

Santiago Muñoz Machado

TRATADO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL

TOMO II
HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS - 2



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



Boletín Oficial del Estado

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y
DERECHO PÚBLICO GENERAL

II

HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS - 2

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

**TRATADO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO
GENERAL**

II
HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS - 2



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Cuarta edición: octubre de 2015
Primera con esta estructura y formato



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

<https://cpage.mpr.gob.es>

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Edición: Departamento de Programación, Seguimiento y Evaluación de la Gestión

NIPO: 007-15-104-5
ISBN Tomo II: 978-84-340-2217-1
ISBN Obra Completa: 978-84-340-2215-7
Depósito Legal: M-24706-2015

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

I.	Las bases filosóficas de las Constituciones de los modernos: la separación de poderes y la garantía de los derechos	11
	1. <i>Sobre la organización de los poderes: la evolución de las ideas hasta la teoría de la separación</i>	12
	2. <i>Sobre la garantía de los derechos. Las fuentes del pensamiento sobre los derechos individuales: las raíces españolas.</i>	22
	A) Formación e influencia de la doctrina de los derechos innatos de los hombres construida por la Segunda Escolástica	22
	B) El iusnaturalismo racionalista y los derechos públicos subjetivos	29
II.	El papel de la ley y la posición del ejecutivo en los modelos constitucionales históricos americano y francés	34
	1. <i>Las peculiaridades del pensamiento y de la sociedad americana</i>	34
	A) Orígenes intelectuales de la Revolución americana	34
	B) La situación social de la época, según Tocqueville	36
	2. <i>El balance y contrapeso de los poderes en Norteamérica: los fundamentos de la confianza en un ejecutivo fuerte</i>	38
	3. <i>Dos métodos para evitar el absolutismo legislativo</i>	42
	A) El Federalismo	42
	B) La supremacía de la Constitución	43
	4. <i>Las limitaciones al control del poder ejecutivo por el judicial</i>	48
	5. <i>Las particularidades de la separación de poderes en Francia</i>	52
	A) Elementos y fundamentos de la originalidad del modelo. Exposición y crítica	52
	B) Manifestación de la coparticipación en el ejercicio de los poderes	58

C)	En particular, la intervención del poder judicial en la acción administrativa	61
6.	<i>Los fundamentos y las consecuencias de la soberanía del legislativo</i>	65
7.	<i>La preservación de la Constitución y las garantías de los derechos: la falta de un control judicial de la constitucionalidad</i>	72
8.	<i>Balance sobre las diferencias entre los sistemas americano y francés. Estatalismo e individualismo. Apunte sobre sus consecuencias para las Administraciones Públicas</i>	76
A)	Las polémicas clásicas sobre la originalidad y diferencias de los dos modelos	76
B)	Nuevas tesis sobre las características esenciales de la relación Estado-ciudadano en el constitucionalismo europeo	82
C)	Consecuencias para las funciones que se atribuyen a las Administraciones Públicas	86
III.	Los poderes y los derechos en el primer constitucionalismo español	94
1.	<i>Constitución histórica, Constitución nueva</i>	94
A)	Monarquía moderada; gobierno mixto	94
B)	La doctrina de la Constitución histórica	96
C)	Incorporación de las soluciones revolucionarias	98
D)	El sincretismo final de la Constitución de 1812	99
2.	<i>La articulación de los poderes y el legicentrismo moderado</i>	105
A)	El reparto de las funciones del Estado y la participación en la aprobación de la ley	105
B)	La supremacía de la ley	111
3.	<i>La actualización y positivación de los derechos históricos de los ciudadanos. Sus garantías. Un programa de Administración</i>	113
A)	La consagración de los derechos: propiedad, libertad personal, garantías procesales. Proyecciones de la igualdad	113
B)	Los deberes de prestación de la Administración Pública: el correlativo reconocimiento de derechos sociales	117
C)	La protección de la Constitución	118

IV. La formación de los principios e instituciones características del régimen jurídico de la Administración Pública	121
1. <i>Los complementos del reino de la ley</i>	121
A) La complejidad de las normas y las interferencias de los tribunales en el poder legislativo durante el Antiguo Régimen	121
B) Tipología, características y procedimiento de elaboración de la legislación española en el Antiguo Régimen	128
C) El interés por las normas claras y técnicamente bien hechas: la nomofilia en el Nuevo Régimen	132
D) Ley, Código, Derecho	135
2. <i>La extensión del monopolio de la función legislativa</i>	140
A) La aparición del poder reglamentario en Francia	141
B) La emergencia del poder reglamentario en España	146
C) Fundamentos de la relación ley-reglamento en el constitucionalismo originario y su equilibrio posterior	149
3. <i>La ley y la Justicia</i>	156
A) El establecimiento de una nueva planta y de nuevos principios de organización de la Justicia	156
B) La prohibición general de que los jueces legislen y de la jurisprudencia creativa	163
C) Las matizaciones a la prohibición de que el legislador juzgue	169
4. <i>Las relaciones entre la Administración y la Justicia</i>	175
A) Las opciones del primer constitucionalismo sobre el control judicial de las resoluciones administrativas. La implantación de la regla «juzgar a la Administración es también administrar»	175
B) El problema del control jurisdiccional de la Administración en el primer período constitucional español	181
C) La separación de la Administración y la Justicia ordinaria y la formación del contencioso-administrativo en España	185
D) Las propuestas sobre la implantación de lo contencioso-administrativo y las Leyes de 1845	196
E) La regulación de otros privilegios procesales básicos de la Administración	203
a) La prohibición de interdictos contra la Administración y sus matizaciones ulteriores	203

b) El privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos	206
c) Las vías previas, el carácter revisor del contencioso y la ejecutividad de los actos administrativos	209
d) La autorización previa para procesar a los funcionarios públicos	215
F) Los conflictos jurisdiccionales	221
Bibliografía	224
Índice analítico y onomástico	235

FORMACIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Fue R. CARRÉ DE MALBERG, a principios del siglo xx, el primero que utilizó la noción de Estado legal para referirse al modelo que se había implantado en Europa, siguiendo la influencia francesa, en desarrollo de los principios de la Revolución y del constitucionalismo decimonónico. Su característica principal, que CARRÉ describió para criticar, era el absolutismo legal, la preeminencia total del poder del legislador y el carácter irresistible de sus mandatos, que no podían ser contrastados por ningún procedimiento jurídico para determinar su compatibilidad con la Constitución. Cubre el Estado legal el larguísimo espacio de tiempo que media entre las primeras Constituciones y la generalización de los sistemas jurídicos de garantía de la Constitución y los derechos fundamentales, que ocurre ya a principios del siglo xx.

Ese Estado legal se forma en Europa a partir de postulados ideológicos que son prácticamente idénticos a los que sirven en Estados Unidos para organizar un régimen constitucional completamente distinto que influye en una organización de los poderes jurídicos asimismo diversa y, sobre todo, en un entendimiento diferente de las funciones de la Administración y sus tareas de servicio público.

Con orígenes ideológicos parangonables, los dos modelos constitucionales se mantuvieron separados todo el tiempo que duró el Estado legal.

Estudiaremos en este tomo las razones de dicha diferenciación y, particularmente, el equilibrio de poderes en el Estado legal europeo.

I. LAS BASES FILOSÓFICAS DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS MODERNOS: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789 estatuyó que «toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución». Y es acertado, en verdad, decir que

1.
Los principios del
nuevo
constitucionalismo.

de tales dos elementos depende el carácter de un Estado y la posición que en él tienen los ciudadanos. Las soluciones que sobre ambos extremos adoptaron las primeras Constituciones, están inmediatamente vinculadas a las posiciones ideológicas que triunfan con las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII: la americana y la francesa. Y ambas, a su vez, son tributarias de elaboraciones filosóficas que son, sustancialmente, comunes.

1. SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES: LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS HASTA LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN

2.
Cosmos de
privilegios e
igualdad.

FIORAVANTI ha utilizado la noción «Constitución de los modernos» precisamente para destacar la radical originalidad de las bases filosóficas que la sustentan comparada con las Constituciones medievales. Estas son esencialmente conservadoras del orden y del Derecho establecido. Más que la creación de un Derecho nuevo por el monarca, lo que tratan es de mantener el delicado equilibrio entre privilegios, situaciones particulares, posiciones singulares, el «cosmos de privilegios», en fin, que caracteriza al Derecho medieval. Frente a ellas, las Constituciones de los modernos se sustentan en una potestad que crea Derecho de general aplicación.

El fundamento filosófico más firme del orden político medieval es la idea de monarquía mixta, y el de las Constituciones modernas es la idea de soberanía.

3.
Monarquía mixta y
potestas
temperata.

La *monarquía mixta* es una manera de explicar los equilibrios entre intereses y derechos particulares que conviven en el reino medieval. Esta situación solo puede mantenerse con garantías de respeto de las posiciones de todos y de estabilidad, si el Rey queda comprometido a aplicar justamente las leyes y deja intervenir en la formación de las decisiones a los estamentos más especialmente concernidos. Así nace la fórmula de la *potestas temperata*. El poder real se somete a límites y los estamentos nobiliarios y eclesiásticos intervienen en el empleo del poder. Aunque el Rey no está vinculado a la ley, acepta que sus decisiones se inserten en el marco de intereses de una comunidad política más amplia. La representación de esta comunidad se institucionalizará en el *consilium regni*, que integra a los magnates con el Rey.

Aunque los fundamentos filosóficos de este equilibrio se deben fundamentalmente a Tomás DE AQUINO (1225-1274), que los expone en su *Summa Theologica* y en *De regimine principis*, compuestos a partir de 1265, la representación más acabada de la fórmula se desarrolla en

Inglaterra. H. BRACON (1216-1268), recopiló las leyes y costumbres de Inglaterra y advirtió que la ley no es sino la configuración de una costumbre consolidada. Para que esta deviniera ley tendría que concurrir a decidirlo no solo el Rey, sino también el consentimiento de los grandes y el solemne compromiso de la comunidad política, que, al principio, se expresa en el *consilium regni*. Pero el ideal de equilibrio se manifestará luego en el Parlamento, en el que conviven y están representados los tres elementos básicos de la Constitución mixta: el Rey, los Lords, que reúnen a la aristocracia, y los Commons, que constituyen el elemento popular.

La Constitución medieval se equilibra con estos simples mecanismos pero, en verdad, el ejercicio del poder no es pacífico. Proliferan los conflictos entre los estamentos y el Rey, que se manifiestan más abiertamente a partir del siglo XVII.

Desde antes de que las turbulencias políticas empezaran a amenazar el sostenimiento de la Constitución mixta medieval, algunos filósofos ya le habían imputado ser causa del permanente conflicto que afectaba a las instituciones. Y ello porque, en medio de tanta pretendida armonía, *lo que se echaba de menos era una definición terminante de quién era el titular del poder*.

De esta necesidad de definición arranca la doctrina de la soberanía que será la primera pieza filosófica de las Constituciones modernas.

Los *Seis Libros de la República*, que publica Jean BODIN en París en 1576, es la indiscutible acta intelectual de nacimiento del concepto de soberanía que servirá para consolidar el Estado moderno y será el punto de referencia obligado para todas las reflexiones ulteriores sobre el asunto. BODINO define la soberanía como «*el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos no sometido a las leyes*». Lo caracteriza como poder originario o no delegado, o delegado sin límites o condiciones. Inalienable, no sujeto a prescripción. No sujeto a leyes, *absolutio legibus*, porque el soberano es la fuente misma y única del Derecho. No puede obligarse a sí mismo ni a sus sucesores. La atribución esencial de la soberanía es el poder hacer leyes tanto generales como particulares, sin que intervenga el consentimiento de un superior, igual o inferior.

Frente al pluralismo inorgánico de los poderes feudales, lo que J. BODIN apoya es la uniformación jurídica y la concentración en el soberano de la totalidad de las funciones del Estado, desde las legislativas a las burocrático-administrativas. Esta concentración es lo propio de una «república bien ordenada». La integración de todas estas funcio-

4.

Equilibrio medieval de poderes.

5.

Crisis de la Constitución mixta.

6.

La idea de soberanía.

7.

Concentración de poderes.

nes en una sola mano, agrupa, desde luego, la potestad de legislar sin consentimiento, la de nombrar titulares de oficios elevados, la de imponer tributos, acuñar moneda, hacer la guerra y la paz, la potestad jurisdiccional suprema, los poderes ligados a la fidelidad y obediencia de los súbditos y la facultad de conceder la gracia, entre las más elevadas.

La doctrina de J. BODIN permitirá apoyar el absolutismo sobre bases intelectuales sólidas (J. H. FRANKLIN), en términos que demostrarían su influencia en los reinos europeos durante los dos siglos siguientes (Y. Ch. ZARKA).

8.

Concentración del poder y ejercicio de las funciones.

La titularidad originaria del poder por el soberano y su ejercicio de manera necesariamente indivisible, según la convicción de BODINO, hace que este reconozca las tres formas básicas de un régimen político (monarquía, aristocracia, democracia) pero también que no acepte ninguna forma mixta que integre los elementos más definitorios de las mismas, porque ello solo podría ser una situación transitoria a la espera de la definición que se haga a favor de alguno de los factores sobre los que puede organizarse definitivamente el poder. Para BODIN, obviamente, la solución es la soberanía del monarca. Pero distingue todavía en su obra entre régimen y gobierno: el primero define el titular del poder soberano; el segundo describe el funcionamiento de los que ejercen el poder. Como el monarca soberano se ayuda de asambleas y magistrados para gobernar, es necesario establecer algún contrapeso entre estos cuerpos. En este punto, curiosamente, BODINO termina recuperando la idea del gobierno mixto y temperado.

9.

Poder supremo al servicio de la paz y seguridad en HOBBS.

El complemento fundamental de la doctrina moderna de la soberanía como poder supremo, total, ilimitado, perpetuo e indivisible lo aporta la obra de Thomas HOBBS. En *Leviathan*, HOBBS explica la inclinación antisocial de los hombres. El mantenimiento de la paz, la confianza mutua y los pactos solo son posibles si un gobierno fuerte los impone: «los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre de modo alguno». Por tanto, la seguridad depende de la existencia de un gobierno fuerte, capaz de mantener la paz y sobreponerse a las tentaciones antisociales de la conducta humana. Si los hombres aceptan vivir en sociedad no es por otra razón que por el temor al castigo. El derecho es útil en la medida en que puede imponerse por la fuerza. Para justificar la fuerza HOBBS recurre a la idea de pacto entre los individuos. Este acuerdo les obliga a renunciar a tomarse la justicia por su mano sometándose a un soberano.

Con esta fórmula pretendía HOBBS que se superaran las viejas doctrinas de la monarquía mixta que no terminaban de identificar, sin lugar a dudas, al titular del poder. Su idea es la de un *poder fundado en la asociación de los individuos para preservar sus vidas y sus bienes*. En este pacto participarán simultáneamente todos los individuos y solo ellos (la conocida fórmula que el propio HOBBS propone para la formalización del pacto es: «autorizo a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme por mí mismo, con la condición de que vosotros transferáis a él vuestro derecho y autoricéis todos sus actos de la misma manera...»). La simultaneidad del acuerdo impedirá que nadie pueda invocar derechos propios con los que discutir los del soberano, ya que todos los individuos ceden los suyos al unísono.

10.
Pacto y asociación.

El poder soberano, en el pensamiento de estos filósofos, es indivisible e ilimitado. También lo será en la obra de J. J. ROUSSEAU, que cuando publica en 1762 su *Contrato social*, lo que lleva a cabo es la más que revolucionaria propuesta de atribuir el poder soberano directamente al pueblo.

11.
Poder indivisible e ilimitado.

Pero entre las obras de HOBBS y las del filósofo ginebrino empezarán, incluso coetáneamente al primero, a manifestarse las preocupaciones de los pensadores por la creación de condiciones que eviten el abuso del poder.

Las experiencias políticas inglesas del siglo XVII ofrecerían un buen caldo de cultivo para la reflexión. La gran corriente que conducirá al establecimiento de tales contrapesos, que implicarán la limitación de las prerrogativas del soberano, está vinculada a la idea moderna de soberanía popular que empieza a configurarse con fuerza en pleno siglo XVII, en Inglaterra, inicialmente por causa de las reivindicaciones de los niveladores (*levellers*). En las postrimerías de la primera Revolución inglesa, con un monarca (Carlos I) derrocado y después decapitado, con el Parlamento sin saber qué hacer todavía con la soberanía que acababa de recuperar, y con un CROMWELL sinceramente contrario a la dictadura militar, surge un movimiento radical formado por soldados rasos disconformes con el modesto y conservador plan de reformas. Este es el origen, en 1647, del partido nivelador, cuyas orientaciones ideológicas quedaron recogidas en una serie de panfletos debidos, sobre todo, a John BILBURNE y Richard OVERTON, los líderes del partido. Parece claro que sus objetivos niveladores no se referían primordialmente a igualar las riquezas de las diferentes clases sociales, sino a eliminar los privilegios políticos de la nobleza, los monopolios comerciales y profesionales; la igualdad ante la ley y la igualdad de los derechos políticos.

12.
La emergencia de la soberanía popular.

13.

HARRINGTON
y el retorno
a la idea de
equilibrio.

En la corriente del pensamiento de la época se incorporan las observaciones fundamentales de James HARRINGTON, que escribe su *The Commonwealth of Oceana* en 1656. Vuelve a presentarse en este libro el equilibrio de poderes como solución; recordando las ideas de la monarquía mixta pero sin recuperarlas; adoptando su espíritu porque, no necesariamente, piensa HARRINGTON, la monarquía mixta conlleva el conflicto y la guerra. Aunque la vieja idea de la Constitución mixta está superada, hay que imitar, propone HARRINGTON, los equilibrios del gobierno de la República romana.

14.

Influencia de la
modernización del
common law.

Entre los juristas, y también entre los historiadores (TREVELYAN, Ch. HILL) se enfatiza la importancia que el fortalecimiento del *common law* tendría en el afianzamiento de las nuevas formas de gobierno limitado. Debe recordarse que en la historia política inglesa de la época no solo luchan por preservar sus prerrogativas el Rey y el Parlamento, sino también los tribunales, pretendiendo que se reconozca la primacía del *common law* frente a cualquier otra norma. El *common law*, derecho de creación judicial basado en las costumbres establecidas en Inglaterra, no era, a principios del siglo XVII, un conjunto de reglas bien establecidas y conocidas. Tampoco estaban claras las relaciones entre los diferentes tribunales (eclesiásticos, reales, de *common law*), como demuestra el intento de Carlos I de superponer a los tribunales que resolvían conforme al *common law*, otros órganos privilegiados como la famosa Cámara Estrellada.

Por razones que, como ha estimado Ch. HILL, no están todavía suficientemente esclarecidas, el *common law* empezó a modernizarse y renovarse hasta conseguir un predominio claro en la Inglaterra del siglo XVII. Sobre el carácter ambiguo y obsoleto de las normas y la necesidad de remodelarlas existía un consenso unánime. Y, para ello, tras las propuestas de los Parlamentos de 1593 y 1597, fue importantísima la tarea compiladora de Francis BACON y de Edward COKE. BACON se esforzó en la síntesis. COKE —durante tanto tiempo su implacable competidor— empezó por recoger un máximo de casos en los trece volúmenes de sus *Reports* y luego intentó una síntesis en sus *Institutes*, diferentes de lo que había tratado de conseguir BACON abreviadamente en sus axiomas.

15.

COKE.

COKE fue *Lord Chief Justice* en el reinado de Jacobo I y sobresalió como defensor de los privilegios y la primacía del *common law* hasta que fue destituido en 1616. Al margen de otras aportaciones sobre la preeminencia de los derechos sobre las leyes del Parlamento, que luego se recordarán, COKE tomó referencia de la obra de John FORTESCUE (magistrado del *common law* durante el reinado de Enrique IV que

había publicado en 1470 una obra, *On the nature of the law of nature* que relacionaba las razones para la limitación de los poderes del monarca) que había pretendido que el Rey no podía crear normas sin el consentimiento de los demás estados del reino, y los jueces tenían que actuar conforme al derecho común. COKE elevaría el *common law* a la formulación clásica. *Se instituirá así en el más reconocido defensor de la supremacía del common law sobre el resto de los órganos con capacidad para crear derecho*. Más aún, el *common law* será en su concepción, el fundamento del sistema constitucional británico, la única ley puramente inglesa.

16.
*Preeminencia del
common law.*

Todas estas diversas corrientes de pensamiento, en las que está bien presente la idea de gobierno equilibrado y limitado, desembocan, tras la Revolución de 1688, en el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689. En este documento quedarían reconocidas las aspiraciones de los Comunes que habían sustentado los jueces del *common law* en su lucha por limitar los poderes del monarca. De este texto (además de la proclamación definitiva del *rule of law*) procede la consagración de la soberanía del Parlamento, que se ejerce por el Rey junto a los Lores y los Comunes.

17.
*Bill of Rights
de 1689.*

Los revolucionarios de 1688 creían que la soberanía del Parlamento había sido violada por Jacobo II y sus consejeros. Para evitarlo sometieron a Guillermo y a María, los nuevos Reyes de Inglaterra, a un conjunto de restricciones, después de declarar algunas de las ilegalidades cometidas por el monarca anterior («1. Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de las leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal». «2. Que el pretendido poder de la autoridad de dispensar las leyes o la ejecución de las leyes... es ilegal...»), obligando en lo sucesivo al Rey a acatar las leyes del Parlamento, prohibiéndole acordar impuestos sin consentimiento, o mantener un ejército en tiempos de paz, o reconocer otros derechos de los súbditos (portar armas, dirigir peticiones al Rey, libertad de expresión dentro del Parlamento, no imposición de multas y castigos crueles). Todos estos principios serían ratificados y ampliados por leyes posteriores.

18.
*La soberanía del
Parlamento.*

El título o fundamento de la monarquía cambiaría desde entonces (D. L. KEIR) porque la prerrogativa regia quedaría limitada y precisaría el consentimiento de los representantes del pueblo en el Parlamento para la adopción de las decisiones políticas fundamentales.

19.
*Parlamento y
decisiones políticas
fundamentales.*

El conocimiento de estas experiencias permitirá a John LOCKE elaborar su pensamiento sobre el gobierno equilibrado y moderado. Está

20.
LOCKE.

recogido, sobre todo, en sus *Dos tratados sobre el gobierno* que se publican en 1690.

21.

La preservación de los derechos.

Contradiendo a T. HOBBS, no obstante tomar su filosofía como punto de partida, mantenía posiciones muy distintas en lo que concierne al pacto social y al estado de naturaleza. Los hombres serían capaces, aun en el estado de naturaleza, de preservar sus bienes y derechos, pero si celebran un pacto para salir de tal estado y constituir la sociedad civil es porque precisan una *standing rule*, una regla fija a la que todos se atengan. De modo que la sociedad civil es un modo de perfeccionar la protección de la *property*. Para lograr esa mayor protección también es preciso que el poder legislativo, aunque supremo, esté limitado. Sobre todo porque el legislador no ha sido estatuido para crear los derechos, sino para preservarlos. Por ello no puede disponer arbitrariamente de las vidas y sobre los bienes de los individuos («quitar a un hombre una parte de su propiedad sin su consentimiento», «gobernar con decretos improvisados», actuar «mediante leyes promulgadas y ciertas y jueces autorizados y reconocidos»).

22.

El pacto constitutivo de la sociedad civil.

Tal vez el estado de naturaleza permitiría una protección suficiente de los intereses de los individuos, pero LOCKE manifiesta su pesimismo respecto de la conducta de los malvados y corruptos que impedirían esa posibilidad haciendo necesario el pacto para constituir la sociedad civil. En el Capítulo VIII, Título II, epígrafe 95 de su Tratado, lo explica claramente: «el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil, es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad». La razón de la constitución de la sociedad la expresa LOCKE con la más repetida de sus frases sobre este argumento: «para preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de "propiedad" ("property")».

23.

La «property».

24.

Teoría de la división de poderes.

Fundamentada así la sociedad civil, es preciso seguidamente organizar un gobierno que se expresará, por lo menos, a través de una función legislativa, otra judicial y otra coactiva. La teoría de la división de poderes está expuesta en los parágrafos 143 a 148 del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil.

25.

Legislativo.

El legislativo aparece descrito con bastante precisión. Tiene que limitarse «a proveer el bien público de la sociedad». Las leyes han de

conformarse con las de la naturaleza, deben ser, además, generales y abstractas, no particulares, no arbitrarias. El legislativo no puede entregar a otro el poder de hacer leyes ni asumir la función de juzgar.

La separación de poderes es un medio muy principal para lograr esta limitación. El legislativo hace las leyes en poco tiempo y para siempre. Por eso necesita tener al lado un poder que se ocupe permanentemente de su ejecución. Esa es la función única del ejecutivo de LOCKE que necesita, por ello, idear, junto a aquel, un poder federativo, que se ocupe de la paz y la guerra, las ligas y las alianzas. Realmente más que un poder propio, aunque así lo llame, LOCKE identifica y separa una función, puesto que quien ejerce este poder federativo y el ejecutivo, es, en sus previsiones, el mismo.

En la consideración lockeana de los poderes del Estado, es llamativo que no se describe un poder judicial: *el poder legislativo y el judicial aparecen confundidos, la función legislativa y la judicial son la misma*, se trata de hacer derecho, por lo que el poder, en ambos casos, tiene el mismo contenido. En el parágrafo 89 del Tratado se indica esta unidad: «lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado es el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado, y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella».

Fijados los poderes y sus funciones, LOCKE se ocupa de recuperar ideas del gobierno mixto, para señalar algunas fórmulas que deben servir para equilibrarlos y contrapesarlos: la convocatoria de la Asamblea por el ejecutivo; la determinación de que aquella solo se reúna de forma ocasional; la posibilidad de que el Rey haga uso de sus prerrogativas de regular en determinadas ocasiones, etc. Lo importante es que en la obra de LOCKE no solo se teoriza sobre la idea de separación, que está al servicio de la libertad y de la propiedad, sino que se argumenta sobre la necesidad del ejercicio contrapesado y equilibrado del poder, elemento este de la teoría de la separación sobre el que profundizará MONTESQUIEU.

En la filosofía política inglesa aparecerán muy importantes aportaciones sobre la necesidad del gobierno mixto que era la parte de la teoría de LOCKE que había tenido menos aceptación práctica (sus tesis sobre la propiedad o su refutación de FILMER, sobre la monarquía absoluta de derecho divino, habían tenido un éxito inmediato). Incluso la recuperación de los poderes del monarca frente al Parlamento, en los años centrales del siglo XVIII, hacen especialmente relevantes las apor-

26.

Leyes generales y perdurables.

27.

Ejecutivo y federativo.

28.

Legislativo y judicial unidos.

29.

Equilibrios y contrapesos.

30.

BLACKSTONE y el gobierno mixto.

taciones de William BLACKSTONE en sus influyentes *Commentaries on the laws of England*, publicados en 1765 y 1769. Lo esencial de la Constitución británica, recuerda BLACKSTONE, es su carácter mixto, ya que combina la monarquía, la aristocracia y la democracia. La soberanía reside en el Parlamento. Ello asegura que las leyes tengan siempre como norte «el bien del pueblo», y puedan combinar los intereses del Rey, los lores y los comunes.

31.

La división de poderes.

BLACKSTONE expone en su obra la división de poderes inglesa en términos que influirán claramente en MONTESQUIEU: el poder judicial se atribuye a órganos independientes del ejecutivo, pero no del legislativo. Lo importante es que el legislativo estuviera separado del ejecutivo y este último del judicial. Decía BLACKSTONE que «en todos los gobiernos tiránicos el poder de hacer y de ejecutar las leyes reside en el mismo hombre o en un mismo cuerpo de hombres, y allí en donde ambos poderes están unidos la libertad política no puede existir».

32.

El Espíritu de las Leyes.

Pero la exposición depurada y final de la organización equilibrada del gobierno mediante poderes contrapesados y coordinados, corresponde a la obra de MONTESQUIEU. El Capítulo VI del Libro II de *El Espíritu de las Leyes*, se llama «De la Constitución de Inglaterra». Aunque MONTESQUIEU saca sus ideas de los frenos y contrapesos de la experiencia de su visita a Inglaterra durante 1729 y 1732, no parece que lo que él describe fuera verdaderamente el sistema político que estaba consolidado en la Inglaterra de su tiempo, en la que el Parlamento había recuperado mucho poder y se había consolidado el gobierno de gabinete, sobre todo con la llegada al poder de Robert WALPOLE.

33.

«Que el poder frene al poder».

La separación de poderes es una herramienta para la defensa de la libertad frente al despotismo. Una famosa frase, muchas veces recordada, del Libro XI de *El Espíritu de las Leyes* lo expresa de modo rotundo: «para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder».

34.

Tres poderes en equilibrio.

En el famoso Capítulo VI del Libro XI de *El Espíritu de las Leyes*, se describen tres poderes: «el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil». Cada poder tiene una función característica. Pero ningún poder monopoliza la función que se le atribuye. Al menos parcialmente, cada poder puede intervenir en una función distinta de la suya propia. Esta participación es beneficiosa; la especialización absoluta y el monopolio, no.

35.

Frenos y contrapesos.

De esta separación matizada resultan un conjunto de frenos y contrapesos que unos poderes reciben de los otros. MONTESQUIEU no hace

un catálogo de todas las combinaciones posibles. Muchos autores se han ocupado luego de teorizar sobre ellas. MONTESQUIEU apunta, por ejemplo, que conviene que sea el ejecutivo el que decida cuándo ha de ser convocado el legislativo y la duración de las reuniones; que el ejecutivo debe tener alguna facultad de vetar las normas emanadas del legislativo. En este punto, el barón de BRÈDE teoriza sobre dos facultades que ocuparán larguísimo tiempo a la Asamblea constituyente francesa cuando debata sobre el veto suspensivo: la *faculté de statuer*, que consiste en establecer normas por su propia iniciativa y criterio, o corregir las que otros hayan ordenado, y, por otro lado, la *faculté d'empêcher*, que puede usar para obstaculizar o anular las normas del legislativo, lo que cree el filósofo que es fundamental para evitar el riesgo de que el legislativo sea despótico.

He aquí, pues, un legislativo mediatizado y controlado por el poder ejecutivo. En ello no hay reciprocidad porque, según MONTESQUIEU, «el poder legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al poder ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución que tiene sus límites por naturaleza». Aunque sí reconoce al poder legislativo facultades generales de supervisión y control. En conclusión, puede MONTESQUIEU decir que «el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes», de modo que su acción siempre podrá contrapesarse, aunque ello no tiene por qué ocurrir sino cuando resulta imprescindible.

La separación que propone entre el legislativo y el judicial es total. Las excepciones que admite son la existencia de un fuero especial para los nobles, las facultades de indulto o de amnistía, y la facultad de las Asambleas de conocer de los delitos políticos.

Respecto de los órganos que deben ejercer cada uno de estos poderes, establece que el poder judicial no tiene que ser atribuido a ningún órgano del Estado que se ocupe de modo permanente de su ejercicio. No debe atribuirse a ningún «senado permanente» sino a «personas del pueblo nombradas en ciertas épocas del año» y solo para el tiempo imprescindible. Con lo cual persigue MONTESQUIEU que «*el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión*», y se convierte simplemente en «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley».

Para el poder ejecutivo, se propone en el *Espíritu de las Leyes* una fórmula que habrá de tener extraordinario éxito y desarrollo en la gran reorganización de la Administración contemporánea que propicia el Estado constitucional. Como el legislativo, tiene que adscribirse a

36.
Separación
legislativa y judicial.

37.
Ejecutar es cosa de
uno solo.

órganos permanentes, pero así como las cosas que corresponden al legislativo «se ordenan mejor por varios que por uno solo», el ejecutivo debe corresponder al monarca «porque esta parte del gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida está mejor administrada por una sola persona que por varias».

La función legislativa la podría ejercer directamente el pueblo pero habida cuenta de su incapacidad para decidir sobre asuntos relevantes para la comunidad, es mejor que actúe a través de representantes en la Asamblea. Entre el pueblo representado no están, desde luego, los nobles, que tienen una posición y derecho singular, ni aquellos individuos de condición tan baja que carecen de voluntad propia. El cuerpo de los nobles actuará junto con el de los representantes del pueblo, pero reunidos en asambleas diferentes. Los derechos de la nobleza quedan así salvaguardados en la obra del Presidente del Parlamento de Burdeos, siempre cuidadoso de no afectar excesivamente a intereses a los que estaba próximo, porque «hay siempre en los estados personas distinguidas por su nacimiento, sus riquezas, sus honores que si estuvieran confundidas con el pueblo o no tuvieran más que un voto como los demás la libertad común sería esclavitud para ellas y no tendrían ningún interés en defenderla, ya que la mayor parte de las resoluciones irían en contra suya».

A partir de la obra de MONTESQUIEU las ideas sobre organización de los poderes están dispuestas para ser utilizadas por las primeras Asambleas Constituyentes.

2. SOBRE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS. LAS FUENTES DEL PENSAMIENTO SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES: LAS RAÍCES ESPAÑOLAS

A) **Formación e influencia de la doctrina de los derechos innatos de los hombres construida por la Segunda Escolástica**

El descubrimiento teórico de más importancia de toda la historia constitucional son los derechos fundamentales. Durante centurias los derechos de los individuos estuvieron restringidos a clases o corporaciones determinadas y privilegiadas. Hasta los siglos XVI y XVII no aparecen ensayos bien organizados para fundamentarlos en la teoría filosófica. En los mismos siglos están las primeras positivaciones —las reclamaciones, peticiones, listas o reconocimientos de derechos— establecidas en cartas y documentos reales o parlamentarios. Hasta finales del siglo XVIII no aparece la primera Declaración general. Aun-

38.

*El legislativo en
Asamblea.*

39.

*El mayor
descubrimiento de
la historia
constitucional.*

que precedida de algunas Declaraciones inglesas y americanas, el honor suele reconocérsele a la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789*. Esta Declaración permanecerá durante decenios en el terreno de la retórica en cuanto que, por lo que respecta a su vigencia y realización, queda encomendada a la disponibilidad del legislador ordinario. Y, en fin, hasta mediados del siglo xx no se generaliza un sistema de garantías jurídicas completas a favor de los derechos fundamentales, que se complementa y perfecciona con la ayuda de las regulaciones europeas (la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, y la incorporación de los mismos valores a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea).

Pero las Declaraciones del siglo xviii tiene el indiscutible valor de haber positivizado una relación de derechos individuales. Y a partir de entonces, los derechos serían un elemento fundamental en la estructura de las Constituciones contemporáneas y en las políticas desarrolladas a su amparo.

Normalmente este capital descubrimiento, que ha terminado hoy por convertirse en el principal valor de estabilidad y seguridad de todos los sistemas políticos, se lo han atribuido los políticos y la doctrina francesa porque la Declaración de 1789 es la primera y más general positivación existente; también se han asignado el mérito los ingleses porque la influencia de su Constitución y sus filósofos en los redactores de la Declaración es innegable, y, además, porque ellos anticiparon el *Bill of Rights* de 1689 y otras Cartas de derechos, anteriores y posteriores, al movimiento positivista; los americanos también creen suya la iniciativa porque, además de que la Declaración debe mucho a la influencia personal de LAFAYETTE que había estado en primera línea con ocasión de la Revolución y la independencia americanas, tiene antecedentes en la *Declaración de Virginia* y las de otros Estados y, además, inspiraron el sentimiento favorable a la libertad religiosa y otros derechos inalienables de los hombres; y los alemanes, en fin, porque la doctrina de los derechos humanos procede del iusnaturalismo racionalista, que tiene en la obra de Hugo GROCIO y Samuel PUFFENDORF, de TOMASIO y de ALTUSIO, de Thomas WOLFF, en fin, la construcción que se ha consolidado.

Los autores españoles, solo con gran timidez, se han permitido atribuirse una cierta inspiración de todo ese gran movimiento filosófico, cuando, sin ninguna duda, *fueron el primer motor, y ofrecieron las primeras referencias y aplicaciones prácticas con ocasión de la conquista*

40.*Las Declaraciones.***41.***Los orígenes de las Declaraciones.*

42.

La importancia de
la Segunda
Escolástica.

de América. GROCIO cita docenas de veces en su obra a Francisco DE VITORIA y toda la formidable Segunda Escolástica española es seguida de cerca, confesadamente, por el iusnaturalismo racionalista. Seguramente, además de que en España se produce la especialísima ocasión de tener que justificar el sometimiento de los indios, lo que ofrece un campo de prácticas único en la época para los teóricos, tal influencia era inevitable siendo entonces como era la primera potencia mundial.

43.

Iusnaturalismo.

Todo ello ha de decirse, desde luego, sin confundir el iusnaturalismo racionalista con los postulados de la escolástica española. Esta última, como resume Rainer SPECHT, descubre la existencia de principios prepositivos de justicia, que los cristianos fundamentan en un Dios que manda, prohíbe y exige responsabilidades en razón a la observancia de los mismos en el plano social y político; también que los valores que aquellos principios condensan son universales y no dependen de la situación o las características de las personas o de los grupos (que es la más ejemplar aportación de las reflexiones de VITORIA en su *De Indis*). Pero el derecho natural racionalista que se desarrolla a partir de GROCIO y PUFFENDORF encaja, bien al contrario, en el movimiento de secularización del mundo moderno (entre nosotros, en cambio, un valioso defensor de los derechos, como Bartolomé DE LAS CASAS, nunca utilizó otra justificación que la doctrina cristiana). No es una idea trascendente, religiosa, la justificación de los derechos (aunque fijándose en la aventura singular de Robert WILLIAMS, el sabio G. JELLINEK —A. POSADA insiste en este calificativo al presentar esta aportación suya— establecería que la libertad religiosa es la fuente de la idea de los derechos naturales e inalienables, como luego veremos), sino la propia naturaleza humana y social, el apoyo ético del derecho natural que, como la razón humana, es universal e imperecedero. El iusnaturalismo racionalista usa métodos racionales para elaborar su pensamiento. No busca ideas trascendentes a la razón humana sino que emplea el mismo método de las ciencias físicas y matemáticas del momento. Hasta en lo personal son conocidas las relaciones entre GROCIO y GALILEO, DESCARTES y HARVEY, o de WOLF con LEIBNIZ.

44.

Iusnaturalismo
racionalista.

La naturaleza, la razón humana, la autonomía individual se ponen en primer plano. Se seculariza de esta manera el derecho natural escolástico, aunque no pueda olvidarse que, como ha dicho H. WELZEL, «todos los grandes pensadores que han constituido la filosofía moderna (DESCARTES y LEIBNIZ, BACON, HOBBS y LOCKE, GROCIO y PUFFENDORF) habían recibido una formación escolástica».

Pero, una vez salvadas todas las distancias, no puede ponerse la menor objeción a que la preocupación acerca de si todos los hombres

tienen unos derechos innatos que no pueden ser violados por el poder, nace principalmente en la doctrina española. Se fundan, finalmente, en elementos trascendentes a la razón humana para resolverlos. Pero el planteamiento del problema, su desarrollo y solución no variará cuando se afirma la preeminencia del individuo sobre el poder. El cambio de clave de justificación no es una minucia, desde luego, pero los efectos de la declaración y lo fundamental del recorrido argumental serán reutilizados más tarde sobre la base de las construcciones escolásticas. Parece ello de todo punto evidente, aunque pocas veces, no es fácil adivinar por qué suerte de complejo, la doctrina española ulterior lo ha afirmado con seguridad.

No es posible, porque nos desviaríamos de los objetivos de esta obra, hacer un recorrido completo sobre la deslumbrante historia de la defensa de los derechos con ocasión de la conquista de América. Retendremos, solamente, algunas referencias indispensables:

1.º La preocupación de la monarquía española y sus consejeros por los derechos de los indios arranca con el hecho mismo del descubrimiento y progresa y se profundiza a medida que la conquista avanza y los españoles empiezan a abusar manifiestamente de las poblaciones indígenas. Quizás el documento primero en el que la aludida inquietud está presente son las *dos cartas*, contradictorias entre sí, *que envían los Reyes Católicos el 14 y el 16 de abril de 1495, sobre si se podían vender los indios que traía consigo Colón en su primer viaje de regreso*. Pero el análisis más metódico y crítico del tratamiento que están recibiendo las poblaciones amerindias, comienza con el *demoledor sermón que pronuncia en La Española, el cuarto domingo de adviento de 1511, Fray Antonio DE MONTESINOS*. Bartolomé DE LAS CASAS lo transcribió en su *Historia de las Indias*: «... Decide, ¿con qué derechos y con qué justicia tenéis en tal cruel y horrible servidumbre a estos indios?, ¿con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muertes y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos de sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren...? ¿Estos, no son hombres?...». El Rey Fernando abriría una información sobre los hechos, que motivaron una seria protesta de los encomendaderos. Emiten informes, entre otros, Matías DE PAZ y PALACIOS RUBIOS, de los que sale un instrumento singular: el *Requerimiento*. En lo sucesivo habría de leerse el *Requerimiento* a los indios, para solicitar su sometimiento y colaboración, antes de aplicar cualquier medida coactiva. También la Junta que se reúne enton-

45.*La doctrina de los derechos innatos.***46.***Los derechos de los indios.***47.***MONTESINOS.***48.***El Requerimiento.*

ces en Burgos redacta unas primeras Ordenanzas de 27 de diciembre de 1512 que, corregidas luego en otra Junta celebrada en Valladolid, proclamaba el derecho de los indios a la libertad, al trabajo justo y a la retribución por el mismo, a tener domicilio propio y a comunicarse con los cristianos.

Después de la Conquista de México, que inicia Hernán CORTÉS en 1519, el problema del trato a los indios se hace mucho más serio. CORTÉS operó utilizando la fórmula del Requerimiento, que ya por entonces empezaba a parecer ridícula a los coetáneos: leer una fórmula, aunque fuese con intérprete, y levantar acta, para luego actuar con la máxima dureza, no parecía demasiado garantizador de los derechos. Pero los mismos problemas se multiplicaron con la conquista del Perú, iniciada por Francisco PIZARRO y los suyos desde 1533, acompañada de una acción a veces despiadada y de un enriquecimiento abusivo y de difícil justificación de algunos conquistadores. Y ello, en este caso, a pesar de que los conquistadores cumplieron estrictamente las reglas (el Requerimiento lo habían leído hasta tres veces: una ante Atahualpa, otra en la coronación de Tupac Hualpa, y otra en la coronación del Inca Manco II en Cuzco).

Pero es la crítica levantada con ocasión de esta última conquista lo que llega al claustro de la Universidad de Salamanca y convierte el problema en objeto de preocupación y de reflexión intelectual.

2.º FRANCISCO DE VITORIA será el arco de bóveda de la monumental creación intelectual en defensa del reconocimiento de los indios como hombres y la proclamación de la universalidad de los derechos humanos. Como ha señalado con entusiasmo J. GOTI ORDEÑANA, «cuando unos años más tarde GROCIO y los demás autores quieren crear un Derecho natural racionalista, no tienen más que quitar de su base la teología, y seguir con el mismo razonamiento y esquema de ideas de la consideración de la persona» (R. HERNÁNDEZ MARTÍN ha contado las veces que GROCIO cita en *De iure belli* a VITORIA: son 58 y no cuenta las otras muchas que lo sigue con toda evidencia sin citarlo).

VITORIA había tenido ocasión de reflexionar sobre los problemas de la legitimidad de la conquista con ocasión de su estancia en la Universidad de París, donde llegó en 1508 para estudiar teología. Allí coincidió con el dominico escocés John MAIR que publicó en 1510 su *Comentario al Segundo Libro de las Sentencias* de Pedro LOMBARDO, donde en la distinción 44, cuestión 3, abordaba el problema de la legitimidad de la conquista de los españoles. El libro influiría, sin duda, en el pensamiento de VITORIA porque ya aparecen en él cuestiones que el profesor

49.

VITORIA.

50.

La influencia de
J. MAIR.

de Salamanca retomará y desarrollará pletóricas de profundidad y novedades.

Escribe VITORIA conmovido por los acontecimientos de Perú, de lo que hay prueba documental (especialmente su carta a Miguel ARCOS). Ni entiende la guerra contra Atahualpa, ni cree que por la oposición de los indios se les puedan imponer las penas más graves, robándoles y echándolos a perder. La inquietud del emperador era, a la sazón, coincidente, como prueban las Cédulas reales que, desde que empezó la conquista de México, tratan de reducir la opresión sobre los indios. De manera que la obra de VITORIA está también al servicio del Emperador, al que evita criticar.

La obra de VITORIA, concluirá en la formulación de tres principios clave que ha sintetizado Luciano PEREÑA: «los derechos fundamentales de los indios a ser hombres y ser tratados como seres libres, el derecho fundamental del pueblo a tener y defender su propia soberanía, y el derecho fundamental del orbe a hacer y colaborar en bien de la paz y solidaridad internacional».

