moderno y mentalidad social».

cesa era esencialmente discrecional. No estaba contenida por ninguna regla jurídica. Con mucha impropiedad se habría podido hablar en esa época de derecho administrativo, puesto que no existía ningún límite preciso para los poderes de los agentes del Rey, ni procedimiento obligatorio para el ejercicio de sus funciones, ni libertades que los súbditos hubiesen podido hacer prevalecer sobre los mandatos dados en nombre del soberano» (7).

Correlativamente, no existían garantías jurídicas propiamente dichas, esto es, los Tribunales no protegerían a los particulares frente a las intemperancias del poder real. Como explica A. Merkl, «corresponde a la naturaleza de este tipo de Estado que la Administración carezca, por definición, de límites jurídicos y la injusticia más crasa, no es contra derecho, porque la víctima de semejantes prácticas administrativas arbitrarias, no ha sido tratada contra su derecho» (8).

Los servidores de la Monarquía son, eso, domésticos (9), esto es, empleados vinculados al poder personal del Monarca, que en la medida en que lo desempeñan en y por delegación del mismo, no conocen barreras a su actuación, ni siquiera la propia invocación del mandato en cuya virtud obran los agentes del Rey, que, entre otras cosas, podían actuar bajo instrucciones secretas contrarias a las órdenes con que actuaban aparentemente en su cometido público.

Le ha explicado inmejorablemente el profesor Villar Palasí, en los términos siguientes: «Otro punto que ayuda a la comprensión del Estado-policía es que todas las normas de actuación de las autoridades administrativas no son normas que se dirijan a los particulares. Así, por ejemplo, las instrucciones dirigidas a los corregidores en nuestra patria, para que desarrollen su actividad, no son normas que obligan a los funcionarios con el Príncipe. Este podrá exigir responsabilidad al corregidor por no haber cumplido una orden, pero el particular no podía invocar el menor derecho, puesto que la orden no se dirigía a él» (10).

(7) OTTO MEYER, *op. cit.*, loc. cit.

(8) Adolf MERKL: «Teoría General del Derecho Administrativo», Madrid, 1935, pág. 94.

(9) Así sucede recogiendo una secular evolución. *Vid.*, para diferentes épocas: D. TORRES SÁEZ: «La Administración central castellana en la Baja Edad Media», Valladolid, 1982. B. GONZÁLEZ ALONSO: «Sobre el Estado y la Administración de la corona de Castilla en el Antiguo Régimen», Madrid, 1981. F. TOMÁS Y VALENTE: «Los valedos en la Monarquía española del siglo XVII», Madrid, 1982.

(10) J.L. VILLAR PALASÍ: «Derecho Administrativo. Introducción y Teorías de las Normas», Madrid (reto por la versión de 1968), pág. 119.

En consecuencia, no cabría imaginar oponer frente a los agentes del poder (cuestión muy distinta de lo que sucedía en las pugnas entre particulares), un sistema jurídico que mantuviera procesalmente a raya a tales delegados regios. Como explica Merkl, «el interés en la administración, es decir el súbdito, no tiene acción alguna para que esta norma impuesta a la administración se aplique, en su caso, a favor suyo. El súbdito no sufre en su derecho si el órgano de la administración viola el derecho, contraviniendo las disposiciones administrativas. Y hay pautas en la jerarquía orgánica, en último caso el Jefe del Estado, que pueden desviarse ad libitum de estas disposiciones administrativas, en un caso particular. El súbdito no puede apelar jurídicamente contra un órgano administrativo para el cumplimiento de las normas administrativas, no tiene acción jurídica alguna» (11).

b) Dependencia de los Tribunales del poder del Monarca.

No tendrían por cometido los Tribunales enjuiciar la labor del Rey y sus agentes, aún cuando en la última etapa antes de la caída de la Monarquía absoluta supieron ejercer sus potestades a partir de la toma de conciencia de su poder y de lo debilitado y desgastado del poder real.

En lo fundamental, la misión de los Tribunales del Rey sería aplicar las leyes del orden criminal y civil, sistematizadas asimiladamente, procesalmente, en un complejo laberinto procedimental y de fuero. Esta vinculación de los Tribunales al cúmulo de la legislación del Monarca, garantizaba en cierta medida el principio de certeza y seguridad jurídica en las disputas inter-privatos que así disponían de un cuadro referencial más o menos estable y conocido, de mane-