VITORIA introduce un elemento personalista en los derechos políticos que antes solo se aplicaba a los derechos civiles. Aquellos se considerarán por el profesor salmantino *derechos innatos exigibles también frente al Estado*. La crítica de la consideración de los entes colectivos como sujetos de derechos viene de Guillermo OCCAM, pero es VITORIA el que maneja tanto el concepto de sujeto individual como el de derechos colectivos. VITORIA impulsa, pese a su condición de teólogo, el inmediato movimiento de secularización, puesto que su argumentación se integrará ya entre los componentes ideológicos inescindible de cualquier reflexión sobre los derechos de los hombres y de los pueblos en las épocas posteriores, en las que se prescindirá de los elementos teológicos.

En varios de sus escritos y, sobre todo en la *Relectio De Indis*, VITORIA analiza los títulos en que ha tratado de apoyarse la conquista (y que estaban expuestos en el Requerimiento). La soberanía universal del emperador, el poder universal del Papa, el derecho de descubrimiento y ocupación, la elección voluntaria y libre de la soberanía española, la oposición a recibir la fe cristiana, los pecados y crímenes contra el derecho natural, la especial misión que Dios dio a los españoles para atraer a los indios a la fe y la cultura cristianas.

El trabajo del dominico en *De Indis* consistirá, después de criticados todos los títulos que se habían venido empleando, construir otros nuevos: la sociabilidad y comunicación natural entre los hombres; el

51.

El contenido de los derechos.

52.

Derechos exigibles.

53.

Los justos títulos.

reconocimiento a cualquier persona del derecho a disfrutar de los bienes del mundo, el derecho a la libertad de comercio, el *ius soli*; la protección y defensa del derecho de libertad religiosa; la defensa y protección de los derechos humanos esenciales.

Las proposiciones, que tratan de no incomodar al poder imperial, están argumentadas de forma radicalmente nueva, manejando principios ajenos a las ideas consolidadas en la época y profundamente originales.

No es posible detenerse aquí en el desarrollo de la obra vitoriana, pero sí, finalmente, recordar algunas claves de su esquema de ideas. Todo el género humano disfruta de iguales derechos. Estos son universales, pertenecientes al derecho de gentes. Tiene que reelaborar la noción de derecho de gentes para dotarlo de esa característica de universalidad porque en el Derecho romano, según resultaba de las Instituciones, había quedado concebido como un derecho positivo nacido de las costumbres y de las relaciones entre los Estados. VITORIA concibe el derecho de gentes como derecho natural. No es un derecho aplicable solo al universo de los cristianos, sino a todas las gentes del mundo. Desde la introducción de su *Relectio De Indis*, busca VITORIA una serie de principios informadores de derecho natural en los que va a apoyar toda su argumentación. Serán: la dignidad de la persona humana, el ser humano como sujeto absoluto de derechos, el pluralismo de culturas, la libertad de decisión de los hombres y la igualdad entre todos ellos.

A partir de tales principios, como ha resumido R. HERNÁNDEZ MARTÍN, VITORIA tendrá en cuenta dos perspectivas en la formulación y estudio de los derechos humanos: *una internacionalista, preocupada por las exigencias de los pueblos y las sociedades civiles, y otra individualista que se fundamenta en la dignidad de la persona humana y sus derechos inalienables*. El reconocimiento de los derechos de los Estados y las instituciones colectivas será fundamental para el funcionamiento de la comunidad universal y el desarrollo del Derecho Internacional. Y en cuanto a sus posiciones individualistas, que son las que ahora nos interesan, significa reconocer que, dentro de la esfera política, las personas son titulares de derechos con independencia de su cultura o de la nación o institución en la que se integren. Son derechos inherentes a la naturaleza humana de la que son titulares tanto los nacionales como los extranjeros. Son universales, deben ser respetados por todos los pueblos. Son inalienables.

54.

Igualdad de derechos de todo el género humano.

55.

Derechos inherentes a la naturaleza humana.

B) El iusnaturalismo racionalista y los derechos públicos subjetivos

A pesar de que el pensamiento vitoriano (como el de toda la Segunda Escolástica española), y los otros debates que siguen en Salamanca y Valladolid (aquí el famoso entre Bartolomé DE LAS CASAS y Juan GINÉS DE SEPÚLVEDA, en 1550) influyen poderosamente en la corriente iusnaturalista centroeuropea, es llamativo el aparente olvido de los pensamientos y las experiencias de los españoles, en Inglaterra, que va a protagonizar la ocupación y conquista de la América del Norte.

Robert A. WILLIAMS ha aportado al respecto algunas consideraciones de interés.

En los primeros desarrollos de la conquista americana (las cartas patentes a CABOT), Enrique VII se inspiró en los discursos medievales de la Iglesia Católica respecto de los derechos de los infieles. Pero durante el reinado de Enrique VIII (ruptura con Roma, confiscación de bienes de iglesias y monasterios, aplicación de nuevos recursos al desarrollo de la instalación de colonos en América) se producirán los primeros discursos filosóficos relativos a la colonización. A la muerte del Rey Enrique en 1553, Richard EDEN que había sido educado en Cambridge como servidor del Real Tesoro, publicó la primera traducción al inglés del libro de Americo VESPUCCIO, y luego un libro con más de ochocientas páginas que contenía compilaciones de las relaciones de los primeros historiadores de la conquista, en los albores del siglo XVI (entre ellos Pedro Mártir de Anglería y, sobre todo, de la importantísima obra de Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO, que había publicado su *Historia Natural de las Indias* en 1520).

Los antecedentes que R. EDEN recoge son difundidos, sin embargo, con la máxima discreción en cuanto pudieran resultar contrarios a la Iglesia o críticos para la monarquía española. Reinaba en Inglaterra la hija de Enrique VIII y su primera mujer, Catalina de Aragón, la reina María Tudor, devota católica, empeñada en dismantelar las reformas protestantes, animada por la Iglesia Católica y por el emperador Carlos V que, además, la casó con su hijo Felipe. En una situación así, considerando que EDEN se había matriculado en Cambridge, institución sospechosa de alojar a muchos protestantes radicales, se comprende que se condicionara la publicación a pesar de que en ella incluía EDEN elogios al Rey Fernando, atribuyéndole la iniciativa de la conquista de América.

56.

Influencia en el pensamiento inglés.

57.

Difusión del pensamiento vitoriano.

La restauración del anglicanismo, a partir del reinado de Isabel I, creará un nuevo ambiente. Después de subir al trono en 1558 buscó y encontró muchos argumentos para aliarse con Francia y enfriar las relaciones con España. Aunque la conquista inglesa se impulsa esencialmente en este reinado, pocas veces aparecen las ideas de los colonizadores y pensadores españoles. La teoría del discurso de la colonización se enriquece en la época con el *Thruer Report* que publica PECKHAM. Tanto en este como en otros escritos suyos hace una cerrada defensa de la conquista frente a sus críticos. Y, como R. WILLIAMS señala, parece claro que PECKHAM tiene en sus manos la obra de VITORIA (los textos de VITORIA se habían publicado en latín en 1552).

58.
LAS CASAS.

Más clara, en cambio, es la difusión de otros escritos y debates más emotivos, como el opúsculo de LAS CASAS «Brevisísima historia de la destrucción de las Indias por los españoles» que se traduce en Inglaterra, simplemente por *The Spanish cruelties*. En la edición de 1583 del libro se añaden ochenta páginas con un resumen del debate LAS CASAS-Sepúlveda de 1550 en Valladolid.

59.
GENTILI.

Pero, en fin, la presencia irresistible del pensamiento vitoriano se haría notar en la obra de Alberico GENTILI, cuyo prestigio le permitía menos condicionamientos, cuando es nombrado profesor en Oxford en 1587. En su *De iure belli* están directamente las opiniones de VITORIA.

Este es el caldo de cultivo filosófico en cuyo marco se produce el gran desarrollo del *common law* inglés, a principios del siglo XVII, gracias, sobre todo, a la obra de Edward COKE. El *common law* servirá para sustentar las reivindicaciones esenciales de la Revolución inglesa de 1688 y el *Bill of Rights* de 1689. Y de las experiencias de la revolución se valdrá John LOCKE para escribir su tratado sobre el gobierno civil y sustentar sus ideas sobre los derechos, que esta vez sí, influirán de modo directo en la Revolución y las Constituciones de los Estados y en la Constitución federal norteamericana, existiendo una vinculación documentalmente probada.

60.
La superioridad de
los derechos sobre
las leyes.

Desde luego el *common law* se fundaba sobre las costumbres de los ingleses consolidadas como normas en la jurisprudencia. Su desarrollo sirvió para conformar la noción de *Ancient Constitution* en Inglaterra y la existencia de un derecho inmemorial que las leyes del Parlamento no podían quebrantar y tampoco los jueces, cuya función se constreñía a reconocerlo. Pero está probado que este derecho ni estaba compilado ni era apenas conocido a principios del siglo XVI. Las obras de BACON y de COKE contribuirán decisivamente a ello. Añadirán,

además, de modo indiscutible, el elemento original, de capital importancia, de que las leyes del Parlamento pueden ser anuladas cuando se oponen a los derechos inmemoriales e inalienables (la expresión de la idea más clásica es la que expone COKE en el *Bonham case* de 1610: «... *it appers in our books that in many cases the common law will control Act of Parliament and adjudge them to be utterly void. For when an Act of Parliament ist against common rights or reason or repugnant or imposible to be performer, the common law will control in adjudge such Act to be void*»).

61.
COKE y el *Bonham case*.

Entre la influencia privilegiada e inequívocamente singular del *common law*, y la que directamente recibe JOHN LOCKE del primer iusnaturalismo racionalista de GROCIO y PUFFENDORF, del que también él es un exponente capital, y por esta última vía, o también directamente, de la influyente Escuela española, quedan desveladas, las fuentes del pensamiento moderno sobre los derechos fundamentales (la otra influencia, más puramente política, viene en Inglaterra de las propuestas de los *levellers* —los primeros que plantean en el plano político la idea de la inalienabilidad de los derechos con origen en GROCIO y VITORIA— y va a parar a la Gloriosa Revolución).

Hugo GROCIO (1583-1645) como fundador del iusnaturalismo racionalista había proclamado que el derecho natural es «un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción para su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tienen fealdad o necesidad moral, y por consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza. Los actos sobre los cuales recae el dictado son lícitos o ilícitos de suyo, y por lo tanto, se toman, como mandados o prohibidos por Dios, necesariamente: en el cual concepto se diferencia este derecho no solamente del humano, sino también del divino voluntario, el cual no manda o prohíbe lo que de suyo y por su misma naturaleza es lícito o ilícito, sino que prohibiendo o mandando hace las cosas lícitas o ilícitas».

62.
Los derechos en GROCIO.

Responde el derecho natural a una razón tan universal y permanente, es tan inmutable, «que ni aun Dios lo puede cambiar».

Samuel PUFFENDORF (1632-1694) es, como TOMASIO y WOLF, un nombre clave en el iusnaturalismo racionalista (la primera cátedra europea de Derecho Natural y de Gentes que se estableció en Heidelberg en 1661, la regentó él).

63.
PUFFENDORF, la libertad y la igualdad.

Son renovadoras sus concepciones antropológicas: el hombre es un ser libre, moral, e igual portador de una peculiar dignidad. La libertad y la dignidad son comunes a todos los hombres porque la naturaleza

humana es común también a todas ellas. En su concepto del derecho natural están los indicados elementos individualistas pero también la idea de sociabilidad y protección de la existencia: «... todo lo que contribuya necesariamente a esta sociabilidad universal debe ser tenido por prescrito por el Derecho natural; y todo lo que la enturbia, debe, al contrario, ser prohibido por el mismo Derecho».

64.
Dignidad humana.

H. WELZEL ha resumido que «PUFFENDORF es el primero que, antes que KANT, expresará con palabras tan impresionantes la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de todo el sistema de derecho natural y deduciendo también de ella la noción de los derechos del hombre y de la libertad, que determinará el curso del siglo siguiente».

65.
John LOCKE.

Pero, envuelto en esta corriente de pensamiento, el filósofo cuyas ideas más directamente influirían en los textos positivos de las Constituciones y Declaraciones de finales de siglo XVIII, fue John LOCKE.

Sus libros fundamentales son los *Essays on the law of nature* y *Two Treatises on Government*. Este último, que fue publicado en 1690, aunque probablemente quedara ultimado antes de la Revolución de 1688, recoge su pensamiento político.

66.
FILMER.

LOCKE se enfrenta con las concepciones dominantes sobre el derecho divino como justificación del poder del monarca y de los pactos que dan lugar al nacimiento de la sociedad civil, para combatir ambas tesis. La teoría del derecho divino de los reyes había tenido un exponente crucial en *El Patriarca* de FILMER, donde se describe un hombre nacido en estado de impotencia que precisa someterse al poder de un soberano. Este recibe el poder en línea hereditaria directa del propio Adán, que fue el primero al que Dios se lo concedió.

67.
Pacto social e
intervención divina.

Ideas como estas estaban muy arraigadas en la Inglaterra de su tiempo. Lo mismo que algunas versiones del pacto social que requerían una fuerte intervención divina. Por ejemplo, el contrato firmado por los peregrinos del *Mayflower* en 1620 («... por el presente instrumento solemne y mutuamente, en presencia de Dios y de nosotros mismos, pactamos y nos constituimos en un Cuerpo político civil para nuestra mejor Organización y Preservación, y Prosperidad de los Fines antedichos...»), tiene verdaderamente como a una de las partes al mismo Dios. Ambos —los colonos y Dios— firmaban un acuerdo por el que este concedía a aquellos el derecho de constituirse en sociedad civil y gobernarse. LOCKE rechazará esta idea antigua del pacto y utiliza otra en la que la naturaleza se interfiere entre Dios y el hombre y rompe

68.
Secularización del
pacto social.

la relación directa. El contrato social, como se ha observado con acierto, se seculariza en LOCKE.

El gobierno tiene que basarse en la cesión por cada individuo de una parte de su libertad natural: «todo hombre particular debe desprenderse inevitablemente de ese derecho a su libertad y confiar al magistrado un poder tan pleno sobre todas sus acciones como él mismo tenía, siendo por el contrario imposible que alguien deba estar sujeto a los mandatos de otro si retiene la libre disposición de sí mismo y es señor de una igual libertad». De aquí el pacto de obediencia a la ley que se configura en LOCKE como el primer deber moral del súbdito. Y, al mismo tiempo, la integración en la sociedad es la mejor fórmula de autopreservación que pueden utilizar los hombres. La finalidad de toda sociedad política, según las expresivas frases del filósofo, tan repetidas en este punto, es la «*mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras*»; «la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en estados... es la de salvaguardar sus bienes»; «una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil».

69.

Mutua salvaguardia.

La vida, la libertad y la propiedad son los derechos naturales sustantivos sobre los que teoriza LOCKE. Constituyen el conjunto que él designa con el nombre de «*property*», y que caracteriza los derechos infranqueables de los hombres. Son inalienables estos derechos; es necesaria la inalienabilidad para proteger los derechos incluso contra la voluntad de su titular (B. A. RICHARDS). En su virtud, sería inadmisibles la esclavitud o la disposición sobre la propia vida.

70.

*La property en
LOCKE.*

Los intereses que la sociedad civil debe defender son «la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes». Es decir «*regular y preservar la property*».

El famoso capítulo sobre la propiedad privada influiría de modo específico en la consolidación de esta como derecho subjetivo y su proclamación como derecho básico en las Constituciones y las Declaraciones de Derechos. En los sistemas continentales europeos la idea es fundamental porque alrededor de ella emergerá un orden positivo, social y económico enteramente nuevo, que trastocará completamente todas las estructuras del Antiguo Régimen. Y en el constitucionalismo norteamericano servirá para justificar la apropiación de las tierras. Dice LOCKE sobre ello que en el estado de naturaleza los bienes fueron entregados a la humanidad en común: «Dios, como dice el Rey David:... entregó la tierra a los hijos de los hombres». Y dicho esto se

71.

*Emergencia de la
propiedad privada.*

dispone a demostrar cómo es posible que lo que se ha dado por Dios a todos en común sea apropiado por algunos sin el acuerdo expreso de todos los miembros de la comunidad. LOCKE no cree que sea necesario acudir a la sociedad civil. La justificación está en que el esfuerzo y el trabajo del hombre es algo propiamente suyo, al igual que lo es su persona, de modo que «siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es suyo propio y, por ello, la ha convertido en propiedad suya...», nadie distinto de él puede tener derecho a tal «agregación».

En fin, otra influencia decisiva sobre el constitucionalismo (americano, sobre todo) posterior, habrá de tener, *la absoluta convicción de LOCKE de la supremacía del «common law» sobre el «statutory law»*. En el Segundo Tratado, epígrafe 135, dice que el poder de los legisladores debe respetar «el bien público de la sociedad», lo que les exige actuar conforme a la «ley de la naturaleza, es decir, con la voluntad de Dios, de la cual la ley de la naturaleza es una manifestación».

72.
*Supremacía del
common law.*

II. EL PAPEL DE LA LEY Y LA POSICIÓN DEL EJECUTIVO EN LOS MODELOS CONSTITUCIONALES HISTÓRICOS AMERICANO Y FRANCÉS

1. LAS PECULIARIDADES DEL PENSAMIENTO Y DE LA SOCIEDAD AMERICANA

A) Orígenes intelectuales de la Revolución americana

La filosofía que iluminará los movimientos revolucionarios americano y francés de finales del siglo XVIII y las primeras Constituciones que los siguen, en un lado y otro del Atlántico, es esencialmente la misma. Pero se *alumbrarán dos modelos constitucionales, diferentes desde el origen*, que han mantenido sus perspectivas singularidades durante los dos siglos que ya han cumplido sin perjuicio del acercamiento cierto que, en algunos aspectos (lo que se refiere a la garantía de la Constitución y la organización de los mercados), se han producido en los últimos decenios del europeo al estadounidense.

BAILYN, y A. APARISI entre nosotros, que han estudiado los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana, han dado cuenta, recogiendo observaciones que están hechas por muchos autores, de la influencia de PUFFENDORF, LOCKE o BURLAMAQUI en los revolucionarios norteamericanos. Los escritos de James OTIS, Samuel ADAMS o John ADAMS

73.
*Orígenes
ideológicos de la
Revolución
americana.*

revelan su conocimiento de PUFFENDORF, aunque no fuera profundo. J. J. BURLAMAQUI, cuyas obras de derecho natural tuvieron una amplísima difusión durante el siglo XVIII (su principal Tratado *Principes de Droit Naturel* fue publicado en Francia en 1747) es seguido de cerca por WILSON que usa argumentos de aquel, como la distinción entre ley positiva y natural para justificar que los americanos no estuvieran vinculados ni obligados a acatar las disposiciones del Parlamento inglés. Se sabe que JEFFERSON había adquirido la edición francesa de los *Principes* de BURLAMAQUI, aunque no quede rastro de que los empleara directamente al redactar la Declaración de 1776. El gran John LOCKE, en fin, influye en otras concepciones americanas fundamentales, como la separación de poderes o la propiedad.

Anteriores incluso que las obras de los autores citados, pero igualmente influyentes, son las de MILTON, HARRINGTON, SYDNEY y NEVILLE. El primero, autor de *Paradise Lost* (1644), describe un mundo de hombres libres y con derechos que forman asociaciones basadas en su exclusivo consentimiento. Esta voluntad permite reconducir los poderes a la sencilla posición de servidores de la sociedad y limitar sus atribuciones. Solo tienen las que específicamente les han sido delegadas. Lo cual permite a los individuos, en uso de su *birth right* de libertad (el argumento lo desarrolla MILTON en el *Areopagita*), actuar en cualquier campo sin interferencias del poder, lo que aplicará especialmente a la libertad religiosa.

HARRINGTON (1611-1670) es recibido en los discursos y escritos de los revolucionarios americanos mucho más directamente. John ADAMS lo ponía al lado de LOCKE en lo que concierne a las influencias sobre su pensamiento. James OTIS (*The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*) menciona a HARRINGTON como el más grande y se deshace en elogios a su obra. Su texto principal es *The Commonwealth of Oceana* (1656). Es un relato utópico sobre la Inglaterra de la guerra civil. Aparece en él una crítica contra la arbitrariedad de los poderes constituidos y la mutabilidad y particularismo de sus decisiones. Y al hilo de esta reflexión, aportará un concepto que se incorporará luego para siempre al constitucionalismo contemporáneo, la distinción entre dos tipos de gobierno: *the empire of laws and not of men*, y *the empire of men and not of laws*; el primero defiende los intereses generales, el segundo sobrepone los privados.

SIDNEY (1622-1682), a quien John ADAMS siguió tan directamente que hasta se ocupó de reimprimir su obra en las colonias, y a quien JEFFERSON se refiere con frecuencia, es un característico defensor de los derechos del Parlamento frente a la prerrogativa regia. Y, en fin,

74.
MILTON.

75.
La libertad esencial.

76.
HARRINGTON.

77.
La arbitrariedad del poder.

78.
SIDNEY.

79.

Derechos del
Parlamento.

80.

NEVILLE.

NEVILLE, es el último de los grandes precursores con influencia, gracias, sobre todo, a su obra *Plato Redivivus* (1680), que usa conceptos empleados por HARRINGTON en su *The Commonwealth*, que interpretará y utilizará fuera ya de cualquier contexto utópico.

B) La situación social de la época, según Tocqueville

Todas estas fuentes intelectuales, aunque divulgadas también en Europa, son más específicamente inspiradoras de las ideas de los revolucionarios americanos que de los europeos. *Pero lo que separará de modo duradero las soluciones constitucionales americanas y las francesas, será, sin duda, la peculiar posición política y social de que se parte.*

En cuanto a lo primero, en América lo que hay establecido son colonias británicas cada vez más desafectas a la metrópoli, más revolucionarias, con más deseos de autonomía, y menos conformes con las decisiones del Parlamento británico al que consideran el origen de todas las opresiones que sufren. A la desconfianza hacia el Parlamento, como veremos enseguida, se debe la posición marcadamente *menos reverencial hacia la ley y más inclinada al establecimiento de un ejecutivo democrático* que siguieron los americanos.

81.

La democracia en
América según
TOCQUEVILLE.

Pero es la situación social la diferencia básica de partida entre los dos movimientos revolucionarios. Hay un texto de *La Democracia en América* en el que A. DE TOCQUEVILLE describe estas diferencias de un modo inigualable: «El germen mismo de la aristocracia —dice— no fue nunca depositado en esta parte de la Unión... Los hombres se muestran más iguales por su fortuna y por su inteligencia o, dicho en otros términos, más igualmente fuertes que lo son en ningún país del mundo o que lo hayan sido en ningún siglo de los que la historia conserva recuerdo». Nada hay de clases sociales fundados en el nacimiento ni singularidades económicas basadas en derechos corporativos, de primogenitura u otros. JEFFERSON hasta apostaría por el reparto igualitario de las herencias. Como TOCQUEVILLE observó, aquel era un país que trataba de conseguir «*la aristocracia de la virtud y el talento*», frente a cualquier otra forma de aristocracia. Era un país, concluía, donde podía verse «el singular fenómeno de una sociedad en la que no se encontraban ni grandes señores, ni pueblo, y por decirlo así, ni pobres ni ricos...».

La Francia revolucionaria se enfrentará con todo lo contrario: diferencias de clases, de estamentos, privilegios y un conjunto de poderes

dominantes en el Estado (el Rey y los Parlamentos; por tanto, el ejecutivo y el judicial), arbitrarios, particularistas, que desarrollan políticas no igualitarias, incontrolables y sin conexión alguna con el pueblo. Se explica por ello *que confíen en el nuevo gran poder renovado, el legislativo*, la inmensa tarea de consolidar y desarrollar los principios de la Constitución, pero, al mismo tiempo, recogiendo la herencia del Antiguo Régimen para transformar sus instituciones y sus prácticas.

En el igualitarismo americano de partida, hay una excepción, que pesará mucho en la historia de Estados Unidos, y que conviene recordar, por su singularidad y porque servirá para otras reflexiones ulteriores: los negros y el comercio de esclavos.

En la redacción original de la Declaración se incluyó un párrafo que se dirigía contra la situación creada con los negros esclavos. Se decía allí que Gran Bretaña «ha declarado cruel guerra a la misma naturaleza humana, violando sus más sagrados derechos a la vida y a la libertad en las personas de distantes gentes que jamás la habían ofendido, capturándolas y condenándolas a otro hemisferio para someterlas a esclavitud o haciéndolas sufrir la más miserable de las muertes durante su transporte hacia aquí...».

Pero nunca se pensó en el trato igual. En sus *Notes on the State of Virginia*, JEFFERSON aludía a que la única salida posible una vez emancipado el esclavo negro, no era que los colonos blancos pudieran mezclarse con él, como habían hecho los romanos, sino devolverlo a su país o región de origen. En su proposición de ley sobre esclavos de 1779 decía, por ello que, una vez liberados, deberían abandonar el país en un plazo determinado. En las Notas citadas aparece un JEFFERSON marcadamente racista que se refiere a la monotonía cromática de los rostros de los negros, a su «inamovible velo de negrura» y hasta está seguro del distinto funcionamiento, y por tanto del olor, de las glándulas sebáceas de negros y blancos.

Pese a que en la Declaración de Independencia de 1776 no apareció la frase del proyecto que antes se ha transcrito, sí se mantuvieron las que aludían a que todos los hombres son «creados iguales», expresión que debía entenderse no como una igualdad de razas, sino como la ausencia de privilegios y, desde luego, dentro de la raza blanca. No es la igualdad de razas sino la igualdad política y la ausencia de privilegios sociales, como se deduce manifiestamente del pensamiento del redactor del texto, JEFFERSON, que no pensó nunca en la abolición de la esclavitud. Es lo mismo, por lo demás, que pensaban entonces los fir-

82.

*Todos iguales
menos los negros y
los esclavos.*

83.

*La igualdad como
ausencia de
privilegios.*

mantes de aquel texto fundamental. Sólo personajes como Thomas PAINE o James OTIS se pronunciaron contra la esclavitud negra.

Aclarado lo cual, puede entenderse la crucial importancia histórica de la imponente redacción del *preámbulo de la Declaración de Independencia de 1776*: «tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas, que todos los hombres han sido creados iguales, que les han sido otorgados por su Creador ciertos derechos inalienables, que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes legítimos emanan del consentimiento de los gobernados. Y cuando cualquier forma de Gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo posee el derecho de alterarla o abolirla y de instituir un nuevo Gobierno, fundamentándolo en los principios, y organizando sus poderes en la forma que a su juicio les ofrezcan más posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad».

La significación, entre los principios fundamentales de la nueva Nación, de la igualdad, ya está explicada. La mención a la libertad está vinculada a toda la corriente de pensamiento a la que hemos aludido en los apartados anteriores. La «búsqueda de la felicidad» parece ser una aportación genuinamente personal de JEFFERSON que, viajando por Europa, había sacado la conclusión de que en estos territorios del Viejo Mundo, la felicidad era una ventura que solo concernía a la élite intelectual y social, mientras que el resto de la población se moría sin conocerla.

Es notoria, en fin, la ausencia de toda mención a un derecho tan importante para el desarrollo de la sociedad americana como la propiedad, pero ello pudo deberse a la voluntad de no limitar la libertad dispositiva de las Constituciones de los Estados, que eran el lugar propio para el reconocimiento de este derecho, y también a las posiciones de JEFFERSON sobre la propiedad, que no en todo seguían las de LOCKE y la tradición inglesa.

2. EL BALANCE Y CONTRAPESO DE LOS PODERES EN NORTEAMÉRICA: LOS FUNDAMENTOS DE LA CONFIANZA EN UN EJECUTIVO FUERTE

La separación de poderes se incorpora a las Constituciones de los Estados americanos, como una regla de virtud indiscutible desde el principio. Las redacciones de algunas Constituciones son de una rotundidad y firmeza notables. La de Virginia, por ejemplo, disponía que «el legislativo, el ejecutivo y el judicial permanecerán separados y distin-

84.
Derechos
inalienables.

85.
Constituciona-
lización de la
separación de
poderes.

tos de manera que ninguno de ellos ejercite los poderes legítimamente pertenecientes a otras». La de Massachussets usa un estilo literario más machacón y descriptivo: «En el gobierno de este Estado, el órgano legislativo no ejercitará nunca los poderes ejecutivo y judicial, o cualquiera de ellos; el ejecutivo no ejercitará nunca los poderes legislativo y judicial, o cualquiera de ellos; el judicial no ejercerá nunca los poderes legislativo y ejecutivo, o cualquiera de ellos; y al fin se conseguirá así el gobierno de la ley y no de los hombres».

Sin embargo, la Constitución federal no contiene ningún precepto con declaraciones semejantes, que aludan directamente al concepto de separación. Se limita a implantarlo sin más explicaciones.

Los preceptos principales son el artículo 1 de la Sección 1.^a «todos los poderes legislativos aquí otorgados están investidos en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes»; el artículo 2 de la Sección 1.^a «el poder ejecutivo estará investido en un Presidente de los Estados Unidos de América», y el artículo 3 de la Sección 1.^a «el poder judicial estará investido en una Corte Suprema y en tantos Tribunales inferiores como el Congreso pueda, de tiempo en tiempo, ordenar y establecer».

La impresión que ofrece una lectura desarticulada de estos preceptos es que cada función —legislativa, ejecutiva, judicial— pertenece a un poder o complejo orgánico —legislativo, ejecutivo, judicial—, de modo exclusivo, con monopolio. En verdad, hay muchos rasgos de la Constitución americana —mucho más que en las primeras francesas, como luego se verá, aunque esta no sea la conclusión más extendida— que aparentan que las funciones se ejercen con monopolio por cada uno de los poderes que las tienen atribuidas. Hasta el punto de que cuando algún órgano del ejecutivo tiene reconocidas competencias normativas, solo es posible entender esta facultad como delegada del legislativo. Y, por supuesto, que el poder ejecutivo pueda intervenir en la resolución de controversias en las que es parte tiene que ser explicado, necesariamente, como un ejercicio de funciones *quasi* judiciales.

Pero la Constitución federal norteamericana es mucho más fiel al pensamiento de MONTESQUIEU de lo que lo serían luego los franceses de la patria del filósofo. Baste con seguir los artículos de *El Federalista* para comprobarlo. Sobre todo, la capital reflexión de MADISON sobre este problema en el n.º 47. MONTESQUIEU había dicho en *El Espíritu de las Leyes*, como hemos recordado en un epígrafe anterior de este Capítulo, que las funciones no tenían que atribuirse en régimen de monopolio a cada poder, sino que, por el contrario, tenían que arbi-

86.

Constitución federal.

87.

Monopolio de las funciones.

88.

Contra la separación completa.

trarse interferencias, formas de participación en las decisiones de unos por otros, del legislativo en el ejecutivo y judicial, y del ejecutivo en los dos restantes. MADISON dice en el n.º 47 de *El Federalista* que «el oráculo que siempre se cita y consulta sobre esa cuestión es el célebre MONTESQUIEU». El filósofo, dice MADISON, sigue la Constitución británica con una inequívoca fe en sus soluciones. Pues bien —reconoce MADISON— «el examen más ligero de la constitución británica nos obliga a percibir que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial *de ningún modo se hallan totalmente separados y diferenciados entre sí*». MONTESQUIEU, advierte MADISON, no quiso decir que los poderes debían estar completamente separados; «lo que quería decir —añade—... no era otra cosa que cuando todos los poderes de un órgano son ejercidos por las mismas manos que poseen todos los poderes de otro órgano, quedan subvertidos los principios fundamentales de una constitución libre». Por tanto, bien al contrario que una separación total, debe procurarse que cada órgano o poder pueda intervenir de alguna manera en la composición, la decisión o el control de los otros. Especialmente si se trata del legislativo —contra el que se dirigen todas las prevenciones de los revolucionarios americanos— que cuenta con más posibilidades que ninguno de abusar del poder y arrastrar a todos a «un torbellino impetuoso».

89.
Prevención contra
el legislativo.

Puestos a evitar los abusos del monopolio de una función por un cuerpo determinado, los revolucionarios americanos se fijan en el legislativo. En Europa, los franceses tendrían las mismas prevenciones contra los jueces o contra el ejecutivo —Parlamentos y monarca— tan abusivos en el Antiguo Régimen, tan intransigentes con la prometedora aurora de las libertades. En América no hay ni experiencias judiciales, ni monarquía, nefastas. Lo que tienen presente los constituyentes es la actuación inicua de un Parlamento omnipotente, henchido de soberbia, capaz de ejecutar sus decisiones con las armas.

90.
Confianza en el
ejecutivo.

En América, al ejecutivo —el Presidente— lo elige el pueblo. Y puestos a aplicar una doctrina filosófica sobre la constitución voluntaria de la sociedad civil, los individuos libres prefieren confiar en el ejecutivo democrático, más que en el legislativo, democrático también, pero con peor tradición. Hay que desconfiar del legislativo no del ejecutivo. El primero tiene una tendencia más natural al abuso de su poder.

91.
MADISON.

MADISON argumenta sobre ello en *El Federalista* de un modo que aún impresiona: «En un gobierno en que un monarca hereditario dispone de numerosos y dilatados privilegios, el departamento ejecutivo debe ser considerado con justicia como la fuente de peligros y ser vigilado con todo el celo que debe inspirar el amor a la libertad. En

una democracia, donde una multitud de individuos ejercen en persona las funciones legislativas y están continuamente expuestas, por su incapacidad para deliberar regularmente y para tomar medidas concertadas, a las ambiciosas intrigas de sus magistrados ejecutivos, bien se puede temer que la tiranía brote en la primera ocasión favorable. Pero en una república representativa, donde la magistratura ejecutiva está cuidadosamente limitada tanto por lo que hace a la extensión como a la duración del poder, y donde la potestad legislativa es ejercida por una Asamblea a la que la influencia que tiene sobre el pueblo le inspira una confianza intrépida en su propia fuerza, que es lo bastante numerosa para sentir todas las pasiones que obran sobre la multitud, pero no tan numerosa como para no poder dedicar a los objetos de sus pasiones los medios que la razón prescribe, es contra la ambición emprendedora de este departamento contra la que el pueblo debe sentir sospechas y agotar todas sus preocupaciones».

Los balances y contrapesos que la Constitución establece entre los diferentes poderes sigue, en general, las recomendaciones de MONTESQUIEU: el ejecutivo interviene en el ámbito del legislativo porque se atribuye al Vicepresidente de la Federación la presidencia del Senado, lo mismo que le corresponde al Presidente el derecho de mensaje al Congreso en el que recomienda su política (artículo 2, Sección III), el de convocar y suspender las Cámaras en determinados supuestos (artículo 2, Sección III), y, sobre todo, el fundamental derecho de veto legislativo que se regula en la Sección VIII, artículo 1 de la Constitución.

En contrapartida, y siempre de acuerdo, con la recomendación básica del barón de BRÈDE, el ejecutivo interviene mucho en el ámbito del poder judicial porque, sobre todo, el Presidente designa a los jueces del Tribunal Supremo. Y la intervención del legislativo en el ejecutivo tiene su expresión principal en la facultad del Congreso de designar Presidente en determinados casos de empate, la ratificación de los nombramientos presidenciales de los altos cargos, y el poder de *impeachment*.

El poder menos contrapesado, en principio, el que más tendencia tiene al abuso, a someter las posiciones de las minorías es, sin embargo, el legislativo. Y, para él, ahora estableciendo balanceamientos muy superiores a los que pudo imaginar MONTESQUIEU, añaden los constituyentes americanos dos fórmulas específicas que diferenciarán a su sistema político del continente europeo, durante cerca de dos siglos: establecer una estructura federal, porque solo territorializando el poder legislativo es posible debilitarlo; y atribuir a los jueces la función de garantizar la preservación de las regulaciones constitucionales.

92.

La democracia como fundamento de la confianza.

93.

Balances y contrapesos: contenidos.

94.

Someter al legislativo.

3. DOS MÉTODOS PARA EVITAR EL ABSOLUTISMO LEGISLATIVO

A) El Federalismo

El reparto del poder entre la Federación y los Estados está cogido, en verdad, con alfileres, en la Constitución norteamericana. Apenas unas cuantas definiciones, llenas de delicadeza, para equilibrar las pretensiones de los centralistas (allí federalistas) y los favorables al poder de los Estados (en la ocasión, republicanos), con victoria inicial aparente de los federalistas.

Los poderes se articulan del siguiente modo en las capitales Secciones 8 y 10 del artículo 1 de la Constitución:

— Los Estados ven restringidos sus poderes en una serie de materias que enuncia la Sección 10 del artículo 1: no pueden celebrar tratados, alianzas o confederación alguna; acuñar moneda o emitir papel moneda; aprobar leyes con carácter retroactivo; imponer derechos sobre artículos exportados; mantener tropas en tiempo de paz, etc.

— Mecanismos de participación de los Estados en la gobernación de la Federación, la Presidencia y el Congreso: participación en la elección de los miembros de una de las Cámaras cotitulares del poder legislativo, el Senado, designando dos senadores por Estado. En cuanto a la designación del Presidente, la Sección 1 del artículo II establece el sistema: cada Estado nombraría un número de electos igual al total de Senadores y representantes a que el Estado tuviera derecho en el Congreso, electos que reunidos en sus Estados procederían a votar a favor de dos personas, una de las cuales, al menos, no podría pertenecer al Estado de que se tratara en cada caso.

— Además, se establecería un poder judicial federal en cuya cúspide estaría el Tribunal Supremo.

— Inmodificabilidad del texto de la Constitución y prohibición de cambiar las fronteras de los Estados sin su consentimiento. La reforma de la Constitución ocupó seriamente los debates de la Asamblea Constituyente, como reflejan las posiciones encontradas de los antifederalistas, que se negaban a que una minoría de la población pueda bloquear la voluntad mayoritaria, y la posición más matizada que MADISON expresó en el n.º 39 de *El Federalista*: «si ponemos a prueba la Constitución en relación con la autoridad que puede proceder a reformarla, veremos que ni es totalmente nacional ni totalmente federal... si fuera totalmente nacional, la última y suprema autoridad residiría en la mayoría del pueblo de la Unión, y esta mayoría sería competente en

95.

Previsiones mínimas.

96.

Límites de los poderes estatales.

97.

Participación en las instituciones federales.

98.

Centralismo judicial.

99.

Reforma constitucional.

todo momento, como la mayoría de cualquier sociedad nacional, para alterar o abolir su gobierno establecido. Si fuera completamente federal, por otra parte, la concurrencia de cada Estado de la Unión sería esencial para cualquier alteración que pudiera afectar a todos. El modo previsto en el plan de la Convención no está fundado en ninguno de estos principios. Exigiendo más que una mayoría, y, particularmente, computando la proposición por Estados, y no por ciudadanos, se aleja del carácter nacional y se acerca hacia el federal; no exigiendo la concurrencia del número total de los Estados, pierde nuevamente el carácter federal y participa del nacional».

En otros artículos de *El Federalista* (n.ºs 45 y 46) pueden seguirse diversos retornos de MADISON a la misma cuestión, crucial no solo para limitar el poder federal, sino también para limitar los gobiernos locales. La solución debe orientarse de modo que «cada una de las ramas principales del Gobierno federal deberá su existencia, en mayor o menor grado, al favor de los gobiernos de los Estados».

La mayor «seguridad de los derechos del pueblo», concluye el n.º 51 de *El Federalista*, se obtiene cuando el poder «se divide primariamente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados».

Sobre los desarrollos del federalismo estadounidense, y el ejemplo que de él han podido tomar algunos países europeos en el siglo xx, hay que remitirse ahora a lo que se expondrá en otro volumen de esta obra.

La capacidad de la idea federalista para limitar el absolutismo legislativo no solo radicó en los efectos bastante seguros que pueden esperarse de la distribución territorial del poder, sino también en la constatación que en Europa ha podido hacerse de manera reiterada y concluyente, de que es el federalismo la fórmula de organización de los poderes que ha propiciado el establecimiento de la absoluta mayoría de los sistemas europeos de control de la constitucionalidad de las leyes.

B) La supremacía de la Constitución

En este punto se acumulan, más que dos inventos radicalmente originales, dos realizaciones prácticas extraordinariamente atrevidas para reducir el poder del legislativo: primera, evitar que el legislador pueda modificar la Constitución mediante leyes ordinarias posteriores;

y segundo, atribuir a los jueces la función de examinar y resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución.

Ninguna de las dos fórmulas se debe a la exclusiva inspiración de los constituyentes norteamericanos, pero en ninguna parte se ha aplicado con tanta resolución: la primera Constitución federal, hecha al final del siglo XVIII dura todavía (las primeras reformas, además, se acordaron en los años inmediatos y luego tal práctica se convirtió en una excepción absoluta); y la primera declaración sobre la nulidad de las leyes incompatibles con la Constitución aparecerá enseguida, primero en los tribunales de los Estados y, definitivamente, en la Sentencia *Marbury v. Madison* dictada por el Tribunal Supremo en 1803.

100.

Orígenes del control de la constitucionalidad.

Este caso, en efecto, es continuación de una doctrina que ya había sido establecida, incluso antes de la aprobación de la Constitución federal, en una serie de resoluciones de los Tribunales de los Estados en los que se anteponía la Constitución a las leyes (v.gr. *Commonwealth v. Cato* resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782; *Trevett v. Weeden* de 1786 del Tribunal Supremo de Rhode Island; *Bayard v. Singleton* de 1787 resuelto por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte).

101.

El contexto político.

Pero ninguno de estos asuntos es parangonable, por su influencia, con *Marbury v. Madison* de 1803. Esta es una decisión debida a la exquisitez jurídica y política del juez MARSHALL, que aprovechó un contexto político en el que era posible formular una declaración tan extraordinariamente relevante como que las leyes del Congreso podían ser anuladas por los tribunales cuando fueran contrarias a la Constitución. Tardaría años en repetirse la coyuntura y que otro Tribunal Supremo tuviera el mismo atrevimiento (la segunda ocasión importante es *Cohens v. Virginia*, de 1821, también el Tribunal supremo presidido por MARSHALL, y la siguiente oportunidad en que se vuelve a anular una ley federal es en la *Dret Scott Decision* de 1857). Es delicadísima la forma en que se plantea el, para algunos, inquietante asunto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Desde luego, aprovechando una buena coyuntura política, como notó también Jacques LAMBERT, pero, sobre todo, esperando no levantar las suspicacias definitivas de los resistentes a la fórmula. Nótese que en el cómputo famoso que hizo BEARD (*The Supreme Court and the Constitution*, 1912), de los 44 delegados en la Convención solo 25 participaron activamente y de ellos solo 17 se mostraron favorables al control judicial de la constitucionalidad. No eran pocos, pero no eran todos.

Esa falta de uniformidad se manifestará enseguida como respuesta a la famosa Sentencia del juez MARSHALL, y aun antes, cuando los federalistas empezaron a protestar de lo mucho que se abusaba por los jueces en la utilización de principios del *common law*, actitud que JEFFERSON consideraba, abiertamente «audaz, descarada y bastísima» (R. BLANCO) porque pretendía imponer a los Estados un sistema jurídico que su legislativo no había aprobado.

Marbury v. Madison se resuelve en el siguiente contexto: JEFFERSON había ganado las elecciones de 1800. Los principios que habrían de inspirar la interpretación constitucional a partir de entonces serían los republicanos, descentralizados, estatistas, menos favorables a la Unión. Pero los federalistas, unionistas, centralistas, habían conseguido situar bien a los juristas de su opinión en el poder judicial, alimentados por los nombramientos de WASHINGTON y ADAMS. Y allí, indefectiblemente, se mantenían cuando JEFFERSON llegó a la Presidencia. Para reforzar más la situación, cuando el Presidente ADAMS estaba en funciones tuvo tiempo de modificar la *Circuit Court Act* de 1789, como consecuencia de lo cual nombraría los 48 jueces nuevos que preveía la ley la última semana de su mandato. Todo ello para atascar de ideología federalista los circuitos judiciales de decisión.

Los republicanos se encuentran con esta situación cuando llegan al poder. Y disputan contra la mencionada reforma de la *Circuit Court Act* y sus consecuencias.

Pero la ocasión de revisar esta política de nombramientos judiciales la ofrece uno de los personajes designados para juez, el Sr. William Marbury. Madison, a la sazón Ministro competente en el nuevo gobierno de JEFFERSON, no había notificado el nombramiento del anterior gobierno en favor de Marbury como tampoco lo había notificado a la mitad de los jueces designados. Y Marbury reclamó ante el Tribunal Supremo.