(11) A. MERKL, *op. cit.*, pág. 96. Ello responde a un proceso que describe así A. NIETO en «Estudios Históricos...», *cit.*, pág. 69: «El absolutismo responde a la exigencia social de los ciudadanos por liberarse de las trabas estamentales. En el Monarca buscan los individuos protección contra sus antiguos señores; lo que hacen en gran parte. Ahora bien, el sistema feudal no era sólo limitación; también significaba protección, que brindaban cabalmente esas estructuras estamentales, por otra parte tan restrictivas de la iniciativa individual. Con el nuevo estado de cosas, el primer germen fue el monarca, quien cobijó muy cara la protección brindada por el a los súbditos y se aprovechó sin escrúpulos del área abierta por el levantamiento de las barreras feudales. El Derecho, ahora en sus manos, fue instrumentado contra los señores, pero utilizado también en beneficio propio. El segundo ganador fue la burguesía, que en la lucha de todos contra todos, sin árbitros estamentales, accedió a arreglarse una situación privilegiada que, en el siglo XIX, consiguió al fin imponer incluso al Monarca».

ra que el proceso aplicativo de las Leyes a los particulares o entre particulares tenía unas connotaciones reconocibles e, inclusive, representaban un progreso notable frente a los Tribunales eclesiásticos; la justicia del Rey tenía así un cierto carácter de modernidad.

Ahora bien, siendo como era el Monarca la fuente de toda legitimidad, se comprende inmediatamente que no quedase sujeta ni siquiera por el orden civil y criminal. Así, el Monarca podía exceptuar todo el proceso, ponerle fin, o sencillamente ordenar al Tribunal que dictase tal o cual sentencia, por cierto siempre inmotivada (12).

No obstante, las funciones judiciales cayeron en gran medida en manos de la Nobleza por causas históricas que no es el momento de explicar (13).

De hecho, y tal como ya apuntábamos en la introducción, la resistencia de las baronías judiciales a la norma del Monarca, será uno de los catalizadores que precipitará la Revolución, tal como ha explicado Eduardo García de Enterría (14).

Pero conviene resaltar que esa «rebelión de los jueces», que en lo fundamental es una reacción estamental y fuertemente conservadora de sus privilegios, se producirá al final del Régimen y en Francia, no así en otros lugares y épocas.

Hasta que tal momento se produce, sin embargo, sigue siendo cierto lo anterior, esto es, que la prerrogativa real es ejercicio de la soberanía. Puede excepcionar el contenido de la Sentencia, reservar su aplicación, o incluso, someterla lisa y llanamente a la voluntad del Rey.

c) La política como iniciativa exclusivamente regia.

La felicidad de los súbditos será la filosofía fundamental que animó la voluntad del Monarca. El bien de los mismos será, andandole el tiempo, otra fuente de legitimación para el ejercicio de las po-

(12) OTTO MAYER, *op. cit.*, pág. 53.

(13) *Ibid.*, con carácter global, F. W. MANTLAND: «The constitutional History of England», Cambridge, 1963, donde se explica para Inglaterra, en términos generales, este proceso.

(14) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «Turgot y los orígenes del Municipalismo modernos», en *Revista de Administración Pública* n.º 33, pág. 79 y ss., luego recogido en «Revolución Francesa y Administración contemporánea», Edit. Taurus, 1981.

testades regias, añadiéndose así a la mera legitimación de origen que hundía sus raíces inmediatamente en el derecho divino.

Este bienestar de los súbditos, no obstante, no podía erigirse en límite a la actuación del Monarca, ni siquiera cuando la misma revistiese caracteres despóticos. Y eso era así porque la definición misma de lo que constituía la felicidad de los súbditos era monopolio, precisamente, del Monarca. El criterio interpretativo de lo que constituía la felicidad del común no conocía más límite que el de la voluntad real, que veía así cómo esa nueva legitimación se convertía en una cuota adicional de poder al servir para bloquear las conciencias de los propios súbditos.

Aún más, al intervenir decisivamente la voluntad del Monarca en la procura de la felicidad, los propios súbditos quedaban alejados y deslegitimados de buscarla por sí mismos, sea agrupados o individualmente.

Como ha escrito Merkl, «subjektivamente este régimen administrativo se manifiesta en que el súbdito se convierte en objeto sin voluntad, de una voluntad ajena; lo que las personas conscientes consideran y sienten, inevitablemente, como arbitrariedad... al súbdito, sin la menos intervención de su voluntad, se le imponía su propio bien, esto es, lo que a la autoridad en cada momento le parecía como tal» (15).

El poder regio, aísla pues al súbdito de cualquier acción política. La madurez política no se predica de los componentes del pueblo que son considerados como menores de edad y cuya acción política sería de por sí rechazable. Todo se pretenderá hacer para el pueblo, pero sin éste, en la clásica expresión que identifica políticamente al despotismo ilustrado.