La ponencia de MARSHALL para la capital Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos concluye proponiendo una declaración aparentemente poco agresiva para el legislativo: la ley no debió atribuir la competencia para conocer de dichas reclamaciones al Tribunal Supremo y, solo en dicha medida, es contraria a la Constitución. Pero la ocasión será de oro para exponer una opinión del máximo órgano judicial de los Estados Unidos sobre si los jueces y tribunales pueden juzgar la constitucionalidad de las leyes. Y el argumento de J. MARSHALL tenía el siguiente sencillo y deslumbrante desarrollo: «la cuestión de si una ley incompatible con la Constitución puede llegar a convertirse en

102.*Abusos judiciales.***103.***Los hechos.***104.***Fundamentos del control de las leyes.*

ley de la nación, es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero felizmente, no es de dificultad proporcional a su interés. Sólo resulta necesario establecer ciertos principios que se supone que han sido bien y largamente fijados». Consisten estos en que «la competencia y la obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, una ley y la Constitución son aplicables a un caso particular por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley, *el Tribunal debe determinar cuál de esas normas en conflicto es aplicable al caso. Esta es la esencia verdadera de la obligación de los jueces*».

105.
HAMILTON como
precedente.

MARSHALL desarrolla estos argumentos sin separarse un milímetro de los que HAMILTON había expuesto en el brillante artículo que figura como n.º 78 en *El Federalista*.

Se refiere a la posición y funciones constitucionales del poder judicial. Es, para HAMILTON, «sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder, que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos». Más bien hay que procurar capacitarlo para que «pueda defenderse de los ataques de aquéllos». Pero esta presentación modesta, le ayuda a considerar ineludible que le sea encomendada la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes. La impresionante claridad y contundencia de su exposición debe ser recordada:

106.
El n.º 78
de *El Federalista*.

«El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquélla de quien proceden los actos anulados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye en principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior

al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

Si se dijese que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores...».

En los números siguientes de *El Federalista* continúa HAMILTON su reflexión, que expone una doctrina que sería decisivamente caracterizadora del constitucionalismo norteamericano.

Sus antecedentes se remontan a las aplicaciones de la *common law* contra el Parlamento que hace E. COKE en el *Bonham case* de 1610 (que ya hemos recordado: «cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law* la controlará y procederá a declarar su nulidad»), doctrina que resultará particularmente útil a los americanos porque pondrá en sus manos una herramienta para cuestionar la soberanía de las leyes del Parlamento y su primacía sobre las de las colonias. Insignes intelectuales y políticos de las colonias como John ADAMS o James OTIS se habían manifestado utilizando la misma doctrina mucho antes, incluso, de la Declaración de Independencia. Del segundo es esta rotunda sentencia: «una ley contra la Constitución es nula, una ley contra la equidad natural es nula». En las Constituciones de los Estados se llegarían a establecer órganos especiales para ocuparse de la defensa de la norma fundamental. Y, desde luego, como ya se ha dicho, algunos tribunales de los Estados utilizarían el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes años antes de que lo hiciera el Tribunal MARSHALL.

El sistema acabó implantándose con la inteligencia y la prudencia ya indicadas, sin subvertir la idea Hamiltoniana de que el poder judicial era «el más débil» de los tres poderes. Y, desde luego, sin afrontar nunca el control de la constitucionalidad como una valoración directa y abierta de una decisión del legislativo. Al contrario, *el control se llevará a efecto con ocasión de litigios entre partes, para resolver contenciosos ordinarios, y no en el marco de procesos especializados en enjuiciar, única y exclusivamente, la validez de la ley.*

107.

Bonham case.

108.

Precedentes en las colonias.

109.

La rigidez de la
Constitución.

La otra gran institución levantada entonces para preservar la Constitución fue dotarla de rigidez a efectos de su reforma. Esta es una idea sin precedentes de ninguna clase, y menos aún, habida cuenta su naturaleza, en el sistema político inglés.

110.

¿Es
antidemocrática?

Separar el poder de reforma de los poderes legislativos ordinarios, que es la esencia de la fórmula, es una idea que podría ser tachada, como se hizo, de antidemocrática: el cuerpo legislativo elegido vería recortados sus poderes soberanos al no poder modificar regulaciones establecidas en el pasado. La rigidez hace al texto constitucional indisponible para los legisladores ordinarios. Y, además, le permite situarla en una posición superior a las leyes ordinarias. De lo que se seguirá una favorable relación entre normas para poder argumentar sobre el control de la constitucionalidad de las leyes.

En el mismo n.º 78 de *El Federalista*, donde está la citada exposición sobre la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, también se dice sobre su rigidez lo siguiente: «hasta que el pueblo por medio de una ley solemne y competente haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución antes de haberse aprobado la ley».

El capital artículo V de la Constitución regularía el procedimiento especial para su reforma.

4. LAS LIMITACIONES AL CONTROL DEL PODER EJECUTIVO POR EL JUDICIAL

Una última especialidad de la Constitución norteamericana en relación con las que se implantarán inmediatamente después en Europa, será consecuencia de su entendimiento de la separación de poderes en términos que no permitían la intromisión del poder judicial en la actividad ordinaria del ejecutivo controlando sus actos y resoluciones.

Los frenos y contrapesos de la Constitución americana, cuyo significado y contenido ya hemos descrito, suponen correcciones al absoluto monopolio de cada una de las funciones por el poder titular de las mismas, pero sin permitir que ningún poder pueda asumir más de una función. Todo ello siguiendo de muy cerca las recomendaciones de MONTESQUIEU.

En aplicación de esta doctrina se entenderá que el control o enjuiciamiento por el poder judicial de las decisiones que adopte el ejecutivo es una inadmisibles intromisión en una función ajena. Si el ejecutivo yerra o no atiende eficazmente los intereses generales, el principio democrático impone que sea reprendido por los electores mediante la retirada de su confianza y su voto, pero no que sus decisiones sean anuladas o sustituidas por otro poder. La regla es general y no tiene más excepción que la misma que permite a los jueces declarar la nulidad de las leyes: la defensa de la Constitución y el control de las decisiones de cualquier clase que sean contrarias a la misma.

Estas ideas están recogidas de un modo claro en las comunicaciones primerizas entre los padres fundadores. JEFFERSON le dice a John ADAMS en 1804: «nada en la Constitución ha dado a los jueces el derecho para decidir sobre el ejecutivo, como tampoco al ejecutivo para decidir sobre ellos. Ambas magistraturas son igualmente independientes en las esferas de acción respectivamente asignadas a cada una... La Constitución quiere que los poderes coordinados se contrapongan y balanceen entre sí. Pero la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del legislativo y el ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico».

La línea de pensamiento jeffersoniana es la que se impone en Estados Unidos, secundada luego por otros presidentes, muy especialmente, en los años treinta, por Andrew JACKSON, y sustancialmente respetada por los tribunales. El poder judicial tiene la misma legitimidad para interferirse en la acción del ejecutivo que este en la de aquel. La abstención de cualquier interferencia se considera desde entonces una manifestación del principio democrático, del correcto funcionamiento de las instituciones, del Estado de Derecho, como se diría usando lenguaje jurídico europeo, y no de nada contrario.

Los tribunales se limitan a lo que el propio JEFFERSON propone: decidir «lo que es constitucional y lo que no lo es». Su competencia se concreta en las cuestiones constitucionales, como inmediatamente pondrá de manifiesto el Tribunal Supremo gracias al trabajo de los jueces MARSHALL y STORY.

La historia de esta exclusión no deja de ser paradójica, puesto que las potestades de control atribuidas a los tribunales, se configuran como plenas en la Constitución, de modo que a partir de ellas se puede presumir que también el propio texto constitucional acepta un control jurisdiccional absoluto de la actividad administrativa.

111.

La no interferencia judicial en las decisiones del ejecutivo.

112.

La idea en JEFFERSON.

113.

Limitaciones del poder judicial.

114.
Competencia de
los tribunales en la
Constitución.

La Sección 1.^a del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos dice lo siguiente: «El poder judicial de los Estados Unidos residirá en un Tribunal Supremo y en aquellos tribunales inferiores que el Congreso ordene y establezca en cada momento. Los jueces del Tribunal Supremo y de los Tribunales Federales mantendrán su cargo mientras observen buena conducta y, en los plazos establecidos, recibirán una remuneración por sus servicios que no se verá disminuida mientras conserven su cargo». Y la Sección 2.^a establece con la máxima amplitud la competencia de estos órdenes jurisdiccionales: «El poder judicial conocerá de todos los casos, en ley y en equidad, sujetos a la Constitución, a las leyes de los Estados Unidos y a los tratados suscritos o que se suscriban bajo su autorización; a todos los casos que afecten a embajadores, otros ministros y cónsules; a todos los casos de la jurisdicción marítima y del almirantazgo; a las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más Estados; entre un Estado y un ciudadano; entre ciudadanos de diferentes Estados, entre ciudadanos del mismo Estado reclamando tierras cedidas por o bajo el control de otro Estado, y entre un Estado o sus ciudadanos y Estados extranjeros sus ciudadanos y sus súbditos».

Aunque el último precepto citado es bien poco explícito respecto de la competencia de los tribunales para verificar la adecuación de las leyes y otras normas al texto constitucional, o para controlar las decisiones del ejecutivo, la primacía de la Constitución ya fue hecha valer a los efectos de tal control en la Sentencia *Marbury v. Madison* de 1803 que ya hemos referido.

115.
De nuevo MARSHALL.

En *Marbury v. Madison* cuyos hechos ya conocemos, se plantean las tres cuestiones jurídicas que resume MARSHALL: si «tiene el recurrente derecho al nombramiento que exige»; «si tiene el derecho y ha sido violado ¿le ofrecen las leyes del país un remedio?»; y tercera, «si le ofrecen un remedio ¿consiste éste en un requerimiento (*mandamus*) por parte de este Tribunal?».

El problema era, por tanto, bien propicio para que el tribunal se pronunciara sobre la regularidad de las decisiones del ejecutivo (que, en la ocasión, habían consistido en no hacer efectivo un nombramiento debido), posibilidad que rechaza de plano: «el terreno de los Tribunales es sólo decidir sobre los derechos del individuo, no investigar cómo el ejecutivo o los agentes del ejecutivo desempeñan los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad. Las cuestiones de esta naturaleza política o que están, por la Constitución y por las leyes, sometidas al ejecutivo no pueden ser nunca planteadas ante este Tribunal».

Las *political questions* a las que se refiere MARSHALL quedarían asemejadas a los actos discrecionales de nuestra propia tradición. Se consagra de esta manera un alejamiento de la justicia de cualquier función de control del ejecutivo, que tiene que ver con el entendimiento rígido de la separación de poderes, tal y como también lo hicieron en Francia las leyes de 1790, antes incluso de la primera Constitución revolucionaria.

116.
Las political questions.

De esta manera, a pesar de la presunción general favorable al control jurisdiccional de la actividad administrativa, realmente dicho control no empieza a hacerse efectivo hasta comienzos del siglo xx. La posición que más comúnmente se adopta por los tribunales es la que estableció el Tribunal Supremo en la Sentencia *Decatur v. Paulding* de 1840. Sostuvo el Tribunal en este caso, que el poder judicial solo podía conocer de decisiones del ejecutivo en base a lo establecido concretamente en una ley.

117.
Decatur v. Paulding.

Esta posición de los tribunales no se alteró sustancialmente hasta que, con ocasión del *New Deal*, la acción de la Administración se hizo mucho más intensa y se expandió a nuevos sectores de la actividad económica y social. Los precedentes de este cambio están en la Sentencia *School of Magnetic Healing v. McAnnulty* en 1902 en la que el Tribunal Supremo admitió el control de las decisiones administrativas aceptando que estas no siempre excluyen «la jurisdicción de los Tribunales para otorgar protección a la parte perjudicada». Los actos de la Administración, añadía, «han de estar justificados por alguna Ley y en el caso de que algún funcionario viole la Ley en perjuicio de algún particular, generalmente los Tribunales tienen competencia para proporcionar una reparación o compensación».

118.
La ampliación del control en el siglo XX.

A partir de esta Sentencia se desarrolla mucho más la jurisprudencia favorable al control. Es expresiva de esa nueva corriente la Sentencia *St. Joseph Stockyards v. United States*, de 1936, que llegó a afirmar que «la exclusión de revisión podría plantear difíciles problemas constitucionales» y que «la supremacía de la Ley exige que exista una oportunidad de que un Tribunal decida si se aplicó una norma errónea y si el procedimiento en que se adoptó la decisión se adecuó a lo establecido» por la Ley. Desde los años treinta y cuarenta, sin embargo, coincidiendo con la ampliación de la intervención de las Administraciones Públicas en la economía, proliferarán decisiones que dejaban a la Administración un amplio margen de discrecionalidad incontrolable por los Tribunales.

Es, en fin, la *Administrative Procedure Act*, de 1946, la Ley que establece definitivamente los límites de la revisión jurisdiccional de la acción administrativa. No atribuye competencia directa a los Tribunales Federales, sino que se remite a lo que establezcan en cada caso otras disposiciones generales delimitadoras de la competencia jurisdiccional, así como también a las leyes que regulan la acción administrativa en los diferentes sectores. Se basa, pues, el sistema en la previsión legal expresa de control.

119.
Previsiones legales
expresas.

En la *Administrative Procedure Act* de 1946, reformada en 1976, se regula en términos muy amplios el control de la actividad de la Administración en los términos de los artículos 701 y 702 se dice que excepto si una Ley excluye la revisión jurisdiccional, o la actividad administrativa es discrecional según la Ley, «cualquier persona que sufra un daño o lesión a raíz de la actuación de cualquier organismo administrativo o resulte afectado o perjudicado por tal actuación en los términos establecidos por la normativa aplicable, tendrá derecho a la revisión jurisdiccional de tal actuación».

Son, sin embargo, las Agencias independientes, las principalmente concernidas por la regulación de la Ley citada. Por otra parte, queda al margen del control, en términos muy generales, la actividad discrecional de la Administración. Se apela a una cierta protección de las decisiones administrativas concretada jurisprudencialmente en la denominada *doctrina de la deferencia* hacia el poder ejecutivo, sobre cuyos términos habremos de volver más adelante.

120.
Deferencia.

5. LAS PARTICULARIDADES DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN FRANCIA

A) Elementos y fundamentos de la originalidad del modelo. Exposición y crítica

La aplicación de la doctrina de la separación de poderes en la Francia revolucionaria se llevó a cabo usando criterios constitucionales y legales completamente distintos de los utilizados en Estados Unidos.

Las peculiaridades de la opción francesa se han explicado algunas veces como una «disidencia» (GARCÍA DE ENTERRÍA) de los revolucionarios respecto de la formulación inglesa de la separación que, a su vez, tampoco había sido correctamente explicada por MONTESQUIEU. Desde luego, esto último parece de todo punto cierto porque cuando escribe MONTESQUIEU *El Espíritu de las Leyes*, había en Inglaterra pocos frenos y

121.
Las «disidencias»
francesas.

equilibrios al resonante dominio que el Parlamento había alcanzado sobre los demás poderes. Pero que las fórmulas de separación usadas por los franceses supongan una disidencia exigiría que existiera un modelo teórico de separación respecto del cual se predicaría la desviación o la creación de soluciones innovadoras.

No es así, sin embargo. Ya ha quedado expuesto en un epígrafe anterior que la doctrina de los frenos y contrapesos del poder tiene algunas formulaciones medievales y, en los siglos XVI y XVII existen muchas propuestas sobre cómo organizar el ejercicio del poder a la idea del gobierno mixto. Y en un plano más teórico constitucional es BOLINGBROKE, antes que MONTESQUIEU, quien divulga la idea de un equilibrio y control entre los poderes, aunque él lo haga en escritos menores, polemistas por lo común, y sea MONTESQUIEU quien tome esa línea y formule la primera gran exposición sistemática, no poco oscura en algunos de sus pasajes.

Desde esta perspectiva bien puede decirse que el francés es un modelo original, entre los varios que podían usarse para hacer efectiva la idea de separación. La noción mixta de separación, en lugar de división, se utiliza en Francia precisamente en el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos y luego en la primera Constitución revolucionaria de 1791. La distinción o división de poderes será el patrón común de todas las Constituciones contemporáneas. Pero una separación absoluta y total ni forma parte de la doctrina filosófica en que se inspiraron dichas Constituciones, ni se ha aplicado nunca, ni podría contener el ejercicio del poder de los temibles abusos en que han incurrido sus detentadores en todos los tiempos. La separación de poderes implica, por tanto, un sistema de frenos y contrapesos que conlleva alguna forma de participación de cada uno de ellos en la organización del otro o en el ejercicio de la función que típicamente le pertenece a otro. Partiendo de esta concepción existen muchas variantes de la separación, usadas en las diversas Constituciones, o teóricamente concebibles. Los ensayos de este tipo abundan en la doctrina. Bastará para ilustrarlo con recordar el ejercicio que llevó a término Carl SCHMITT en su *Teoría de la Constitución*, donde examina modelos constitucionales que han aplicado una separación rigurosa (no han admitido ninguna influencia ni del Ejecutivo sobre el Legislativo, ni del Legislativo en el Ejecutivo, ni de este en el Judicial, ni de este en el Ejecutivo, ni del Legislativo en el Judicial, ni de este en el Legislativo) y las variantes y quiebras de tal opción. Concluido lo cual, él mismo formuló su propia propuesta teórica de separación. R. SMEIN había hecho antes que SCHMITT el mismo ejercicio. Y después, tantos otros.

122.

Un modelo teórico variado.

123.

Las variables de la fórmula de separación.

La influencia de MONTESQUIEU y de la Constitución inglesa sobre los revolucionarios franceses es incontestable. Los hay entre ellos que usan en los debates citas directas de *El Espíritu de las Leyes* o siguen sin equivocación su doctrina. MOUNIER dice que «para impedir la tiranía es absolutamente indispensable no confundir con el poder de hacer las leyes el que debe hacerlas ejecutar; si su ejecución estuviese confiada a quienes las establecen no se considerarían nunca sujetos por leyes anteriores» (Sesión del 12 de agosto de 1789). BERGASSE, en su famoso informe sobre la organización del poder judicial de 1789, dice: «hay, como es sabido, dos tipos de libertad, la libertad política y la libertad civil... la libertad civil, que consiste en la facultad que todo ciudadano tiene de hacer todo lo que no está prohibido por la ley». Y en el discurso de SIÉYÈS de 7 de septiembre de 1789, en relación con la cuestión del veto real, usa las expresiones «el derecho de impedir no es, en mi opinión, en absoluto diferente que el derecho de hacer», expresiones que están evidente tomadas de la obra de MONTESQUIEU.

124.

Las intervenciones en la Asamblea.

125.

La influencia americana.

También es inequívoca la influencia en los miembros de la Asamblea de la Constitución norteamericana. No solo manejaron el texto de la misma, sino también los escritos de los revolucionarios americanos más influyentes como John ADAMS, o incluso analizaron en sus discursos las diferencias geográficas, de población, históricas, entre el territorio americano y el francés, para sostener la necesidad de establecer soluciones particulares (por ejemplo, el discurso de LALLY-TOLLENDAL en la sesión de 31 de agosto de 1789) o para tomar ejemplo de algunas de sus soluciones organizativas, entre las que destacan la separación de poderes.

Entre los autores que han estudiado las características de la separación de poderes francesa, que se cuentan, como es natural, por docenas, quienes mejor han explicado sus peculiaridades han sido los más críticos, los que desde la filosofía o desde la teoría constitucional han tratado de explicar que la doctrina de la separación de poderes no es útil y es casi absurda, o los que creen que es inaplicable. El mejor y más temprano exponente de la primera crítica es Jeremy BENTHAM, de la segunda Leon DUGUIT.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 donde se proclamaba la absoluta necesidad de implantar la separación de poderes siempre fue analizado en los términos más críticos y hostiles por BENTHAM. El prolífico filósofo utilitarista se había pronunciado contra la separación de poderes en diversos escritos. El más radical, y desde luego el primero de todos ellos es *Anarchical Fallacies* que escribe durante los sucesos revolucionarios y que no publica hasta bastante

126.

La crítica de BENTHAM a la separación.

después (porque los revolucionarios no conocieron ese texto se explica que la Asamblea le agradecería por escrito su «ardiente amor a la humanidad» y que el 26 de agosto de 1792 le otorgará el título de ciudadano francés junto a PRIESTLEY, PAINE, WILBERFORCE, CLARKSON y WASHINGTON, título que él rechazó).

La separación de poderes le parece una idea tomada de una máxima política antigua, *divide et impera*, pero manejada de forma confusa. Poderes que se separan unos de otros no llegan a formar nunca un conjunto ni el poder así constituido podría mantenerse. Podría admitir una división de las funciones pero no del poder, que debe ser único. La separación es una simple ficción. Es imposible tanto separar los ámbitos propios del legislativo, ejecutivo y judicial como pretender que no tengan influencias recíprocas. Como han resumido entre nosotros B. PENDAS, estudiando este extremo del pensamiento de BENTHAM, «la separación —para el filósofo— no sólo es imposible, sino también perturbadora, desde un razonamiento puramente utilitario, si el poder está siendo utilizado convenientemente, ¿para qué dividirlo?; y si se usa de forma negativa, ¿para qué tenerlo?».

La crítica se extiende también a los más prestigiosos autores que han defendido la teoría. Para MONTESQUIEU, además de lo que le toca de las terminantes afirmaciones anteriores, utiliza la crítica de HELVETIUS sobre la imposibilidad de la separación. Y para rebatir las influyentes opiniones de BLACKSTONE sobre la mutua independencia de los poderes, recuerda la práctica que demuestra mejor que cualquier debate la falta de fundamento de la teoría: el Rey y muchos lores influyen en la elección de los miembros de la Cámara de los Comunes; el Rey influye sobre ambas Cámaras, mediante la concesión de dignidades y cargos; el propio Rey depende para el sostenimiento de su servicio de ambas Cámaras. Así ha sido desde hace muchos años en Inglaterra y la práctica se mantiene. El error de los defensores de la separación consiste en no darse cuenta de que solo conduciría al estado de anarquía. Para evitarlo, es necesaria siempre una autoridad superior «que no recibe la ley, sino que la da, y queda señora de las reglas mismas que se impone en su modo de obrar».

Construye BENTHAM una alternativa a la separación con su teoría de la *dependence*: la garantía de seguridad que los ciudadanos precisan radica en la dependencia del gobierno respecto de los gobernados. Escribe que es falso que la separación de poderes sea una garantía de la libertad. Ni siquiera es un principio organizativo bien explicado porque sus defensores no han llegado a establecer cuántos poderes ha de haber definitivamente, ni el contenido de sus tareas; argumenta tam-

127.*La absurda división.***128.***Contra MONTESQUIEU.***129.***La teoría de la dependence en BENTHAM.*

bién que la división es contraria al principio democrático porque permite a algún poder oponerse a las decisiones de otro, obstaculizando las decisiones de la mayoría. Y, en fin, es hasta una idea incoherente: si los diversos poderes no están de acuerdo el gobierno es imposible, y si lo están la división es una simple apariencia.

Lo que acepta BENTHAM de la teoría es la distinción entre ramas o departamentos que ejercen funciones diferentes y que no ejercen en exclusiva un sector del poder político. Pero estas funciones no deben ejercerse con absoluta independencia, sino de un modo coordinado, y sometidas a la voluntad última del soberano. Hecha esta importante corrección añade que la garantía de la libertad y del buen gobierno no es la división de poderes sino la dependencia directa o indirecta de todos ellos del cuerpo del pueblo («*The efficient cause of liberty or of good government, wick is but another name for the same thing, is not the division of power among the different clases of men entrusted with it, but the dependence direct or indirect of all of men on the body of the people*»).

130.

La crítica de DUGUIT.

En aplicación de sus ideas propondría reformas concretas en la organización y funcionamiento del Parlamento, del Ejecutivo y de la Justicia, en cuyo contenido no procede detenerse ahora.

La crítica de Léon DUGUIT a la aplicación francesa de la teoría de la división de poderes está expuesta en algunos de sus principales escritos a lo largo de toda su vida, pero se contiene esencialmente en tres artículos publicados en 1893 en la *Revue d'Economie Politique* bajo el título, «*La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*».

131.

Contra la separación rígida.

La tesis de DUGUIT es que la separación de poderes entendida como una rígida incomunicación e independencia de los tres poderes, no es aplicable ni se implantó en la Francia revolucionaria por más que algunos miembros de la Asamblea creyeran que dicha doctrina era la que estaban introduciendo. Aunque MONTESQUIEU y su pensamiento estén presentes en los debates constituyentes, DUGUIT opina que los miembros de la Asamblea no se dan cuenta de que la obra del barón de BRÈDE está llena de matices con los que trata de seguir la Constitución inglesa según le parece a él haberla comprendido. Hay en ella un equilibrio que permite el sometimiento del poder judicial al ejecutivo, que existan dos Cámaras, una hereditaria y otra electiva, que haya una acción recíproca entre el poder legislativo y el ejecutivo, veto a las decisiones del legislador; poder de convocar, suspender y prorrogar el Parlamento, responsabilidad de los Ministros, etc. De todas estas peculiaridades, que no escaparon a la agudeza de MONTESQUIEU, trata-

ron de prescindir los parlamentarios, aunque, finalmente, en los textos que aprueban hay poco de separación rígida de poderes y muchas aperturas a combinaciones y equilibrios que la rompen.

Por lo pronto, los revolucionarios franceses no legislan, como los americanos, sobre un territorio sin apenas tradición, sino, por el contrario, con una fuerte dependencia de la historia inmediata de la que no quieren prescindir totalmente.

El equilibrio de poderes, más que su separación estricta, en la Constitución de 1791 está organizado de la siguiente forma: el artículo 3 del Título III proclama la soberanía nacional e, inmediatamente, el artículo 2 establece: «la Nación, de la que emanan exclusivamente todos los poderes, no puede ejercerlos nada más que por delegación. La Constitución francesa es representativa; los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey». La separación de poderes y el reparto, en principio monopolístico, de funciones entre cada uno de ellos, se lleva a cabo en los artículos siguientes del mismo Título III. El artículo 3 acuerda que «El Poder legislativo está delegado en una Asamblea Nacional»; el artículo 4 que «el gobierno es monárquico: el poder ejecutivo es delegado en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad, por ministros u otros agentes responsables»; y el artículo 5 que «el poder judicial es delegado en jueces elegidos de tiempo en tiempo por el pueblo».

La separación entre los poderes así distribuidos se condensa en cuatro declaraciones contundentes y famosas que se recogen en otros tantos preceptos de la Constitución.

En el artículo 6 de la Sección primera del Capítulo IV, Título III, se establece la famosa prohibición de que el poder ejecutivo haga norma alguna: «*Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou rappeler l'exécution*». El artículo 1 del Capítulo IV del mismo Título deposita el poder ejecutivo supremo «*exclusivement dans la main du Roi*». El artículo 1 del Capítulo V prohíbe al Cuerpo legislativo y al Rey ejercer funciones judiciales en ningún caso. Y, en fin, los tribunales no pueden interferirse en el ejercicio del poder legislativo o del poder ejecutivo (artículo 3 del Capítulo V: «*les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de ses fonctions*»), lo que ya antes la Ley de 16-24 de agosto de 1790 había tipificado como un supuesto de prevaricación.

132.

*El equilibrio en la
Constitución de
1791.*

133.

*Prohibiciones de
interferencias entre
poderes.*

B) Manifestación de la coparticipación en el ejercicio de los poderes

La delimitación de funciones se hace en términos de aparente monopolio pero lo que la Constitución y los debates en la Asamblea Constituyente demuestran es que la separación se organizó con múltiples excepciones que permitían equilibrios distintos y, sobre todo, muchas interferencias de unos poderes en el ejercicio de las funciones de las otras, hasta el extremo de que algunas de estas actuaciones pueden considerarse verdaderas coparticipaciones de una misma función.

Estos efectos se manifestaron en el debate y regulación de diversas instituciones.

En relación con la participación del ejecutivo en las funciones del legislativo la institución más relevante fue la de la sanción real de las leyes, que moderaba la preponderancia del legislativo.

Jean Joseph MOUNIER, en representación de los monárquicos, defendió en la sesión de 28 de agosto de 1791, el poder de veto absoluto del Rey: «todo cuerpo —dijo— de cualquier manera que se componga, intenta aumentar sus prerrogativas; toda autoridad intenta acrecentarse, si no se impone un dique de condiciones. Los representantes del pueblo podrían convertirse en dueños absolutos del reino si sus resoluciones no encuentran ningún obstáculo... darle a los representantes de la Nación la facultad de hacer todas las leyes ellos solos, sería someter a su voluntad las prerrogativas de la Corona». El veto absoluto refleja el deseo de compatibilizar la monarquía heredada del Antiguo Régimen —rémora inexistente en América— con el sistema constitucional que se está inaugurando. Frente a estas posibilidades se sitúan los que consideran el veto absoluto de inadmisibles restricciones de la voluntad popular. SIÉYÈS es el más convencido adalid de la posición contraria al veto regio. Su contestación a las pretensiones de MOUNIER es firme: «afirmo que el derecho de impedir que se quiere otorgar al poder ejecutivo es más poderoso todavía, porque, en fin, mientras la mayoría del cuerpo legislativo no se impone más que sobre la minoría, el ministerio se impondría sobre la propia mayoría, es decir, la voluntad nacional sobre las que nadie debe prevalecer. Estoy hasta tal punto convencido de esta diferencia, que el veto suspensivo o absoluto, poco importa uno u otro, no resulta más que de una orden arbitraria; yo no puedo considerarlo más que como una *lettre de cachet* lanzada contra la voluntad nacional, contra la totalidad de la Nación».

134.

Sobre el derecho de veto de las leyes.

La desconfianza hacia el ejercicio arbitrario del poder por parte del monarca es manifiesta en las intervenciones parlamentarias de SIÉYÈS, que lo cree inigualablemente más influenciado y propenso al favoritismo que una Asamblea compuesta por una representación plural. Como la ley no puede considerarse otra cosa —dice el Abate— que la «expresión de la voluntad de los gobernados», el Rey no puede separarse de esa voluntad sin incurrir en despotismo.

Sobre esta cuestión de la sanción real se alcanzó, al final, un compromiso consistente en admitir la facultad de veto pero reconociéndole valor suspensivo solamente. Sometida una ley a sanción el Rey la podía vetar; pero si las dos legislaturas siguientes le presentaban para sanción sucesivamente el mismo texto, tenía que sancionarlo necesariamente (artículos 1 y 2 de la Sección III, Capítulo III, Título III).

Que el veto suspensivo sea o no una derogación del principio de separación de poderes, ha sido una cuestión largamente controvertida. El propio MONTESQUIEU había incluido en su teoría este tipo de facultades consistentes en impedir lo que ha hecho otro poder, como uno de los elementos de los balances y equilibrios que deben imponerse al ejercicio de los poderes. Es la famosa distinción del filósofo entre la facultad de *estatuer* y la facultad *d'empêcher*. La primera permite decidir a un poder por sí mismo, la segunda corregir lo que ha acordado otro. DUGUIT, en el estudio que se ha citado, y HAURIU (en su *Précis de Droit Administratif*, 2.^a ed., 1929, p. 208) habían sostenido, analizando el derecho de veto suspensivo, que era una forma de participación en la función legislativa que suponía una quiebra del principio de separación de poderes. Pero su contemporáneo CARRÉ DE MALBERG sostuvo en su *Teoría General del Estado* (I, 399) lo contrario: según su criterio, el veto suspensivo no suponía ejercicio alguno de la función legislativa.

Michel TROPER ha refutado con buenas razones modernamente la tesis de CARRÉ DE MALBERG desmontando uno por uno sus argumentos. Es claro en los debates parlamentarios y en el texto mismo de la Constitución de 1791 que el Rey participa en la formación de las leyes y que tiene reservadas facultades decisivas para su formación definitiva. En aquella Constitución, en verdad, la función legislativa pertenece al Cuerpo legislativo y al Rey. El hecho de que el veto no sea absoluto, como argumenta CARRÉ, no afecta a dicha conclusión. TROPER hace notar, con buen criterio, que el acuerdo del Rey, expresado mediante su sanción, tiene la consecuencia de precipitar la entrada en vigor de la ley, y su aplicación retardada, lo que son dos formas efectivas de participar en la función legislativa.

135.

Veto suspensivo.

136.Veto y facultad
d'empêcher.**137.**Veto y participación
en la función
legislativa.

M. TROPER concluye expresivamente sobre la significación del veto suspensivo considerándolo una «grave excepción al principio de especialización, en la medida en que el órgano de la función ejecutiva es al mismo tiempo órgano parcial de la función legislativa».

Otros modos de limitar el predominio absoluto del poder legislativo que se ensayan directamente en la Constitución son el de definir de un modo concreto sus competencias (lo que hace con bastante detalle los artículos 10 y siguientes de la Sección primera del Capítulo III, Título III; dicha sección lleva al título «*Pouvoirs et fonctions de l'Assemblée Nationale législative*»), o, desde luego, el control que ejerce el pueblo soberano en la renovación de la Asamblea, la participación del ejecutivo y el legislativo en el ámbito de las relaciones internacionales, ratificando el segundo los pactos celebrados por el primero (de lo que también se ocupó CARRÉ DE MALBERG para explicar su compatibilidad con una separación de poderes estricta).

Pero una separación de esta clase no fue, en verdad, establecida en Francia. Otras varias derogaciones de la misma se refieren a determinadas integraciones de unos órganos en otros que ejercen poderes diferentes, o a limitaciones en la función de algún poder, o en otras variantes de coparticipación.

Un tipo de actuación del legislativo en el ejecutivo, se debate y resuelve a propósito de si los ministros, que sin duda deben ser designados por el Rey, pueden ser vetados por la Asamblea, y también si han de responder políticamente ante la misma. La fórmula que finalmente se acoge se orienta en el sentido equilibrado que luce en la intervención de MIRABEAU en la sesión de 16 de julio de 1789: sin pretender imponer al Rey la elección de sus ministros, «que a él deben agrandar y complacer», la Asamblea declarará no poder otorgar su confianza a unos ministros «que han creado bajo nuestros pies el abismo que Su Majestad acaba de cerrar». Las ideas sobre la interferencia máxima admisible de la Asamblea en la designación de los ministros quedaría definitivamente expresada en el artículo 28 de la Ley de 27 de abril y 29 de mayo de 1791 sobre la Organización del Ministerio, que establecía que «el cuerpo legislativo podrá presentar al Rey las mociones que juzguen convenientes sobre la conducta de sus ministros, e incluso hacerles saber que han perdido la confianza de la Nación». DUGUIT no interpreta el precepto como una manifestación de la responsabilidad política de los ministros, ni tampoco que el Rey estuviera obligado a cesarlos. Pero sí le parece que es otra evidente muestra de una nueva ruptura del principio de separación.

138.

Designación y
responsabilidad
política de los
ministros.

Otra correlación entre poderes que se debatió por la Asamblea se refiere a la asistencia de los ministros a las sesiones de la Cámara. Terminó siendo recogida esta posibilidad en el artículo 10 de la Sección IV del Capítulo III del Título III de la Constitución de 1791 («los ministros del Rey tendrán entrada en la Asamblea Nacional legislativa; tendrán allí un lugar señalado. Serán oídos todas las veces que lo soliciten sobre materias relativas a su administración o cuando se les pidan aclaraciones. Serán igualmente oídos sobre materias ajenas a su administración cuando la Asamblea Nacional les otorgue la palabra»), pero, antes de incorporarla, algunos delegados se habían opuesto basándose en el principio de separación de poderes. ROBESPIERRE dedicó a la cuestión un vibrante discurso en la sesión de 15 de agosto de 1791: «uno de los principios de la Constitución es la separación de poderes. Todo lo que tiende a confundirlos de alguna manera aniquila el espíritu público y debilita las bases de la libertad. *Ahora bien, según este artículo, el poder legislativo y el poder ejecutivo se confunden.* Este artículo da a los ministros no sólo el derecho de asistir a las sesiones cuando quieran, sino también el derecho a hablar sobre todas las cuestiones sometidas a deliberación del cuerpo legislativo. Concluyo por estos motivos que es imposible que aprobéis el artículo sin contradeciros vosotros mismos y sin trastocar las bases de la libertad y de la Constitución».

139.

Participación del ejecutivo en las Sesiones de la Asamblea.

C) En particular, la intervención del poder judicial en la acción administrativa

Las excepciones al principio de separación también se multiplican en lo que concierne a las relaciones del poder judicial con el legislativo y el ejecutivo.

El punto de partida es la fórmula general, que ya se ha transcrito, según la cual los tribunales no pueden usurpar de ninguna manera funciones del legislativo o del ejecutivo, ni hacer reglamentos o disposiciones de ninguna clase; tampoco el legislativo o el ejecutivo pueden ejercer de ninguna manera la función de juzgar.

140.

La separación del judicial.

Pero la autonomía y el monopolio de la función de juzgar por parte del poder judicial también se presenta en las primeras Constituciones revolucionarias llena de excepciones. La falta de autonomía, como notó DUGUIT, se aprecia, en el plano más elevado, en que no se atribuyó a los tribunales facultad alguna para controlar la constitucionalidad de las leyes, aunque, como veremos luego, alguna propuesta llegó a formularse al respecto.

141.
Autonomía del
judicial.

En el temprano Informe sobre el poder judicial de BERGASSE (17 de agosto de 1789) que reflejó la preocupación de los revolucionarios por la insostenible situación a que habían conducido los abusos de los tribunales durante el Antiguo Régimen, se pretende la mayor autonomía para los jueces. El informe pone énfasis en argumentar que «el poder judicial estará, pues, mal organizado si depende en su organización de una voluntad distinta que la de la nación». Pareciera que esta declaración tendría que haber llevado a la designación electiva de los jueces, lo que fue una solución que duró poco.

Por el contrario, se generan muchas fórmulas de condicionar el ejercicio de la función judicial.

142.
Funciones judiciales
del legislativo.

Al legislativo se le atribuyen algunas funciones de carácter judicial como, por ejemplo, la relativa a la acusación de los ministros, ya que se impone una autorización previa de la Asamblea (artículo 8 de la Sección IV, del Capítulo II, Título III: «*Aucun ministre en place, ou hors de place, ne peut être poursuivi en matière criminelle pour fait de son administration, sans un decret du Corps législatif*»).

143.
Interpretación de
las leyes y el référé.

Pero donde el dominio del legislativo sobre el poder judicial se hace más patente es con el establecimiento de la institución del *référé législatif*. Obligaba esta particular regulación (contenida en las Leyes de 16-24 de agosto de 1790 y de 27 de noviembre de 1790, en dos versiones, facultativo y obligatorio) a los jueces y tribunales a dirigirse a la Asamblea cada vez que tuvieran necesidad de interpretar una ley. El artículo 12 de la última ley citada establecía que los tribunales «no podrán en ningún caso hacer reglamentos, pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces en que pudiese ser necesario bien interpretar la ley, bien hacer una nueva».

144.
Contra las
sentencias
normativas.

Esta notoria intervención del legislativo en las tareas propias del poder judicial, impuesta antes de que se aprobara la primera Constitución, refleja la extraordinaria desconfianza de los revolucionarios en los tribunales y el rechazo de la práctica de producir sentencias con contenidos normativos que incluían con naturalidad decisiones de carácter legislativo o administrativo.

La manera más eminente y eficaz de coartar el poder de los jueces es restringir su facultad de interpretación. En el ya citado Informe Bergasse que se presenta a la Asamblea el 17 de agosto de 1789, están las primeras manifestaciones contra la interpretación judicial de las leyes: «el poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones». En los debates ulteriores LE CHAPELIER y ROBESPIERRE des-

tacarán por la crudeza con que mantuvieron la misma idea. El discurso de este último en la sesión de 18 de noviembre de 1790 es muy expresivo de las convicciones mayoritarias sobre la referida cuestión: «esta palabra jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía bajo el Antiguo Régimen, no significa nada en el nuevo: debe ser borrada de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley, que, por consiguiente, tiene siempre identidad de jurisprudencia». Unos meses antes, el 25 de mayo, ya había dicho que «si una autoridad distinta de la del legislador pudiera interpretar las leyes, elevaría su voluntad por encima de la del legislador».

Al alcance y significación de esta restricción de la función interpretativa de las leyes por parte de los tribunales volveremos a referirnos más adelante.

Por último, en este análisis de las peculiaridades de la separación de poderes francesa, es necesaria una mención (por ahora brevísima porque será necesario volver sobre este tema con detenimiento en este mismo Capítulo) a la más notable de las derogaciones de la función de los jueces, consistente no solo en excluir (*vid.* sobre ello el epígrafe 8 siguiente) el control de la constitucionalidad, sino también el de la legalidad de las decisiones de la Administración.

La relación de la Administración con los tribunales ha sido constantemente destacada para evidenciar las peculiaridades de la separación de poderes francesa. En algunas ocasiones se presenta como el rasgo más original y definitorio de la misma. Sin embargo, solo con importantes matizaciones puede considerarse así. Desde luego las soluciones francesas a la relación jueces-Administración tendrán una influencia central en la emergencia de un conjunto de instituciones que forman el núcleo del Derecho Administrativo. Pero ni dichas fórmulas son, como resulta de la exposición anterior, la única peculiaridad del modelo francés, ni la tendencia de los revolucionarios a evitar que los jueces pudieran interferirse en las decisiones de la Administración es una verdadera disidencia de la teoría de la separación de poderes sino, precisamente, su aplicación más pura porque pretende que un poder no actúe en el ámbito especializado de otro. La exclusión de control es también, como se ha indicado en el epígrafe 4 anterior, una idea rotunda y rigurosamente defendida en aplicación de los mismos principios de la separación de poderes, en el proceso constituyente norteamericano.

145.
*Contra la
jurisprudencia.*

146.
*Las relaciones
jurisdicción-
Administración.*

147.
*La reacción
 revolucionaria
 contra las
 intervenciones de
 los tribunales en la
 Administración.*

En Francia, además, se produce, como está documentado exhaustivamente, una reacción de los revolucionarios contra la posición preeminente que habían alcanzado los tribunales durante el Antiguo Régimen, sus continuas invasiones de los dominios de los otros poderes, y la inseguridad jurídica que adornaba muchas de sus decisiones. Contra todo ello empiezan a actuar inmediatamente. En agosto de 1789 se suprimen las justicias señoriales y la venalidad de los oficios. Los Decretos de 15 y 20 de octubre de 1790 atacan la avocación de los litigios y el poder de reforma de las resoluciones judiciales. Y el 17 de agosto de 1789 ya está disponible el Informe Bergasse donde se aborda por primera vez la organización del poder judicial, lleno por cierto de prevenciones, muchas de las cuales tendrán reflejo en la Ley 16-24 de agosto de 1790. Su famoso artículo 10 ordenaba que «los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación».

Sobre estos presupuestos se organiza la separación de la Administración y la Justicia. No solo por efecto del dogma de la separación, sino también por las prevenciones que los revolucionarios tenían frente a los tribunales, era impensable que pudiera atribuirse a los tribunales ordinarios el control de las decisiones de la Administración.

J. CHEVALLIER ha indicado que las opciones que manejaron los revolucionarios fueron las siguientes:

148.
*Opciones para el
 control de las
 decisiones
 administrativas.*

Suprimir todas las jurisdicciones administrativas y encomendar el contencioso-administrativo a los tribunales ordinarios. La supresión de todos los tribunales especiales y de excepción conducía a esta única posibilidad. Incluso la previsión, en el Informe que presenta THOURET a la Asamblea, de un Tribunal de Administración se critica duramente por considerarla una forma de restablecimiento de los tribunales de excepción. Por ello, en relación con la organización de la justicia, lo que más se repite en los primeros debates, por SIÉYÈS y CHABROUD, por ejemplo, es la necesidad de establecer la unidad total de jurisdicción. Otra cosa es que, en el marco de esta unidad pueda aceptarse que la justicia ordinaria pueda intervenir en asuntos administrativos. Por ello, el Comité vuelve a presentar un proyecto el 5 de julio de 1790 que retoma la fórmula del Tribunal de Administración. Sigue a ello una fuerte diatriba de PEZOUS y el debate consiguiente hasta que el 6 de diciembre de 1790 se vota un proyecto en el que casi toda la materia contenciosa se asigna a la propia Administración activa, sin perjuicio de atribuir también algunas competencias a los tribunales de distrito.

Esta solución ha dicho CHEVALLIER que era «contraria a los deseos de los *cahiers de doléances*, contraria a la concepción lógica de la separación de poderes, contraria a los debates anteriores, contraria a los proyectos publicados, fue adoptada sin discusión».

No expondremos ahora los desarrollos ulteriores, que estudiaremos más adelante. Pero lo que los revolucionarios consagran es la idea de que los tribunales ordinarios deben abstenerse absolutamente de interferir en la acción de la Administración o controlar sus decisiones. Las controversias que se susciten como consecuencia de la acción administrativa deben ser resueltas por órganos —que más tarde se organizarán de forma especializada— de la propia Administración. Los jueces no pueden juzgar a la Administración porque cuando lo hacen ejercitan, en verdad, más que una función propia del poder judicial, una tarea administrativa: *juger l'Administration c'est encore administrer*.

149.
Juzgar a la
Administración es
también
administrar.

6. LOS FUNDAMENTOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA SOBERANÍA DEL LEGISLATIVO

La Francia revolucionaria implanta las instituciones del nuevo constitucionalismo y recibe, al mismo tiempo, una fuerte herencia del Antiguo Régimen. La labor constituyente no se realiza sobre un espacio institucionalmente vacío sino contando con la presión de lo existente y la experiencia del Antiguo Régimen. La monarquía, especialmente, se mantiene y pesa en los primeros debates constituyentes. Los monárquicos defienden la preeminencia que había tenido durante el Antiguo Régimen sin perjuicio del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y de que la norma máxima, la ley, tenga que ser expresión de la voluntad general de la Nación. Esa presión monárquica se evidencia en momentos decisivos como la deliberación sobre la sanción real de las leyes, cuya solución ya se ha expuesto. También en otras pretensiones, que no lograron que fueran secundadas por la mayoría, como la de que se estableciera una Cámara alta de carácter nobiliario.

150.
El poder
monárquico.

Algunas aspiraciones de los monárquicos terminarían siendo recogidas en la Constitución de 1791, pero desde los primeros debates constituyentes se va ahondando en una diferencia con el constitucionalismo americano que será, en lo sucesivo, una característica esencial del constitucionalismo francés y, por su influencia, del continental europeo. En concreto, los americanos se habían enfrentado al inmenso poder del Parlamento inglés y tenían buenas razones para creer, como es fácil ver en las opiniones de los padres de la Constitución, que había

151.
Confianza en la
Asamblea.

que establecer prevenciones frente al abuso del poder legislativo. En cambio no se habían enfrentado con un ejecutivo igualmente arbitrario. Ellos habían decidido que el máximo órgano del ejecutivo, el Presidente, fuera designado mediante elección del pueblo. Era un órgano democrático, por consiguiente, en el que se podía depositar la máxima confianza. Las convicciones de los revolucionarios franceses son justamente las contrarias. El poder despótico lo representaba en Francia el Rey. Y la esperanza de un poder equilibrado y justo, ejercido en nombre de los ciudadanos, solo podía depositarse en el órgano constitucional más nuevo y más democrático: la Asamblea legislativa.

La experiencia histórica francesa y las doctrinas que los constituyentes aplican, les llevan en línea directa a reconocer la *posición preeminente del Parlamento y la subordinación inmediata de los demás poderes a sus decisiones*.

152.
Entronización de la
ley.

El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, contiene la fundamental entronización de la ley y una explicación de su razón: «la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

153.
Ley expresión de la
voluntad general.

La consideración de *la ley como expresión de la voluntad general* se debe, sin duda, a la influencia de J. J. ROUSSEAU. En el *Contrato Social* había escrito: «¿qué es al fin una ley? Mientras nos contentemos con vincular esta palabra a ideas metafísicas, continuaremos razonando sin entender; y por más que se explique una ley de la naturaleza, no por ello se sabrá mejor qué es una ley del Estado... Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo; y se forma entonces una relación, la del entero objeto desde diferentes puntos de vista, sin ninguna división. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general, al igual que la voluntad que estatuye. Y es este acto lo que yo llamo ley». En otros escritos suyos (*Cartas escritas desde la Montaña* y *Manuscrito de Ginebra*) se repite con semejante claridad su idea que identifica la ley y la voluntad general.

El pensamiento de ROUSSEAU tiene que ser revisado, sin embargo, en un punto esencial por los revolucionarios. La voluntad general, de donde emana la ley, no es susceptible de representación, según el

filósofo ginebrino. En el Capítulo XV del *Contrato Social* lo explica sin rodeos: «La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser alienada; consiste esencialmente en la voluntad general y esa voluntad no se representa: es una o es otra sin que quepa punto medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser, sus representantes, no son más que comisarios y no pueden decidir nada de forma definitiva. Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula, no es una ley».

La corrección fundamental la aportará la idea de representación que es, tal vez, la mayor aportación del abate de Frejus, Emmanuel SIÉYÈS, a la teoría constitucional contemporánea. El desarrollo de su pensamiento se produce sobre todo en la sesión de 7 de septiembre de 1789, con ocasión de pronunciarse sobre el veto regio. Se pregunta en él de qué manera pueden concurrir los ciudadanos a la formación de la ley que, por otra parte, están obligados a obedecer. Según él esta participación se puede llevar a cabo de dos maneras: «los ciudadanos pueden dar su confianza a algunos de entre ellos. Sin alienar sus derechos, delegan su ejercicio. Es debido a la utilidad común que ello les reporta por lo que nombran representantes más capaces que ellos mismos para conocer el interés general e interpretar desde esta perspectiva su propia voluntad. La otra forma de ejercer su derecho a la formación de la ley es la de concurrir a ello de modo inmediato. Este concurso inmediato es lo que caracteriza la verdadera democracia. El concurso mediato designa el gobierno representativo. La diferencia entre estos dos sistemas políticos es enorme».

La voluntad general se convertirá, a partir de la recepción constitucional de las ideas de SIÉYÈS, en la voluntad de los representantes, y el concurso de estos a la formación de la ley atenderá al principio de mayoría. Una mecánica, en fin, tan simple como innovadora y genial.

La consecuencia que se va a deducir de todo ello es que al conjugar la afirmación de que la ley se fundamenta en la voluntad general y que esta es expresada por el cuerpo legislativo que, a su vez, representa a la Nación, se concluirá afirmando que la soberanía corresponde al órgano representativo nacional, es decir, al reconocimiento de la soberanía parlamentaria. Esta observación la había hecho con claridad CARRÉ DE MALBERG: «El sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de la soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, con

154.

Voluntad general y representación.

155.

SIÉYÈS y la teoría de la representación.

156.

La soberanía del Parlamento.

absoluta realidad, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho SIÉYÈS, aquel no podía expresar su voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados».

El gobierno representativo, dirá B. CONSTANT algunos años después del invento de la idea (en su famosa conferencia de 1819, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*) es el resultado y el producto de «notre hereuse Révolution». CONSTANT, que gozó de la amistad del abad SIÉYÈS y recibió de él una influencia clara (que ha demostrado P. PASQUINO), cifró las características esenciales de las libertades de los modernos en relación con las de los antiguos, precisamente en el «derecho a no estar sometido nada más que a las leyes», hechas precisamente por un gobierno que por oposición al popular es llamado «representativo».

157.
La libertad de los modernos.

La ley expresión de la voluntad popular, concebida de la manera explicada, se convierte en el centro del sistema constitucional. Queda establecido el reino de la ley (un Decreto de la Asamblea de 9-15 de abril de 1791 dispuso que en el dorso de las monedas debía figurar la expresión «*Règne de la loi*»).

158.
El reino de la ley.

La repercusión más inmediata y sustancial de todo ello es que la ley queda convertida en el instrumento fundamental para ordenar la actuación de los demás poderes, pero también de los derechos de los ciudadanos, que la ley se encarga de delimitar y articular para hacer posible su efectivo disfrute y desarrollo en la sociedad.

El principio general que debe ordenar las relaciones entre la ley y los derechos está en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Esos límites sólo pueden ser determinados por la ley». Y seguidamente se describe la función de la ley en los cuatro artículos siguientes, que es necesario transcribir:

159.
La ley y los derechos.

Artículo 5: «La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena».

160.
Libertad general.

Artículo 6: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos,

161.
Ley general.

tanto cuando protege, como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

Artículo 7: «Ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas. Los que solicitan, dictan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano reclamado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante: resulta culpable por su resistencia».

162.
Legalidad de los delitos.

Artículo 8: «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias; nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada».

163.
Y de las penas.

El principio de la ley general reclama su aplicación igual y uniforme. Todos los ciudadanos participan en su formación, como expresa el artículo 4 transcrito, y todos son iguales ante ella, es «*la misma para todos*» dice el precepto (aunque la identificación del individuo con el ciudadano y la eliminación de las corporaciones y entidades colectivas, produzca inmediatamente *el olvido de los derechos de las minorías* que tardará muchos decenios en ser restablecido, circunstancia que han destacado C. COURVOISIER y R. GALLISOT). De modo que también es *la ley el único instrumento que puede utilizarse para limitar los derechos*. Lo cual, según es explícito en la Declaración, solo debe hacerse en la medida en que sea necesario para organizar la convivencia de todos: «El fin de toda asociación política —explica claramente el artículo 2— es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre».

164.
Igualdad ante la ley.

La posición central de la ley, su absoluto predominio en la delimitación y también en la garantía de los derechos de los ciudadanos, es una característica absolutamente original de la Declaración francesa en relación con la americana. S. RIALS ha denominado, usando una expresión certera, «legicentrismo» a dicha fórmula constitucional *que encarga a la ley la efectividad de los derechos y hasta la implantación social de las instituciones y garantías que son imprescindibles para su desenvolvimiento*. Y lo hace, además, como en el caso de Francia, con insistencia, con una confianza extrema en la virtud de conformación de la nueva sociedad que solo la ley tiene.

165.
Legicentrismo.

La influencia de estas ideas en la organización política, Administración Pública incluida, y en el ejercicio de los poderes es máxima. Para

166.
Ley y
competencias.

empezar el ordenado ejercicio de los poderes requiere que cada uno se atenga a actuar en el marco de las competencias que le han sido atribuidas, técnica esta que reclama una intervención previa del legislador definiendo las esferas de acción y distribuyendo las competencias entre los diferentes órganos que desenvuelven la acción pública. Este es un mecanismo capital, que será esencial para el funcionamiento de la Administración contemporánea. La encomienda a un órgano de una responsabilidad de intervención o actuación se hará, en el futuro, con cierta estabilidad, con seguridad, derogándose las viejas formas de actuación del monarca que permitían la continua variación de las competencias mediante avocaciones o delegaciones particulares o generales.

167.
Generalidad de la
ley y aplicación sin
excepciones.

No solo los poderes públicos son regulados con carácter general por la ley, dotándose así a la Administración Pública de un reparto de responsabilidades racional y, en la medida en que los cambios políticos lo permiten, estable, sino que la idea de generalidad de la ley impone la igual aplicación a todos los ciudadanos, sin excepciones, derogaciones singulares o particularismos de cualquier clase. La estabilidad de la regulación legal es justamente lo contrario de la ley como *quod principi placuit* dominante durante el Antiguo Régimen. En este período aunque la ley no variara con frecuencia (en definitiva es también característico del período el respeto por las costumbres y el Derecho viejo) lo que sí cambia continuamente es el criterio con el que se aplica. También para afianzar la utilización de criterios justos y razonables en la aplicación de la ley, el artículo 7 de la Declaración *prohibe expresamente dictar, ejecutar o hacer ejecutar órdenes arbitrarias*. Con carácter general son arbitrarios todos los actos que se dictan sin una cobertura legal, cuando afectan a los derechos de los ciudadanos.

168.
Ley y represión
penal.

La regulación legal previa es exigida con particular reiteración e intensidad respecto la de represión penal ejercida por los poderes públicos. Parte la Declaración de la presunción de inocencia (artículo 9: «todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable»...) y delimita los términos en que se puede producir cualquier acusación o proceso (artículo 7: «ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas...»), o imponer penas de cualquier clase (artículo 8: «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias; nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada»).

El dominio absoluto de la ley llega al extremo de la prohibición, que ya se ha comentado en el epígrafe anterior, de que los jueces puedan interpretar la ley. Se les obliga, por el contrario, utilizando un *desideratum* que viene de MONTESQUIEU, a ser la boca que pronuncie las palabras de la ley. La interpretación añade a la norma, según convienen los revolucionarios, reglas o principios nuevos, hasta el extremo de que el intérprete se sitúa por encima del legislador. A esta finalidad prohibitiva de la interpretación sirve la institución del *référé législatif*. Sobre su práctica y acerca de cómo el Tribunal de Casación, creado para vigilar la integridad de la ley, llegó a crear una verdadera jurisprudencia, aparentemente en contradicción con estos principios, volveremos luego.

Y, en fin, el necesario respeto a la ley por todas las autoridades y agentes no solo está cubierto por el castigo expresamente previsto para quienes dicten órdenes arbitrarias, sino que se establece como principio general la responsabilidad de todos los funcionarios públicos por la actuación que desarrollen en ejercicio de sus cargos (artículo 15: «la sociedad tiene el deber de pedir cuentas de su administración a todo funcionario público»).

La posición soberana de la ley, desde el inicio de la Revolución francesa queda suficientemente ilustrada con las referencias anteriores, todas de la Declaración de Derechos, que es el texto más temprano pero, en este extremo, seguido siempre sin desfallecimiento por todas las Constituciones del período revolucionario. La centralidad de la ley en los sistemas constitucionales europeos no cambiará ya nunca (salvo los períodos de excepción democrática).

Tendremos ocasión de comprobar, no obstante, que la persistencia de estos mismos principios, recogidos sucesivamente en otras Constituciones europeas, no ha sido obstáculo para que su aplicación práctica haya estado llena de quiebras y de matices durante decenios. El monopolio de la ley como única fuente de producción normativa duró poco debido a la emergencia de un amplio poder reglamentario del ejecutivo. Y también durante muchos años la acomodación de los poderes públicos a la legalidad no encontró garantes suficientemente dotados en el sistema contencioso-administrativo, cuya competencia se definió con muchas restricciones hasta bien entrado el siglo xx.

Pero la consecuencia más importante del legicentrismo durante casi dos siglos ha sido que *los derechos y deberes de los ciudadanos están vinculados a la ley. Es la ley la que los predetermina*. Y no tiene, al hacerlo, ningún límite. Los derechos dependen de la ley. Para la ley

169.

Prohibición de interpretar la ley.

170.

Ley y reglamento.

171.

Los derechos dependen de la ley.

la Constitución no es una referencia vinculante. No se establece ninguna garantía frente a la ley para preservar la integridad de la Constitución. *En esta medida, el legicentrismo se desenvuelve en un espacio jurídico en el que no hay Constitución.*

Esta situación proviene de la Declaración de Derechos y se repetirá en todas las Constituciones europeas posteriores hasta que se vayan estableciendo controles jurídicos para verificar la constitucionalidad de las leyes. En este punto de la falta de garantías jurídicas que preserven a la Constitución frente a la ley, los sistemas constitucionales europeos permanecerán alejados del americano casi un siglo y medio. La aproximación solo volverá a producirse cuando los derechos se desvinculen de la ley, y se conviertan ellos mismos en reglas supralegales cuya obligada observancia quedará garantizada por los tribunales.

7. LA PRESERVACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS: LA FALTA DE UN CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Las diferencias que acaban de recordarse entre el sistema constitucional norteamericano y el francés fueron apreciadas, antes que nadie, por Alexis DE TOCQUEVILLE: «los americanos —dice en *La Democracia en América*— han reconocido a los jueces el derecho a *fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que en las leyes*». Constata que este poder no se ha reconocido en Francia en modo alguno a los jueces, y añade, valorando ambas opciones: «sé que al negar a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes, damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución pues no encuentra barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan perfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no representan más que a sí mismos».

La reflexión de TOCQUEVILLE anticipa un argumento que daría lugar a infinidad de debates, antes y después de su obra, en Estados Unidos: la cuestión de saber de dónde procede el poder de los jueces para invalidar leyes, o, en otra variante, cómo un poder sin legitimación democrática puede sobreponerse a los representantes del pueblo. Pero también refleja exactamente el modo de pensar de los revolucionarios franceses cuando decidieron no permitir a los tribunales enjuiciar, por ningún concepto, las leyes: tenían una profunda e históricamente arraigada desconfianza en los tribunales y, por el contrario, una fe incondicional en la ley expresión de la voluntad general.

172.

Las diferencias con el constitucionalismo americano.

173.

Un poder sin legitimación.

Tenían tanta desconfianza en los tribunales como perfecta conciencia de su poder. El Informe Bergasse expresa bien estas convicciones y estados de ánimo: «la influencia del poder judicial se produce por decirlo así, todos los días, en todas las instancias, en todos los instantes; y como el que influye sobre nosotros a diario y en todos los instantes no puede sino actuar de manera muy profunda sobre el sistema total de nuestros hábitos, lo que influye para bien o para mal es incontestablemente el poder judicial».

Y, sin la oficialidad de un informe, el reflejo de la aversión hacia los jueces está clara en los discursos y reflexiones de influyentes asambleístas. BARRERE, por ejemplo, tenía una opinión clara de los jueces a los que considera «hombres inútiles para la sociedad», hábiles solo para «exasperar a las familias, afilar las pasiones y excitar el interés personal».

El ambiente no era, en verdad, nada propicio para confiar a los jueces un poder que les permitiera enjuiciar las decisiones de la Asamblea. Tendrá que pasar algún tiempo desde que se expresan las ilusiones revolucionarias más puras en 1789 para que el contexto político ofrezca una mínima apertura a tan aventuradas ideas de control. La ocasión la ofrecerá la experiencia del Terror; los abusos asamblearios y los resultados en vidas humanas perdidas que arroja esta época revolucionaria, en nombre de la ley, permiten reflexionar de un modo un poco más abierto sobre la conservación de la Constitución.

Nadie como SIÉYÈS, en el discurso que pronuncia el 18 de thermidor del año III, al presentar su proyecto de «*Jury constitutionnaire*» (este es el título oficial del proyecto, pero también llama al órgano de control otras veces *jury de Constitution* o *jurie constitutionnaire*, como ha notado R. MAÍZ). Lo define como un «*depositaire conservateur de l'acte Constitutionnel*».

El *Jury* del proyecto del abate de Frèjus se compondría de ciento ocho miembros, que se habrían de renovarse cada año por tercios en las mismas épocas que el cuerpo legislativo.

Se reunirían en sesiones no públicas y tendrían competencia para pronunciarse contra los actos dictados por alguno de los órganos que enumera el artículo VI del proyecto (Consejo de los Ancianos, Consejo de los Quinientos, Asambleas electorales, Asambleas primarias, Tribunal de Casación).

Además de la función de control de la constitucionalidad, que ejercería verificando la adecuación del acto enjuiciado a la Constitución y

174.

Desconfianza en los tribunales.

175.

El jury constitutionnaire.

176.

La propuesta de SIÉYÈS.

la Declaración de Derechos, también se le atribuía la importante tarea de elaborar, cada diez años contados a partir de 1800, y tomando en cuenta los informes que figuraran en su registro, un *cahier de propositions* con el objetivo de mejorar la Constitución. Estas propuestas, examinadas y aceptadas por las Asambleas primarias serían aprobadas definitivamente por el Consejo de Ancianos ejerciendo el poder constituyente.

También atribuía el proyecto al *Jury* la competencia para *constituirse en jury d'équité naturelle*. Formarían este tribunal la décima parte de los miembros del *jury constitutionnaire* designados por sorteo. Su función sería resolver en equidad, a instancias de los tribunales ordinarios, aquellos casos que estos no hubieran podido resolver por falta de ley o por no poderlos juzgar sino contra su conciencia.

177.
El inventor de la
Constitución.

La aceptación del proyecto de SIÉYÈS hubiera cambiado la historia constitucional europea, sin duda. Tal vez habría servido para socabar inmediatamente la soberanía de la ley y, desde luego, habría independizado a los derechos de su absoluta vinculación a las regulaciones legales. Se hubiera consagrado SIÉYÈS con ello, definitivamente, con el título que P. PASQUINO le atribuye, en todo caso, con acierto: *el inventor de la Constitución*.

Pero, verdaderamente, el único que defendía el establecimiento de semejante defensor de la Constitución era el propio proponente, como, con no poca desilusión, tuvo que advertir enseguida en los debates. La intervención en ellos de THIBAudeau resume las opiniones de los oponentes: «si el Tribunal Constitucional, cuyas funciones serán determinadas por la Constitución, sobrepasa sus límites ¿quién reprimirá su usurpación?»... y seguía luego un ponderado discurso entorno al aforismo clásico *qui custodiet custodiam*.

Con ello se frustró toda posibilidad de establecer una garantía jurídica, entregada a un órgano especializado, que preservara la Constitución y los derechos consagrados en ella y en la Declaración. *De aquí, desde entonces, el alejamiento del constitucionalismo norteamericano.*

Como ha notado BLANCO VALDÉS, frente a la imposibilidad de un control jurídico de la Constitución, lo que sí se reconocía mínimamente era la *superioridad política de la Constitución*, expresada en la idea (una vez más inspirada por SIÉYÈS) de que *el legislador ordinario no puede asumir el poder constituyente*. Esta preocupación es seria, pero tiene que realizarse (habida cuenta la ideología de la época que estamos refiriendo) sin usar controladores externos al legislativo mismo.

178.
La reforma de la
Constitución.

Sobre cómo conseguir este bloqueo de la Constitución proliferan las propuestas. CHAPÉLIER propone la creación de una Asamblea especial que se ocupe de las reformas. Otros aspiran a que la Constitución se bloquee por siempre frente a cualquier modificación. Otros que las reformas no empiecen antes de que transcurra un plazo de tiempo prefijado.

La solución definitiva al problema la recogerá el artículo 1 del Título VII de la Constitución de 1791 (Título denominado «*De la revision des Decrets Constitutionnels*»). Establece: «La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución; y, no obstante, considerando que es más conforme con el interés general usar solamente, por los medios acogidos en la Constitución misma, el derecho de reformar los artículos de los que la experiencia haya hecho sentir los inconvenientes, decreta que se procederá a la misma por una Asamblea de Revisión de la siguiente forma...».

Los preceptos sucesivos regulan la reforma. Era necesario, en primer lugar, para ello, que tres legislaturas consecutivas hubieran emitido un voto uniforme para el cambio de un concreto artículo. Seguía luego una regulación pormenorizada acerca de cómo y en qué momento tenían que pronunciarse las legislaturas. La última, en la que se había de producir la decisión definitiva, tenía que aumentarse con doscientos cuarenta y nueve miembros elegidos por los Departamentos. Juntos todos estos, con los miembros de la legislatura ordinaria, formarían la Asamblea de Revisión. Y así constituidos, y después de prestar juntos el juramento de «*vivre libres ou mourir*», jurarían también individualmente que se limitarían en su trabajo a los concretos asuntos que les habían sometido las tres asambleas previas, respetando en todo lo demás la Constitución vigente.

La protección de la Constitución frente a modificaciones ulteriores era muy firme, como se ve, porque el procedimiento de reforma ideado hacía difícilísimo que pudiera llegar a producirse.

Pese a todo se hicieron nuevos proyectos y Constituciones en la época revolucionaria (1793, año III, año VIII), lo que revela que todo ese tramo de la Historia de Francia se convirtió en un período constituyente continuo. Pero con ocasión de la elaboración de cada uno de estos textos nuevos, resurgiría vivamente el debate sobre la reforma. Bajo los auspicios generales del pensamiento de SIÉYÈS, que procede de 1789 y ya trata de un órgano especializado de reforma, siguen innumerables propuestas: atribuir la función de control de la integridad de

179.
*Procedimientos de
la reforma.*

la Constitución al Rey; encomendar directamente al pueblo el control sobre el ejercicio del poder de reforma (proyecto de CONDORCET de 15 de febrero de 1791); creación de un tribunal de censores; atribución del control formal de la constitucionalidad al ejecutivo (proyecto LAMBERT).

180.

Apelación a los
ciudadanos.

Las más emotivas y efectistas, quizás también las más ajustadas a la moda ideológica, son las propuestas que sostienen personajes como SAINT JUST, CHABOT o ROBESPIERRE. El primero presentó el suyo en la sesión de 24 de abril de 1793. Como su pretensión era que el pueblo fuese oído para la reforma, le resulta necesaria una movilización permanente de la ciudadanía. El derecho de insurrección y de resistencia es, también para CHABOT, la mejor forma de evitar que se produzcan leyes o normas de cualquier clase que puedan alterar el texto de la Constitución. Y ROBESPIERRE, en fin, que cierra estos debates, también apela a la fuerza del pueblo. El fundamento del gobierno democrático es, para él, la virtud. Y, siendo así, la fuerza del gobierno popular revolucionario tiene que venir de la virtud y del terror. La virtud sin la cual «el terror es funesto», y «el terror sin el cual la virtud es impotente».

8. BALANCE SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS AMERICANO Y FRANCÉS. ESTATALISMO E INDIVIDUALISMO. APUNTE SOBRE SUS CONSECUENCIAS PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Las polémicas clásicas sobre la originalidad y diferencias de los dos modelos

La cuestión de si la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y todo el sistema que a partir de ella se desarrolla (especialmente por cuanto concierne a la organización separada de los poderes y a la garantía de los derechos, que exige su artículo 16 y que se convertirá en la base de todas las Constituciones modernas), es una aportación de los revolucionarios franceses, apoyados en las corrientes filosóficas de los siglos XVII y XVIII, que ya hemos descrito, o, por el contrario, tienen poco de originales y se limitan a seguir las soluciones que pocos años antes habían implantado los constituyentes americanos, ha sido cuestión polémica desde el ensayo de Georg JELLINEK titulado *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, publicado en 1895. Inmediatamente traducido a varios idiomas (en España la traducción la hace A. POSADA que publica el libro en 1908 con un ilustrativo estudio preliminar suyo), sus conclusiones contradicen la doctrina, hasta entonces pacífica, sobre la originalidad de las fuentes francesas,

181.

La negación de la
originalidad
francesa.

y el fundamento de la Declaración en la filosofía, sobre todo, de MONTESQUIEU y ROUSSEAU.

G. JELLINEK parte, desde luego, en su análisis, de rendir el tributo debido a la importancia histórica de la Declaración francesa. Ha sido celebrada como el catecismo de los «Principios de 1789». Bajo su influjo se ha creado la noción de los derechos públicos subjetivos del individuo. La literatura jurídico-política solo conocía hasta entonces derechos de los jefes de Estado, privilegios de clase, de ciertas corporaciones, mientras que los derechos generales de los súbditos no se manifestaban sino bajo la forma de deberes del Estado. Pero, *merced a la Declaración, entra en el Derecho positivo la noción de derechos subjetivos que hasta entonces solo eran conocidos en el ámbito del Derecho natural.*

Precisamente esta consagración de los derechos subjetivos en la Declaración, le servirá a JELLINEK para negar la conclusión mayor que la ciencia política francesa tenía establecida en aquel momento (toma la exposición de Paul JANET como referencia); a saber: que la Declaración es tributaria de las ideas expuestas por ROUSSEAU en el *Contrato Social*. Contra la corriente unánime del pensamiento francés de su tiempo, el profesor alemán se opone a dicha tesis. La razón es sencilla: en la filosofía del *Contrato* el individuo «no conserva para sí ni un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado». Argumenta JELLINEK que «la concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza expresamente por ROUSSEAU. No hay ley que pueda vincular a la comunidad, ni aun el contrato social mismo». Lo que le permite decir que, frente a la opinión hasta entonces unánime, «*la Declaración de 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el contrato social*».

La Declaración francesa fue redactada predominantemente, *bajo el influjo de la Declaración de Independencia americana*. La doctrina francesa no había negado nunca la importancia que tendrían las iniciativas de LAFAYETTE, exacto conocedor de la experiencia americana, pero JELLINEK elevará al máximo la calidad e intensidad de esa influencia.

La Declaración de Independencia americana de 4 de julio de 1776 se adelantó con una primera declaración de derechos del hombre, bajo la fórmula «consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres han crecido iguales; que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse en primer

182.

G. JELLINEK.

183.

Los derechos públicos subjetivos.

184.

La Declaración y el contrato social.

185.

La influencia de la Declaración de Independencia.

186.

La anticipación
americana:
Declaraciones de
derechos en los
Estados.

lugar: la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad...». Ya hemos comentado algunos aspectos de esta proclamación y del pensamiento de JEFFERSON, su redactor. El primer Estado americano en dotarse de una Declaración de derechos fue Virginia que, junto a las de otros Estados (Pennsylvania, Maryland, Carolina del Norte, Vermont, Massachusetts) servirán de pauta a LAFAYETTE cuando propuso el 2 de julio de 1789 añadir a la Constitución una Declaración de derechos, y presentó un proyecto a tal efecto.

187.

Comparación de
JELLINEK de la
Declaración
francesa con los
Bills of Rights.

Constatada esta circunstancia general, JELLINEK establece su tesis: «La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Rights* o *Declarations of Rights* americanos». Y para demostrarlo establece en su ensayo un cuadro comparativo entre las Declaraciones francesas y las americanas estableciendo su semejanza.

Las diferencias que aprecia JELLINEK residen en dos extremos a los que apenas otorga importancia: la definición de la libertad y de la ley, que hacen los artículos 4 y 6; y, por otra parte, *la acentuación más enérgica en los artículos 4, 6 y 13 del texto francés de la igualdad ante la ley*, lo que es una diferencia notoria con las americanas en las que, a causa de sus condiciones sociales y de sus instituciones democráticas, aparece como una cosa natural.

188.

La igualdad como
diferencia.

JELLINEK se equivocó al menospreciar estas dos diferencias, que él mismo advierte, porque, como se verá más adelante (sobre la significación y la trascendencia constitucional del legicentrismo ya se han expuesto algunas consecuencias en apartados anteriores) serán decisivas para la determinación de las funciones del Estado en uno y otro lado del Atlántico.

Pero la tesis de JELLINEK continúa. Una vez establecida la mencionada influencia, busca el origen último de la idea de consagrar legislativamente los derechos del hombre. Y lo encuentra en la concepción de la libertad religiosa.

189.

El origen de las
Declaraciones está
en la libertad
religiosa.

Parte del desenvolvimiento de los movimientos democráticos en la Iglesia de Inglaterra. Ocurre a finales del siglo XVI. Robert BROWN y sus adeptos defendían que la Iglesia debía identificarse con la comunidad, y sus miembros gobernarse y decidir conforme a la regla de la mayoría. Esta corriente de pensamiento, trasladada luego a Holanda, y bajo la influencia de John ROBINSON, se transformará más tarde en el congregacionismo, que defendería la separación de la Iglesia y el Estado y la autonomía de cada comunidad. El mismo pensamiento se trasladará luego a la organización del Estado. Las propuestas políticas que resultan de todo ello es que toda asociación —Iglesia y Estado incluidos—

son el fruto de un pacto entre sus miembros originariamente soberanos. Lo cual subraya los derechos naturales de los individuos, que han de gozar de libertad y propiedad en tanto que hijos de Adán.

En momentos críticos de la historia de Inglaterra, entre los primeros derechos que se reivindican está la libertad religiosa (el *Agreement of the People* que se somete a CROMWELL el 28 de octubre de 1647).

Pero el personaje decisivo es Roger WILLIAMS, había desembarcado en Massachussets en 1631, y se dedicó a predicar la separación de la iglesia y el Estado y la más absoluta libertad de cualquier religión. Cuando fue proscrito y perseguido por sus ideas abandonó Salem y fundó Providence, donde encontrarían refugio todos los perseguidos por sus creencias religiosas.

La religión empieza, por el influjo de estas ideas, a convertirse en algo completamente exento de cualquier intervención del poder, queda fuera de toda legislación. Por eso se hace habitual entre los secesionistas los pactos de obediencia a las leyes dictadas por la mayoría, pero «*only in civil thing*». El derecho de libertad religiosa empezará a ser recogido en los Códigos y Cartas coloniales.

La valoración de esta experiencia le permite a JELLINEK concluir que «el principio de libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Este principio, que está ligado al gran movimiento político religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción de que hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado que éste no puede violar». «La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales e inviolables del individuo, no es de origen político sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es LAFAYETTE, sino aquel Roger WILLIAMS que, llevado por su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de creencias, y cuyo nombre los americanos aún hoy recuerdan con veneración».

Concluye JELLINEK que la doctrina del Derecho natural, aunque muy importante, no ha creado por sí misma el sistema de derechos del hombre, aunque traten de ellos e incluso confeccionen listas WOLF, PUFFENDORF o BLACKSTONE. Para él «la existencia de toda una lista de derechos fundamentales especializados, dirigidos a una determinada

190.*Los pactos sobre derechos.***191.***Roger WILLIAMS.***192.***La influencia constitucional de la libertad religiosa.*

conducta, derechos que el Estado debe reconocer expresamente, no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana».

Se comprende que una tesis tan radicalmente contraria a las convicciones de la doctrina francesa y a su más que legítimo orgullo por la importancia y la influencia de la obra de la Revolución de 1789, fuera rápidamente contestada.

Lo hizo, con toda probabilidad haciéndose eco de la opinión más general, un prestigioso especialista en Ciencia Pública del momento: BOUTMY.

Alaba BOUTMY, en la crítica al libro de JELLINEK, que publica en los *Annales de Sciences Politiques*, la capacidad y la sabiduría del profesor alemán. Pero de sus tesis solo acepta que el ejemplo de la Declaración de Independencia americana, más que las Constituciones de los Estados, haya podido influir en la idea de reunir en un solo texto los derechos del hombre y del ciudadano, pero esto no dice nada ni sobre la originalidad del modelo ni sobre la fuente de inspiración de que procede. En esto de las fuentes desde luego critica abiertamente que JELLINEK se hubiera rendido «al deseo, muy natural, de hacer remontar a una fuente alemana la más brillante manifestación del espíritu del siglo XVIII».

BOUTMY se ocupa de contradecir las principales afirmaciones de JELLINEK en el siguiente sentido:

1.º En cuanto a que las Declaraciones de Derechos contradigan el «Contrato Social», el autor francés lo niega. Leyendo bien a ROUSSEAU se ve que el individuo no entrega todo su poder al soberano, sino que siempre se reserva algo a salvo de su arbitrariedad, y esas *facultades no delegadas podían ser la materia propia de la Declaración*. Su posición es que «la Declaración de Derechos no procede de ROUSSEAU, ni de LOCKE, ni de los *Bills* de derechos americanos, ni de la Declaración de Independencia; es el resultado de *una causa invisible: el gran movimiento de los espíritus del siglo XVIII*».

2.º Por lo que respecta al origen americano de las Declaraciones y sus contenidos, también lo niega con carácter general. LAFAYETTE, dice BOUTMY, no citó ni una sola vez en la Asamblea las Declaraciones americanas. En cambio, aunque hubiera referencias concretas a ROUSSEAU, es indudable que el pensamiento del filósofo estaba presente en los espíritus de todos los revolucionarios. Y, en fin, en cuanto al cuadro de comparaciones entre las Declaraciones americanas y francesas que JELLINEK expone, para probar el mimetismo, BOUTMY explica que se ha

193.

La respuesta de
BOUTMY.

194.

El «Contrato
Social» como
fuente.

195.

Inglaterra como
inspiración.

comparado el texto francés con siete u ocho Declaraciones americanas, expurgando de estas lo que más convenía para remarcar la similitud. Además, los franceses de 1789 *no necesitaban recibir de América ideas* sobre organización del poder y protección de los derechos que procedían en último término de Inglaterra, y que los filósofos franceses habían recogido directamente de dicha fuente.

3.º En cuanto a que la libertad religiosa sea el fundamento más antiguo de las Declaraciones, el profesor francés argumenta que más de la mitad de los contenidos de los *Bills* americanos proceden del *common law*. El sentido que la libertad religiosa podría tener en ellos no era el mismo que alcanzó luego en el siglo XVIII. La Reforma no engendró mayor libertad de conciencia, sino mayor profundización en la fe y la práctica religiosa. El espíritu de tolerancia que se desarrolla en el siglo XVIII, y las circunstancias económicas de ese tiempo, son las que han hecho desenvolverse rápidamente la libertad religiosa en América, y no el imaginativo impulso de Roger WILLIAMS y los suyos, en cuyas ideas apoya JELLINEK el origen de la significación política de aquella libertad.

La polémica, erudita y apasionante, es muy difícil de resolver en ningún sentido. Ni es preciso, desde luego, a nuestros efectos. Pero sirve para ilustrar las hipótesis existentes sobre el origen de un complejo de ideas decisivas para la organización de los Estados desde entonces. En el estudio preliminar que Adolfo POSADA hace a la obra de JELLINEK termina con una afirmación que, al menos para los Estados del continente europeo, es irrefutable: «salvo para aquellos a quienes preocupe exclusivamente el deseo laudable de investigar dónde emerge una idea, una institución, la Declaración de Derechos es esencialmente francesa y revolucionaria... quien habla de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, alude necesariamente a Francia y a la Revolución».

La extraordinaria calidad intelectual de la obra de JELLINEK y de la oposición de BOUTMY (y aun de la réplica de JELLINEK) ha fijado durante muchos años a la doctrina en un tipo de análisis de las Declaraciones de Derechos y las Constituciones que las siguen, más centrados en los aspectos históricos e ideológicos que en el análisis de otras diferencias entre los sistemas constitucionales francés y americano y, sobre todo, en la determinación de si el diferente sustrato político, histórico e ideológico en el que ambos grupos de textos aparecen, determinan consecuencias diferentes para la organización de los Estados, la fijación de sus funciones y el marco de sus relaciones con los ciudadanos.

196.

La diferenciación por las formas y el contenido y no por los orígenes.

B) Nuevas tesis sobre las características esenciales de la relación Estado-ciudadano en el constitucionalismo europeo

Algunos autores, casi un siglo después de la polémica analizada, han aportado algunos criterios de valoración de las Declaraciones, unos formales otros sustantivos, que sirven más directamente para los desarrollos que ahora buscamos.

Es destacable en este sentido el trabajo de Stephane RIALS sobre la *Declaration des Droits de l'homme*, donde hace notar algunas diferencias que no aparecen expuestas en la polémica referida (aunque algunas estuvieran advertidas por otros autores, en primer lugar por TOCQUEVILLE). Una de ellas es que los textos americanos se preocupan bastante más por las garantías concretas de los derechos, especialmente jurisdiccionales, que los franceses. Declaran los derechos pero no olvidan el *remedy*, el procedimiento legal para hacerlos valer, y ello a pesar de que el texto americano es mucho más retórico que el francés que presenta una redacción más seca e imperativa, como ya había notado BOUTMY.

197.

Disposición de las garantías judiciales.

198.

RIALS y la significación del legicentrismo.

La aportación más aguda del estudio de RIALS está sin embargo en lo que él llama el legicentrismo. Muchos diputados de la Asamblea Nacional estaban derivando desde el iusnaturalismo moderno hacia el positivismo legislativo. La tensión entre la ley natural y la ley positiva, latente en el constitucionalismo americano estallará en Francia en el verano de 1789. La confrontación entre el *Bill of Rights* americano y la Declaración francesa descubre que en ambos lados del Atlántico se hacen proclamaciones de contenido equivalente a los que figuran en los artículos 4, 5 y 6 de aquella última. Pero los de la francesa son particularmente importantes porque es en ellos especialmente donde bascula la Declaración hacia el legicentrismo. Es el momento en que entrega la confianza al legislador para que concrete los imperativos de la ley natural.

199.

Leyes para proteger los derechos.

La Declaración americana parte de la necesidad del gobierno, pero también de la desconfianza hacia él. Aceptan el poder, pero son conscientes de su imperfección. La actitud de una gran parte de los asambleístas franceses es diferente. Son más «tabularrasistas», como dice RIALS, que sus homólogos americanos. No aceptan el poder imperfecto. Quieren construir un modelo de gobierno perfecto a partir de los derechos del hombre. Por ello, en lugar de preocuparse tanto como los americanos por las garantías de los derechos del hombre frente a la ley imperfecta, lo que pretenden es protegerlos mediante leyes perfectas.

RIALS ha acertado a ver estas diferencias que valora exactamente: «Las trompetas del progreso mediante ley... suponen *crear en la ley perfecta, que realiza la racionalización del Derecho*, asegurará inevitablemente la garantía de los derechos y reconciliará al hombre y al ciudadano, es decir al hombre y al Estado».

200.
La ley perfecta.

En esta misma línea de enfatizar la importancia de la ley en la concepción francesa de los derechos del hombre se sitúan GAUCHET y JAUME. También, entre nosotros, algunos estudios de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, aunque en su obra anterior también se reitera el papel central de la ley en la configuración de la Administración contemporánea y la determinación de su régimen, con unas características que el autor citado siempre ha atribuido a las decisivas innovaciones institucionales de la Revolución francesa. En sus últimas reflexiones sobre el tema agranda aun las repercusiones del legicentrismo no solo para la configuración y la protección de los derechos y la ordenación de los poderes públicos, sino para someter a una nueva disciplina la Ciencia del Derecho entera, al haberse liberado el ejercicio del poder público de las prácticas particularistas propias del Antiguo Régimen, y haberlo residenciado y justificado en la soberanía de la nación, que expresa su voluntad mediante leyes generales e iguales para todos.

201.
La inauguración de un sistema jurídico nuevo.

FIORAVANTI ha contribuido también últimamente a esclarecer las diferencias entre las opciones constitucionales americana y francesa.

Las coordenadas generales del modelo político francés están, para FIORAVANTI, en los artículos 2 y 3 de la Declaración. En el primero de los dos se afirma que el fin de toda asociación política «es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre». Y en el otro que la soberanía reside en la nación y, en consecuencia, que «ninguna corporación o individuo pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella». Estos dos preceptos suponen una liberación para el individuo de las antiguas ligaduras del señor y del juez. Pero también libera el ejercicio del poder público de las abominadas prácticas del Antiguo Régimen. Al concentrarse seguidamente el imperio en el legislador, como intérprete de la voluntad popular, la ley quedará convertida en la más firme garantía de que nadie podrá ejercer el poder o la coacción sino en nombre de la ley general y abstracta. Los derechos ya no podrán ser ligados a autoridad alguna que no sea la del legislador. La ley hace posible el ejercicio de la autoridad y, al mismo tiempo, limita el ejercicio de la libertad de cada uno (recuérdese el artículo 5 de la Declaración: «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena»).

202.
Los poderes derivan de la ley y están sometidos a ella.

Esta notoria inclinación del equilibrio de poderes a favor del legislador no sigue la solución británica del gobierno contrapesado y moderado. Estas soluciones de gobierno, que heredarán en versiones más puras los americanos, fueron ideadas, sobre todo, para proteger los derechos frente al ejercicio del poder. Pero en Francia no se piensa, como en Inglaterra, que el primer fin de la sociedad civil sea la protección de la libertad y la propiedad, sino crear una forma de gobierno que exprese, verdaderamente, la soberanía del pueblo.

203.

Corrección
estatalista del
individualismo.

No es que la Declaración de 1789 no tenga bien presente la idea de preestatalidad de los derechos, porque, ciertamente, los artículos 4 a 8 proclaman el carácter natural de los derechos y establecen una presunción general a favor de la libertad. Pero este factor individualista se matiza por el legicentrismo.

204.

El sometimiento de
los derechos a la
ley.

«Con el legicentrismo —dice FIORAVANTI— se produce una llamativa corrección del modelo individualista en sentido estatalista. A la imagen de preestatalidad de los derechos que en teoría impone al Estado y a su ley deberes exclusivos de buena tutela... se suma y se sobrepone, la imagen, igualmente fuerte de los derechos de todos, que existen no sólo en el momento en el que la misma ley los hace posibles en concreto, afirmándolos como derechos de los individuos totales...». La cultura legicentrista hará que la ideología revolucionaria de los derechos y libertades no sea ni radicalmente individualista ni cerradamente estatalista. Contra lo primero siempre se recordará que la ley es la primera condición de la existencia de los derechos, y contra la segunda que el artículo 2 de la Declaración dice que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

205.

La prioridad del
poder
constituyente.

La cuestión más grave que genera el dominio absoluto de la voluntad general por la ley es la *relación entre el poder constituyente y el poder constituido*, problema que se plantea con la Revolución por primera vez. La Revolución se enfrenta con la necesidad de mantener la prioridad del cuerpo constituyente soberano, manteniendo al mismo tiempo el principio de que el legislador ordinario encarna la voluntad general, y sin que esto último suponga que el legislador ordinario pueda inestabilizar la Constitución o convertirse en un poder constituyente continuo.

206.

Los derechos por
encima de la ley en
América.

Las Declaraciones americanas parten, como ya se ha comentado más atrás, de la desafección por el Parlamento inglés, cuya legislación cuestionan, cuyas decisiones combaten. La Revolución americana se opone a un legislador que pretende dar a los derechos de los súbditos

una versión estatalista que los colonos aborrecen en nombre del carácter natural de los derechos y libertades. Y rompen con Inglaterra para evitar dicha amenaza. No solo no creen en un legislador respetuoso con los derechos sino que desconfían abiertamente de su virtud.