(15) *Op. cit.*, pág. 94. Sobre este punto señala A. NIETZSCHE: «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», R.A.P., n.º 81, pág. 46 y ss.; «Al Príncipe no le conviene gobernar con el simple apoyo de su poder fáctico, puesto que le es mucho más rentable invocar un principio ideológico que haga más soportable a los súbditos la existencia del Poder. A cuyo efecto acude a la idea de la policía, bien arraigada ya en la conciencia popular, pero remodelada conforme a una nueva versión. La policía va a ser, a partir de este momento, el medio técnico de la intervención administrativa que asegura la felicidad de los individuos que la padecen. O lo que es lo mismo: la policía no interviene en beneficio del Príncipe sino en el de los súbditos. Con lo cual, naturalmente, éstos van a aceptarla mucho mejor. La Policía está presidida, pues, confesadamente por el principio de la «bonheur de tous»: es la felicidad de sus súbditos lo que inspira al Monarca a la hora de reglamentar los más nimios detalles de la vida individual y colectiva».

d) *La doctrina del Fisco y la sujeción del Estado a las leyes civiles.*

En la confusión última y ensamblaje que se produce en las postrimerías del siglo XVIII entre el Estado-policía y la Monarquía Absoluta, tiene un significado propio la doctrina del Fisco, como intento de someter a ciertas parcelas de la misma y como intento también de desarrollar una teoría de relaciones entre el poder y los súbditos, que de esta forma consiguen ver reconocidos sus derechos de corte patrimonial frente al poder, especialmente garantizables por los Tribunales (16).

La teoría del Fisco actúa mediante la ficción de otorgar personalidad jurídica a un fondo patrimonial, apto para entrar en relación con los particulares y someterse a todas las incidencias del tráfico patrimonial, con sus ventajas, pero también con sus inconvenientes, sometiéndose a una condición semejante a la del «hombre privado ordinario» en expresión de Otto Mayer (17).

Tal como lo explica Forsthoff: «Como el Fisco era entendido como persona particular, ello significaba que quedaba asegurada procesalmente la personalidad demandada en procedimientos dirigidos contra el Estado. Ello tuvo aplicación, primero para el derecho privado, que era la competencia inmediata de los Tribunales ordinarios. Pero el proceso no se detuvo allí. La necesidad de protección jurídica en asuntos administrativos, llevó a valerse también del concepto de Fisco. Si no se quería traspasar la competencia de los Tribunales y hacer vacilar el concepto de Fisco, esto, desde luego sólo sería posible interpretando como Derecho civil las relaciones jurídicas de soberanía que se hallaban siempre en el fondo de las demandas contra el Fisco. Esta interpretación era obvia para el pensamiento de la Ilustración, determinado por el Derecho Natural, para el cual el concepto de contrato revestía una significación fundamental. De esta suerte, se convirtió la expropiación en una venta forzosa, la relación de los funcionarios con el Estado, en un contrato de servicios, la requisita de campos de cultivo para maniobra mili-

(16) Sebastián MARTÍN RETORTILLO: «El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones», Universidad de Sevilla 1960, pág. 47.

(17) *Op. cit.*, pág. 62.

tar en un contrato de arrendamiento. La consecuencia fue una gran penetración del Derecho Público por elementos civilísticos...» (18).

Esta técnica planteará problemas de notable envergadura, en especial por lo que hace referencia a las relaciones entre Estado y Fisco al admitirse necesariamente una doble personalidad, la de uno y otro, que será uno de los elementos que, andando el tiempo alimentará la problemática sobre la personalidad jurídica del Estado.

2. SOBRE LA APLICACIÓN DE TALES CONCEPTOS A NUESTRO DERECHO HISTÓRICO.

Un cualificado grupo de autores ha pretendido reclamar para nuestro propio derecho un lugar específico en la evolución de estos conceptos y técnicas a que nos hemos venido refiriendo, intentando destacar algunos elementos jurídicos y algunas normas de nuestra historia para construir así una tesis ciertamente original y, que, en lo fundamental, consistirá en afirmar que el derecho administrativo, y singularmente el patrio, no se construye a partir de los postulados revolucionarios, sino que forma parte de una evolución natural que hunde sus raíces en las formulaciones del Antiguo Régimen y que ya en el mismo se había tejido una red de prohibiciones y limitaciones al poder real que impedían, en verdad, que tal poder fuera absoluto y, antes bien, existían derechos de los súbditos protegibles frente al Monarca. Este, irremediamente, estaría vinculado a la norma que protegería al súbdito y que, en el caso concreto, no podría desconocer; el eje de la teoría se centraría en el par de conceptos «gubernativo-contencioso», adscribiendo notables parcelas de poder político a éste último, de manera que el valladar que los Tribunales supondrían sería insuperable para las potestades regias, creándose así, quizás, el germen de una evolución que de forma natural conduciría, en su devenir, al incipiente Estado de Derecho, en el cual el Derecho Administrativo nacería como criatura

(18) E. FORSTHOFF: «Tratado de Derecho Administrativo», Madrid, 1958, pág. 53. VON WITTS: «La cultura de la Ilustración», Madrid, 1979, pag. 11 y ss.

propia, cuya finalidad sería la de proteger el derecho y las libertades de los particulares.

En esta línea de pensamiento, hay que destacar las aportaciones de los profesores Ariño (19) y Gallego Anabitarte (20).

Ariño Ortiz, tras afirmar que «está hoy definitivamente superada la ingenua creencia de que el Derecho Administrativo surgió como una creación «ex nihilo» de la Revolución, antes bien, con el formal rechazo del «Ancien Regime», afirmará que «el principio de materias reservadas constituye el precipitado histórico, en un momento dado, de una secular polémica entre el Rey y los Reinos por la titularidad del poder»; por lo que acaba afirmando que «las materias reservadas no son un «invento» del constitucionalismo, sino algo muy anterior» (21).

Ciertamente, invocando a Jesch, admitirá Ariño que los títulos creados antes del Constitucionalismo, en una evolución gradual que comienza ya en el siglo XIII y llega claramente hasta el XVII, si bien empiezan a admitirse como títulos de limitación del poder real (siempre en opinión de nuestro autor), no suponían una función protectora de los súbditos, porque «la protección terminaba en el punto decisivo, es decir en la cumbre del Ejecutivo, en el cual estaban unidos el poder legislativo y el Ejecutivo; dado que el concepto absolutista de la Ley, a causa de su diversidad cualitativa con respecto al constitucional, no puede conocer una dependencia de la Administración para con el legislador, en el sentido moderno, aquél que quiera señalar en el Estado absoluto el moderno principio de legalidad, es víctima de un equívoco conceptual, y con ello de un «autoengaño». El principio de legalidad con sus específicos presupuestos y consecuencias jurídicas, aun existentes, no es pensable sin una forma de Estado constitucional. Por ello, el recurso a una época preconstitucional, así como la comparación con las estructuras

estatales absolutistas y totalitarias, tiene que ser estéril o inútil, como medio de lograr unos resultados jurídicos» (22).

Por ello, cuando este autor afirma, que «tales formulaciones constitucionales no surgieron ex nihilo de la Revolución ni tampoco de los enciclopedistas franceses que instauran la «edad de oro» de la razón, sino de toda una escuela clásica anterior del derecho público europeo, en la que destaca además por su riqueza y solidez, la tradición jurídica española de derecho público», hemos de decir que, no podemos por menos que preguntarnos, cuál de las dos ideas de este ilustre autor es la que ha de prevalecer (23).

En realidad, aún cuando es clara la intención de defender una postura de crítica de las ideas clásicas, como se puede observar, hay elementos —que el propio autor aporta— que trabajan en pro de la postura clásica, esto es, que con todas las matizaciones que se quiera, el Derecho Administrativo es un producto de la Revolución Francesa.

No se puede negar, y el trabajo del profesor Ariño es capital al respecto, que hay diversos materiales fragmentarios, de índole doctrinal que son anteriores al constitucionalismo. Ciertamente, como ideas-fuerza, lanzadas precisamente contra un Poder Absoluto, hay que admirar la obra de muchos de nuestros clásicos que intentan ir creando un clima de oposición a las intemperancias del poder mediante ciertas técnicas y afirmaciones de naturaleza claramente política, que más bien prueban que en realidad el Monarca era, en términos efectivos, «legibus solutus».

El indudable acierto y mejor factura de la construcción de este autor, viene a precisar algunos aspectos importantes de la evolución histórica de nuestra disciplina, pero sigue estando, a mi juicio, completamente vigente la explicación clásica que caracteriza al Derecho Administrativo como producto certero del constitucionalismo.

Había, luego insistiremos, algunas técnicas antes del constitucionalismo liberal, y existía, asimismo, una cierta conciencia doctrinal en espíritus avanzados, de la necesidad de poner coto a los excesos y desmanes del poder absoluto. Pero no había, y lo prueba el propio trabajo del profesor Ariño, un orden lógico y riguroso de

(19) G. ARIÑO: «Derechos del Rey. Derechos del pueblo. Actas del II Symposium de Historia de la Administración».