Las concepciones constitucionales a uno y otro lado del Atlántico son importantes por el influjo inmediato que ejercieron y por la evolución que el Estado emprendió en una y otra parte desde entonces. La Constitución americana se concibió, como dice acertadamente FIORAVANTI, como un lugar de competición entre los individuos y las fuerzas políticas y sociales más que como un proyecto social para el futuro. El valor dominante es la tutela fuerte y absoluta de los derechos individuales. *En Francia el estatalismo de la Declaración impone al legislador no solo el deber de protección y conservación de los derechos individuales, sino la necesidad de crear un marco de convivencia en el que sean realizables los derechos del conjunto de la sociedad, procurando su transformación.* La Francia de la Revolución era heredera de un Régimen cuyas instituciones tenía que sustituir. Un legislador fuerte era indispensable para esta tarea. Pero los revolucionarios no se desentendían de la necesidad de modificar la sociedad, hacerla más igualitaria, creando para ello los servicios que son necesarios para que los ciudadanos puedan acceder a esa igualdad proclamada, cuya consecución se convierte en una tarea del Estado.

Ha sido M. GAUCHET quien ha tenido el mérito de destacar, como no se había hecho antes, que una diferencia fundamental entre las Declaraciones americanas y francesa es la evidente inclinación social de esta última. JELLINEK había observado que, en efecto, una diferencia clara entre ambos textos está en la proclamación más fuerte de la igualdad en Francia, pero no sacó más consecuencias de ello que la bien clara de que Francia partía de una sociedad no igualitaria dividida en clases, y los independentistas americanos no conocían nada parecido.

Pero hay algo más: en el debate sobre los derechos los franceses pretenden sin duda la plenitud de los derechos naturales, pero también la iniciativa del Estado en la sociedad. Esta *exigencia de acción del Estado* se hace notoria en la ideología revolucionaria francesa cuando se debate acerca de si los individuos tienen no solo derechos sino también deberes para con el Estado. SIÉYÈS, de nuevo, ilumina estos problemas advirtiendo sobre la obligación de los poderes públicos de asegurar la plenitud de derechos en el seno de la sociedad. Y ello implica que los ciudadanos no solo tengan derechos individuales, sino también lo que tiempo más tarde se llamarán derechos sociales. La importancia de esta cuestión en el pensamiento revolucionario es

207.
La función transformadora de la legislación.

208.
Sustituir las instituciones mediante leyes.

209.
La inclinación social de la Declaración francesa: M. GAUCHET.

210.
Los primeros derechos sociales.

tan decisiva que cuando se elabora la nueva Declaración de Derechos de 1793, se añaden a la de 1789 dos derechos sociales básicos, la asistencia social y la instrucción pública.

«Las ventajas que se pueden sacar del Estado social —dice SIÉYÈS— no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual: los ciudadanos tienen derecho aún a todos los beneficios de la asociación. Nadie deja de ignorar que los miembros de la sociedad saquen las más grandes ventajas de las propiedades públicas, de las obras públicas. Se sabe que aquellos ciudadanos que una desgracia haya condenado a la impotencia de proveer a sus necesidades tienen los justos derechos a la asistencia de sus conciudadanos, etc. Se sabe que nadie puede perfeccionar la especie humana, en cuanto a lo moral o a lo psíquico, que un buen sistema de educación y de instrucción pública... los ciudadanos en común tienen derecho a todo lo que el Estado pueda hacer en su favor».

Esta concepción social de la Declaración aparece en los discursos de otros diputados. «La propiedad no debe impedir a nadie subsistir», dice PISSON, y él y DU GALLARD afirman que «todo hombre debe encontrar un trabajo para vivir. Todo hombre que no puede trabajar debe ser socorrido».

211.
*Derechos sociales y
funciones de la
Administración.*

He aquí una concepción de los derechos que precisará a su servicio no solo un legislador fuerte, sino también una Administración Pública bien organizada. He aquí también una diferencia sustancialísima con el individualismo estricto de las Declaraciones norteamericanas. *De la diferencia dependerá, nada menos que la definición de las funciones que corresponden al legislador y a las Administraciones Públicas.* En su virtud, la Administración se hará cargo de los servicios que ya prestaban algunas corporaciones y entidades en el Antiguo Régimen y los renovará y potenciará. Y toda Europa, a partir de entonces, creará una nueva Administración Pública basada en la ideología de la prestación y el servicio a los ciudadanos, de la que no ha podido desprenderse ni en los momentos más cerradamente liberales e individualistas.

C) **Consecuencias para las funciones que se atribuyen a las Administraciones Públicas**

Esta diferente concepción de los derechos, individualista en ambos casos, pero con un componente social más profundo en Francia, determina que en el modelo constitucional que se establecerá en el continente europeo también existan desde su primer desarrollo obligacio-

212.
*Las obligaciones
sociales.*

nes de prestación con cargo al Estado que no encuentran parangón en América. TOCQUEVILLE había explicado en su luminoso libro *El Antiguo Régimen y la Revolución* que la enorme masa de tareas que asumió la Administración contemporánea desde los días de la Revolución en Francia, no era sino una gran herencia del Antiguo Régimen. Antes de la Revolución, los servicios hospitalarios, de asistencia y educativos, principalmente, eran prestados por corporaciones y entidades intermedias, de estructura y régimen prácticamente privados. La extinción de esos cuerpos intermedios depositará en las manos de las Administraciones Públicas un cúmulo de responsabilidades (algunas de las cuales, en los ramos citados, no eran estrictamente nuevas) que solo ellas podían asumir porque no quedaba entonces ninguna otra organización que pudiera recibir tal herencia.

Desde que fue expuesta, la tesis de TOCQUEVILLE se ha respetado siempre como una certera visión de los condicionamientos históricos que determinan la configuración de la Administración en el primer constitucionalismo europeo. Sin duda, había partes de dicho legado irrenunciables. Algunos tipos de servicios asistenciales debían mantenerse en pie. Pero no está remarcada en la exposición de TOCQUEVILLE la advertencia de que las prestaciones estatales que los revolucionarios asumieron y tradujeron en textos legales, que se habían atendido por establecimientos religiosos o fundaciones y corporaciones de diversa clase en el Antiguo Régimen, sería, a partir de entonces, un derecho de los ciudadanos y un deber del Estado que debía organizarlos.

Esta ideología había madurado, sin duda, a lo largo de las últimas décadas del siglo XVIII porque la concepción del Estado de policía, que se impuso entonces, exigía que los gobiernos se ocuparan cada vez más de la organización de servicios a favor de los ciudadanos. Pero la revolución liberal podía haber optado por destacar exclusivamente los aspectos individualistas de los derechos abandonando los sociales. Tal determinación hubiera, seguramente, hecho decaer todo el sistema asistencial del Antiguo Régimen, en lugar de recogerlo y potenciarlo. No es, pues, un simple problema de aceptación obligatoria de una herencia, sino de voluntad de asumir los elementos ideológicos que el mantenimiento y desarrollo de ese patrimonio conllevaba.

Hemos estudiado en el volumen anterior la emergencia de los principales servicios públicos a cargo de la Administración Pública a partir de las ideas expuestas. A dicho lugar nos remitimos.

213.

La herencia administrativa de los cuerpos intermedios.

214.

Prestaciones administrativas y derechos sociales de los ciudadanos.

215.

La emergencia de la ideología prestacional.

Expondremos ahora solamente algunos contrastes con las consecuencias de la visión americana de los derechos, más cerradamente individualista.

216.
El contraste con
EEUU.

Tal vez, de los servicios públicos de carácter prestacional que se establecen en América el único que admite una cierta comparación con los europeos organizados en el mismo sector sea la educación.

217.
Los servicios
educativos.
Primeros
desarrollos.

I. KATZNELSON y M. WEIR han estudiado cómo la educación pública para los niños blancos surgió y se desarrolló muy pronto en Estados Unidos. Theda SKOPOŁ afirma incluso que este es un ámbito en el que la política social de Estados Unidos fue líder entre las naciones en proceso de modernización y que solo Prusia pudo rivalizar con ellos en algunos períodos del siglo XIX. El número de colegios y universidades creció muy rápidamente y los índices de escolarización fueron muy elevados. La diferencia en el nivel universitario fue aún más notoria por el carácter mucho más privilegiado y elitista que mantuvo la Universidad europea.

Pero estas afirmaciones deben ponderarse teniendo en cuenta que fueron muchas comunidades las que constituyeron escuelas públicas llamadas libres. El impulso decisivo de la educación no viene de una política de regulación y financiación desarrollada por los Estados, sino más bien de las iniciativas de innumerables fuerzas locales especialmente vinculadas a confesiones religiosas y sectas de toda clase.

218.
El marco
constitucional de la
enseñanza
obligatoria: fijación
tardía.

Frente a lo que ocurrió en Francia, donde se implanta, como en España, inmediatamente, la educación obligatoria, en Estados Unidos la primera ley de educación obligatoria fue dictada en Massachussets en 1852. Y, aunque el modelo regulatorio se siguió enseguida por otros Estados, los términos de dicha obligación serían interpretados por una jurisprudencia cuidadosa de la preservación de los derechos individuales de los ciudadanos. El marco constitucional aplicable sobre el alcance de la obligatoriedad no fue establecido hasta las Sentencias del Tribunal Supremo en los asuntos *Pierce v. Society of Sisters* de 1925, *Meyer v. Nebraska* de 1923 y en *Farrington v. Tokushige* de 1927.

219.
Escolarización
obligatoria y
libertad de
enseñanza: el
derecho a
establecer centros
privados.

La doctrina de *Pierce*, que no ha sido nunca sustancialmente revocada, se formuló con ocasión de la valoración constitucional de una ley de Oregón que obligaba a los padres de los niños en edad escolar que los enviaran a las escuelas públicas *offspring*. El Tribunal sentenció que las leyes de escolarización obligatoria no pueden suponer que las escuelas privadas alternativas tengan que ser suprimidas. Manejando la Primera Enmienda mantuvo que el monopolio estatal sobre la edu-

cación elemental y secundaria puede suponer un peligro de adoctrinamiento a los jóvenes sobre creencias concretas, constriñendo la libertad de los ciudadanos para elegir y aplicar sus propios puntos de vista.

Las Sentencias *Meyer* y *Farrington* completaron esta doctrina señalando que los Estados no podían regular la educación privada de modo que se convirtiera en una pieza subordinada y a remolque de la educación pública.

Desde entonces muchas otras resoluciones han abordado, sin cambiar dichos criterios principales, el alcance de la obligación de escolarización y la relación escuela pública y privada. Siempre reduciendo el alcance de la obligación cuando puede afectar a derechos reconocidos en la Constitución. Dos ejemplos ilustrativos: primero, en la Sentencia *Wisconsin v. Yoder* de 1972, el Tribunal acordó que las leyes de Wisconsin que obligaban a la escolarización hasta los dieciséis años violan la Primera Enmienda cuando se aplican a los padres y niños Amish. Como los Amish creen que las escuelas públicas enseñan a sus hijos valores modernos que son antitéticos con sus creencias religiosas, el Tribunal resolvió que el Estado, para conseguir sus objetivos de preparar a los niños para que sean ciudadanos adultos bien formados, no necesita mantener la escolaridad tantos años. Segundo: en *Abington School District v. Shempp* de 1963 y en *Wallace v. Jaffree* de 1985 el Tribunal reaccionó contra las escuelas públicas que adoctrinan a los estudiantes sobre religión, y se precisa que «las oraciones escolares y ciertas formas o momentos de silencio no son admisibles».

Una incidencia semejante de los derechos individuales, especialmente de la libertad religiosa, en el deber de escolarización, no se conocería en España hasta el final del siglo xx, habida cuenta que la Constitución de Cádiz estableció la confesionalidad católica del Estado que seguirá siendo, con pequeñas excepciones, el principio dominante en materia de educación.

Las diferencias entre el sistema americano y europeo en las demás políticas sociales es mucho más notable. Empezando por la asistencia a los *indigentes*. La Revolución francesa proclamó este servicio como una «deuda nacional» y lo recogió como obligación del Estado ya en la Constitución de 1791 y como derecho de los ciudadanos en la Declaración de Derechos de 1793. Frente a ello, el sistema político norteamericano facilitó que pudieran participar en la economía un número de personas incomparablemente mayor que el que actuaba en la sociedad del Viejo Mundo. Pero, en cambio, los viejos, los desplazados, los disminuidos, las familias reducidas a la miseria o inhábi-

220.

La escolarización obligatoria y su relación con otros derechos fundamentales.

221.

Comparaciones con otras políticas sociales: la beneficencia y la asistencia.

les, quedaban condenados a la última escala social sin establecer para ellos fórmulas de previsión medianamente solventes (L. M. FRIEDMAN).

Después de la guerra civil algunos Estados emprendieron la reforma del derecho asistencial. Massachussets creó un *State Board of Charities* en 1863, Illinois en 1869 y Connecticut una institución semejante en 1873. La función de estos organismos era más de supervisión que prestacional. Control sobre un mundo asistencial dominado por iniciativas privadas abandonadas al entusiasmo de reducidos grupos de personas. Contra esta indiferencia lucharon solo unos cuantos, como Florence KELLY o Lawrence VEILLER, que han inscrito su nombre en la historia de la asistencia social en Estados Unidos.

222.
La organización de
establecimientos
asistenciales.

Todo el siglo XIX pasa en Estados Unidos sin que los poderes públicos se ocupen de crear establecimientos o instituciones dedicadas al desarrollo de políticas sociales. Los americanos habían importado las prácticas de la primitiva legislación de pobres inglesa que confería a las autoridades locales el auxilio de los indigentes de cada comunidad. Pero cuando los ingleses renovaron su legislación de pobres en 1834 aboliendo el «auxilio al aire libre» y organizando el establecimiento de asilos, en Estados Unidos no se hizo el mismo progreso. Continuaron, sobre todo, las formas antiguas, aunque en algunas ciudades y pueblos se establecieran casas de beneficencia (T. SKOPOL).

En contraste con el espíritu más competitivo que se encendió pronto en el ámbito de la educación, en las políticas sociales no pasó nada parecido. La ayuda al pobre dependía de la economía local y de las condiciones del mercado de trabajo. Se dejó el asunto en manos de privados y grupos voluntarios, normalmente religiosos.

223.
Algunos ejemplos
de política
asistencial.

La política federal en la materia también era poco más que simbólica. Casi anecdótica es, en efecto, la ley que aprobó el Congreso en 1819 en beneficio de la política de asilo en Connecticut de instituciones de enseñanza para sordos y mudos, que apoyó cediendo 23.000 acres de terreno. Menos en la escala federal que en la de los Estados, la beneficencia constituirá un dominio donde desarrollar la llamada *democracia de patronazgo*: los partidos políticos controlaban el sistema, no se crearon organismos públicos estatales, y los recursos se repartían de forma discrecional por los legisladores convirtiéndolos en una herramienta para el intercambio de favores.

224.
El impulso
antidiscrimina-
ción del Tribunal
Warren.

Solo en los años 50 y 60 del siglo XX, gracias sobre todo al influjo de la jurisprudencia del Tribunal Warren se empezaron a corregir muchas de las discriminaciones a que conducía la situación descrita. Usando la

equal protection clause de la Enmienda 14, se hubieron de anular las leyes que discriminaban contra algunas minorías y llevaban a cabo clasificaciones indeseables. Las minorías raciales sufrían mucho estas discriminaciones, pero también los indigentes. En muchos casos el Tribunal tuvo que mover obstáculos establecidos en las leyes estatales para obtener beneficios de las políticas de bienestar.

No obstante las importantes diferencias con los sistemas europeos que resultan de lo anterior, quizás el punto donde más claramente aparece el contraste entre la protección constitucional de los derechos individuales y sus consecuencias para la obstaculización de las políticas sociales es en las polémicas que han suscitado las regulaciones que pueden afectar a los *property rights*.

En la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se implantó una doctrina fuertemente protectora de los derechos de propiedad frente a las intervenciones legislativas. MARSHALL fue siempre muy favorable a la propiedad y al desarrollo de la empresa e interpretó la *contract clause* en este sentido. La Sentencia *Fletcher v. Peck* que dicta el Tribunal en 1810, en plena época MARSHALL, destila dicha ideología. El Tribunal que presidió TANEY, su sucesor, se mantuvo en la misma línea.

Mucha de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el siglo XIX se refiere a la aplicación de la *taking clause* de la Enmienda 5.^a (la expropiación por causa de utilidad pública y mediante indemnización) para depurar los supuestos similares y sus límites. Pero la más interesante, por la incidencia ulterior sobre las políticas sociales, es la que arranca de la Sentencia *Munn v. Illinois* de 1877 en la que se admite que siempre que bienes de propiedad privada estén afectados a fines de uso público es admisible su regulación por leyes de los Estados. De esta Sentencia partiría el desarrollo de *todo el moderno derecho de la regulación* y la definición, tan importante en el sistema norteamericano, de las *public utilities* (que venían a ser el parangón de los servicios públicos europeos pero montados estos sobre una base regaliana y pública, mientras que aquellas lo están sobre bases privadas).

A partir de la Sentencia *Mugler v. Kansas* de 1887, el Tribunal Supremo dio un paso más allá para la protección de la propiedad porque empezó a utilizar con tal propósito la doctrina del *economic due process*. Vitalizaría esta jurisprudencia los principios del *laissez faire* y exigiría a las regulaciones estatales restrictivas de la propiedad una justificación suficiente en fines de interés público. La renovación doctrinal afectó también a la interpretación de la cláusula *taking* de la 5.^a Enmienda que dio un giro aún más protector de la propiedad.

225.

La organización de las actividades privadas de interés público.

226.

La regulación como alternativa a la titularidad pública del servicio.

227.

La protección de la propiedad y el sostenimiento del *laissez faire*.

Por lo que respecta a las políticas sociales la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo de las épocas de esta jurisprudencia eran firmes creyentes en los valores del *laissez faire*. La Sentencia líder será *Lochner v. New York* de 1905 en la que el Tribunal declaró inconstitucional una ley que restringía las horas de trabajo, estableciendo claramente su competencia para revisar las regulaciones económicas en virtud de la cláusula del *due process*.

228.
El choque *laissez faire* y las políticas sociales del New Deal.

En los treinta años siguientes la aludida cláusula sirvió para valorar muchas leyes relativas a regulaciones económicas. Pero cuando los contenidos de esta jurisprudencia empezaron a chocar más abiertamente con las políticas sociales fue cuando el *New Deal* trató de desarrollar la idea de que el gobierno tiene el deber efectivo de promover el bienestar general de la sociedad. Esta nueva orientación del Estado estaba en abierta contradicción con la libertad plena de mercado tal y como la tenía declarada el Tribunal Supremo.

El choque era inevitable y empezaron a producirse muchas sentencias que ponían en cuestión las políticas del *New Deal*. Entre 1935 y 1936 se anularon muchas leyes por esta razón. En *Schechter Poultry Corp. v. United States* de 1935, los jueces unánimemente declararon que la ley sobre la reconstrucción de la industria nacional contenía una delegación inadmisibles a favor del poder ejecutivo. Y la doctrina se extendió a todo tipo de regulaciones económicas oponiéndose a ellas con tanto empeño que constituía, realmente, una verdadera resolución judicial.

229.
Jurisprudencia contra la justicia social.

Poco antes de esta época, en un discurso pronunciado en 1913, T. ROOSEVELT había criticado «*el papel de legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han arrogado unilateralmente... y que les da poder para decidir si conviene o no otorgar al pueblo ciertas leyes en interés de la justicia social*». ROOSEVELT reaccionaba contra la Sentencia *Yves v. South Buffalo Ry. Co.* de 1911 que había condenado la intervención del poder legislativo en los asuntos económicos. Añadía en su crítica que «cada una de estas decisiones ha dañado considerablemente los intereses de los trabajadores, hombres, mujeres, y niños, que eran dejados sin protección. Y cada una de sus decisiones ha sido pronunciada en interés de los ricos y poderosos. Cada una de estas decisiones ha ido en contra de la justicia social».

Estas Sentencias no eran, sin embargo, otra cosa que la prolongación de la jurisprudencia del caso *Lochner*, ya citado, y se correspondía exactamente con las concepciones de los jueces de primeros de

siglo en materia económica. Por lo general, como ha resumido B. SCHWARTZ, los tribunales no concedían a principios de siglo a los legisladores el derecho a intervenir en las relaciones entre empleadores y empleados, o en otros dominios de la vida económica. La libertad se erigía en principio inmutable y absoluto incluso cuando se trataba de transformar la sociedad. La imagen que se ofrecía con esta actitud era la de «un mundo perfecto, en el que la organización armoniosa no podía sufrir el más ligero atentado bajo pena de ser transformado en su propia esencia».

En abierta oposición a esta concepción del Estado, ROOSEVELT declaraba en 1937 que «en el curso del medio siglo que acaba de pasar, los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución». La acogida que habían dado los jueces al *New Deal* fue, como ya se ha dicho, de gran oposición. El programa del gobierno se alejaba profundamente del *laissez faire* y los jueces se mantenían en esta ideología a ultranza. El choque produjo como resultado la anulación por los jueces de muchas de las grandes leyes que desarrollaban el programa. Esta confrontación conducía a consecuencias desastrosas, hasta el extremo de que ROOSEVELT proclamó que «en tanto que Nación, estamos en situación de que nos hace falta tomar medidas para salvar la Constitución de las oposiciones del Tribunal».

La crisis se disolvería a partir de que el Presidente presentara el 5 de febrero de 1937 un proyecto de ley de reforma del Tribunal, proyecto que, aunque fue finalmente rechazado, sirvió para que el Tribunal, con algunos cambios de jueces a que hubo lugar oportunamente, cambiara de actitud. Desde 1937 dio, en efecto, un giro espectacular y confirmó la constitucionalidad de todas las leyes del *New Deal* que fueron sometidas a su examen. Se había producido finalmente lo que E. S. CORWIN ha llamado una «revolución constitucional».

Después de 1937 se rechaza la doctrina *Lochner* y, con ella, la jurisprudencia que se oponía, por ejemplo, a que una ley pudiera establecer un salario mínimo porque ello sería contrario a la libertad de contratación de empleadores y empleados. Durante el segundo cuarto del siglo XX fue formándose una jurisprudencia más favorable al desarrollo del Estado providencia. Las leyes de aseguramiento contra accidentes de trabajo abrieron la vía; después las que establecían seguros de empleo. Todavía en 1935 el Tribunal Supremo había invalidado una ley sobre seguro de vejez argumentando sobre la intromisión que suponía en la libertad de contratación. Pero desde la Sentencia *Social Security*

230.

La ruptura del equilibrio de poderes y la intromisión del Tribunal Supremo en la dirección de la economía.

231.

La reforma del Tribunal.

232.

El giro de la jurisprudencia a favor del Estado providencia.

Act de 1937 se consolidó el poder del Congreso de promulgar leyes sociales. La misma cláusula de comercio, que había justificado la jurisprudencia contraria a las políticas sociales, sirvió para apoyar la nueva jurisprudencia que afirmaba el derecho del Congreso a corregir las consecuencias del *laissez faire* que considerara inaceptables socialmente.

Pero había pasado más de siglo y medio desde que se aprobó la Constitución.

III. LOS PODERES Y LOS DERECHOS EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

1. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA, CONSTITUCIÓN NUEVA

A) Monarquía moderada; gobierno mixto

La idea de la monarquía moderada, del gobierno mixto, equilibrado, participado por los diferentes brazos en que se organiza la sociedad, presente en toda Europa a partir de los siglos xv y xvi, idea de la que será, sin duda, heredera, matizada y elevada de categoría teórica, la doctrina de la separación de poderes, también tenía en España su reflejo.

J. ALVARADO ha rastreado en los autores, desde el siglo xv, las exposiciones sobre el trifuncionalismo hasta llegar a las formulaciones sobre la separación de poderes al final del siglo xviii y en los primeros años del siglo xix.

De la primera etapa son, por ejemplo, las exposiciones de LÓPEZ PINCIANO, HERNANDO DEL PULGAR, CASTILLO DE BOBADILLA, Juan de MARIANA, Fray Juan DE TORQUEMADA, Juan FERNÁNDEZ DE MEDRANO, Diego PÉREZ DE MESA y Franciso SUÁREZ, entre los escritores más notables.

El pensamiento de todos ellos coincide en la idea del equilibrio y la moderación como la forma más ordenada de ejercer el gobierno de los pueblos. Lo cual invita al reparto del poder, de modo que los brazos populares y nobiliario compartan de algún modo con el Rey su ejercicio. Con la convicción de que si la república no es mixta y se concentra el poder en un solo, se produce una inevitable tendencia al abuso, la corrupción y la inestabilidad. Esto último lo expresa perfectamente FERNÁNDEZ DE MEDRANO en su obra *República Mixta* (1602) diciendo que «cualquier especie de república establecida por sí sola simplemente degenera luego en el vicio cercano si no es moderada de

233.
Rastreado la
doctrina del
trifuncionalismo en
España.

234.
Alegatos contra la
concentración del
poder y la idea de
República Mixta.

los otros; y que para durar las repúblicas en recto gobierno deben tener las virtudes y propiedades de las otras unidas en ella, porque ninguna toma el aumento sin proporción, de manera que la haga inclinar a su propia malicia... y justamente *mezcladas de la potencia real, aristocrática y popular*».

Aunque en todos los autores, y en otros destacados escritores de los siglos XVI y XVII, es indiscutible la inclinación monárquica, también reiteran con la misma seguridad que el imperio del monarca *tiene que compaginarse con la participación de los otros estamentos en algunas decisiones fundamentales*. Juan DE MARIANA, en su *De Rege et regis institutione*, publicado en Toledo en 1559, expresa con claridad la preferencia monárquica, en primer lugar, y su compensación inmediatamente después: «nos parece —dice MARIANA—... preferible la monarquía si se resuelven los reyes a llamar a consejo a los mejores ciudadanos, y formando con ellos una especie de senado, administran, de acuerdo con él los negocios públicos y privados...». «La exclusión de los nobles y de los obispos, haciendo imposible ese consentimiento común en que estriba la salud pública», le parece una solución criticable. De manera que, finalmente, para él lo mejor es la monarquía mixta, «porque el poder regio merece verdaderamente este nombre cuando se contiene *dentro de los límites de la moderación y la templanza, pero se corrompe y pierde rigor cuando abusa del poder*».

En algunos autores el origen aristotélico de esta doctrina del gobierno mixto, pasando por la reelaboración de Tomás DE AQUINO, es evidente, como ocurrirá con otros autores europeos. LÓPEZ PINCIANO arranca de ella para subrayar, incluso, la necesidad de un reparto equilibrado de las riquezas del país. Y, de modo más evidente, en cuanto al origen de sus ideas, Diego PÉREZ DE MESA escribe en su *Política o Razón de Estado sacada de Aristóteles* (1623) que «pues esta república es mixta de la monarquía y del estado popular, y se debe componer de las leyes y constituciones de ambas».

La teoría está depurada y formulada con seguridad en *De Legibus* y en *Defensio Fidei* de F. SUÁREZ. En la última obra se lee: «el gobierno de un estado humano puede ser de tres clases: monárquico, de un solo soberano que sea una persona individual; aristocrático, de un consejo o tribunal soberano formado de varios aristócratas, y democrático, con voto de todo el pueblo. Estas tres formas son simples, pero pueden formarse combinaciones que participen de dos de estas formas o también de todas ellas; tales gobiernos suelen llamarse mixtos» (III, 3,4).

235.

La participación de los estamentos en las decisiones fundamentales.

236.

Monarquía mixta: moderación y templanza en el ejercicio del poder.

237.

F. SUÁREZ: las combinaciones entre las formas ideales de gobierno.

Sin duda que todo este grupo de escritores aglutinan una línea de pensamiento que influirá en los espíritus de los constituyentes gaditanos.

B) La doctrina de la Constitución histórica

Pero será más activamente influyente en los debates políticos de los primeros años del siglo XIX la llamada *doctrina de la Constitución histórica*. Algunos políticos y pensadores de finales del siglo XVIII, como CAMPOMANES, ARANDA y FLORIDABLANCA ya habían concebido la Constitución como pacto entre el Rey y el pueblo conducente a la limitación del poder de aquel, y a la defensa de las libertades de los súbditos y habían descrito, además, la tradición española sobre dicha práctica en los antiguos Reinos. Pero el desarrollo de la doctrina de la Constitución histórica se debe fundamentalmente a JOVELLANOS. La esboza en su *Discurso de ingreso en la Academia de la Historia* (1780), y la desarrolla en su *Consulta sobre la Convocatoria de las Cortes por Estamentos* (1809) y en la *Memoria en Defensa de la Junta central y sus Apéndices* (1810-1811). Su pensamiento será utilizado y desarrollado en las Cortes por algunos diputados realistas (A. CAÑEDO, BORRULL, P. INGUANZO...).

238.

La doctrina de la Constitución histórica.

239.

La formulación de JOVELLANOS.

240.

Traslatio imperii, soberanía del monarca y supremacía de la Nación.

En los escritos de JOVELLANOS el punto de partida es la justificación del poder del monarca. Utilizando la doctrina escolástica de la *traslatio imperii* (que debe especialmente a la influencia de SUÁREZ), considera que la monarquía hereditaria ha sido establecida mediante un pacto de traslación de la soberanía en su favor. El poder es ejercido en beneficio de todos y en virtud de dicho pacto y esta forma de gobierno ha sido secularmente respetada por los españoles. Siendo así, ningún sentido tenía, como pretendían los liberales más influidos por las modernas corrientes constitucionalistas, decir que la soberanía reside en la nación. A la nación lo que le corresponderá, desde luego, afirma JOVELLANOS, es la «supremacía» (concepto que no está muy lejano del de «dependence» que ya había utilizado BENTHAM para criticar la división de poderes, como se ha dicho *supra* epígrafe II, 5). Esta facultad permitía al pueblo participar en las tareas legislativas junto al Rey, también obligar al monarca a cumplir las condiciones del pacto celebrado con el pueblo e, incluso, a resistir al monarca por la fuerza y recuperar el poder o los derechos primitivos en caso de quebrantamiento del pacto por el monarca.

241.

La participación en el ejercicio del poder.

Este pacto es la Constitución de la Nación, el soporte las leyes fundamentales, según el concepto que entonces se usa. Estas leyes con-

densan la esencia de un pacto que permite al monarca ejercer el poder recibido, y a los ciudadanos exigir el cumplimiento del mismo. Las leyes fundamentales expresan el modo en el que debe ejercerse el poder: el poder legislativo se comparte, lo que salvaguardará los derechos del pueblo pero al mismo tiempo garantizará el poder del monarca, porque uno y otro de los intervinientes en el pacto se limitan a actuar en las concretas esferas que se reservan. Este equilibrio es justamente el espíritu de la monarquía moderada, que se explica por el pensador y político asturiano como característica de la Historia de España desde siglos antes.

Si España tiene esta Constitución *¿qué falta le hace la elaboración de una nueva?* Esta cuestión central es la que básicamente plantea la doctrina de la Constitución histórica. Frente a la gran operación constituyente de los americanos y de los franceses, *los españoles no necesitábamos escribir una norma fundamental para garantizarse los derechos y organizarse los poderes*, porque esta cuestión, quizás perentoria para otros, estaba resuelta entre nosotros por una práctica política secular de la que resultaban claramente las reglas. El respeto a la tradición, y el fuerte historicismo del pensamiento de JOVELLANOS, lo aproximan a las concepciones constitucionales inglesas más que a las que Francia había elegido.

La opinión contundente de JOVELLANOS sobre estos extremos aparece clara en uno de sus párrafos más conocidos: «Oigo hablar mucho de hacer en las mismas Cortes una nueva Constitución y aun de ejecutarla, y en esto sí que, a mi juicio, habría mucho inconveniente y peligro. ¿Por ventura no tiene España su Constitución? Tienela, sin duda, porque ¿qué otra cosa es una Constitución que el conjunto de las leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables para preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene esas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado y destruido?, restablézcanse. ¿Falta alguna medida saludable para asegurar la observancia de todas?, establézcase. Tal será siempre en este punto mi dictamen sin que asienta a otros que so pretexto de reformas traten de alterar la esencia de la Constitución española».

El pensamiento de JOVELLANOS estará bien presente en los debates constituyentes, especialmente cuando se discuta sobre la soberanía nacional (porque atribuir la soberanía a la nación contradice la Constitución histórica) o la participación del monarca en el poder legislativo (especialmente la cuestión de la sanción regia), o la declaración y preservación de las libertades de los españoles. La idea de la Constitución

242.

La monarquía moderada como institución histórica.

243.

Innecesariedad de una Constitución nueva.

244.

La influencia de JOVELLANOS en los debates constituyentes.

histórica pervivirá también después de Cádiz, desdoblada en una corriente aferrada al tradicionalismo más rancio e inmovilista (que expresará primero el manifiesto de los Persas de abril de 1814, pero que conseguirá un anclaje firme en el carlismo) y otra más liberal y renovadora que aceptará actualizar y modernizar los contenidos de las leyes fundamentales históricas. Al final del siglo la doctrina de la Constitución interior de CÁNOVAS tomará el relevo (*vid. vol. II, Capítulo II de esta obra*).

C) Incorporación de las soluciones revolucionarias

Las influencias, calificadas por los menos renovadores de nefastas e impías, a las que se opone la doctrina de la Constitución histórica, son las que vienen de América y de Francia. Y también de los pensadores que habían nutrido de ideas a los revolucionarios que impulsaron las primeras Constituciones de uno y otro lado del Atlántico. La identificación del flujo pernicioso no cuesta ningún trabajo a los partidarios de la petrificación. Dice OSTOLAZA en una intervención en las Cortes el día 6 de junio de 1811 que tales formas de pensar «nos vienen de la Francia, cuyo influjo pestilencial en la Península ha hecho degenerar nuestras más antiguas costumbres y adoptar mil perniciosas ideas».

La división de poderes y la soberanía nacional estaban entre ellas.

En las respuestas a la Consulta al país es manifiesta la implantación de dichos conceptos. Ramón Lázaro DOU Y BASSOLS, autor del más monumental Derecho Público que se escribe en España en los siglos XVIII y XIX, responde que «la buena constitución de un Estado parece que consiste en los tres poderes, legislativo, judicial y ejecutivo, y en que estén los tres separados»... «parece, pues conveniente que el poder legislativo resida en un cuerpo, en otro el judicial, y que S. M. tenga el ejecutivo» (ARTOLA). El catedrático de Murcia F. de Borja Y MESEGUER, contesta que «la justa y acertada distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial» es la clave de «la seguridad del Estado y la observancia de las leyes fundamentales» (ARTOLA). Y el Obispo de Barbastro emite para la ocasión un informe en el que ofrece un esquema de la distribución de la función pública: «el legislativo residirá en los Diputados, formados en Cortes, el judicial en los Tribunales y el ejecutivo en el Rey» (ARTOLA).

Entre los autores del momento la recepción de las ideas de MONTESQUIEU y ROUSSEAU se manifiestan muy directamente en Antonio MUÑOZ, Juan Pablo FORNER o Clemente DE PEÑALOSA. Y, entre los diputados, el

245.
La pretensión de cerrarse a la influencia extranjera.

246.
La división de poderes: manifestaciones a favor de implantarla.

eco de los filósofos se aprecia, por todos, en el discurso de LERA en la sesión de 29 de agosto de 1811: «toda comunidad perfecta como lo es la nación española por derecho natural, tiene en sí misma el principado o soberanía y el derecho para establecer sus leyes fundamentales y de adoptar las formas de gobierno que más le convenga».

Pero la comunión mayoritaria a favor de las ideas no estamentales, igualitarias, favorables a la división de poderes y de la soberanía nacional, se expresan en los Decretos que las propias Cortes aprueban con antelación a la Constitución.

El primero de ellos es de 24 de septiembre de 1810 y establece la separación de poderes: «no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes Generales y Extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión... Las Cortes Generales y Extraordinarias habilitan a los individuos que componían el Consejo de Regencia, para que bajo esa misma denominación, interinamente y hasta que las Cortes elijan el gobierno que más convenga, ejerzan el poder ejecutivo... Las Cortes Generales y Extraordinarias confirman por ahora todos los tribunales y justicias establecidos en el Reino, para que continúen administrando justicia según las leyes». La exclusión de la representación estamental en Cortes y la atribución de la soberanía a toda la Nación acogerían inmediatamente el resto de lo esencial del pensamiento del liberalismo revolucionario.

D) El sincretismo final de la Constitución de 1812

En el caldero de ideas que acaba de describirse se hierva la Constitución de Cádiz. Los ingredientes que los diputados precisan combinar para que su obra sea del gusto de todos y perdure son, por tanto, al mismo tiempo, históricos y revolucionarios. Desde el punto de vista histórico se contesta incluso, como ya se ha visto, hasta la necesidad y oportunidad de una nueva Constitución. El constitucionalismo moderno impone, por el contrario, que la garantía de los derechos y la organización de los poderes se plasmen en un texto nuevo; sin ello, como decía el artículo 16 de la Declaración de Derechos francesa de 1789, la Constitución no existe.

La Constitución de Cádiz integrará prodigiosamente los requerimientos de una y otra corriente ideológica. En su texto está recogido todo cuanto hay de esencial en las Constituciones revolucionarias de finales del siglo XVIII. Por supuesto, la organización de los poderes,

247.

La implantación inmediata de la división de poderes: el Decreto de 24-9-1810.

248.

La integración del historicismo y la nueva ideología constitucional.

separándolos y atribuyéndoles, en régimen de contrapesos y equilibrios, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; y también la garantía de los derechos. Estos se declaran con un énfasis no menor y utilizando un repertorio similar al utilizado en las Declaraciones americanas y francesa. Pero no se levanta acta en un documento formalizado aparte de la Constitución, ni siquiera se recogen en un capítulo especial dedicado a relacionarlos. Se reconocen dispersamente, entreverados en el articulado general. Como si los constituyentes no quisieran poner demasiada luz en su comunión con ideas que a una parte de la Cámara le parecían impías.

249.

El sincretismo en el Discurso Preliminar.

En ninguna parte está explicado mejor este formidable ejercicio de sincretismo que en el Discurso Preliminar, debido a la pluma de Agustín DE ARGÜELLES (y, tal vez también, a la del diputado ESPINA).

Aunque ARGÜELLES era un reconocido lector de los clásicos latinos, no consta que tuviera un conocimiento profundo de la historia de nuestras instituciones políticas de la que, sin embargo, hace una verdadera exhibición en el Discurso Preliminar. Pero resulta fácil desvelar su fuente principal de aprovisionamiento de datos históricos de nuestro pasado constitucional: JOVELLANOS, por quien ARGÜELLES sentía una admiración profunda, había usado y recomendado mucho, al tiempo que empezaba el cambio revolucionario en España, la obra de MARTÍNEZ MARINA (se refería a ella en una carta a Lord Holland de 2 de noviembre de 1808). Había escrito ya entonces MARTÍNEZ MARINA su *Ensayo histórico sobre la antigua legislación y principales Cuerpos Legales de León y Castilla*, que había de servir de prólogo a la edición del Código de las Siete Partidas, que proyectaba la Academia de la Historia, pero más tarde desarrolló la investigación en su *Teoría de las Cortes*, donde hacía una exhibición de erudición histórica realmente impresionante.

250.

La inspiración en MARTÍNEZ MARINA.

No sería esta la única fuente, pero sí la más importante.

251.

Otros preámbulos comparados.

El Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, como bien observó SÁNCHEZ AGESTA no es paragonable con ningún prólogo de las Constituciones españolas sucesivas, ni tampoco se asemeja en nada a la hermosa y simplísima explicación que antecede al articulado de la Constitución norteamericana («Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos...»), ni a las veinte apretadas líneas que prologan la primera Constitución francesa, la de 1791. El Discurso Preliminar de ARGÜELLES es una explicación inteligente y eficaz *de cómo en España, realmente, se había llegado a hacer una Constitución sin hacerla verdaderamente*. Es decir, se habían traído a un texto formal nuevo (esto, el puro revestimiento formal, la vestidura renovada, era lo que se había añadido)

252.

Instituciones y garantías históricas, remozadas por la Constitución gaditana.

instituciones, garantías, procedimientos y libertades que habían estado vigentes en España durante siglos. Sin duda era una explicación tranquilizadora para los defensores de la Constitución histórica. Pero los redactores del texto gaditano se las habían compuesto bien para encontrar en nuestra Historia todos y cada uno de los principios por los que había apostado la filosofía liberal moderna para limitar el poder del Estado y defender los derechos de los ciudadanos.

La Constitución de 1812 es el primero y más evidente ejemplo de actualización o mejoramiento de instituciones históricas en un marco formal y positivo nuevo, técnica esta que ha seguido pegada a nuestros períodos constituyentes, como aditamento peculiar de la teoría política española, hasta aparecer por último en la Constitución de 1978, Disposición Adicional 1.^a

253.*La actualización y mejoramiento.*

La Constitución no es, según trata de explicarse, una norma nueva, sacada de inspiraciones de filósofos y pensadores y curtida en los debates de la burguesía revolucionaria. Es, por el contrario, un cuerpo de reglas viejas íntimamente vinculadas al funcionamiento característico de los antiguos reinos peninsulares. En la medida en que aquellas instituciones se modifican algo, se adaptan, se actualizan en la norma nueva, los diputados gaditanos lo que han llevado a cabo —según explica ARGÜELLES— es una reforma de la Constitución. Esta última expresión, y no alguna otra más condescendiente con lo ocurrido en Estados Unidos y Francia, es la que usa reiteradamente ARGÜELLES. Incluso muchos años después de los debates de Cádiz, cuando afronta desde su exilio en Londres el análisis de aquella operación constitucional, entre 1825 y 1833, denominará a sus reflexiones «*Examen crítico de la reforma constitucional*».

254.*Viejas reglas en una norma nueva.*

«Nada ofrece la Constitución —son las primeras palabras del Discurso Preliminar, enteramente consecuentes con cuanto acaba de explicarse— en proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mira como nuevo el método con que ha distribuido las materias ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la nación, o los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y de los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada y método económico y administrativo de las provincias».

A la demostración de este aserto (solo matizado por algunas concesiones a los «adelantamientos de la ciencia del gobierno» o al «nuevo método») se dedica al resto del largo Discurso Preliminar.

La soberanía de la nación, primera cuestión crítica (que en Francia es el símbolo del desalojo del poder de todas las instituciones estatales del Antiguo Régimen y de la limitación del que todavía la Constitución de 1791 reserva al Rey), es una regla que puede encontrarse en las más viejas leyes fundamentales españolas. En particular, en lo que dispone el Fuero Nuevo sobre los derechos de la Nación, del Rey y de los ciudadanos. «La soberanía de la Nación, dice el Discurso, está reconocida y proclamada del modo más auténtico y solemne en las leyes fundamentales de este código. En ellas se dispone que la corona es electiva; que nadie puede aspirar al reino sin ser elegido; que el Rey debe ser elegido por los obispos, magnates y el pueblo... mandan expresamente que las leyes se hagan por los que representan a la nación juntamente con el Rey; que el monarca y todos los súbditos, sin distinción de clase y dignidad, guarden las leyes; que el Rey no tome por fuerza de nadie cosa alguna, y si lo hiciera que se la restituya. ¿Quién a la vista de tan solemnes, tan claras, tan terminantes disposiciones podrá resistirse todavía a reconocer como principio innegable que la autoridad soberana está originaria y esencialmente radicada en la nación?».

255.

La soberanía de la nación como principio de la Constitución histórica.

El respeto a las libertades de los ciudadanos, convertido en principio esencial del nuevo constitucionalismo, está en todas las leyes fundamentales, muy especialmente en las de Aragón pero también en las de Castilla. En este Reino hasta la fórmula usada para la publicación de las leyes es expresiva: «El Rey, de voluntad de las Cortes, estatuesce y ordena». Y también en ese Reino se prohibía al Rey partir el señorío, «tomar a nadie su propiedad», «prenderse a ningún ciudadano dando fiador»... «tomar de los pueblos contribuciones, tributos ni pedidos sin el otorgamiento de la Nación junto a las Cortes...». En Aragón esas mismas protecciones de la libertad se ajustan con herramientas aún más firmes: el derecho de oponerse a la usurpación por el Rey o sus ministros de los fueros o libertades del reino y, en tal caso, poder destronarlo y sustituirlo por otro; la institución de la Justicia como autoridad que servía para salvaguardar la libertad civil y la seguridad personal de los ciudadanos...

257.

La Constitución como codificación de viejas instituciones y derechos.

Como todas estas leyes y fueros andan dispersas y mezclados en multitud de cuerpos legales, la tarea de las Cortes —según el Discurso— había consistido en «entresacar con gran cuidado y diligencia las leyes puramente fundamentales y constitutivas de la monarquía de

entre la prodigiosa multitud de otras leyes de muy diferente naturaleza».