(20) A. GALLEGO ANABITARTE: «Administración y Jueces: gubernativo y contencioso». Madrid, 1971; según A. NIETO: «la mejor descripción de estas cuestiones que entre nosotros se ha hecho, a partir de dicha obra ha empezado a ser inteligible el régimen jurídico del absolutismo español... ni que decir, sin embargo, que no puede aceptarse, sin más, cuanto dice GALLEGO ni asumir todas sus hipótesis interpretativas, que —como el mismo advierte con absoluta honestidad— a veces no pasan de ser meras conjeturas». «Estudios Históricos...» cit., pág. 91, nota 17. Con posterioridad, el profesor GALLEGO ANABITARTE ha insistido en estos postulados en su reciente trabajo «Constitución y Personalidad Jurídica del Estado», Madrid, 1992.

(21) *Op. cit.*, pág. 44.

(22) *Op. cit.*, pág. 45.

(23) *Op. cit. loc. cit.*

Veamos más detenidamente qué hay que entender por contencioso y por gubernativo.

Contencioso, como aclara el autor, es lo que se refiere a los litigios jurídicos que se ventilan con espíritu de juicio, esto es, lo relativo a propiedades, cuestiones económicas, políticas, de gobierno y policía.

El orden civil-criminal, es pues, el que se atribuya a los Tribunales. Lo gubernativo, se concluye en el propio orden interno del poder, al que se reclama en esta vía sin que existiese instancia judicial posterior.

De forma semejante a lo que, como veremos, ocurren en la Francia de Richelieu, tal distinción responde a una división del trabajo de índole funcional, sin mayor trascendencia. Tal como ha señalado el acertado trabajo de Santamaría Pastor (26), la existencia de una continuidad meramente funcional en el manejo de los términos «gubernativo y contencioso» como clave de la delimitación de las competencias entre Ejecutivo y judicial, se hace en la Constitución de Cádiz, por pura inercia y razones pragmáticas, sin pretender sentar dogma alguno.

La tesis del profesor Gallego Anabitarte, por demás, tiene el mérito de la sagacidad y de exigir un replanteamiento en profundidad de nuestra propia historia del Derecho Administrativo; pero como criterio científico, aún válido como hipótesis, no conviene en demasía las viejas y ortodoxas convicciones (27).

3. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y SU SIGNIFICADO POLÍTICO; LA FORMULACIÓN DEL MITO Y SU CRÍTICA.

Este principio, auténtico mito indestructible del Estado de Derecho y base de toda especulación política a partir del siglo XVIII,

(26) J.A. SANTAMARÍA PASTOR: «Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX», Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973.
 (27) Se insiste, sin perjuicio de reconocer el mérito notable de hacer un replanteamiento original, que ha dado lugar a toda la polemica posterior, *Íbid.*, en esta misma línea: C. GONZÁLEZ V. B. LOZANO, S. DE LA SVA: «Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo», Madrid, 1997, en especial el primer capítulo de estos trabajos. *Íbid.*, asimismo el citado trabajo de A. FERRAZ LUCAS: «Constitución y Personalidad Jurídica del Estado», *op. cit.*, in ibidem.

categorías que fuesen realmente operativas.

Que algunas técnicas, consideradas como tales, pudieran transformarse en el Régimen Absoluto e instaurarse con sitio propio en la Revolución y en el constitucionalismo posterior, es algo conocido y perfectamente admisible.

Que algunos prohombres advinieran la necesidad de construir un sistema de limitaciones al poder del Monarca, sujetándolo a razón y a Derecho, es evidente.

Pero que la suma de ambos, técnicas y espíritu, sirva para enmarcar y dar sentido a un pretendido Derecho Administrativo preconstitucional, es algo que, a mi juicio, ni está probado por la concurrencia de ambos elementos, ni siquiera podría probarse por el hallazgo ocasional y feliz de algún otro elemento suelto.

El Derecho Administrativo va a nacer como consecuencia de una ruptura, de un cambio, digamos epistemológico, que modifica de raíz el anterior sistema. La unión, más o menos multiforme, de ciertas críticas y algunas técnicas, no varía en nada tal afirmación. Sería necesario probar en las normas y no en las creencias de algunos subditos ilustrados, —creencias manifestadas como actitudes políticas no exentas de ánimo combativo— que existía un cuadro de principios perfectamente tratados en un sistema jurídico que responde, precisamente, a esa ideología de protección y garantía de los derechos y libertades de los individuos. Y hay que decir que en el Antiguo Régimen no había, en modo alguno, ni por aproximación, tal cuadro de principios que, contrariamente, se encuentran perfectamente asentados en el constitucionalismo que surge de la Revolución Francesa.

Veamos a continuación, siquiera brevemente, la aportación del profesor Gallego Anabitarte, enfocada principalmente sobre las garantías que el orden judicial reviste.

Este autor, partiendo de las categorías de Bracton, según el estudio de Mc. Ilwain (24), calificadas como «*gubernaculum*» y «*iurisdictio*», afirma que la distinción contencioso-gubernativa, es la auténtica garantía del subdito (25).