Respecto de la organización de los poderes, la apelación a la lógica y a la historia se anteponen también a cualquier posible influencia de la filosofía iluminista. Constata el Discurso que en el Estado se desenvuelven tres funciones y es «del examen de estas tres distintas operaciones y no de ninguna otra idea metafísica, ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la actividad soberana de una nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado donde el ejercicio de toda la autoridad está reunido en una sola mano. Su separación es indispensable...».

Incluso las innovaciones más preocupantes y combatidas por los antiguos estamentos, especialmente el nobiliario, y por los monárquicos, como es la organización de la representación en Cortes sin brazos o estamentos, se explica con simplicidad en el Discurso que no se contrapone a regla alguna que hubiera establecido nuestra Constitución histórica: «por mucho que se indague y se registre, no se hallarán sino pruebas de que la asistencia de los brazos a las Cortes de la nación era puramente una costumbre de incierto origen, que no estaba sometida a regla alguna fija y conocida»... «no hay un solo vestigio en la historia que indique siquiera que los grandes y prelados eran elegidos para ir a las Cortes...».

Finalmente, en este rápido resumen de los postulados del Discurso Preliminar, el afianzamiento de las libertades. El principio general de que parte es el mismo que expresó el liberalismo revolucionario: «De todas las instituciones humanas, ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándolos al suave yugo de la ley. A su vista todos aparecen iguales, y la imparcialidad con que se observan las reglas que prescribe será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no libertad civil en un Estado». Pero también en cuanto a ello se puede proclamar con orgullo la historia de nuestras libertades: «ninguna nación de Europa puede acaso presentar leyes más filosóficas ni liberales, leyes que protejan mejor la seguridad personal de los ciudadanos, su honor y su propiedad, si se atiende a la antigüedad de su establecimiento, que la admirable constitución de Aragón». Cita la institución del Justicia Mayor, el modo en que se desarrollaba el proceso penal, las prácticas judiciales...

258.

La razón de la separación de poderes.

259.

La libertad y el sometimiento a la ley igual.

Hasta en esto último, la organización y funcionamiento de los tribunales, la Constitución, lejos del inmenso desprecio de los revolucionarios franceses por los jueces, había mantenido las viejas instituciones adornándolas de unas pocas reformas.

He aquí, pues, los resultados de un ingenio asombroso que iluminó a nuestros primeros constituyentes para convertir lo que en Francia fueron innovaciones radicales, en una mera selección y puesta al día de los mejores principios de nuestras leyes fundamentales.

Con esta nevadura histórica se trae a 1812 la soberanía nacional y la eliminación de los estamentos, la división de poderes, la proclamación de la primacía de la ley general, que vincula a los demás poderes públicos y ante la que todos los ciudadanos son iguales. También la declaración del principio general de libertad con los límites que la ley imponga, la puesta en valor de la propiedad de la que nadie puede ser privado sin indemnización, la imposición del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la adecuación del proceso a la garantía de la libertad, etc.

Durante algún tiempo, los trabajos de investigación que estudiaban la Constitución de Cádiz, se planteaban justamente (los de FERNÁNDEZ ALMAGRO son expresivos) si el Discurso y toda la Constitución encubre un espíritu revolucionario que no quiere mostrarse abiertamente para no generar mayor reacción en contra, o si hay realmente la clara intención de actualizar y poner al orden del día del pensamiento liberal, los principios y las instituciones de nuestra Historia.

Probablemente puede decirse hoy (cuando ya el debate sobre la cuestión no tiene más interés que el intelectual) que hay en la intención de la mayoría de los diputados gaditanos la mitad de cada cosa: una sincera voluntad de recuperar las instituciones históricas compatibles con la nueva ideología de la soberanía nacional y, al mismo tiempo, la decidida incorporación de las ideas que habían triunfado en las revoluciones de finales del siglo anterior. Y esto, sin embargo, contado en el Discurso Preliminar y ejecutado en el texto de la Constitución con una delicadeza extrema, para no levantar reacciones apoyadas en la oposición a cualquier idea revolucionaria.

En verdad, la operación que describe el Discurso Preliminar, consistente en apoyar en la Historia propia una magna adaptación de toda la fibra institucional del Estado, es un método constituyente estimabilísimo y hermoso. En España se prostituyó, sin embargo, totalmente, cuando a lo largo del siglo XIX se lo apropió el pensamiento político reaccionario y, finalmente, ciento cincuenta años después, en los dece-

nios centrales del siglo xx, cuando fue utilizado para justificar las leyes fundamentales de una dictadura.

2. LA ARTICULACIÓN DE LOS PODERES Y EL LEGICENTRISMO MODERADO

A) El reparto de las funciones del Estado y la participación en la aprobación de la ley

El esquema del reparto del poder en la Constitución gaditana es el siguiente:

Lo primero es la declaración de que la Nación española «es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia» (artículo 2), para establecer inmediatamente que «la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales» (artículo 3).

Para describir cómo se ejercen los poderes que corresponden a la Nación soberana, la Constitución de 1812 se separa del antecedente francés, por la razón estética, que se expresa simplemente en los debates, de no redactar el texto en este punto de forma exactamente igual que los franceses. De modo que si en la Constitución de 1791 se regula la división de poderes partiendo del órgano (Parlamento, Rey, Tribunales) que los ejerce, en la de 1812 se hará referencia primaria a la función que incumbe a cada poder. Y así, el artículo 15 dice que «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey», en el 16 que «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey», y en el 17 que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley».

Las funciones se atribuyen monopolísticamente, en principio, a cada uno de los órganos que las ejercen. La separación entre ellos aparenta ser total, en consecuencia, porque no se percibe, al menos en las declaraciones generales, ninguna forma de participación de un poder en el ejercicio de las funciones de otro. Al menos así se declara con toda rotundidad cuando se describe la función ejecutiva en el artículo 170: «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside *exclusivamente* en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes». Y lo mismo ocurre cuando se regula la función judicial en el artículo 242: «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales perte-

261.

La regulación de la separación de poderes, distinguiendo funciones.

262.

La atribución de funciones en exclusiva.

263.

Las prohibiciones
generales de que
los poderes se
interfieran en
funciones de otro.

nece *exclusivamente* a los tribunales». En este caso, además, la Constitución profundiza en prohibir la interferencia entre poderes: dice el artículo 243 que «ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos». Y, recíprocamente, se pone freno a cualquier posibilidad de que los jueces se entrometen en las funciones legislativa y ejecutiva: «los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 245), y «tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia» (artículo 246).

264.

La interpretación de
las leyes
corresponde a las
Cortes.

La desconfianza, tan fuertemente manifestada en Francia, contra cualquier alteración de la ley, innovándola o modificándola por vía de interpretación judicial, aparece en la Constitución gaditana de modo mucho más moderado, en cuanto que la primera de las facultades que el artículo 131 reserva a las Cortes es la de proponer y decretar las leyes, «e *interpretarlas*». En España, sin embargo, no se desarrolla con la fuerza que en Francia la prohibición de interpretación.

En efecto, el artículo 259 preveía la creación de un tribunal con la denominación de «Supremo Tribunal de Justicia», entre cuyas funciones, que se relacionan en el artículo 261, figuraba en décimo lugar la de «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellos al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes». La técnica es la misma que la del *référé législatif* y la función en este punto de Tribunal Supremo parece asimilarse a las que se atribuyeron en Francia a la *Cour de Cassation*. Pero el mismo hecho de que el Tribunal Supremo no se estableciera en España hasta 1834, aplazó mucho la vigencia de dicha técnica de interpretación. Cuando el órgano judicial citado fue instaurado ya arreciaban en Francia las críticas contra el *référé* y, como veremos más adelante, la *Cour de Cassation* se las había ingeniado para empezar a crear, pese a la aparente prohibición, un razonable cuerpo de doctrina jurisprudencial. De modo que la técnica de la consulta a las Cortes, sin ninguna tradición, es probable que no llegara a emplearse de modo significativo.

265.

La hostilidad a los
jueces.

La hostilidad hacia los jueces y tribunales no presenta en España las vehementes características con que se desarrolló en Francia. En el Discurso Preliminar no se leen críticas sañudas contra la justicia del Antiguo Régimen sino en dos puntos fundamentales. Primero, la interferencia del poder legislativo y el ejecutivo en la función de juzgar, sobre lo que el Discurso argumenta: «Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instru-

mento de tiranía, se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto. Tal vez podrá convenir en circunstancias de grande apuro reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y la ejecutiva, pero en el momento en que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería no solo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus Estados».

Por estas razones, como ya se ha dicho, la Constitución prohíbe la avocación de causas judiciales o reapertura de juicios ejecutados, prácticas ambas absolutamente comunes durante el Antiguo Régimen porque eran entonces la expresión de la concentración en el Rey de toda la autoridad judicial, que no ejerce necesariamente ni usando la misma ley ni menos aplicándola igual en todos los casos.

La segunda consideración crítica sobre la justicia del Antiguo Régimen que destaca en el Discurso son los *fueros privilegiados*, fuente de la más oprobiosa desigualdad porque permitían diferenciar los derechos de las personas, los procesos y los tribunales juzgadores. Dice sobre ello el Discurso Preliminar: «la Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados, introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución... Por lo mismo la Comisión reduce a uno solo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales...» lo que restablecerá el «respeto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobremanera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo Estado».

El artículo 248 de la Constitución estableció, en consecuencia, que «en los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas».

En lo demás, al margen de los puntos críticos indicados, y de unos cuantos arreglos añadidos que no son nunca radicales, la general aceptación del sistema de justicia que viene del Antiguo Régimen está también expresada en el Discurso cuando advierte que la Comisión «se ha abstenido de introducir una alteración sustancial en el modo de administrar la justicia, convencida de que reformas de esta trascendencia han de ser el fruto de la meditación, del examen más prolijo y

266.

Prohibición de avocaciones y de reapertura de juicios ejecutados.

267.

La eliminación de los fueros privilegiados.

268.

Reforma de la Justicia aplazada.

detenido, único medio de preparar la opinión pública para que reciba sin violencia las grandes innovaciones».

Esta actitud relativamente complaciente con la herencia judicial recibida, hará también fácil abordar otros extremos del funcionamiento de los poderes que habían sido problemáticos en Francia. En particular, la cuestión de la intervención de los tribunales en la promulgación y publicación de las leyes, o incluso en las decisiones de suspenderlas (esto último, únicamente, aparece como una prohibición a los jueces y tribunales en el artículo 246).

En Francia, durante todo el Antiguo Régimen, y muy intensamente en su período final, la entrada en vigor de los actos de naturaleza legislativa del monarca iba precedida de su registro. La evolución que había experimentado esta institución la había convertido en un requisito constitutivo de la ley misma, cuyo cumplimiento era inexcusable para su perfeccionamiento (H. WEHRHAHN), de modo que se asimilaba a las técnicas constitucionales posteriores de la sanción y la promulgación (J. RODRÍGUEZ ZAPATA).

Los constituyentes franceses se empeñaron justamente en aclarar y superar esta situación eliminando por completo cualquier resto de la referida potestad de *enregistrement* de los Parlamentos, y, por supuesto, cualquier *droit de vérification* sobre las leyes aprobadas por la Asamblea. Al servicio de esta lucha se emplearon los conceptos de sanción y promulgación que aparecen en el constitucionalismo francés estrenando una terminología que será utilizada ulteriormente, desde entonces, en todos los sistemas constitucionales.

Bien es verdad que los usarían de un modo confuso porque los conceptos sanción, promulgación y publicación se entrecruzan a veces y se emplean de forma polisémica, mezclando en cada significado la naturaleza de una u otra de las referidas instituciones.

Pero de lo que no cabe duda es de la firme voluntad de la Asamblea Constituyente de excluir para el futuro cualquier participación de los Parlamentos judiciales en el perfeccionamiento de la ley. Por ello, tanto la facultad de sanción como la de promulgación quedan fuera de su órbita y se configuran ambas como potestades del Rey. La primera de carácter claramente legislativo, mientras que la segunda es una potestad del ejecutivo que consiste en dictar la orden de que la ley se registre, ejecute y publique (sobre el alcance de la sanción, *supra* epígrafe II, 5).

269.

El poder judicial de registrar las leyes.

270.

Las facultades de sanción y promulgación.

En España no se habían manifestado los aludidos problemas del constitucionalismo francés. Se partía de la tradición asentada en el derecho histórico, al que tantas veces se acoge el Discurso Preliminar que redacta ARGÜELLES, del carácter paccionado de la ley o de su naturaleza contractual. La ley se forma no solo por la voluntad del Rey sino en consecuencia con la voluntad de las Cortes, de un modo, por tanto, participado. Esta es una forma de legislar que puede considerarse absolutamente extendida en Europa desde el siglo xv, aunque posteriormente se abandone.

Pero en España la participación del Rey en la función legislativa tenía poco que ver con la retirada a los órganos judiciales de una prerrogativa de registro y publicación de la que hubieran abusado, sino que significaba la puesta al día constitucional de la vieja idea de la colegislación, el ejercicio participado de la función legislativa en la que siempre uno de los intervinientes era el Rey.

La primera formulación de la división de poderes en España, da pie para pensar que esta función colegislativa se había eliminado. El famoso Decreto I de las de las Cortes de 24 de septiembre de 1810, reserva a las Cortes «el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión». Y el Decreto de 25 de septiembre de 1810, al día siguiente del anterior, decidió que las Cortes de la Nación debería recibir en lo sucesivo el tratamiento de «Majestad» y los Tribunales Supremos el de «Alteza», de manera que las leyes deberían ser sancionadas por «Su Majestad», el titular de la soberanía nacional, esto es, las Cortes Generales y Extraordinarias. Incluso después, en el texto promulgatorio de la propia Constitución de Cádiz, el Consejo de Regencia afirma solemnemente que «las mismas Cortes han deliberado y sancionado la siguiente Constitución política de la Monarquía Española».

Pero en la Constitución de 1812 estos antecedentes no se perpetúan exactamente así. La sanción será una función inequívocamente legislativa, y pertenece al Rey como colegislador. La promulgación y la publicación material son funciones ejecutivas y también corresponden al Rey pero el ejercicio de esta última función es exclusivo.

Puede completarse ahora lo dicho más atrás sobre la atribución en exclusiva de la función ejecutiva al Rey y de la judicial a los jueces y tribunales, para advertir que no se formula en la Constitución una reserva de igual carácter de la función legislativa a las Cortes, sin duda porque la comparten con el Rey, por medio de la institución de la sanción. Al Rey le corresponde «sancionar las leyes y promulgarlas» (artículo 171).

271.*La colegislación.***272.***«Su Majestad» las Cortes.***273.***Sanción y no promulgación en la Constitución de 1812.*

La naturaleza legislativa de la potestad de sanción por el primer constitucionalismo ya ha quedado explicada con ocasión del examen del Derecho francés. En la regulación española se da la misma evidencia.

274.

Otorgamiento y negación de la sanción real: efectos.

El artículo 142 de la Constitución gaditana prescribe que «el Rey tiene la Sanción de las leyes». Si el Rey la otorga lo hace con la fórmula «Publíquese como ley» (artículo 143), y si la niega firmaría con su mano la expresión «Vuelva a las Cortes», con indicación de las razones (artículo 144). La devolución tendría que decidirse por el Rey en el plazo de treinta días, transcurridos los cuales su silencio se consideraría favorable a su sanción, positivo como diríamos hoy (artículo 145). Denegada la sanción no se podría tratar el mismo asunto en el mismo año por las Cortes, sino a partir del siguiente. Ante una nueva propuesta del mismo texto podría el Rey volver a negar la sanción. Pero la tercera vez tendrá que otorgarla necesariamente firmando la citada fórmula «Publíquese como ley» (artículos 146 a 149).

275.

La distinción entre promulgación y publicación.

Los conceptos de promulgación y publicación remiten, como ya se ha dicho, a potestades que corresponden al Rey en tanto que titular del poder ejecutivo. El modo en que se emplean en el texto constitucional, parecen confusos y, a veces, intercambiables (J. A. SANTAMARÍA PASTOR), pero no es así según nuestro criterio (por las propias razones que expresa también en el estudio de J. RODRÍGUEZ ZAPATA). La sanción, ya queda dicho, que es un acto legislativo porque determina el perfeccionamiento o no de la ley y su entrada en vigor. La publicación tiene en la Constitución de 1812 dos aplicaciones, una previa y otra posterior a la sanción. En efecto las leyes, una vez aprobadas, se extendían en dos originales que leían en las Cortes a los efectos de que, concluido ese acto, se firmaran los dos ejemplares por el Presidente y dos Secretarios (artículo 141). Inmediatamente después se sometían a la sanción real. Si la otorgaba de la forma explicada, un texto volvía a las Cortes para archivo y otro quedaba en poder del Rey (artículo 146). Esta firma y la inmediata remisión del texto de la misma a las Cortes para que se archivara, equivalía a las formas de publicación extendidas en el Derecho medieval y moderno, consistente en el registro de las leyes.

276.

Publicación y registro.

Por eso, el artículo 154 de la Constitución llama a este acto publicación. «Publicada la ley en las Cortes —dice el artículo 154— se dará de ello aviso al Rey, para que proceda inmediatamente a su promulgación solemne». Esta publicación en Cortes va seguida de la promulgación, para la cual el Rey ha de usar la fórmula que recoge el artículo 155 copiándola, sin ninguna duda, del artículo 31 de la Sección

primera, Capítulo IV, Título III de la Constitución francesa de 1791, que es muy similar a la que aún se conserva hoy en nuestra práctica constitucional.

Al final de esa fórmula promulgatoria se decía: «tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondréis que se imprima, publique y circule». El mandato estaba dirigido al Secretario de Estado correspondiente y equivalía realmente a una notificación. La promulgación cumplía la función de una autenticación del texto, su reconocimiento como tal ley y, además, por el propio Rey. Lo cual era importantísimo en un tiempo en que la ley no se publicaba (en ningún periódico general) y era necesario darla a conocer en versión auténtica a las autoridades que tenían que aplicarla.

Estas, según expresaba el artículo 156 de la Constitución, «circulan el mandato» entre tribunales y autoridades, que era la manera de darle publicidad, por segunda vez, a la ley. Para este acto de puesta en circulación debió utilizarse también el concepto de promulgación que, en efecto, aquí se confunde con el de publicación (por ejemplo, claramente, en el artículo 20 del proyecto de Código Civil de 1820), hasta que poco a poco la noción de publicación material se fue separando del de promulgación o certificación (Real Orden de 20 de abril de 1833), hasta instrumentarse de forma centralizada con la inserción del texto de la ley en la Gaceta (Real Decreto de 9 de marzo de 1851).

B) La supremacía de la ley

La naturaleza de la ley y su régimen son los dichos. Su significado central en el nuevo orden constitucional y su supraordenación al resto de los poderes se acoge también en Cádiz como lo había hecho la *Déclaration des Droits* de 1789. Pero más moderadamente. La sacralización de la ley y la nomofilia se expresan por nuestros constituyentes con más templanza. Por otra parte, frente al monopolio absoluto de la función normativa por el legislador (que excluye su interpretación por los tribunales y cualquier desarrollo reglamentario) propio del primer constitucionalismo francés, en la Constitución de Cádiz se consagra la potestad reglamentaria del ejecutivo desde el primer momento. Dice su artículo 171 que la primera atribución del Rey es la de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes».

277.

La fórmula promulgatoria.

278.

La puesta en circulación del texto.

279.

Las normas del ejecutivo.

Esta última será una importante modulación del legicentrismo porque se le escapan a las Cortes, por esa vía, unas potestades normativas que, según se definían, solo eran para la ejecución de las leyes, pero como veremos en epígrafes sucesivos, supuso en la práctica la retención por el ejecutivo de una amplia iniciativa para dictar normas, aun en el terreno de los derechos y libertades, sin que existiera ley previa ni autorización legislativa bastante.

En lo demás, la concepción de la ley coincide con los ideales de los revolucionarios franceses. En primer lugar el de concisión y claridad de la legislación, que proclama el Discurso Preliminar repetidas veces al tiempo que se pronuncia contra la índole boscosa de las leyes heredadas de las que resultaba preciso «entresacar» las puramente «fundamentales y constitutivas».

Esta misma necesidad de simplificación, es la que hace que los constituyentes abracen, sin dudarlo, la idea de codificación. Esta es una imposición de la igualdad de los derechos. Esta igualdad, dice el Discurso Preliminar, «proclamada en la primera parte de la Constitución a favor de todos los naturales originarios de la monarquía», y la «uniformidad de principios adoptada», exigen que «el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la nación». Proposición que está recogida en el artículo 258 del texto constitucional: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

En segundo lugar, pues, leyes claras y también generales como una exigencia de la igualdad de todos los españoles y de la uniforme aplicación del texto en todo el territorio. A la vista de la ley, dice el Discurso Preliminar, «todos aparecen iguales».

En tercer lugar, subordinación a la ley de los demás poderes. El Rey, en cuanto titular del poder ejecutivo, cumple la función de ejecutar la ley y necesita autorización de las Cortes para una larga lista de funciones que enumera el artículo 172. La función de los tribunales, por su parte, consiste en «aplicar la ley a las causas civiles y criminales» (artículo 171).

En cuarto lugar, también el legicentrismo a la francesa se modera en las expresiones que utiliza la Constitución para definir las relaciones de la ley con los derechos de los ciudadanos. No se reitera tanto como en la Declaración de 1789 la función central, definitoria o delimitadora de los derechos que a la ley se atribuye. En el caso de la Constitución de Cádiz también se parte de la situación general de

280.

Los ideales de simplificación, claridad y codificación.

281.

Leyes generales.

282.

Subordinación a la ley de todos los poderes.

283.

La ley y los derechos: instrumento para realizarlos.

libertad en que se encuentra el ciudadano. El Discurso Preliminar admite que la función de la ley en relación con esa libertad natural y originaria del individuo es limitarla, someterla a lo que llama el «suave yugo de la ley».

Pero la traducción normativa de ese yugo se hace en el artículo 4 de la Constitución imponiendo a la Nación la obligación de «proteger por leyes sabias y justas» la libertad y la propiedad. De modo que la ley es una garantía de preservación, el instrumento para la realización de los derechos, más que un freno.

Cuando se tienen que aplicar limitaciones a los derechos, sean privaciones de la propiedad o procesos en los que resultan gravemente amenazadas, la intermediación de la ley que regule estas intervenciones y las autorice es imprescindible, como se verá seguidamente.

3. LA ACTUALIZACIÓN Y POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS CIUDADANOS. SUS GARANTÍAS. UN PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN

A) **La consagración de los derechos: propiedad, libertad personal, garantías procesales. Proyecciones de la igualdad**

Por supuesto que los derechos que la Constitución de 1812 reconoce y proclama son también, como todo en ella, una simple actualización de situaciones ya establecidas en nuestra Historia y no el resultado de un ejercicio de metafísica. Así se declara, y parecen creerlo seriamente los constituyentes.

El debate sobre los derechos de los ciudadanos, que era lo primero que se había movido en los procesos revolucionarios americano y francés, no ocurre en España en términos que puedan asimilarse. El abandono de una primitiva idea, manejada por los constituyentes, de que la parte primera de la Constitución se consagre a la definición de los derechos fundamentales, ilustra de que, sin duda, no se quiso asumir el compromiso de enhebrar una declaración formal, embutida en la Constitución misma o escrita solemnemente en un texto separado y de avanzadilla, como hicieron los franceses.

Esta circunstancia se ha aprovechado por algunos analistas de la Constitución de 1812 para concluir, sin otros matices, que carecía de declaración de derechos y que no se preocupó de catalogarlos y reconocerlas como habían hecho los movimientos constitucionales comparados.

284.
Derechos históricos.

285.
La catalogación y reconocimiento de los derechos.

286.

Una declaración no sistemática de los derechos.

Sin embargo, tal posición es manifiestamente errónea. Los derechos de los españoles quedaron reconocidos en la primera Constitución, en términos exactamente parangonables a las Declaraciones francesas, si bien los diputados gaditanos, sin duda aconsejados por la prudencia, para no levantar resistencias a lo que podría ser considerado revolucionario, prefirieron desagregar la declaración, dispersar las regulaciones atinentes a derechos individuales a lo largo de todo el texto constitucional, de modo que, al final, quedara trufado de todos los principios sobre libertades que el liberalismo revolucionario había conquistado.

Basta repasar el texto constitucional para demostrar la extraordinaria sutileza con la que va desgranando el reconocimiento, uno por uno, de los derechos y libertades, procurando no levantar la acusación de francofilia liberal, o de aceptación del iusnaturalismo racionalista.

287.

Confesionalismo religioso.

Pero, quizás con la excepción importante de la libertad religiosa plena, impedida directamente por el carácter confesional católico de la Nación española, que se proclama en el artículo 12 («la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra») el resto del catálogo de derechos está completo. Tampoco aparecen las libertades de reunión y asociación, siendo en esto la Constitución gaditana aún más firme y consecuente con la eliminación de los llamados cuerpos intermedios de lo que lo habían sido las francesas. En lo demás, véase ahora la muestra de lo indicado:

En el Capítulo I del Título I, hay una primera declaración general favorable a la libertad civil y la propiedad, en el sentido que ya se ha indicado antes. Tal y como está formulada puede estimarse equivalente de la declaración favorable al libre desenvolvimiento de las libertades individuales sin más limitaciones (el «suave yugo») que las establecidas en las leyes, siguiendo el mismo criterio del texto francés de 1789.

La protección de la propiedad (que no es inhabitual que la doctrina sitúe por primera vez en la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1836) está, sin duda, formulada en el artículo 172, regla décima, en términos similares a como lo había hecho el artículo 17 de la Declaración francesa, si bien nótese la poquísima solemnidad con que en la nuestra se recoge porque aparece con ocasión de describir las potestades del Rey y está mezclada con otras doce. «No puede el Rey —dice el precepto citado— tomar la propiedad de ningún particu-

288.

La protección de la propiedad.

lar o corporación, ni turbarla en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuese necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos» (una forma no judicializada del establecimiento del justiprecio, sino por arbitraje o mediación de peritos terceros).

La libertad personal encuentra en el texto constitucional las siguientes garantías básicas: por lo pronto, la exclusión de órdenes arbitrarias y de medidas de privación de libertad acordadas exclusivamente por el ejecutivo (artículo 172, undécima: «No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del Despacho que firme la Orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual»).

Y las garantías ante los procedimientos criminales y la aplicación de las penas, se desenvuelven también ajustándose al patrón que empezó a recorrer la Europa ilustrada desde mediados del siglo XVIII después del alegato de BECCARIA («*De los delitos y las penas*») y que corrige radicalmente las prácticas del Antiguo Régimen (en las que España no había participado, según el Discurso Preliminar, *ahora ya con notabilísima exageración*, incluso cuando utiliza el ejemplo de Aragón).

Está, primero, el derecho al juez predeterminado por ley (artículo 247: «ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente *determinado con anterioridad por la ley*»). Segundo, el derecho a que el proceso sea breve (artículo 286) y público (artículo 302). Tercero, las detenciones preventivas solo pueden ser acordadas por el juez, informando cumplidamente de su razón (artículo 287). Cuarto, *proporcionalidad* en las medidas de privación de libertad (artículos 291 a 296). Quinto, *prohibición de detenciones arbitrarias* (artículo 299). Sexto, legalidad de los delitos (artículo 287) y *de las penas* y prohibición general de las excesivas como el tormento, la confiscación de bienes, las que trasladan sus efectos a la familia del reo (artículos 303 a 305). Séptimo, inviolabilidad del domicilio (artículo 306). Octavo, cumplimiento de las penas en términos de aseguramiento del preso no añadiéndole nuevos males y tormentos (artículo 297).

La libertad de imprenta, que se califica en la Constitución de libertad política y que tiene una función esencial, como se reconoce repetidamente en el debate constituyente, para el desarrollo de la vida

289.*Expropiación.***290.***Libertad personal: prohibición de órdenes arbitrarias y medidas privativas de libertad.***291.***Las garantías en los procedimientos penales.***292.***Legalidad de los delitos y las penas.*

293.
*Libertad de
imprensa.*

democrática que la Constitución ha de impulsar, aparece también reconocida, pero luciendo, por una parte, en el puesto vigésimo cuarto del artículo 131 en el que se describen las facultades de las Cortes. Esta, en concreto, consiste en «proteger la libertad política de la imprenta», que queda de este modo indirecto reconocida. Por otro lado, se incluye dicha libertad en el Título dedicado a la «instrucción pública», «todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes».

294.
*El principio general
de igualdad: una
ausencia.*

No hay, en la Constitución de Cádiz, y esta es la más notoria diferencia con las solemnes declaraciones de su tiempo, una consagración explícita de la igualdad como principio general que, en estas últimas, figura siempre al lado de la libertad y en los artículos primeros.

Pero no podría decirse que no quede establecido el respeto a la misma en términos paralelos. Considérese que la igualdad tiene en Francia, en primer lugar, una vertiente elevadamente política que se dirige contra la división de la sociedad en estamentos, y la asignación a cualquier entidad o corporación de prerrogativas de ninguna clase. Esta declaración se contiene en la Constitución gaditana, por una parte, en la exclusión de la representación estamental en Cortes (los diputados son elegidos «por los ciudadanos», artículo 27); y, por otra, en la prohibición de que el Rey ceda cualquiera de sus prerrogativas (artículo 172, tercera) u otorguen privilegios a persona o corporación alguna (artículo 172, novena).

295.
*Igual
representación.*

Un segundo aspecto es la igualdad ante la Justicia, del que ya se ha tratado, y que se consigue mediante la supresión de todos los fueros privilegiados y proclamando su unidad.

296.
*Igualdad ante la
Justicia.*

El tercer sentido con que se emplea la igualdad de todos los ciudadanos es en su relación con las contribuciones, desarrollo que también está explícito en el artículo 339 de la Constitución («Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno»).

297.
*Igualdad ante las
cargas públicas.*

Quinto, el acceso a los cargos públicos, que es otro de los extremos en que se proyecta el principio general de igualdad, está inscrito en las diversas fórmulas que regulan la investidura de cargos y funciones públicas por cualquier ciudadano, sin que existan oficios venales, que, a la hora de la Constitución, ya estaban suprimidos.

298.
*Igualdad en el
acceso a los cargos
públicos.*

Y sexto y último, la educación y la asistencia social son aspectos esenciales de la igualdad; se configuran, según hemos visto ya, como derechos sociales que tiendan a dar las mismas oportunidades a todos, por una parte, y a cubrir las necesidades de los desfavorecidos por la fortuna, por otra (artículos 321, quinto y sexto, y artículos 366 y siguientes).

Del conjunto, pues, de todas estas regulaciones resulta, sin ninguna duda, la elevación del principio de igualdad a uno de los pivotes de la nueva sociedad, aunque no aparezca en el texto de la Constitución una declaración general a la francesa o a la americana (más bien podía decirse que, en este último caso, tiene menores proyecciones de futuro a pesar del énfasis con que se inscribe en los textos fundamentales). Es justo que el Discurso Preliminar, explicando la Constitución, diga que «*la ley ha de ser una para todos; y en su aplicación no ha de haber acepción de personas*». Lo dice en la parte dedicada a la libertad civil e interpreta el conjunto de las reglas que se han referido, como una declaración general de igualdad.

B) Los deberes de prestación de la Administración Pública: el correlativo reconocimiento de derechos sociales

El reconocimiento en varios preceptos del texto gaditano de los mencionados derechos a la asistencia y la educación, tiene una importancia crucial, como hemos señalado ya para el caso de Francia.

Aparecen los derechos asistenciales y los correlativos deberes de prestación de las Administraciones Públicas entre las atribuciones que el artículo 323 otorga a los Ayuntamientos (y que se desarrollarían inmediatamente en la *Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias* de 1813). El apartado quinto del precepto se refiere a las escuelas de primeras letras; el sexto al cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia; y el séptimo, a las obras públicas de utilidad, necesidad u ornato.

La instrucción pública merece en la Constitución mención aparte porque dedica a ella cinco artículos capitales (más el de la libertad de expresión y comunicación, ya aludido). Contienen un plan para la instrucción de los ciudadanos, que no habrá de desenvolverse de modo descentralizado: los españoles, ciudadanos de una nación única, tienen que recibir una educación uniforme porque ello es básico para mantener su cohesión y hacer efectiva su igualdad; por tanto, la ense-

299.

Igualdad en la educación y la beneficencia.

300.

La instrucción pública uniforme para todos.

ñanza tiene que ser «uniforme», la Constitución tiene que explicarse en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas (artículo 368). Para ejecutar ese plan habrá una dirección general de estudios bajo la dependencia del gobierno (artículo 369), así como escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía (artículo 366), y universidades y otros establecimientos de instrucción para «la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes» (artículo 367).

301.
La igualdad como
objetivo.

La necesidad de conquistar la igualdad, que ni en España ni en Francia era un punto de partida como en América, sino una meta, reclama también el reconocimiento de los aludidos derechos sociales. Al hacerlo, se deposita primero en el legislador y luego en la Administración Pública, la esencialísima obligación de formular un programa de acción que los haga efectivos.

Entre la progresiva estatalización de algunas de esas tareas, que va haciéndose efectiva al final del Antiguo Régimen en aplicación de lo mejor del pensamiento ilustrado, y la concepción social e igualitaria de los derechos, se acumula un complejo de obligaciones para el poder ejecutivo que van a servir para caracterizar su actividad ya en los primeros años del siglo XIX. Y, a partir de ahí, serán, como en Francia, la base ideológica y organizativa de los servicios públicos prestacionales de los que la Administración se ocupará desde el primer momento.

C) La protección de la Constitución

Algunas consideraciones han de añadirse ahora en relación con las garantías de la Constitución y la protección jurídica de los derechos proclamados.

302.
La defensa frente a
la ley.

El legicentrismo, también gaditano, determina que la soberanía, como en Francia, se traslade hacia las Cortes y la ley y que tenga esta una capacidad dispositiva absoluta, no frenada por las regulaciones constitucionales porque no se establece instrumento alguno que permita depurar las afrentas a la Constitución que el legislador ordinario pueda cometer. Los derechos quedan vinculados a la ley y no podrán separarse de ella hasta que en la Constitución de 1978 se arbitre un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Las pautas seguidas en este punto son las mismas del constitucionalismo francés y no del americano. A pesar de que, como ya se ha expuesto, ninguna protesta encendida se organiza en España contra el funcionamiento de la justicia en el Antiguo Régimen, que fue uno de

los pretextos franceses para excluir a los jueces de cualquier misión de control de la constitucionalidad.

La restricción que, sin embargo, se impone al legislador ordinario es la prohibición de que modifique directamente la Constitución. En Cádiz está también clara la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido. TORENO lo expresa claramente en el debate: «La Nación, como soberana, es árbitro de hacer todas las mudanzas que crea convenientes para su prosperidad; pero las Cortes ordinarias deben circunscribirse a las facultades que les señale la Constitución». También el diputado CANEJA: «La Nación en sí tendrá siempre el derecho de hacer lo que se le acomode; pero las Cortes ordinarias, hijas de la Constitución, ni serán lo mismo que la Nación en abstracto, ni deberán confundirse con las extraordinarias o constituyentes, autorizadas con fines limitados, ni podrán arrogarse más facultades que la Constitución les señale».

La restricción de las potestades constituyentes del legislador ordinario es tanto más importante en cuanto que la Constitución trata de normalizar un sistema de valores cuya estabilidad no puede quedar a la fácil acción de los legisladores sucesivos (J. VARELA SUANZES).

Por ello, quizás antes de todo, se prohíbe cualquier reforma de la Constitución, de cualquier clase que sea, antes de que hayan transcurrido ocho años «de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes» (artículo 375).

Los artículos 376 y siguientes de la norma constitucional regulan un procedimiento de reforma, con requisitos pesados, que no es fácil cumplimentar.

La propuesta de reforma debe ser apoyada, al menos, por veinte diputados. Había de procederse a su lectura por tres veces, con intervalos de seis días; a la última se producía la deliberación. La aceptación de la proposición requería dos tercios de los votos. Era luego la Diputación general siguiente la que podía deliberar y votar sobre la procedencia del otorgamiento de poderes especiales para la reforma; se volvía a requerir para ello el consentimiento de dos tercios. Si se aceptaba el otorgamiento de tales poderes en los términos dichos, serían las juntas electorales de las provincias las que tendrían que atribuirlos habilitando especialmente a la Diputación de Cortes a acordar la reforma. Ya otorgados los poderes, se volvería a discutir la propuesta que, para convertirse en ley, necesitaba otra vez el apoyo de dos tercios de los diputados.

303.

La prohibición de que el legislador reforme la Constitución.

304.

La técnica de aplazar la reforma.

305.

El procedimiento de reforma.

Un procedimiento de reforma muy rígido, pensado, como ocurrió también en la primera Constitución francesa, para hacerla imposible.

Al margen de la protección contra la función constituyente del legislador constituido, la Constitución, como ya se ha dicho, no establecía otras garantías jurídicas para su protección frente al legislador ordinario o la acción de los demás poderes.

Los artículos 372 y 373 establecieron, sin embargo, una original regulación de la defensa de la Constitución que ha estudiado M. LORENTE SARIÑENA. El primero decía que las Cortes, en sus primeras sesiones, habían de tomar en consideración «las infracciones de la Constitución que se les hubieran hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contribuido a ello». Y el segundo declaraba que «todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución».

Estos preceptos conocerían después diversos desarrollos legales que conducían, unos, a la articulación del derecho de petición, otros, a la regulación general de la responsabilidad de los empleados públicos (Decreto de 24 de marzo de 1813), otros a la tipificación penal de algunas conductas infractoras. Pero se singularizó entre estos desarrollos, una normativa, más directamente vinculada al artículo 373, donde se regulaban las infracciones a la Constitución y el procedimiento para exigir responsabilidades por esta específica causa.

En concreto, el Reglamento de Régimen Interior de las Cortes de 4 de septiembre de 1813, creaba en su artículo 80 una Comisión de «examen en los casos en que haya responsabilidad de los empleados públicos por denuncia hecha a las Cortes de infracción de la Constitución». En este contexto parlamentario se examinó el famoso caso Fitzgerald, que estudió V. FAIRÉN.

El verdadero desarrollo del artículo 373 se produjo años más tarde por una Ley de 17 de abril de 1821, cuya regulación no cambia nada las conclusiones ya establecidas sobre la calidad y posibilidades reales de una defensa jurídica de la Constitución.

En el período de nuestro primer constitucionalismo tales métodos de garantías estaban fuera de la órbita de las ideas del tiempo. Para muestra basta la opinión de un intelectual, R. SALAS Y CORTÉS, que en sus *Lecciones de Derecho Público y Constitucional*, que se publicaron en el trienio liberal, propuso, para la defensa de la Constitución, la creación de un «poder conservador» que ha de ser la «rueda esencial» de

306.
Las infracciones de
la Constitución
y las
representaciones a
las Cortes:
manifestaciones y
consecuencias.

la máquina del buen gobierno. Lo formarían personas con experiencia en asuntos públicos. Y se le atribuían las funciones de declarar la inconstitucionalidad de los actos del poder legislativo, resolver los conflictos de las atribuciones entre los poderes del Estado e incluso dictaminar cuándo es pertinente iniciar el procedimiento de reforma de la Constitución.

Maneja técnicas poco elaboradas, de naturaleza política, y, desde luego, se mantiene lejos de encomendar cualquier función de control a los jueces y tribunales.

IV. LA FORMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. LOS COMPLEMENTOS DEL REINO DE LA LEY

A) **La complejidad de las normas y las interferencias de los tribunales en el poder legislativo durante el Antiguo Régimen**

La colocación de la ley en el centro del sistema del Derecho del Estado, a partir de la Revolución francesa, no significa solamente el posicionamiento en una jerarquía superior de esta norma en relación con cualesquiera otras del ordenamiento jurídico, sino también, al menos, otras dos consecuencias fundamentales: primera, levantar sobre el cosmos de regulaciones particulares y privilegiadas del Antiguo Régimen, que componían un ordenamiento absolutamente caótico e inmanejable, otras regulaciones basadas en una ley única y general, segura y fácil de reconocer, aplicable a todos por igual con exclusión de cualquier situación privilegiada. Y segundo, la tendencia a que las normas con carácter legal se concentren en un único cuerpo normativo, donde se sistematicen y ordenen de un modo claro y fácilmente accesible para los ciudadanos. La ley se identificará con el código y el código con el Derecho.

Estas simples reglas nuevas suponen una transformación radical de la situación legislativa del Antiguo Régimen, tanto en España como en Francia.

La tipología de las normas durante el Antiguo Régimen en Francia puede seguirse con la exposición clásica de F. OLIVIER-MARTIN. Sus trabajos sobre *L'absolutisme français* y *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, explican, especialmente el primero, las varie-

307.
La ley única y general, con regulaciones concentradas o codificadas es el Derecho.

dades de normas utilizadas durante el Antiguo Régimen francés. Excluyendo las *lettres d'interêt privé*, que, aunque se dictan con las mismas formalidades que las de interés público, se refieren siempre a asuntos que no suponen el ejercicio de poderes públicos, OLIVIER-MARTIN ofrece la siguiente clasificación de los instrumentos normativos usados en la época:

308.

Tipología de instrumentos normativos: la ordenanza como norma dominante.

Hasta la época moderna las leyes del Rey llevaban nombres diversos, como constituciones, estatutos, pragmáticas sanciones u ordenanzas. El término ordenanza fue el que ganó mayor generalización y sustituyó prácticamente a los demás haciéndose equivalente de todas las decisiones de carácter legislativo del Rey. Ordenanza se convierte en un término que, en la monarquía absoluta, sería el equivalente del concepto genérico de ley. Ordenanzas del Rey serían equivalentes de leyes del Rey.

Las ordenanzas se clasificarían según OLIVIER en generales, privilegios particulares y privilegios colectivos (estos últimos eran los que beneficiaban a colectividades como ciudades, pueblos, estamentos o grupos dentro de una ciudad, o también grupos extranjeros). Los privilegios a su vez, podrían ser de derecho común o especiales.

Las ordenanzas generales, entendidas en sentido amplio, abarcan un conjunto de textos legislativos que revestían la forma tradicional de *lettres patentes*, que eran, como su nombre indica, cartas abiertas. Se inscribían en pergamino y comenzaban identificando el mandato del Rey («Luis, por la gracia de Dios, Rey de Francia y de Navarra, a todos los que vieren...»). Aunque OLIVIER también distingue por su forma, dentro de las ordenanzas, las de carácter verbal, lo que se generaliza como normas son las escritas. Las *lettres patentes* (expresión que siempre se usa en plural y en oposición a las *lettres closes*, que son las que se presentan cerradas), conocen distintas variantes como las ordenanzas mismas (es un acto normativo general, con vocación de permanencia, que regula una materia o una serie de materias), el edicto (que se refiere a materias más concretas o que tiene por destinatario una colectividad o un territorio determinado), la declaración (que se presentaba como un acto interpretativo de una ordenanza o un edicto, o de un privilegio). Algunas de las declaraciones o resoluciones del Rey tienen el carácter de decisiones particulares, de carácter judicial o legislativo.

309.

Lettres patentes y lettres closes.

Las resoluciones más simples, se suelen conocer con el nombre de *petites lettres patentes* o *lettres patentes stricto sensu*, entre las cuales destacan las denominadas *lettres royaux*. Tenían estas diversas varian-

tes, según se produjeran o no en el ámbito de la justicia. Entre ellas las más importantes serán las *lettres de justice* que son expresión del papel que el Rey cumple en cuanto fuente de toda justicia y poder regulador de todo el aparato judicial, así como tutelador de la aplicación uniforme de la ley. También las *lettres de grâce* se sitúan en este ámbito, pero contienen normalmente liberalidades o excepciones en la aplicación de las normas generales.

310.
Las *lettres de justice*.

En cuanto al procedimiento de elaboración, aunque el soberano dominaba completamente la decisión, normalmente se iniciaba por la preparación por parte del Consejo, o de alguna de sus secciones, del proyecto mismo, asumiendo la iniciativa uno de sus miembros. El *Chancellor*, acumulaba las funciones claves para verificar la conformidad del texto con la legislación del Reino, y advertir al Rey, antes de que autorizara definitivamente la norma, acerca de si su confianza podía haber sido lesionada por el contenido de la deliberación o la propuesta de decisión que se sometía a su aprobación.

311.
Procedimiento de elaboración de las disposiciones reales.

El extremo fundamental del procedimiento legislativo venía dado por las facultades de verificación ante la Corte soberana (que se ponía en funcionamiento cuando existía alguna oposición al contenido de las *lettres patentes*) y sobre todo las facultades de registro de las leyes y la prerrogativa de las denominadas *remontrances*.

La práctica del registro de las normas se introdujo en la primera mitad del siglo XIV desarrollando una costumbre que pretendía, sobre todo, perfeccionar los aspectos técnicos de la disposición, más que ejercer poder político de ninguna clase. El registro respondía a la necesidad de que fuera accesible a todos el contenido de la ley nueva. Pretendía, antes que nada, conservar la disposición e identificarla. Lo cual era absolutamente necesario para que pudieran conocerla no solo los destinatarios finales de la misma, sino también los administradores y los jueces que tenían que ejecutarla. De esta manera, el registro de las normas fue convirtiéndose poco a poco en un requisito de eficacia de las mismas. Desde el punto de vista material la operación consistía en la transcripción en un registro que se conservaba por el *greffe* de los tribunales de justicia.

312.
Los orígenes y fundamento del registro de disposiciones.

Fueron, en efecto, los tribunales de justicia los primeros que recurrieron al registro de las normas, seguramente porque eran ellos los que más necesitaban crear una memoria manejable del Derecho legislativo que estaban obligados a aplicar. Primero empezó a utilizarse esta práctica en el Parlamento de París, y después en los demás y en las Cámaras de Cuentas, en la medida en que unos y otros se transfor-

313.
El registro por los tribunales.

man en tribunales con poderes soberanos, facultad que van alcanzando también todas las jurisdicciones especializadas. Entre todos ellos, sin embargo, será el Parlamento de París el que ejerza la facultad de registro con particular trascendencia, ya que se ocupa de hacerlo en relación con las leyes fundamentales y con los asuntos de la familia real.

El registro, por tanto, empezó siendo una simple costumbre, con trascendencia en el marco de la conservación y la publicidad de las normas. Sin embargo, esta costumbre derivó muy pronto, incluso a invitación del monarca, hacia el reconocimiento a los tribunales de la facultad de dirigir observaciones al Rey con ocasión de la recepción de normas que habían sido enviadas para su registro. El estímulo real se produjo porque desde el siglo xv era manifiesta la preocupación de la monarquía por los excesos que podían cometerse en el otorgamiento de privilegios y la necesidad consiguiente de corregir, en lo posible, decisiones arbitrarias o que pudieran perjudicar a los mismos intereses de la Corona. Por eso, empezó a invitarse, primero al *Chancellor*, y después a los tribunales, a que rechazaran las cartas reales juzgadas no razonables o contrarias a los intereses del Estado o del propio Rey. Una vez advertido, el Rey examinaba la cuestión, constatando si su confianza había sido sorprendida o burlada y, en fin, decidía definitivamente.

Este tipo de observaciones, inicialmente de carácter estrictamente técnico, tomaron el nombre de *remontrances* o *representations*. Al principio esta prerrogativa de *remontrer* al Rey se aplicaba solo a las cartas otorgadas en relación con peticiones de particulares. Pero la distinción entre resoluciones adoptadas a petición de particulares y las cartas otorgadas por iniciativa del Rey, se fue difuminando de modo que los tribunales empezaron a formular *remontrances* sobre toda clase de decisiones. Luego terminará desarrollándose como una costumbre y, poco a poco, los tribunales quedarán investidos de un control de la legalidad de las normas tanto en lo que respecta a la forma como en el fondo. El objetivo de este control no será solamente salvaguardar los intereses del Rey, sino también evitar contradicciones entre normas o conflictos entre leyes y costumbres.

El procedimiento que se seguía para el registro era el mismo para toda clase de disposiciones. Los diferentes consejeros del tribunal hacían un examen de su texto, para deducir los errores, las anomalías y los abusos del Derecho. Después de hacerlo, oía en audiencia a las gentes del Rey para sentar su opinión final. Si había conformidad, según ha descrito el procedimiento Ph. SUEUR, el texto era inscrito

314.

El reconocimiento a los tribunales de la facultad de formular observaciones, con ocasión del registro.

315.

Las remonstrances como forma de control de la legalidad.

inmediatamente por el *greffier* con la fórmula «leído y publicado, a requerimiento del procurador del Rey y con su consentimiento...». Y si no consideraba pertinente el registro, se dirigía al Rey, «con muy humildes y muy respetuosas *remontrances*». Si, en este caso de rechazo, se trataba de una ordenanza de gran importancia, el presidente del Parlamento exponía en persona al canciller o al consejero concernido las razones del rechazo.

Una vez recibidas las observaciones, el Rey podía o no aceptarlas. En caso de aceptación, el texto era corregido y se devolvía de nuevo para registro. Esta era una solución sorprendentemente habitual, según SUEUR, porque la monarquía la empleó con frecuencia para evitar conflictos. Si, por el contrario, el monarca estimaba que las *remontrances* no estaban justificadas, no las atendía y ordenaba el registro *d'autorité*. Devolvía el texto sin corrección y dirigía al tribunal una resolución llamada de *jussion*. En ella expresaba el Rey la opinión contraria a los requerimientos que había recibido. Tal mandato nuevo era suficiente para que el tribunal registrara la norma, lo que podía hacer «por la expresa condena del Rey», fórmula que era una especie de salvaguarda de su propia opinión. También sin esta orden ejecutiva, el tribunal podía plegarse a un registro no forzado.

Si el conflicto se hacía resistente, existía un procedimiento denominado de *lit de justice*, que se empleó a veces en relación con los parlamentos más turbulentos, o también más prestigiosos, como el de París. El procedimiento se inspiraba en las sesiones reales en las que el Rey se sentaba con su corte sobre su *lit de justice* en las ceremonias más solemnes, acompañado de los pares de Francia y de los consejeros de Estado. Lo sustancial de esta fórmula era que se suspendían las facultades que correspondían a los tribunales, reasumiendo el Rey la función judicial, delegada ordinariamente en aquellos, pero que correspondía a este por entero. Se trataba, por tanto, de una devolución al Rey de sus atribuciones.

Producida esta avocación, se leían las *lettres* enviadas para registro, el *Chancellor* recogía los informes de los consejeros, el *greffier* transcribía y el Rey adoptaba en última instancia la decisión de registro.

Esta práctica del Antiguo Régimen terminó por suponer una seria interferencia de los parlamentos en el ejercicio de la función legislativa del monarca. En el inicio de la costumbre, que arranca del siglo XIV, y en sus primeros desarrollos hasta el siglo XVI, el mecanismo del registro y las *remontrances* eran de interés del Rey, porque encontró entonces en los parlamentos un auxilio constante para inclinar a su favor la reso-

316.

Procedimiento de las remonstrances.

317.

La inscripción en caso de disconformidad del rey con las observaciones del tribunal.

318.

La avocación de la decisión por el Rey como forma de resolver el conflicto.

319.

La evolución de la mecánica del registro y su utilización política por los parlamentos.

lución de los conflictos con las instituciones feudales, especialmente los nobles y el poder eclesiástico. Pero ulteriormente, ya en el siglo XVII y sobre todo en el XVIII, los parlamentos, que habían luchado con el Rey contra el feudalismo, cayeron en la cuenta de que no habían obtenido muchos beneficios, y comenzaron a incrementar su poder a costa del monarca absoluto.

En el desarrollo de este último período, los parlamentos, y especialmente el de París, acabaron convirtiéndose en órganos de resistencia de la política real. La falta de separación de poderes permitía a los parlamentos intervenir tanto en el ámbito de la función judicial como en la ejecutiva o en la legislativa. Y además, se las arreglaron para justificar sus potestades en antecedentes históricos prestigiosos. Apelaron a la tesis de la antigua libertad de los francos, de los que derivarían los parlamentos sus derechos de *enregistrement* y de *remontrances*, que explicaban, con fundamento en aquellas costumbres antiguas, en la imposibilidad de que el Rey adoptara ninguna decisión sin el consentimiento de su tribunal, la *curia regis*. Aun en el siglo XVIII defendían los parlamentos esta teoría, instituyéndose en herederos de una tradición y sucesores de la antigua *curia regis*.

La conclusión era que el derecho de los magistrados era tan anti-guo como la monarquía y que la práctica de la *lit de justice* resultaba contraria a las leyes fundamentales.

Con ocasión de algunas ordenanzas importantes como las de Rousellon de 1563 y las de Moulins de 1566, Michelle DE L'HOSPITAL reconocía a los magistrados el derecho de «modificación, restricción y cambio» en relación con los edictos del Rey, comprendido el derecho de registro y de *remontrance*. En 1629 el *Code Michau* reproducía los principios de 1566. Incluso para las ordenanzas anteriores no registradas, se abría un derecho de *remontrances* durante los seis meses que seguían a la publicación de dicho *Code*; y en cuanto a las promulgadas a partir de 1629, se establecía un período de dos meses para formular las *remontrances*.

A partir de los reinados de Luis XIII y Luis XIV los conflictos entre el Monarca absoluto y los parlamentos, especialmente el de París, empiezan a proliferar mucho más, habida cuenta que las resistencias de estos trataban de ser vencidas con decisiones imperativas de los monarcas: Luis XIII, a iniciativa de RICHELIEU, expidió una ordenanza que obligaba a registrar directamente, sin deliberación previa, restricción que fue levantada en 1643. Durante el reinado de Luis XIV, una Declaración de 24 de febrero de 1673 introdujo muchas restricciones en el poder

321.

Medidas contra los parlamentos de Luis XIII y Luis XIV.

de registro, que no podría ser en lo sucesivo sino simple e inmediato, aunque se preservara la facultad de presentar *remontrances*, su ejercicio siempre debería ser *a posteriori* del registro. La facultad de *remontrer* previamente al registro, la recuperaron los parlamentos en 1715 (normalmente estas recuperaciones se producen para conseguir aplicaciones políticamente adecuadas de los testamentos de los reyes). Los conflictos en el siglo XVIII se plantean con ocasión de problemas religiosos (la cuestión hansenista; la expulsión de los jesuitas) y financieros (debidos a la Guerra de los siete años 1756-1763; la financiación desorbitada de la Guerra de América).

La resistencia de los parlamentos a las normas que no querían registrar si no se producía su modificación previa, encontró incluso argumentos para oponerse a la ejecución de las resoluciones adoptadas en *lit de justice*. Se limitaban, en tal caso, a suspender el servicio y enviar en bloque la dimisión de sus miembros, situación ante la que el Rey tenía que ceder.

A partir de 1770 se intenta una reforma terminante de los parlamentos. El *Chancellor* MAUPEAU, usando además un lenguaje enérgico, aceptó la dimisión del Parlamento de París, instituyendo en su lugar seis *Conseils Supérieurs*, que carecían del poder de registro. Pero estas reformas y otras de la justicia que intentó MAUPEAU no consiguieron triunfar definitivamente, entre otras cosas porque a la muerte de Luis XV, Luis XVI exilió a MAUPEAU, derogó la reforma y poco después, bajo la influencia de MAUREPAS, devolvió a los parlamentos las facultades de *enregistrement* y de *remontrance*.

La facultad de registro fue, sin duda, una práctica extendida en toda Europa. En los tribunales se leían, transcribían y registraban los actos del Rey, entre otras cosas porque esta era la fórmula principal de publicidad de las normas. En España, donde esta práctica no ha sido apenas estudiada, J. RODRÍGUEZ ZAPATA ha citado un texto de Alonso DE VILLADIEGO de 1788, donde se indica cómo los corregidores tienen que guardar bajo arca de tres llaves los privilegios y las escrituras del concejo; el escribano del concejo debía llevar un libro que se custodiaba en dicha arca en el que debía dejarse constancia de los privilegios y sentencias y también, según dice el citado VILLADIEGO, «otro libro en que se trasladen todas las Provisiones y Cédulas que nos mandaremos dar que fueren presentadas en cabildo. Así las que son dadas hasta aquí como las que se harán de aquí en adelante, para que de todo se dé cuenta y razón, cuando fuere menester: y asimismo se faga que en la dicha arca estén las siete partidas y las Leyes del Fuero, y de los

322.

Las reformas de Maupeau.

323.

El registro como instrumento básico de la publicidad de las normas. El caso español.

Ordenamientos y Pragmáticas, porque teniéndolas, mejor se puede guardar lo contenido en ellas».

La Ley IV, del Título XI, de la Novísima Recopilación recogió la obligación contenida en la Instrucción de Corregidores de los Reyes Católicos de que leyeran en concejo, en el momento de su toma de posesión, las leyes y pragmáticas por las que deberían regir y gobernar.

B) **Tipología, características y procedimiento de elaboración de la legislación española en el Antiguo Régimen**

Los tipos de normas durante el Antiguo Régimen y el procedimiento para su elaboración no han sido estudiados entre nosotros con el detenimiento que en Francia, pero el trabajo de M. I. CABRERA, sobre las normas y el procedimiento legislativo en el siglo XVIII, es una guía suficiente para conocer el estado de la cuestión en los albores del constitucionalismo en España.

El procedimiento legislativo se iniciaba en esta época a partir de propuestas de ley que elaboraban los Secretarios de Estado y del Despacho, aunque también los particulares podían iniciar el procedimiento legislativo mediante peticiones formuladas al Consejo. Solían estas ser de carácter muy específico, aunque a veces también se referían a cuestiones generales. Para que estas peticiones de particulares pudieran dar lugar a la iniciación del procedimiento legislativo era necesario que el Consejo las tomara en consideración elevándolas al Rey con una demanda de «consulta». La consulta es lo que realmente puede considerarse un proyecto de ley elaborado por el Consejo. Puede elaborarse a partir de la petición de los particulares, aceptada por el Rey, o de una Orden real. Esta, a su vez, iba a veces acompañada de una concreción de las cuestiones a que debería referirse la consulta, en cuyo caso el Consejo se limitaba a revisar el texto y a hacer las observaciones que consideraba oportunas, preparando la minuta que elevaría con la consulta al Rey para su sanción.

Las propuestas de leyes que partían de las Secretarías de Estado y del Despacho llegaban al Consejo acompañadas de un Decreto, que contenía un estudio sobre la materia a la que se refería la norma. De esta manera se concretaba su objeto y los aspectos fundamentales de la regulación. Podía ocurrir también que la Real Orden por la que se remitía el proyecto al Consejo no fuera acompañada de un Decreto del tipo del referido, sino que lo que se solicitara de aquel es que expi-

324.
*Propuestas y
consultas.*

325.
*Tramitación de las
propuestas de
leyes.*

diera su parecer preparando una consulta en la que se regulasen los diversos aspectos de la materia interesada.

Iniciado el procedimiento de la manera indicada, se sometía el proyecto a la consideración de los fiscales del Consejo. En ocasiones, el dictamen de los fiscales se limitaba a hacer observaciones y precisiones a un texto que ya había sido fijado básicamente por un Real Decreto. Otras veces, cuando no ocurría lo anterior, el dictamen fiscal no se limitaba a hacer observaciones a un texto previo sino que se solía presentar de forma articulada, como un proyecto de ley donde se regulaban los aspectos relativos a la materia a la que la norma se iba a referir. El dictamen fiscal sería luego debatido por el Consejo, bien en sala de gobierno o bien en pleno, sometiéndolo después a votación y a acuerdo.

Se conoce muy poco acerca de cómo se desarrollaba el debate, ya que no se conservan actas de las opiniones de los ministros. Pero, salvo raras excepciones, se solía aceptar el dictamen fiscal.

Una vez acordado el dictamen se preparaba la minuta de la disposición legal que, revisada y corregida por los fiscales del Consejo, se elevaba al Rey para su sanción. Si la consulta elevada no era «del parecer de S. M.» se devolvía al Consejo por vía reservada con la resolución que el Rey hubiera tomado sobre la minuta que se le había presentado. Y el Consejo, seguidamente, modificaba la minuta, conforme a lo dispuesto por el Rey, y ordenaba luego su impresión.

La promulgación de todas las normas legales le correspondía al Consejo de Castilla, cualquiera que fuera la forma en que se hubiera iniciado su tramitación. Antes de la promulgación, un número de ministros del Consejo que oscilaba entre cuatro o cinco, refrendaba la norma legal.

La publicación se hacía de forma escrita u oralmente. Solo la pragmática solía recoger expresamente la forma en que había de publicarse: «Se pregonará por voz de pregonero mayor», y en Madrid se concretaba que el pregón se haría «frente a la Puerta de Guadalajara». Al pregón asistía el ministro más moderno del Consejo, acompañado de diversas personalidades y de un escribano que daba fe del acto. Tanto las pragmáticas como las demás disposiciones se publicaban también mediante cartas que el Consejo remitía a las «Justicias del Reino». Y el Consejo de Castilla comunicaba también por circulares las disposiciones legales que se dirigían a los regentes de las Chancillerías y Audiencias, corregidores y otras justicias. Cuando las recibían las Chancillerías y Audiencias debían mandarlas publicar en una sesión

326.
Promulgación.

327.
*Publicaciones
escritas y orales.*

plenaria a la que asistirían Ministros de dichas instituciones, a los efectos de «su debido cumplimiento». Parece que a cada una de estas instituciones se mandaban entre doce y dieciocho ejemplares. Los corregidores, por su parte, procedían a la publicación de la ley por edictos en la capital, y en sitios públicos acostumbrados «para que llegue la noticia a todos y ninguno pueda alegar ignorancia». En la Corona de Aragón variaba parcialmente el procedimiento seguido para la primera publicación, que se producía también en una sesión plenaria del órgano que recibía la norma, sesión llamada, como en Castilla, «Real Acuerdo», y se añadían luego por los destinatarios finales los «acuses de recibo», que tenían gran importancia a los efectos de publicidad.

En cuanto a las clases de normas, CABRERA BOSCH advierte de las transformaciones tan radicales que se producen a lo largo del Antiguo Régimen. Algunas resoluciones que se consideraban normas generales en los siglos XVI y XVII, llegaron al siglo XVIII convertidas en simples instrumentos para la publicación de la ley, como ocurre con la cédula o con la provisión. También la frecuencia de unos u otros tipos de normas cambia de un modo destacado. En todo el Antiguo Régimen las cédulas son las normas más importantes y va en aumento la utilización de la pragmática en los siglos finales de este período histórico. En el siglo XIX la cédula sigue existiendo y la pragmática desaparece prácticamente porque solo se usa una vez en 1832, justamente para la derogación de la Ley Sállica: es la conocida como Pragmática Sanción.

Las resoluciones con carácter normativo se publicaban como pragmáticas o decretos si eran sancionados por el Rey y como autos acordados si eran acuerdos del Consejo. Cuando eran de naturaleza orgánica tenían la forma de ordenanza e instrucción. Y, en fin, las cédulas o provisiones, eran simplemente la forma que revestían algunas disposiciones sustantivas, como podían ser las pragmáticas o decretos.

En la estructura de las normas se puede distinguir entre el protocolo, que relaciona los títulos y estados sobre los que el Rey ejerce su soberanía, o la ejerció en otro tiempo, o reclama. Relación que podía sustituirse por un imperativo «Yo el Rey». La «dirección» es la relación de destinatarios de la norma. La parte dispositiva que se divide en preámbulo y en la resolución o disposición propiamente dicha. La sanción, que es la firma del Rey, solo la llevan los textos promulgados (en los manuscritos aparece la estampilla del Rey y en los impresos la fórmula YO EL REY). El refrendo es, como la sanción, un elemento esencial para distinguir los diversos tipos de normas; lo prestan los miembros de las instituciones que participan en el proceso legislativo. El registro

328.

*Clases de normas:
cambios de
contenido y
frecuencia de uso.*

329.

*Pragmáticas,
decretos, autos
acordados,
ordenanzas,
instrucciones y
cédulas.*

330.

*Estructura de las
normas: protocolo,
destinatarios,
contenido
expositivo, sanción,
refrendo y registro.*

es la firma del canciller o teniente de canciller. Y la certificación la otorga un escribano de la cámara de gobierno del Consejo o un secretario de la Cámara de Castilla.

La norma más completa al final del Antiguo Régimen es la pragmática. En ella aparecen todas las partes y distinciones que acaban de describirse. Su parte dispositiva termina con una orden de cumplimiento, en la que se reclama que «se observe y guarde como ley y Pragmática Sanción hecha y promulgada en Cortes». *Es el único tipo de norma en la que se utiliza el concepto de ley y también la referencia a que haya sido hecha y promulgada en Cortes. Sin embargo la referencia a la ley no parece que se hiciera con carácter formal, sino como equivalente al de norma. Igualmente la referencia a las Cortes no indicaba que hubiera un procedimiento legislativo con participación de esta institución. La expresión ley en el sentido indicado se usa también en la Nueva y en la Novísima Recopilación, para referirse a las divisiones de las normas, a su estructura interna, más que a la forma general de la disposición. En Navarra también se observa la misma equiparación entre los conceptos de norma y ley.*

331.
*La pragmática
como modelo.*

La cédula también es un tipo de disposición con una estructura muy similar a la de la pragmática. En la parte sustantiva contienen un decreto o una orden. Están firmadas por el Rey y registradas y selladas por el canciller o teniente de canciller mayor. Junto a este tipo de cédula, más formal, existe otro con un protocolo mucho más corto y sin dirección ni refrendo.

332.
Cédula.

Las provisiones tenían un protocolo más breve que el de las cédulas y las pragmáticas, y también aparecen más resumidos todos los demás contenidos básicos de las normas generales.

333.
Provisiones.

Los decretos y las órdenes suelen integrarse en provisiones o cédulas y constituyen la parte sustantiva de las mismas. Tienen normalmente un destinatario, que suele ser el Gobernador del Consejo de Castilla, que los recibe a través de los Secretarios de Estado y del Despacho. Ordinariamente no van firmadas por el Rey.

334.
Decretos y órdenes.

Los autos acordados, son normas emanadas del Consejo, que carecen de muchos de los elementos generales de las normas, cuyo patrón ya se ha descrito. No tenían protocolo y su parte dispositiva suele ser de contenido procedimental y administrativo. La sancionaba y firmaba el gobernador del Consejo y los ministros del Consejo pleno o los de sus salas.

335.
Autos acordados.

336.
Instrucciones y
ordenanzas.

Las instrucciones y ordenanzas carecían de la mayor parte de los elementos característicos de las normas. Rara vez eran firmadas por el Rey. Normalmente eran partes de una cédula o una provisión que le sirven como instrumento para su publicación.

La pragmática por tanto era la más solemne de todas las resoluciones, a la que se reservan las regulaciones más importantes, y la que tiene mayor jerarquía entre todas las disposiciones del período final del Antiguo Régimen.

C) El interés por las normas claras y técnicamente bien hechas: la nomofilia en el Nuevo Régimen

337.
El origen en el
pensamiento
ilustrado.

La pasión por las leyes se desarrolla extraordinariamente en el siglo de las luces. Fue una época de efervescencia legislativa en toda Europa. Las ideas ilustradas de los monarcas se expresan en buenas leyes que, además, tenían que estar construidas técnicamente de modo que se superasen las desviaciones y vicios que eran comunes en las prácticas legislativas que acaban de describirse. Esta pasión se recrudece y multiplica cuando las instituciones del Antiguo Régimen caen, con la Revolución, y surge con toda su potencia el culto a la ley.

La Declaración de Derechos de 1789 sitúa a la ley en el centro del ordenamiento jurídico, como ya hemos visto, pero la proclamación de la ley soberana no es, en sí misma, la conquista abstracta de los revolucionarios, sino que conlleva una multitud de efectos que tienden a renovar radicalmente las prácticas que se habían generalizado durante el siglo XVIII.

338.
Leyes fáciles; la
certeza del
Derecho.

Entre otros requerimientos inmediatos, que luego veremos, se imponen los revolucionarios la obligación de aprobar leyes que sean simples y claras, superándose de esta manera la grave crisis de certeza del Derecho a que habían conducido las políticas legislativas del Antiguo Régimen. No basta con que exista una ley, porque leyes también había en el régimen que se acababa de liquidar. Las leyes nuevas tienen que caracterizarse por su fácil comprensión, por estar técnicamente bien hechas.

La preocupación por la perfección técnica de la ley, tiene algún antecedente en la obra de MURATORI *Dei defetti de la giurisprudenza*, que se edita en 1742. Expresa la inseguridad que pesa sobre los aplicadores por los defectos de toda clase de la legislación. No pocos de ellos son debidos a la atormentada redacción y a la falta de sistema de las normas. Y otros se deben a la convivencia de múltiples interpreta-

ciones establecidas por instancias judiciales cuyas doctrinas no son unificadas por una instancia judicial superior. Esta situación determina una radical inseguridad. Tendrá que combatirse sustituyendo la multiplicidad de normas por una ley única; monopolizando también el legislador la función de dictar leyes; aprobándose leyes generales y uniformes, etc. Pero, también, esforzándose en producir leyes técnicamente más exactas y mejor hechas.

MONTESQUIEU había avanzado en el Libro XXIX de *El Espíritu de las Leyes* («*De la manière de composer les lois*») un puñado de recomendaciones acerca de cómo debían redactarse las leyes. Según él, el estilo debe ser conciso, simple. Es esencial que las palabras susciten a los hombres las mismas ideas. Se deben evitar las expresiones vagas así como el lenguaje metafórico o figurado. Se deben evitar las cláusulas abiertas. Las leyes no deben ser sutiles. No deben emplear más palabras que las estrictamente necesarias. Las leyes deben ser estables. No se deben cambiar si no existe una razón suficiente. Cuando se explican las razones por las que se aprueba una ley, tales razones deben ser dignas de la misma. Las leyes inútiles debilitan a las leyes necesarias. Las leyes deben ser ejecutables francamente porque las leyes eludibles debilitan la legislación entera.

Las ideas que sobre la técnica de legislar expresa MONTESQUIEU en *El Espíritu de las Leyes* se convertirá, como bien ha observado V. ZAPATERO, en el *canon del arte de la legislación de la Ilustración*, una especie de manual de instrucciones dirigida a los legisladores. De estas ideas mismas comulga la *Dissertations sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* leída en 1750 por Federico II de Prusia en la Academia de Ciencias de Berlín, también el libro de BECCARIA, o las voces «Legislador», «Juez» y «Ley» de la Enciclopedia.

Y ello pese a los críticos que, como CONDORCET, creyeron que el Libro XXIX de *El Espíritu de las Leyes* era un ejemplo de todo lo trivial. «Aquí se ve —decía— que MONTESQUIEU había juntado un montón de apuntes y notas sobre las leyes de todos los pueblos, y que para componer su obra ha repartido esas notas y apuntes en los diferentes capítulos. A esto se reduce el método que tanto alaba y que solamente existe en la cabeza de los que componen un libro seguros de sus propias ideas».

La parte más justa de la crítica de CONDORCET a MONTESQUIEU es la que se refiere a las quebras de la seguridad y la igualdad a que podía conducir la aplicación de la definición de ley que maneja el barón de Brède. Como para él las normas están relacionadas con la naturaleza,

339.

Las críticas acumuladas a los defectos técnicos de las leyes.

340.

Las recomendaciones de MONTESQUIEU sobre la redacción de las leyes.

341.

El canon del arte de legislar.

con las condiciones físicas del país, su clima, suelo, tamaño, tipos de vida, sistemas de producción, religión, grado de libertad, etc., reclama una adaptación de las leyes a las condiciones de los países que podría haber frustrado, de haberse seguido, los ideales revolucionarios de igualdad y seguridad, que solo son posibles en un universo jurídico dominado por leyes generales.

En esta idea de la ley general, que es la que toman los revolucionarios del pensamiento de ROUSSEAU, radica la mejor virtud de las leyes nuevas según CONDORCET. ROUSSEAU en una frase muy repetida, había proclamado que «toda función que se refiera a un objeto individual no corresponde al poder legislativo». La ley tiene que ser general tanto por sus destinatarios como por su objeto. Tomando cuenta de estas ideas, CONDORCET dice que «como la verdad, la razón y la justicia, los derechos de los hombres, el interés de la propiedad de la libertad y de la seguridad son los mismos en todas partes, no se descubre la razón para que todas las provincias de un Estado y aun todos los Estados no tengan las mismas leyes criminales, las mismas leyes civiles, las mismas leyes de comercio, etc. Una buena ley tiene que ser para todos los hombres, como una proposición verdadera lo es igualmente para todos».

La pasión por la buena legislación tiene una expresión más que significativa en el famoso Club de los Nomófilos, que constituyeron algunos revolucionarios en la antigua capilla de Santa María del barrio de Saint Antoine y que debía animar la famosa Theroigne de Mérencourt. Aman las leyes y el parlamento y pretenden utilizarlas sobre todo para mostrar a la nación un orden de valores nuevos que sustituya a las instituciones y prácticas que acaban de decaer. J. CARBONIÈRE, ha señalado acertadamente que la pasión por las leyes no se puede explicar si paralelamente no hubiera reinado una pasión, un furor, por la pedagogía. FENELON es un preceptor, un educador. MABLY es el hermano de CONDILLAC, familia de preceptores. ROUSSEAU ejerce la pedagogía sin descanso en la educación de su *Emilio*, etc.

La influyente filosofía de J. BENTHAM dedicará muchas páginas a demostrar, coetáneamente con la Revolución y en los años inmediatamente sucesivos, la importancia de garantizar la publicidad y la simplicidad del Derecho, traducido en leyes que deben primar sobre cualquier otra fuente (la costumbre no solo es que se rechace, sino que se desprecia porque, dice BENTHAM, sacrifica «*the real interest of the living people to the imaginary interest of the dead*»).

342.

La ley tiene que ser siempre general: la aportación de ROUSSEAU.

343.

El Club de los Nomófilos.

344.

Leyes bien hechas y pasión por la pedagogía.

345.

BENTHAM: la primacía de la ley sobre cualquier otra fuente.

Las aspiraciones de racionalización del caos jurídico de BENTHAM se concentran en sus propuestas de codificación que anima a lo largo de toda su vida, a partir sobre todo de su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de 1789. BENTHAM atribuirá al código tres virtudes esenciales: la sistematización, la publicidad y la técnica legislativa correcta.

En cuanto a esto último que ahora nos interesa, el estilo de las leyes, es analizado por BENTHAM en el último capítulo de su *Idea General de un Cuerpo Completo de Legislación*. La perfección del estilo exige claridad, que debe lograrse excluyendo proposiciones ininteligibles, equívocas, difusas, demasiado concisas. Exige también brevedad, contra la que trabajan la repetición de palabras en lugar de utilizar conceptos genéricos, la carencia de definiciones, la mención de particularidades inútiles. No deben usarse más que los términos jurídicos que sean familiares al pueblo. Si se usan términos técnicos deben ser definidos en el mismo texto legal. Para las definiciones deben emplearse palabras conocidas. Para expresar las mismas ideas hay que utilizar las mismas palabras. Persigue el objetivo de que no tengan que interponerse entre la norma y su destinatario intermediarios que aclaren su significación.

D) Ley, Código, Derecho

Todas las tendencias legislativas renovadoras que acaban de resumirse confluyen, casi necesariamente, en la idea de código. Un código de leyes simples, claras, precisas, tiene que ser la perfecta adecuación del Derecho a las exigencias de la naturaleza. Si científicos Como KEPLER, NEWTON o DESCARTES habían descubierto leyes naturales que regían el comportamiento de los cuerpos físicos, y habían expresado dichas leyes con un lenguaje exacto y matemático, también era pensable, de la mano de los filósofos del iusnaturalismo racionalista, que pudiese contenerse en normas positivas el Derecho natural, universal e inmutable, trabado en una serie de proposiciones normativas lógicas y racionalmente expresadas.

El código recoge, en primer lugar, la voluntad revolucionaria de que el Parlamento monopolice la función legislativa. Pero también la convicción de que la ley ha de ser general y uniforme. La generalidad de la ley es una exigencia superadora no solo de la pluralidad normativa y de los particularismos y prerrogativas del Antiguo Régimen, sino una imposición del principio de igualdad, que se proclama en la *Déclaration des Droits* al mismo tiempo y con idéntico énfasis. ROUSSEAU había

346.
Las virtudes del
Código.

347.
La conexión de la
idea de código con
las concepciones
revolucionarias
sobre la ley.

advertido que las leyes diferentes solo engendran desorden y confusión entre los pueblos, y es esa idea y no la de MONTESQUIEU de adaptación de las leyes a las características físicas de los pueblos, la que triunfa rotundamente.

El código claro, que usa las palabras estrictas, que sistematiza los mandatos de un modo asequible para el pueblo, es también la realización del ideal de certeza del Derecho, que se había perdido en el bosque legislativo del siglo XVIII.

Frente al régimen establecido en la Constitución norteamericana, rígida y protegida por el control de constitucionalidad, a los efectos de garantizar los derechos, en Francia, y por su ejemplo en toda Europa, es la ley la que custodia los derechos. Mientras en los Estados Unidos los derechos están en la Constitución, en la Europa continental los derechos están en el Estado. Y este protagonismo del Estado, como ha señalado FIORAVANTI, se expresa, muy fundamentalmente, también en la idea de código. Gracias al código se puede establecer un Derecho del Estado cierto y estable que apliquen los jueces de modo seguro. Se consagra con él el valor de la certeza del Derecho. De este modo son los poderes públicos los que defienden a través del código los derechos que corresponden a los ciudadanos. Al ser el código una norma general de aplicación universal, supone también la consagración del principio de igualdad, que obtiene en el código su garantía y no en las Constituciones y Declaraciones de derechos que carecen de eficacia directa.

Las primeras codificaciones europeas se hacen en el reinado de Federico II de Prusia (1740-1786). Alentó un proyecto de codificación que encargó a Samuel COCCEIUS, que había de construir un Derecho Privado alemán que repudiara el Derecho Romano y se asentara «directamente sobre la razón natural» y las costumbres prusianas. COCCEIUS no terminó el trabajo que continuó a partir de 1780 Carlos Teófilo SUÁREZ, discípulo de WOLF. Llegó a publicar en el año siguiente el Código Procesal Civil prusiano. En 1794, ya muerto Federico II, se publicaría el *Allgemeines Landrecht*, que estuvo vigente hasta la publicación del Código Civil alemán en 1900.

También en Austria se inicia la codificación bajo el reinado de María Teresa, y llega a terminarse un primer *Codex Theresianus* y una *Constitutio Theresiana Criminalis*, en el último período del siglo XVIII.

Pero el canon de la codificación, del que tomarán ejemplo los legisladores del siglo XIX, será el Código Civil francés de 1804, del que fueron redactores materiales CAMBACERES, BIGOT-PRÉAMENEU y PORTALIS (este

348.

Por un Derecho del Estado cierto y fiable, aplicable con seguridad.

349.

La codificación prusiana.

350.

Codificación austriaca.

351.

El modelo del Código Civil francés.

último, con mucho, el más famoso de los tres por atribuírsele el *Discurso Preliminar*).

La influencia de este texto fue tal que estuvo directamente vigente en Alemania durante años. Como ha resaltado H. HATTENHAUER, el Código francés entró en vigor en 1807 en el Reino de Westfalia y en el de Danzing; en 1808 en el Ducado de Aremberg; en 1809 en Franckfort del Meno; en 1812 en las tres ciudades hanseáticas y en Lippe, etc.

Esta circunstancia influyó especialmente en la polémica acerca de si, tras la caída de Napoleón, debía hacerse un Código General de los Estados alemanes. El primero en salir a la palestra había sido REHBERG con un pequeño libro sobre el Código de Napoleón y su introducción en Alemania, que sostenía la tesis de que era envilecedor para Alemania la renuncia a sus propias leyes y costumbres y la aplicación de un texto legal extranjero. Pero la polémica alcanzó un altísimo nivel de erudición cuando se centró en las posiciones de Anton Friedrich Justus THIBAUT (1772-1840), Catedrático de Heidelberg y Friedrich Carl VON SAVIGNY (1779-1861) Catedrático de Berlín.

THIBAUT había publicado un ensayo «Sobre la necesidad general de un derecho civil para Alemania». Defendía la conveniencia de hacer en Alemania algo semejante a lo que habían hecho los franceses con su *Code* o los austriacos con el Código de 1811. Pero inspirado en los principios del Derecho alemán y que tuviera carácter general para toda Alemania, superador, por tanto, del localismo y del particularismo anteriores. *Proponía un «Código sabio, profundamente delicado, sencillo y minucioso» que barrera el desorden y la desigualdad ante la ley y en la aplicación de las leyes entonces dominantes.* Siempre inspirado, no obstante, en lo que él denomina la santidad tradicional.

En defensa, justamente, de esta santidad tradicional se pronuncia inmediatamente SAVIGNY en su famoso escrito *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, que se publica en Heidelberg en 1814. El elemento popular es el origen del Derecho de una nación. El Derecho procede del espíritu popular que se manifiesta en la lengua, la religión, las creencias y las tradiciones de todo tipo, y en las costumbres jurídicas, que a partir de estas experiencias y convicciones comunes se forman en cada pueblo. Convierte SAVIGNY, con su tesis, el Derecho de cada pueblo en un elemento esencial de su idiosincrasia, lo cual serviría para apoyar ulteriormente movimientos nacionalistas, de diferente signo, incluidas las actitudes románticas, nostálgicas y reaccionarias.

352.

La polémica sobre la conveniencia de la codificación en Alemania.

353.

THIBAUT.

354.

SAVIGNY y la falta de vocación por la codificación.

SAVIGNY defendió, en definitiva, que Alemania no estaba preparada para producir un Código propio y, desde luego, le parecía menos que pertinente la importación de los Códigos francés, austriaco y prusiano a cuya crítica dedica buena parte de su libro. Alemania, según él, no tiene vocación para elaborar y entender un Código.

Aunque SAVIGNY dedicó gran parte de su atención a la explicación del derecho medieval y a la reelaboración de la tradición jurídica romana, sobresalió en su sistematización del Derecho Privado romano con arreglo a esquemas formales y lógicos. A partir de él gana la máxima altura un tipo de dogmática jurídica abstracta, cultivada por los pandectistas, construida con gran rigor formal a partir de conceptos del Derecho Romano Privado. PUCHTA y WINDSCHEID construían la doctrina de la jurisprudencia de los conceptos como uno de los desarrollos más elevados y duraderos de aquella forma de entender la dogmática del Derecho.

La codificación en España responde exactamente al mismo tipo de intereses y necesidades que se han explicado con respecto de Francia. La necesidad de arreglar el estado de la legislación, igualmente caótica que en el país vecino, se pone de manifiesto en las respuestas a la «Consulta al país» que formula la Junta General. En dicha Consulta figuraba la cuestión relativa a «los medios de mejorar la legislación» y las respuestas eran bastante coincidentes en apuntar hacia la necesidad de un código. Aunque algunos, como el Obispo de Orihuela, creían que España tenía leyes «muy justas, arregladas y santas», es más común la convicción de que se necesita un cuerpo jurídico al que ya se propone llamar «Constitución, Código o Instituciones de España e Indias». El Ayuntamiento de Yecla proponía, como otros establecimientos, la creación primero de una constitución política, después un código criminal y luego un código civil. Pero las respuestas más comunes de los ayuntamientos son las que apelan a la necesidad de leyes «breves, claras e inteligibles para todos». Este sentimiento es el mismo de los diputados (ESPIGA y GADEA, ARGÜELLES) y también de los mejores especialistas en Derecho Público del momento (DOU Y BASSOLS).

En la Constitución se inscribió el importante artículo 258 donde se establecía que «el código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». La opinión general de los diputados es coincidente sobre la necesidad de formar cuerpos jurídicos claros e innovadores que concentren todas las regulaciones dispersas en las materias indicadas. La única objeción que se opone a esta tarea de uniformización, es el respeto a las peculiaridades

355.
Codificación en España.

356.
Peticiones en la «consulta al país».

357.
Previsiones constitucionales de 1812.

358.
La unificación del Derecho por la codificación.

des regionales, a lo que sirve la frase final del artículo que se ha transcrito. Los mismos códigos regirán para toda la monarquía. Un Estado y un código, que, como ya hemos visto, concentra todos los ideales que el liberalismo revolucionario había puesto en la ley, al proclamarla como norma soberana. La ley es el código, y el código representa lo esencial del Derecho del Estado.

El trabajo de codificación se inició enseguida, y se encargó de ello no solo a algunos diputados, sino también a otras personas técnicamente relevantes. Más tarde, durante el Trienio Liberal, las comisiones se constituyeron solo por diputados. Pero, entre los vaivenes del absolutismo y el constitucionalismo, España no consiguió aprobar su primer Código hasta 1822. Sería el penal. El civil y el código procesal solo alcanzarían el nivel de proyecto durante el Trienio Liberal. Pero se consiguió aprobar el Código de Comercio en 1829 en plena etapa absolutista.

Las fases siguientes del proceso de codificación español ya se producen bien avanzado el siglo XIX. Un Decreto de 19 de agosto de 1843 creó la Comisión General de Codificación, que debería abordar la redacción del Código Civil, el Penal, la Ley de Ordenación Judicial y los Códigos Procesales. Su trabajo se notó pronto porque surgió de ella el que sería Código Penal de 1848, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y el importante proyecto de Código Civil de 1851, aunque, en este último caso, las dificultades planteadas por la cuestión civil foral fueron paralizantes.

En el sexenio revolucionario (que va de 1868 a 1874) se producen muchas innovaciones jurídicas que influyen directamente en el Código Penal, en el Código de Comercio, y en la organización de la Justicia, ya que se suprimen todas las jurisdicciones especiales. Pero en este punto se alcanzó a promulgar la Ley de Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que aunque calificada de provisional, tendría más de un siglo de vigencia.

El final del proceso codificador, que no hemos de seguir aquí pormenorizadamente, se produce, como es conocido, con la Restauración. Después de la reorganización de la Comisión General de Codificación, se designan como miembros de la sección de lo civil a Manuel ALONSO MARTÍNEZ y a Benito GUTIÉRREZ, que tendrían un papel central en los trabajos que darían lugar a la publicación de nuestros cuatro grandes Códigos. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, la de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 y el Código Civil de 1889.

359.

La Comisión General de Codificación.

360.

Proyectos de mitad del siglo XIX.

361.

Los códigos de la restauración.

El *desideratum* del Código como norma única, clara, universal, correlato de la igualdad ante la ley de todos los españoles, quedaba entonces completado en aplicación de principios que ya recogió la Constitución de Cádiz, como hemos visto, y que se repitieron desde entonces en todas las Constituciones españolas.

El Código es el complemento del reino de la ley. Así estuvo pensado por los revolucionarios franceses y así se proclamó como conquista en todas las Constituciones liberales. *Pero mientras este reinado se complementaba con dicha herramienta fundamental, los propios principios de la ley clara y única y del monopolio a favor de las asambleas y parlamentos de la totalidad de la función legislativa habían quebrado estrepitosamente.*

2. LA EXTENSIÓN DEL MONOPOLIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La posición que se otorga a la ley en el sistema constitucional que se desarrolla en Francia a partir de la Constitución de 1791 y en España a partir de la de 1812, supone, como ya hemos establecido examinando la Declaración de Derechos, que todos los poderes públicos quedan subordinados a la ley. Principalmente la Administración Pública no puede adoptar medidas limitativas de las libertades al margen de la ley. Y, además, es la ley la que se ocupa de determinar el reparto de competencias entre los diferentes órganos de la Administración, ordenando el ejercicio del poder ejecutivo.

Resumidamente, estos son los principios. Sin embargo, estas reglas generales, insertas en los lugares más elevados de las Declaraciones de derechos y de las Constituciones, se verán inmediatamente matizadas por la aparatosa circunstancia de la emergencia de un poder normativo de la Administración, llamado poder reglamentario, que acompañará al poder legislativo desde los inicios del constitucionalismo. Este fenómeno permitirá a la Administración participar en el ejercicio de la función legislativa. En principio de modo exclusivamente subordinado a la ley, pero en la práctica extendiéndose también a la regulación de cualquier materia en ausencia de decisiones concretas del legislador.

El desarrollo del poder reglamentario será uno de los elementos más caracterizadores del régimen jurídico particular de la Administración contemporánea.

362.
Los dominios de la
ley y la
participación
reglamentaria.

A) La aparición del poder reglamentario en Francia

La Constitución de 1791 fue, entre todas las que le sucedieron, la más consecuente con el monopolio de la función legislativa a favor de la Asamblea. El Capítulo III, Sección I, artículo 1 decía que la Nación «*delegue exclusivement au corps législatifs le pouvoir de proposer et decreter les lois*». Se excluía de esta manera cualquier poder normativo en manos del Rey, incluso la posibilidad de que pudiera este adoptar iniciativas de carácter legislativo. En algunas exposiciones de los parlamentarios se expresa claramente la razón de la exclusión del poder normativo a favor del ejecutivo. BARRERE (*apud* SMEIN) dice: «si quisiese reunir inmediatamente todos los poderes en las manos del poder ejecutivo... apoyaría la opinión de los señores Beaometz y Dupont, que tienden a dar al Rey, es decir a los ministros, la iniciativa y la proposición de contribuciones públicas».