(24) Mc. ILWAIN: «Constitutionalism: Ancient and Modern», Revised edition, 1971.
 (25) G. FERRAZ LUCAS: «Administración, *op. cit.*», págs. 35.

es uno de los dogmas fundamentales sobre los que apoyar el nacimiento de lo que, andando el tiempo, vendrá a convertirse en nuestra disciplina.

Hay que comenzar por señalar que en la cultura jurídica anterior a Montesquieu se tenía perfecta noticia del significado de la separación de las funciones entre los distintos estamentos políticos;

entre tales técnicas de separación, tiene especial importancia la que atañía a la separación de las autoridades que formaban la burocracia regía «grosso modo», —lo que podríamos denominar «poder administrativo»— de las autoridades judiciales, integradas por la nobleza rural.

Esta técnica de separación de autoridades gubernativas de las judiciales fue proclamada solemnemente en la obra legislativa del Cardenal Richelieu, singularmente en el Edicto de Saint-Germain-en-Laye de Febrero de 1.641 (28).

Tal separación respondía al deseo de la Monarquía Absoluta de dividir eficazmente el trabajo, permitiendo a un mismo tiempo controlar a los cuerpos judiciales. Ya veremos que esta división no respondía a la técnica de la división de poderes que tendrá que ser reconocida en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, pero siempre arrastrará la desconfianza inicial que los revolucionarios tuvieron por lo que, como destaca Renoux, se pretendió vaciarlos de poder mediante técnicas tales como la negación de todo valor a la jurisprudencia en el sistema de fuentes, el establecimiento del «refetere législatif» y el sometimiento de la Corte de Casación al poder legislativo (29).

Pero estamos adelantando ideas que han de encontrar su desarrollo natural mas adelante.

Ahora debe bastarnos la afirmación de que en el continente, y

(28) T. Renou X: «Le Conseil Constitutionnel et l'Autorité judiciaire. L'élaboration d'un Droit Constitutionnel Juridictionnel», *Revue de Droit Public*, 1981, Capítulo I. Sobre este punto J.L. Mestre en su «Introduction historique au droit administratif français» (P.L.F., Paris 1985, pag. 190), explica con mucha claridad que tal distinción funcional responde a un intento de poner fin a la controversia entre los intendidos rejos y los Parliaments judiciales que como se ve es una página muy anterior a la propia Revolución que tendrá lugar como consecuencia después. Dicho modo que en este libro se observa claramente como tal conflicto tuvo diversas vertientes y como muy distintas épocas en las que alternativamente el triunfo caba en manos de las Jueces Intendidos o de los Nobles (Parliaments).

Tal también M. Thorelli: «La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française», I.G.D.J., in *idem*.

(29) Renou X, *op. cit.*, loc. cit.

singularmente en Francia, patria de Montesquieu, tal división técnica entre las funciones del poder era perfectamente conocida y practicada, naturalmente dentro del esquema propio de la Monarquía Absoluta que utilizaba tal separación como técnica de compartimentación del poder, asegurándose así la debilitación de todo intento de independencia judicial.

Aceptando esto, parece necesario exponer que significa Montesquieu a la luz de las aportaciones que consideramos mas importantes para nuestra disciplina, y hemos de hacerlo de una forma modesta, dando cuenta de aquello que mas nos interesa, por cuanto el mero hecho de tocar un punto tan capital, como es el de la división de poderes, obligaría —incluso en el plano de la mera cita a pie de página— a recordar ingentes aportaciones de mas de dos siglos, cuya mera recopilación llenaría Bibliotecas enteras; lo que no tiene ningún sentido, y mucho menos en un trabajo como el que ahora nos ocupa.

Limitadamente pues, lo que en realidad nos interesa señalar es en qué consiste este principio y cuáles eran los fundamentos ideológicos a que respondía, ya que sólo de esta forma explicaremos por qué se produjo la reacción posterior a dicho principio y el juego de poderes en que había de traducirse.

A mi juicio, hay que partir del impecable análisis que hizo Eduardo García de Enterría (30) quien señala que el fondo ideológico instaurado por la Revolución es bien simple: Leyes, Tribunales y Orden Público (31).

El principio de legalidad, constituye desde luego un instrumento to directamente lanzado contra la estructura política del Estado Absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobier-

(30) Cito por la versión de 1981 (segunda edición, publicada asimismo por Editorial Taurus: organigrama) se publicó en el libro *Homenaje a Pérez Sarriena*, Vol. II, Madrid 1959, pag. 202 y ss., *ubi*. Asimismo de este autor, los siguientes tres trabajos — hoy rotundamente reconocidos en un libro genéricamente denominado «Revolución Francesa y Administración Contemporánea» — que se denominan respectivamente: «Tercer y los orígenes del municipalismo moderno (primera versión R.A.P., n.º 33, pag. 29 y ss.», «La configuración del régimen municipal francés: de la Revolución a la Restauración» (primera versión en Estudios en Honoraje a Jordana de Pozas, Vol. III, Madrid 1961) y «Las Fundamentos ideológicos del sistema municipal francés» (primera versión en *Madrid 1961*) y «Las Fundamentos ideológicos del sistema municipal francés» (primera versión en el *Regimen local español*) (primera versión en el libro «Problemas actuales del Regimen Local», Sevilla 1959, hoy reeditada por el Instituto Guerra (Ayuda, Sevilla 1986, págs. 23 y ss. de esta última versión).

(31) «Revolución Francesa...», *op. cit.*, pag. 20.

no por y en virtud de las leyes (32). Leyes éstas que pretenden realzar la libertad, tal como señalaba el art. 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, fiel reflejo de esta teoría, cuando decía: «La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent».

La ley es así Ley civil, igual para todos y responde a la idea de salvaguardar la libertad del individuo que cambia radicalmente, al convertirse en ciudadano, abandonando la más elemental condición de súbdito con que el Antiguo Régimen venía en caracterizarlo.

Como dice García de Enterría, «El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad. Por razón de este objetivo, la aplicación de estas leyes se realiza a través, del propio actuar libre de los ciudadanos y basta encontrar un sistema de Tribunales que, en caso de litigio entre dos libertades encontradas, decidan la aplicación controvertida» (33).

Solamente de manera muy embrionaria podría detectarse lo que así constituye el germen de la futura Administración Pública. Con finalidad de... «sostenimiento de la efectividad de la Ley, de las Sentencias, el Estado organiza un orden coactivo, un aparato policial limitado a esa labor de respaldo de la ley y que cierra la construcción del conjunto», lo que claramente expresará el art. 12 de la Declaración de Derechos de 1.789: «la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité de ceux auxquels elle est confiée».

Es dentro de este esquema donde el profesor García de Enterría sitúa el tema de la división de poderes, que si se opera una recomposición ideológica de las aportaciones de Montesquieu sobre Locke, queda claro que se acaban reduciendo simplemente a lo siguiente: «Ley y Tribunales, por una parte, y fuerza pública, por otra, para mantener las decisiones de uno y otro, y a la vez defender la independencia exterior» (34).

Hemos de plantearnos si tal esquema respondía linealmente al

(32) *Op. cit. cit.*, pag. 14.

(33) *Op. cit. cit.*, pag. 20.

(34) *Op. cit. cit.*, pag. 23.

intento de construir un Estado de Derecho, dirigido frontalmente contra el «Ancien Régime», a fin de acabar con su despótico poder o si, más bien, respondía a otros intereses menos nobles y confesables, que utilizaban tan idílica división como banderín de enganche para conseguir otros propósitos.

Las aportaciones de Eisenmann (35) y de Althusser (36) van a demostrar el trasfondo ideológico a que respondía en gran medida tan magnífico mito.

El mito construido en torno a la aportación del Barón de La Brède y de Montesquieu, Presidente del Parlamento de Burdeos, ha sobrevivido posiblemente a la propia intención para la que fue construido.

Sucedo que no se tratará, como señala Eisenmann (37), de establecer un régimen en el que se asegure de modo permanente la separación entre los poderes, para conseguir la libertad, la seguridad y la moderación que contienen al poder.

Es cierto que ese mito operaría pronto y que obtendría un reconocimiento político inmediato, tanto en el ya citado art. 16 de la Declaración de derechos como en las fórmulas políticas de la Revolución (así en el famoso discurso que el día 24-IV-1.793 pronunciaría Saint-Just ante la Convención Nacional: «Les tyrans divisent le peuple pour regner; divisez le pouvoir si vous voulez que la liberté régne a son tour»).

Pero tal sería una función que cumplirá el mito de la división, no la idea que propugnaba Montesquieu y su entorno.

Eisenmann señala que en Montesquieu no existía, lisa y llanamente, tal teoría (38).

De un lado, en sus textos se encuentra: a) que el Rey tiene derecho de veto, lo que implica que el poder ejecutivo se interfiere con el legislativo, b) que a su vez, el legislativo puede, en cierta medida, fiscalizar la labor del poder Ejecutivo, ya que se pretende en la teoría que controle la aplicación de las leyes que ha votado y c) que además —y esto es fundamental— es continua la interferencia

(35) Ch. EISENMAN: «L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs», en: *Mélanges Carré de Madberg*, Paris 1933; de este mismo autor: «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», en: *Revue de la Faculté de Droit de la Sorbonne*, 1933, pag. 133 y ss.

(36) L. ALTHUSSER: «Montesquieu la política y la historia», Madrid, 1968.

(37) *Op. cit. loc. cit.*

(38) *Op. cit. loc. cit.*

del poder legislativo sobre el Poder Judicial, ya que hay ocasiones en las que el Parlamento se convierte en Corte de Justicia, especialmente para preservar las prerrogativas de los Nobles que sólo podrán someterse al juicio de sus pares.

No se trata sólo de poderes iguales y separados, sino más sencillamente de poderes que actúan como una maquinaria en cuyo engranaje los diferentes círculos son secantes entre sí, con amplias zonas de interferencia, precisamente aquéllas en que la ideología aristocrática de Montesquieu queda expuesta a la luz.

Además, Eisenmann aporta nuevos materiales para la crítica de la mitología clásica de este principio.

En efecto, en su análisis, penetrante e incisivo, Eisenmann destacará que no se trata solamente de separación, sino de distribución entre las distintas fuerzas que luego habrían de fundirse entre sí para enlazarse en un poder común cuyo carácter unitario se pone de manifiesto en cuanto aparece el enemigo común, tanto exterior, como interior.

Aún cuando presente en la obra de Montesquieu el enemigo común exterior y referirse a él explícitamente (en el Libro X de su obra bajo el epígrafe «De las Leyes en su relación con la fuerza ofensiva»), no aparece claramente perfilada la identidad del enemigo interior, que es quien en verdad altera al Barón de Bréde. No se explicita directamente y, aún más, queda envuelto en un cúmulo de argumentos, contrarios algunos entre sí, lo que ha impedido detectar con facilidad que tal enemigo existía y que era precisamente su anulación lo que en gran medida perseguía el formidable pensamiento de Montesquieu (39).

Veamos con algún detenimiento cómo opera este análisis sobre la obra de nuestro autor.

Visto que se trata en lo fundamental de reducir la vida política a un equilibrio, en el que los Tribunales y la Ley operan de un lado y la coacción organizada de otro, estos dos poderes, ejecutivo y legislativo, responden a tres potencias (puissances) que serían el Rey, la Cámara alta y la Cámara Baja, que a su vez representan estas dos últimas, a la Nobleza y a ciertos miembros del «pueblo».

Es aquí donde entra el sagaz estudio de Eisenmann para de-

mostrar que de lo que se trata en realidad es de un problema político de correlación de fuerzas y no de un mero problema de teoría jurídica sobre la legalidad y su influencia sobre la libertad.

Tal separación es un reparto de cuotas de poder que, además, responde a un cálculo de interés muy preciso, a los que no era ajena la posición de la Nobleza que representaba el autor.

Veámoslo siguiendo a Althusser en la obra ya citada (40).

Althusser, comienza por plantearse cuáles son las posibles combinaciones y variaciones que cabe hacer con los tres poderes, viendo cuáles de entre ellas están excluidas en el pensamiento de Montesquieu.

Hay dos, que son absolutamente rechazables.

La primera sería la usurpación por el poder legislativo de las potestades (potencias) del Ejecutivo; ello supondría la dilución de la Monarquía en el puro despotismo popular. Ahora bien, la proposición contraria —y esto tiene su importancia— sí es perfectamente posible, ya que cabe una Monarquía moderada en la que el Rey intenta el poder legislativo, además de la gobernación del país; lo cual ofrece ya buena muestra de a quien pretende apoyar. Sólo si el pueblo es Príncipe, todo estaría perdido.

La segunda combinación prohibida sería aquella en la que el Rey detentara el poder Judicial. En este punto, el pensamiento de Montesquieu es de una claridad meridiana, y no trata de disimular cuál es su «dominus voluntatis». Dirá Montesquieu que bastaría que tal cosa sucediera, que tal disposición tuviera siquiera posibilidades de prosperar, para que todo el Estado se precipitase en el más completo de los despotismos; la Constitución sería destruida y los poderes intermedios aniquilados, lo que no se recata en decir quien en definitiva pertenecía a ellos.

La privación al Monarca de las potestades de juzgar se nos parece así claramente como una técnica de garantía para la Nobleza en un doble sentido: de un lado, se les reservaba esta función que ya cumplían de hecho y, además, se garantizaban frente al Rey, que no podría usar de su poder frente a la Aristocracia. Se trata de evitar la arbitrariedad y el poder del Príncipe pero no frente a todos, sino concretamente frente a la casta de los Nobles.

(39) ALTHUSSER, *op. cit.*, pag. 85.

(40) *Op. cit.*, pag. 90.