La Constitución de 1791 completa, congruentemente, la reserva exclusiva del poder legislativo que acaba de mencionarse, con la prohibición al poder ejecutivo de «hacer ninguna ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar o reclamar su observancia» (artículo 6 de la Sección I del Capítulo IV del Título III). Estas «*proclamaciones*» según los análisis tradicionales del precepto transcrito, no eran otra cosa que «medidas de publicidad que, en ciertos aspectos, pueden ser comparadas a las resoluciones municipales destinadas a recordar las nuevas leyes y reglamentos sin añadir nada a su fuerza propia» (DOUENCE).

M. VERPEAUX ha hecho un análisis en profundidad, seguramente definitivo, respecto del nacimiento del poder reglamentario en Francia, analizando la significación del concepto de proclamaciones en la práctica, para lo cual ha necesitado verificar la utilización del término proclamaciones en los registros, archivos y colecciones de leyes y decretos de la época. Ha analizado los diez primeros años de la Revolución desde el Gobierno de la Primera Constitución de 1791, hasta el Directorio y la aplicación de la Constitución del año III.

Los revolucionarios franceses no tenían una visión neta de lo que sería el poder ejecutivo, pero tenían claro que su función era subordinada. En una expresión certera de MABLY, citada por BARTHÉLÉMY, se resumía esta idea: «*todo legislador debe partir del principio de que el poder ejecutivo ha sido y será eternamente el enemigo del poder legislativo*». De modo que desde la primera hora los revolucionarios aspiran a someter al poder ejecutivo a la tarea estricta de ejecución de las leyes.

363.

El monopolio absoluto de la función legislativa a favor de la Asamblea.

364.

Las «proclamaciones» para la ejecución de las leyes.

365.

La práctica de la colaboración del ejecutivo en la aplicación de las leyes.

Pero, a su vez, el poder legislativo necesita indiscutiblemente al poder ejecutivo, para poder llevar a la práctica los mandatos que las leyes contienen. Esta apreciación, por otra parte elemental en la tradición del reparto de atribuciones, está asentada en el pensamiento de ROUSSEAU cuando opina que «el poder legislativo que es el poder soberano... tiene necesidad de otro poder que ejecute, es decir, que reduzca la ley a casos particulares». Los revolucionarios gustan de usar la imagen de que el poder legislativo es la voluntad y el ejecutivo la fuerza, la acción. CLERMONT-TONNERRE dice en la constituyente que el poder ejecutivo no es otra cosa que «una fuerza y un brazo». También se suele decir que el ejecutivo «no tiene sufragio» utilizando esta expresión en el sentido de que no tiene voluntad.

366.

El ejecutivo es un poder sin voluntad, pero con fuerza, cuyas decisiones deben ser acatadas.

Pero los constituyentes también son absolutamente conscientes de que el Rey tiene un poder propio, que le corresponde casi por naturaleza, y que se mantiene al margen de la ley. Cuando se debate acerca de si el Rey solo gobierna a través de las leyes, aparecen opiniones como las del Obispo de Chartreuse sobre que cierta obediencia «es siempre debida al Rey», lo que supone pretender que la voluntad del Rey preexiste y se mantiene al margen de la ley misma.

Lo importante es que esta concepción del poder real independiente equipara o hace equivalentes al ejecutivo y al legislativo. Además también la función del legislativo es velar por la felicidad pública, de manera que en esta medida se asemeja también a la tarea del ejecutivo. La equiparación le parece a los revolucionarios necesaria en cierto grado porque, como lo expresa MOUNIER, «para que el poder ejecutivo conserve la fuerza necesaria para el mantenimiento del orden público, es preciso que el monarca, en calidad de jefe de la nación, sea rodeado de una gran majestad».

A los efectos del ejercicio del poder normativo, una consecuencia bastante próxima a la equiparación que acaba de expresarse, es que no haya muchos argumentos que oponer a la idea de que el Rey pueda dictar reglamentaciones generales con los mismos títulos que lo hace la Asamblea.

367.

La innecesidad del poder reglamentario general.

Pero, aunque todos estos pensamientos planean sobre la Asamblea, parece también claro que los constituyentes no tenían la intención de atribuir al monarca un verdadero poder reglamentario. El poder de veto legislativo que se le atribuye, tiene por finalidad sobre todo que pueda oponerse a las leyes inconvenientes o contrarias a los intereses de la nación o a la Constitución misma. Pero fuera de este caso de colegislación, el poder reglamentario subordinado no se con-

sidera entonces ni siquiera necesario. Desde esta perspectiva se entiende bien la prohibición general de que el ejecutivo haga ninguna ley ni aún provisional, según expresa el artículo 6 antes citado, y que solo se atribuya al Rey la función de hacer «proclamaciones» tendentes a ordenar o recordar la observancia de las leyes.

Como ya se ha dicho, los análisis tradicionales del precepto mencionado habían concluido que las proclamaciones no eran normas. Pero esta conclusión ha sido puesta en entredicho por el estudio de VERPEAUX.

A primera vista, parecen ser simples recordatorios de que una norma ha sido promulgada. Pero así como la promulgación es una función del ejecutivo y una obligación que la Constitución asigna directamente al monarca, la proclamación es una facultad. La Constitución no le impone el deber de hacerla, sino que somete a su criterio la conveniencia de formularla. La promulgación, además, se hace siguiendo una fórmula concreta, que ya hemos estudiado, mientras que las proclamaciones no tienen ninguna formalidad fija.

El concepto de proclamación no tiene en la Constitución de 1791 un sentido unívoco. Además del artículo 6 citado, varios artículos más de la Constitución utilizan este concepto con significados diferentes. Se usa para referirse a actos relativos a la situación personal del Rey (por ejemplo mediante una proclamación se expresa el juramento de fidelidad a la nación), o a determinados actos del poder legislativo o ejecutivo, o consisten en declaraciones simples. Al margen de la Constitución, también otras normas como el Decreto de 15 de marzo de 1791, relativo a la Organización de los Cuerpos Administrativos, preveía la anulación por el Rey de los actos de los directorios y de los consejos de departamento, lo que se haría mediante proclamaciones.

Frente a la opinión más generalizada de que las proclamaciones no tienen carácter normativo, el análisis de las aparecidas en el primer período revolucionario demuestra lo contrario.

Es notorio que los términos ley, decreto y resolución, se usan con una extraordinaria inseguridad en aquel tiempo ya que, como veremos enseguida que también ocurrió en España, el arrastre de las prácticas del Antiguo Régimen no permitirá establecer enseguida distinciones claras entre las normas del legislativo y las del ejecutivo. Esta circunstancia explica que, a veces, se llamen leyes a decretos sancionados por el Rey o que la Asamblea Nacional decida mediante actos que se llaman decretos, o que también se aplique el concepto de resoluciones a normas con carácter de ley. La misma equivocidad presenta el con-

368.

El problema del carácter normativo de las proclamaciones.

369.

Ejemplos de proclamaciones.

370.

La inseguridad e intercambiabilidad del uso de los conceptos de ley, decreto y resolución.

cepto de reglamento y el uso del adjetivo reglamentario, que se aplican a diferentes clases de normas, unas aprobadas por la Asamblea Nacional, otras aprobadas por el ejecutivo. También es singular, en fin, la íntima colaboración que se establece entre la Asamblea y el ejecutivo, ya que son frecuentes autorizaciones generales de aquella para que este dicte normas, desde luego para la ejecución de las leyes.

Siguiendo las colecciones legislativas se puede observar cómo persisten temporalmente las formas del Antiguo Régimen. Sobre todo que el Rey las utiliza y no es obstaculizado en ello por la Asamblea. Y también que la categoría de las ordenanzas del Rey, que ya hemos visto que en el Antiguo Régimen equivalen a las leyes, se mantienen también en el período que sigue a la primera Constitución francesa.

Teniendo en cuenta esta situación, se puede comprender que VERPEAUX, rastreando sobre las colecciones legislativas y los archivos, haya podido determinar que en el período de aplicación de la Constitución de 1791, se dictaron proclamaciones que tenían el carácter de meros actos administrativos y también proclamaciones que tienen inequívoca naturaleza reglamentaria. Los ejemplos de esto último proliferan. Algunas veces se redactan como discursos, sin subdivisiones en artículos, y en otras tienen la estructura formal característica de las normas.

Estas proclamaciones reglamentarias desbordan aparentemente el marco que le ha sido asignado por la Constitución a la función de ejecución de las leyes. Pero es notable que no se conocen protestas contra esta práctica por suponerla una perturbación o intromisión en la función del poder legislativo.

A medida que la Revolución progresa y se radicaliza, especialmente en el período 1792-1795, la Asamblea se fortalece. Esta tendencia se desarrolla hasta el punto de que el propio poder de ejecución de las leyes se tiende a retener por la Asamblea. Pero, paradójicamente, es justamente en el indicado período revolucionario, cuando más se subraya la importancia del poder ejecutivo. Precisamente por las diferencias que pueden existir entre la Asamblea, que es representativa, y el ejecutivo, que no lo es. SAINT JUST lo declarará expresivamente: «las leyes son revolucionarias, los que las ejecutan no lo son». Y continúa: «es imposible que las leyes revolucionarias sean ejecutadas si el gobierno mismo no es constituido revolucionariamente». Esta constatación y los problemas prácticos de aplicación de las leyes que se habían observado en el período inmediatamente anterior, hace que cada vez se caiga más en la cuenta de la importancia de contar con métodos de ejecución de las leyes eficaces. Para lo cual, en pleno

371.

Continuidad de los usos del Antiguo Régimen.

372.

Las proclamaciones reglamentarias.

373.

La progresiva devolución de la confianza al poder ejecutivo.

Terror, se empieza a considerar que la tarea de ejecución tiene que tener también un componente normativo.

La incorporación de este contenido normativo a la función ejecutiva se reconocerá más ampliamente después de la caída de ROBESPIERRE y el fin del Terror, cuando se restablece la Constitución de 1793 y, sobre todo, después de la aprobación de la Constitución del año III (22 de agosto de 1795). La explicación de este cambio está expresada con claridad por DAUNOU: «durante los primeros años de la Revolución, todos los que tenían en Francia el sentimiento de libertad y el instinto de la República, han debido reunir sus esfuerzos para enervar el poder ejecutivo entonces confiado a un tirano hereditario. Entonces era muy sensible a que se determinara la identidad de este poder, que sería empleado cada día para entorpecer la Revolución y para conducir gradualmente todas las formas, todas las instituciones del despotismo; entonces era necesario interrumpir todas las costumbres de la monarquía, romper poco a poco sus instrumentos; el poder ejecutivo, que se confundía con la tiranía real, debió ser cubierto de todas las desconfianzas, de todo el desfavor que merecía la realeza». Pero cuando el Rey es, primero, suspendido y, luego, ajusticiado, la razón de la desconfianza cambió también. La transformación será tan radical que la confianza ciega en el legislativo, mantenida hasta entonces también experimenta una mutación, a la vista de las exageraciones y enormidades en que había incurrido la Asamblea durante el Terror. El cambio está expresado muy bien en un discurso de THIBAudeau: «las objeciones que se han hecho sobre la responsabilidad del poder ejecutivo contienen viejos errores: se cree aún que este poder será el enemigo nato del cuerpo legislativo, que buscará destruirlo. Este pensamiento podría ser admisible en el tiempo del poder ejecutivo real; pero yo abogo a que en el presente yo temería tanto las usurpaciones del cuerpo legislativo como las del poder ejecutivo; éste no tiene sino poderes limitados; no es lo mismo que el otro; y yo no veo nada que garantice al pueblo contra sus extralimitaciones».

Atribuida la función de ejecutar las leyes al Directorio, este adopta órdenes, resoluciones y proclamaciones de diversa clase, usando diferentes fórmulas y con muy variados contenidos. Muchas de ellas tienen verdadero carácter reglamentario. No todas, además, se limitan a ejecutar fielmente la ley, sino que muchas de ellas sobrepasan lo necesario para la aplicación de la ley y añaden prescripciones nuevas. Lo que significa que en pleno período revolucionario surge el reglamento independiente, cuando no existe ninguna regulación legal, o ampliando

374.

Liquidación del ejecutivo tiránico y establecimiento de otro con poderes limitados.

375.

La atribución al ejecutivo de la función de ejecutar la ley.

el contenido de las normas con rango de ley extendiéndolas a materias nuevas.

En Francia como en España las autorizaciones legislativas se convertirán en una práctica inmediata que ampliará mucho la función normativa del ejecutivo.

La Carta otorgada en 1814 confirmaría el poder reglamentario del Rey para hacer «*los reglamentos y ordenanzas para la ejecución de las leyes, sin poder jamás ni suspenderlas ni dispensar su ejecución*» fórmula que con escasas variantes se mantendrá en las Constituciones a partir de entonces. En la citada Carta de 1814 el poder reglamentario se amplía, además, para referirlo también a las normas necesarias «para la seguridad del Estado». Este poder sería tan señalado que, una vez muerto Luis XVIII, su sucesor en el trono, el Conde de Artois, Carlos X, ante la imposibilidad de controlar la Cámara Legislativa expidió las cuatro célebres Ordenanzas de 1830 por las cuales suspendía la libertad de prensa, disolvía las Cámaras, y dos de ellas cambiaban la forma de escrutinio. Las Ordenanzas sublevaron París dando lugar a la Revolución de julio.

La práctica constitucional, a partir de entonces, permite al ejecutivo no solo dictar reglamentos para desarrollo y ejecución de las leyes, sino también reglamentos que, en ausencia de las leyes, regulan una materia determinada en ejercicio de una potestad no derivada de la ley, sino propia del ejecutivo. Se tardarán muchos años en concebir las relaciones entre la ley y el reglamento sobre pautas más sistemáticas y ordenadas. Y aun cuando esto ocurra, el equilibrio establecido conocerá, a lo largo de la historia constitucional de Francia, tantas quiebras como períodos excepcionales ha sufrido y, desde luego, tantas veces como se ha reconocido a los gobiernos una posición parordenada con el legislativo.

B) La emergencia del poder reglamentario en España

La exclusión del poder normativo del ejecutivo en España, si alguna vez existió en la práctica, no fue sostenida de modo persistente por las primeras regulaciones constitucionales.

Donde, por única vez, parece reservarse de modo exclusivo el poder legislativo a las Cortes es en las normas que se aprueban antes de la Constitución. El Decreto I de 24 de septiembre de 1810 formula el monopolio del poder legislativo en términos aparentemente absolutos, ya que las Cortes Generales y Extraordinarias «se reservan el poder

376.

El abuso inmediato del poder reglamentario.

377.

La aparición del reglamento independiente de la ley.

378.

La reserva a las Cortes de la función legislativa. Reconocimiento inmediato del poder reglamentario.

legislativo en toda su extensión». Y poco después el Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, que aprueba el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo encomienda al Consejo de Regencia la obligación de que «se lleven a efecto las Leyes y Decretos de las Cortes», lo que es una fórmula parecida a la de las proclamaciones francesas, que no tiene necesariamente por qué incluir el ejercicio de poderes normativos.

Pero si esta exclusión fue en algún momento total, la desestimó inmediatamente la Constitución de 1812, porque atribuyó al poder ejecutivo la facultad de «expedir los Decretos, Reglamentos e Instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes» (artículo 171.1.^ª).

El alcance de la potestad reglamentaria del ejecutivo en los primeros años del constitucionalismo español ha sido estudiada de un modo exhaustivo por A. NIETO. Su análisis empieza por demostrar lo mismo que el de VERPEAUX ha enseñado para el caso de Francia: existió en el origen del constitucionalismo una enorme confusión entre los límites de la ley y el reglamento. Tampoco en España todas las normas emanadas de las Cortes revestían forma de ley, muchas adoptaban la de decreto, y también se presentaban como acuerdos y resoluciones. El ejecutivo, por su parte, dictaba reales decretos y reales órdenes, que se presentaban a veces como reglamentos, instrucciones, circulares, etc. La confusión es tan notoria como ilustra una afirmación del diputado Caballero, que utilizó hace años Tomás VILLARROYA, cuando mucho tiempo después de Cádiz, en una Sesión del Estamento de Procuradores de 2 de septiembre de 1834, exclamaba: «*la gran cuestión es decidir qué es ley y qué es reglamento*».

La estupefacción del diputado se debía a que en las Constituciones españolas no había aparecido una reserva de ley, ni se había acotado exactamente la función del reglamento. Lo habitual, según reflejan las colecciones legislativas, es que cuando las Cortes estaban abiertas elaboraban y aprobaban las normas que les parecían convenientes con el rango de ley. *Pero si estaban cerradas, el ejecutivo con la misma libertad se desenvolvía dictando cuantas normas le parecían necesarias para atender los intereses públicos.*

Esta intercambiabilidad entre la ley y el reglamento, y la confusión absoluta sobre los ámbitos que correspondían a una y otra norma están profusamente ilustradas en el estudio de NIETO. Una perla extraída por él del Diario de Sesiones, una opinión de Evaristo SAN MIGUEL, vale por todos los ejemplos: «hay una Real Orden —decía— que autoriza la erección de esta estatua (se refería a una

379.

Confusión sobre los límites de la ley y el reglamento.

380.

La práctica de que el ejecutivo dicte normas sin limitaciones materiales.

de Mendizábal), y esta Real Orden, dada por Isabel II en uso de sus facultades no puede derogarla una ley hecha en Cortes, porque las leyes no tienen efecto retroactivo y menos aún respecto de una orden dada por la Reina de España». Un diputado tan destacado como SAN MIGUEL expresaba seguramente con esta opinión lo que sería una práctica corriente en la época. Desde luego, lo que es indiscutible es la convicción general de que el gobierno podía hacer todas las normas que considerara precisas mientras que no hubiera una ley que lo prohibiera.

El mismo uso del poder normativo del ejecutivo para aplicarlo a cualquier materia se aprecia en las prácticas de los «consentimientos», las «aprobaciones» y los «restablecimientos» normativos, y las leyes de autorización.

Los dos primeros consistían en la intervención de las Cortes para perfeccionar decisiones adoptadas por el ejecutivo, que podían tener carácter normativo, y que no contaban con ningún tipo de autorización previa. Los «restablecimientos» son una práctica muy extendida en los primeros años del siglo XIX que consistía en volver a poner en vigor normas que habían sido derogadas con ocasión de cada vaivén de la política de aquel tiempo, llena de alternancias entre los períodos absolutistas y los constitucionales. Estas decisiones de recuperar la vigencia de normas se adoptan a veces mediante decretos de las Cortes Generales, pero también se hicieron por medio de *decisiones gubernativas que restablecían, incluso, el vigor de las leyes*, lo que suponía un ejercicio claro de la potestad reservada al Parlamento. Las leyes de autorización, en fin, abrían a los reales decretos del ejecutivo la disponibilidad sobre amplias materias. Las prórrogas de las leyes de presupuestos, por ejemplo, se hacían recurriendo a esa técnica.

En definitiva, aunque la potestad reglamentaria no aparecía mencionada en la Constitución de 1812 y en las siguientes, sino como una facultad normativa conducente a la ejecución de las leyes, en la práctica el poder reglamentario no se constriñe a los reglamentos ejecutivos, sino que se produce sobre cualquier materia en ausencia de la ley. Existe, por tanto, una potestad reglamentaria general en la práctica.

Ciertamente la existencia de leyes de autorización, de confirmación o de aprobación reflejan que había materias en las que el ejecutivo no debía entrar sin intervención parlamentaria. Pero en la práctica no ha podido constatarse cuál era el criterio que se aplicaba puesto que, unas veces si y otras no, en materias semejantes, se requerían las leyes de autorización y de confirmación. Por ello NIETO pudo concluir su

381.

«Consentimientos» y «aprobaciones».

382.

Los restablecimientos de normas derogadas.

383.

La renuncia a una ordenación sistemática de las relaciones ley-reglamento.

investigación afirmando que nuestras Constituciones no abordan la cuestión de las relaciones entre el Rey y el Parlamento «con el rigor que se merecía y, si bien es verdad que parece que la competencia excluyente del Parlamento se manifestaba en las figuras de las leyes de autorización y confirmación, el panorama resultante era más que borroso hasta el punto de que ni entonces ni ahora se ha explicado de forma satisfactoria».

C) Fundamentos de la relación ley-reglamento en el constitucionalismo originario y su equilibrio posterior

Considerando los estudios más serios que se han realizado sobre la emergencia y desarrollo del poder reglamentario en Francia y en España, que han tenido en cuenta no solo los principios declarados en las Constituciones, sino también las prácticas que revelan los archivos y las colecciones legislativas, resulta que la relación ley-reglamento en los primeros desarrollos del constitucionalismo contemporáneo, se presentan de forma casi idéntica en los dos países referidos.

En ambos, como han demostrado, sobre todo, VERPEAUX en el caso de Francia y NIETO entre nosotros, es difícil identificar los criterios que se utilizan para decidir cuándo una materia tiene que ser regulada por ley y cuál es la función concreta del reglamento, si desarrollar y ejecutar la ley, complementarla, sustituirla o actuar en defecto de la misma. La práctica de las leyes de confirmación o de ratificación, presente en ambos países, avala que el ejecutivo no precisa de autorizaciones previas para dictar reglamentos que no son ejecución de ninguna ley. La práctica de las leyes de autorización enseña que hay materias en las que existe la convicción jurídica de que es precisa una intervención previa de los parlamentos. La mención constitucional a los reglamentos de ejecución de las leyes, revela que, sin duda, este tipo de reglamentos son importantes y expresan una función del ejecutivo que merece ser constitucionalmente resaltada. Y la presencia en el ordenamiento jurídico de una abundantísima cantidad de normas del ejecutivo que no han sido adoptadas en ejecución de ley alguna, refleja, en fin, la existencia de una potestad normativa general que queda fuera de la órbita del legislativo.

En los primeros años del siglo XIX, ni aparecen en los debates parlamentarios, ni la doctrina explica cabalmente las reglas a que se atienen los poderes competentes para producir leyes o reglamentos. Tampoco están claramente separadas las materias sobre las que cada uno de estos tipos de norma tiene que recaer. Los análisis doctrinales de nues-

384.

La coincidencia de las prácticas en Francia y en España.

385.

Reglamentos de ejecución, reglamentos independientes y normas autorizadas.

386.

¿Existen criterios de separación material de la ley y el reglamento?

tro tiempo no han llegado tampoco a soluciones claras y reflejan, primero, grandes discrepancias entre los autores y, a poco que se profundiza, estupefacción y desorientación.

Las discrepancias son grandes porque algunos autores suponen que en los períodos de vigencia de la Constitución de Cádiz, el poder reglamentario quedó reducido estrictamente a la ejecución de las leyes, porque a dicho ámbito lo constreñía expresamente la Constitución. Y que solo muy posteriormente, a partir de la Regencia de María Cristina, el poder reglamentario se amplía y empiezan a aparecer muchos reglamentos no vinculados a la ejecución de las leyes (GALLEGO ANABITARTE y SANTAMARÍA PASTOR).

Frente a estas opiniones están la de quienes, estudiando la práctica, como NIETO, han podido probar la relativa indiferencia con que se utilizaban las herramientas de la ley y el reglamento. Pero, incluso, en este caso, tanto la doctrina española como la francesa se sienten incapaces de explicar la situación en términos de principios claros y de sistema.

Seguramente, para comprender mejor la relación entre el poder legislativo y el reglamentario en los primeros años del constitucionalismo francés y español, deban tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1.^a El poder legislativo que se atribuye a las Asambleas en las primeras Constituciones había pertenecido durante el Antiguo Régimen por entero al monarca, aunque se interfirieran en su ejercicio los parlamentos, en los términos ya explicados. La burguesía revolucionaria pretende cambiar totalmente la concepción de la ley: tiene que ser expresión de la voluntad popular y no del arbitrio del monarca; tiene que emanar del representante de la voluntad popular que es la Asamblea Legislativa; tiene que ser general e igual para todos. Pero cuando los parlamentarios debaten acerca del monopolio de la función legislativa por la Asamblea, acuerdan no retirar al Rey la totalidad de sus poderes legislativos. La sanción real y el poder de veto que puede ejercitarse con ocasión de la misma, son manifestaciones inequívocas (como ha coincidido siempre en afirmar la mejor doctrina, de DUGUIT a TROPER) de un ejercicio participado de la función legislativa. Las Constituciones primeras no sustraen, por tanto, todo el poder legislativo al monarca.

2.^a La primera Constitución francesa y, mucho más que ella, la Constitución de Cádiz, son claramente historicistas. Pretende esta última no ser otra cosa que una actualización de principios y formas de

387.
El ejercicio
participado de la
función legislativa
en las primeras
Constituciones.

ejercicio del poder que ya estaban presentes en la tradición política y jurídica española. En Francia se hace este recordatorio más moderadamente, pero se utiliza, desde luego, para configurar los poderes del Rey. Tales actualizaciones de derechos históricos suponen que al Rey solo se le priva de las atribuciones imprescindibles para organizar el nuevo reparto de funciones y volver a equilibrar los poderes. Puede colegirse que si no resultó a los constituyentes imprescindible privarle de la totalidad de sus potestades legislativas, con mucha menos razón se consideraría ineludible eliminar la totalidad de los poderes normativos que le pudieran corresponder, si se mantenía el principio de la primacía general de la Asamblea Legislativa y de sus decisiones. Y, lo que es más importante, aunque el mantenimiento de poderes normativos generales de este género no se proclamara formalmente, no se hizo ninguna oposición a su ejercicio en la práctica. Mucho menos en España que en Francia porque, entre nosotros, no se decapitó al Rey para impedir que siguiera arrastrando su vieja majestad e influencia, ni practicando sus poderes tradicionales.

3.^a Por tanto, las primeras Constituciones organizan la convivencia entre los nuevos poderes democráticos y el viejo poder monárquico, entre lo que luego se denominará el principio democrático y el principio monárquico. Ambos poderes tienen fuentes de legitimación propias. La Constitución es el documento que habilita la compatibilidad entre unas y otras. Todas las Constituciones de primeros del siglo XIX se basan en este equilibrio, que se hace especialmente ostensible en las alemanas, que de modo expreso, y como consecuencia de la conjugación de ambas legitimidades, atribuyen conjuntamente el poder normativo al legislativo y al monarca. Dependiendo de las épocas, en las demás Constituciones europeas la misma fórmula estará más o menos manifiesta. Pero en las primeras Constituciones es evidente que la compatibilidad se debate y trata de conseguirse.

4.^a Ciertamente la primera Constitución francesa, como ya se ha visto, parece que excluye todo el poder reglamentario. Pero la práctica desmiente tal exclusión. Las demás Constituciones y, sobre todo, las españolas a partir de Cádiz, destacan siempre la facultad del monarca de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes. La mención de los reglamentos ejecutivos, y la no inclusión de una referencia más amplia a la potestad reglamentaria general, es lo que ha hecho pensar a los analistas que el poder reglamentario solo se concebía como de ejecución de las leyes. Esta conclusión debe superarse. La mención a los reglamentos ejecutivos refleja, seguramente, la voluntad de restringir el poder normativo de la Administración y también es consecuencia

388.

El mantenimiento parcial de los poderes normativos del monarca, procedentes del Antiguo Régimen.

389.

La convivencia entre los poderes democráticos y el poder monárquico.

390.

Reglamentos ejecutivos y poder reglamentario general.

de la preocupación, que se ha descrito en los epígrafes anteriores, de los diputados por la incapacidad de las Asambleas para ejecutar sus propias leyes y la consiguiente necesidad de contar con el aparato del ejecutivo para hacerlas efectivas.

5.^a En la Constitución de Cádiz, como también hemos subrayado más atrás, así como la función ejecutiva y la judicial se reservan «exclusivamente» a órganos concretos, no se hace lo mismo con la función legislativa. Sin duda porque el monarca, con su poder de sanción, la comparte con la Asamblea. Pero también porque, además de la función legislativa estricta, el monarca se reserva una potestad de normación que se extiende a todos los ámbitos que pertenecen a la competencia del ejecutivo. Son estos concebidos con la máxima amplitud en la Constitución gaditana, porque el gobierno comparte el deber de velar por el bienestar, con carácter general, de los ciudadanos (artículo 4).

6.^a La soberanía de la ley, el respeto a la voluntad general, su expresión a través de los representantes del pueblo, la subordinación de todos los poderes a los mandatos legales, que son principios que las nuevas Constituciones consagran, resultan, perfectamente compatibles con el mantenimiento de poderes normativos en favor del ejecutivo. Basta con que dichas normas puedan ser sometidas a la disciplina que el legislativo pueda establecer en cada momento. La Asamblea o las Cortes pueden no confirmar las resoluciones del ejecutivo, modificarlas, sustituirlas, encauzarlas mediante autorizaciones específicas, etc. Rige, como diríamos con un tecnicismo de hoy, el principio de primacía de la ley, que le permite a esta señorear cualquier espacio, pero no el principio de reserva de ley que excluye las normas dictadas por el ejecutivo de los ámbitos dominados por dicha reserva. Aunque en las primeras Constituciones aparecen largas listas de funciones encomendadas al legislativo, su formulación en términos normalmente genéricos y, sobre todo, la flexibilidad con que se usan las leyes de autorización y de ratificación revelan que la reserva es bastante menos que rígida: el ejecutivo puede regular las mismas materias, como alternativa a la ley, y solo en ocasiones, y muy paulatinamente, para materias en las que inequívocamente la Constitución confía la responsabilidad regulatoria al legislativo, se emplea la fórmula de las convalidaciones o ratificaciones posteriores o, en su caso, las leyes de autorización.

7.^a Bien es cierto que semejantes concepciones de la función de la ley y del reglamento en el primer constitucionalismo, no están claramente expresadas ni por los autores de aquel tiempo ni figuran en los textos constitucionales, pero se reflejan en la práctica del ejercicio del

391.

Poder normativo coincidente con las atribuciones administrativas.

392.

Obstrucción de la primacía de la ley, exclusión de la reserva de ley.

poder normativo. Además de los ejemplos ya señalados por la doctrina citada, que son abrumadores en la demostración de la intercambiabilidad de las regulaciones legales y las reglamentarias, bastaría con referir tres más: una operación económica, que se desarrolló durante todo el siglo XIX, del calibre reformador que tuvo la desamortización fue impulsada inicialmente a base de decretos. Una materia tan directamente vinculada a la libertad individual más básica, como es la de desplazamiento, no conoció regulaciones de nivel legal en todo el siglo, según estudió en su momento J. M. CASTELLS. Un servicio que tanto afecta a la integridad física de los ciudadanos, y que tan directamente se proyecta sobre algunas de las libertades fundamentales, como es el sanitario, solo conoció, a mitad de siglo, una ley que reguló, por cierto, la organización de la Dirección General de Sanidad, pero no aspectos atinentes a las restricciones de la libertad individual con ocasiones de epidemias, contagios y tratamientos, que estuvieron en el siglo XIX al orden del día y que fueron regulados mediante reglamentos de diferente nivel. Así resulta de la investigación que concluimos hace años sobre la evolución de la Sanidad Pública en España.

La estabilización de las relaciones entre la ley y el reglamento necesitará todavía que transcurran muchos años del siglo XIX. Y se conseguirá, primero a nivel teórico, con el desarrollo de la doctrina de la reserva de ley. Y ulteriormente con la consagración constitucional y jurisprudencial de esta última que tardarán bastantes más años (en España, en concreto, la doctrina no aparece claramente en la legislación hasta finales de los años cincuenta, en la jurisprudencia hasta bien avanzado el período franquista, y no se consolida hasta la Constitución de 1978).

La doctrina de la reserva de ley rompe el equilibrio entre el principio democrático y el monárquico a favor del primero. A medida que avanza la democratización de las sociedades europeas, la entronización de la ley se hace más absoluta, no solo porque se reconoce su primacía, que había sido efectiva desde las primeras Constituciones, sino porque se excluye que el poder normativo del ejecutivo pueda afectar a una serie de materias guardadas en la Constitución para la disponibilidad exclusiva del legislativo.

Para la determinación de cuáles han de ser estas materias, se toma nota en todos los países europeos de una experiencia histórica que, en este punto, es común, a todos ellos, relativa a las decisiones que el monarca tenía que adoptar necesariamente con el concurso de los representantes del pueblo y los estamentos reunidos, en el caso español, en Cortes. Las materias en las que este procedimiento decisivo

393.

La práctica del poder normativo como fuente de conocimiento.

394.

La paulatina implantación constitucional y práctica de la reserva de ley.

395.
Propiedad y
libertad como
materias reservadas
a la ley.

especial se configuran como imprescindibles son las que conciernen a la exigencia de contribuciones para el sostenimiento de las cargas del Estado, y las decisiones relativas a la represión penal. Por conexión, las cuestiones relativas al fisco se ampliarán ulteriormente a todas las que afectasen a la propiedad de los ciudadanos, restringiéndola o abatiéndola. Y las relativas a los delitos y las penas (que todavía en las primeras Declaraciones de derechos y Constituciones son las que de un modo más expreso y pormenorizado aparecen sometidas a la ley), también se ampliarán para guardar exclusivamente para la ley la disponibilidad sobre las libertades de los ciudadanos.

396.
La reserva material
de ley y la property
de J. LOCKE.

Al final, el conjunto de la reserva material de ley, según se formula por uno de sus primeros teóricos, VON STEIN, coincide con el concepto de *property* que había usado LOCKE, como ya nos consta (véase *supra* epígrafe I, 2) para describir los valores que los individuos trataban de proteger al constituir la sociedad civil. La noción de LOCKE, cuya doctrina usa el propio VON STEIN como referente, integra la vida, la propiedad y la libertad de los ciudadanos.

No haremos ahora una explicación completa de la evolución de la doctrina de la reserva de ley, cuyos elementos se definirán más pormenorizadamente en un volumen posterior de esta obra.

Pero conviene destacar, para concluir esta primera exposición histórica sobre las relaciones entre la ley y el reglamento que en la vecina Francia (tan influyente sobre las instituciones constitucionales y administrativas españolas) a pesar de que la doctrina de la reserva de ley es conocida, ningún autor se atreve durante el siglo XIX a definir cuál sea la materia legislativa. La concreción de la reserva se hará al revés, es decir, mediante la definición de cuáles son los ámbitos propios del reglamento.

397.
La definición del
ámbito material del
reglamento.

El mérito de la delimitación se ha atribuido tradicionalmente a los *arrêts* del Consejo de Estado *Chambre Syndicale de fabricants constructeurs de material pour les chemin de fer et tranways*, de 19 de febrero de 1904, y *Babin* de 4 de mayo de 1906. En las conclusiones del Comisario ROMIEU presentadas con ocasión de estas decisiones, la organización de la Administración y la disciplina de los servicios públicos se definieron como las propias de la regulación reglamentaria, no apoyada en ninguna ley previa. Es posible, concluyó ROMIEU, el reglamento independiente sin ninguna habilitación legal en tales reductos.

398.
La influencia de
HAURIUO.

El prestigio de HAURIUO serviría para convertir en doctrina general las conclusiones que ROMIEU había preparado para un caso concreto. De manera que a partir de la obra del Decano de Burdeos, dominará

en Francia la tesis de que todas las cuestiones que conciernen a la libertad deben ser objeto de regulación por ley, mientras que las que se refieren a la organización de la Administración y sus servicios públicos son la materia reglamentaria. Las conclusiones a las que al mismo tiempo se había llegado en Alemania utilizando las categorías de los reglamentos organizativos o de administración, eran las mismas.

No obstante, muy pocos años después de que todo el problema dogmático de las relaciones entre la ley y el reglamento parece definitivamente resuelto en Francia, CARRÉ DE MALBERG desmentiría que existiera en dicho país reserva de ley de ninguna clase.

La tesis de CARRÉ DE MALBERG es que la reserva de ley impone que la regulación de una determinada materia se haga por una norma con rango de ley necesariamente. Si el legislador hace dejación de esa función y la entrega al ejecutivo, permitiéndole que le sustituya, estaría vulnerando la reserva material de ley contenida en la Constitución. Pero para que tal vulneración pueda ser constatada y reprimida, es necesario que exista un mecanismo jurídico de control de la constitucionalidad de las leyes. Como en Francia no existía en absoluto desde el momento mismo de la iniciación de la etapa constitucional, CARRÉ concluye que no hay reserva de ley en Francia, puesto que esta es una doctrina que está inmediatamente vinculada al control de la constitucionalidad.

A partir de esta constatación CARRÉ DE MALBERG añade, que ni siquiera los reglamentos dictados en virtud de operaciones deslegalizadoras, en las que la Asamblea renuncia a la función que tiene constitucionalmente encomendada, pueden ser controlados por los Tribunales, puesto que la ley hace en tal caso de «pantalla» (noción esta que, como se verá más adelante, ha sido profusamente utilizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional en otros ámbitos de las relaciones internormativas), impidiendo el enjuiciamiento del reglamento, que no hace otra cosa que actuar en connivencia con la ley.

En fin, de esta tesis termina deduciendo el brillante autor de la *Contribution à la théorie de général de l'État*, que el poder reglamentario es en Francia tan general como el poder legislativo. La ley tiene la función en relación con el reglamento de señalarle nuevos objetos de regulación. Pero el poder, desde luego, preexiste a la adopción de la ley misma.

399.

La tesis de CARRÉ DE MALBERG sobre la tradicional inexistencia de reserva de ley en Francia.

3. LA LEY Y LA JUSTICIA

A) El establecimiento de una nueva planta y de nuevos principios de organización de la Justicia

La organización de la Justicia es un argumento constante no solo en el proceso revolucionario francés y en el primer constitucionalismo español, sino también con anterioridad, a partir de la mitad del siglo XVIII.

La necesidad de las reformas está expresada desde todos los frentes. En primer lugar, el de los filósofos. En MONTESQUIEU, VOLTAIRE, DIDEROT o ROUSSEAU, se aprecia una sensibilidad común en lo que concierne a la Justicia como ha acertado a destacar J. P. ROGER, al estudiar la historia de esta institución en Francia. Aunque existan diferencias evidentes e indiscutibles entre el magistrado que era MONTESQUIEU (siempre prudente en sus relaciones con los poderes instituidos y cuidadoso de autocensurarse en lo que le concernía profesional y personalmente) y los intelectuales burgueses que fueron VOLTAIRE y DIDEROT.

MONTESQUIEU, antes de *El Espíritu de las Leyes*, había descargado satíricamente contra los medios judiciales y la falta de formación de los magistrados en sus *Cartas persas*. En el Libro XII de *El Espíritu de las Leyes* se encuentran también muchos alegatos sobre la proporcionalidad de la pena y la represión de los crímenes. Apela a «la justa proporción de las penas con el delito». Y se opone continuamente a una legislación criminal que es uniformemente cruel y dura. Distingue el filósofo cuatro tipos de delitos (siguiendo un criterio que estará también en BECCARIA y en los artículos sobre legislación penal de la Enciclopedia): son, primero, los crímenes que «chocan contra la religión»; segundo, los que afrentan las costumbres; tercero, los que contravienen la tranquilidad; y cuarto, los que atentan contra la seguridad de los ciudadanos. Para MONTESQUIEU la pena debe derivar de la naturaleza de cada una de estas clases de delitos.

Las posiciones de VOLTAIRE sobre la Justicia son mucho más lapidarias y desgarradas. El VOLTAIRE que escribe sobre la Justicia, viene ya de vuelta de su estancia en Prusia, lo que ocurrió en 1755, e inicia entonces en Ginebra su segunda carrera como «gran doctor del individualismo». Le preocupan sobre todo las cuestiones relativas a la reforma y a la humanización del proceso penal. Destacó su intervención en el asunto Calas (parangonada por algunos, como R. POMEAU, con la intervención famosa de ZOLA en el caso *Dreyfus* del siglo siguiente) es la primera vez que VOLTAIRE se pronuncia contra actitudes judiciales que

400.

La cuestión de la reorganización de la justicia en los filósofos.

401.

MONTESQUIEU y la justicia penal.

402.

La crítica de VOLTAIRE a la Justicia: los casos Calas, Sirvent y La Barre.

cree basadas en el fanatismo religioso (se trató, en el caso, de la imputación a la familia de Marc Antoine Calas la muerte de este, cuando, en octubre de 1761, apareció colgado en su casa de Toulouse). Los Calas habrían eliminado a su hijo para impedir su conversión religiosa. Utilizando testigos de conveniencia, el Parlamento de Toulouse condenó rápidamente al padre, Jean Calas, a la pena de muerte, que fue ejecutada el día siguiente. La acción judicial le mereció a VOLTAIRE una crítica severísima, que repetiría con la misma crudeza con ocasión del asunto *Sirvent* y del caso del caballero de *La Barre*. «Casi todo me parece abandonado —dijo entonces— al sentimiento arbitrario de los jueces: es extraño que la ordenanza criminal de Luis XIV haya sido provista de tan poca seguridad para la vida de los hombres».

A la instigación de los filósofos se sumaría la abierta animadversión que los políticos habían acumulado contra los trece parlamentos de Francia, a causa de la interferencia de estos en las acciones del legislador y su bloqueo continuo de decisiones políticas.

A partir de 1756 los conflictos con los parlamentos se multiplican. Los parlamentos intervienen de modo paralizador en las reformas fiscales que se intentan a partir de abril de 1763, se interfieren en las decisiones relativas a los procesos de disolución y expulsión de los jesuitas a partir de 1762, forman un gran escándalo político con ocasión del proceso de *La Charlotaise*, resisten a la monarquía y a las propuestas de reforma de la Justicia que había ideado MAUPEAU entre 1770 y 1771, se enfrentan abiertamente con el gobierno de la monarquía a partir del sábado 19 de enero de 1771, cuando se lleva a cabo una intervención directa sobre el Parlamento de París; se consigue vencer y expulsar al propio Ministro MAUPEAU, en el momento en que Luis XV muere, resurgiendo entonces el Parlamento de París, y todos los demás privilegios que tenían acumulados los parlamentos. Llegan estos a las vísperas de la Revolución habiéndose sobrepuesto también a los intentos de reforma de LAMOIGNON, que, vencido, al entregar su dimisión, todavía tuvo tiempo de pronosticar el 23 de septiembre de 1788: «los privilegiados han osado resistir al Rey, pero antes de dos meses no habrá ni parlamentos, ni nobleza ni clero». Le faltaron muy pocas semanas para acertar plenamente en la profecía.

La Revolución atacará directamente las principales rémoras de la organización de la Justicia del Antiguo Régimen; a saber: la venalidad de los oficios, la uniformización y simplificación de la organización de la Justicia y de los procedimientos de actuación; la falta de garantías para los derechos de los ciudadanos; y la separación del poder judicial de los demás poderes.

403.

Contra los parlamentos.

404.

La oposición de los parlamentos a toda clase de reformas.

405.

La supresión de los privilegios relacionados con la Justicia.

La separación entre la Administración y la Justicia se llevaría a cabo inmediatamente por el famoso Decreto de 16-24 de agosto de 1790, del que nos ocuparemos con más detalle en los apartados sucesivos. La venalidad de los oficios se abolirá por el Decreto de 4-10 de agosto de 1789; el único procedimiento de designación de los jueces sería en lo sucesivo el electivo. En cuanto a la organización de la Justicia, se distinguirá entre los jueces de paz, elegidos por dos años y establecidos en cada cantón; los tribunales civiles, compuestos por cinco jueces elegidos por seis años que se establecerían en cada distrito (había entre siete y nueve distritos por departamento). Y el Tribunal de Casación, situado en el vértice de la pirámide judicial, que sería único para toda Francia y tendría como competencia asegurar el respeto a la ley y mantener unida la doctrina de los tribunales. Se limitó el número de jueces a cuarenta, estableciéndose una rotación en su designación por los departamentos.

406.

Las reglas del proceso y las garantías de los ciudadanos.

Respecto, en fin, a las reglas del procedimiento y las garantías de los ciudadanos, los grandes principios se recogen directamente en la Declaración de Derechos de 26 de agosto de 1789, especialmente la legalidad de los delitos y las penas, el derecho al juez natural y al proceso justo. Pero en cuanto a la regulación concreta de los procesos judiciales, pesan otras convicciones más concretas. Por ejemplo, la idea de que el principio de fraternidad debería conducir a la *utilización de fórmulas de negociación y de amistad, más que a mecanismos judiciales, para resolver controversias*. De aquí que se entienda que el arbitraje es la manera más razonable de solucionar algunas clases de contenciosos entre los ciudadanos. Traducido este mismo espíritu al proceso, justificará que la conciliación se considere necesaria en toda clase de procesos.

407.

Contra las apelaciones y la interpretación judicial.

También son reacios los revolucionarios a establecer jurisdicciones superiores que conozcan en apelación porque este tipo de recursos los consideraban una vía para recrear la posición de los odiados parlamentos. Las apelaciones se harían, por tanto, de un tribunal de distrito a otro tribunal de distrito vecino. La apelación propiamente jerárquica no se establece hasta Napoleón. El Tribunal de Casación, único para todo el reino, se ocupa sobre todo de garantizar la integridad de las leyes, utilizando sobre todo la técnica del *référé*, que estudiaremos inmediatamente.

La codificación de los delitos se lleva a cabo enseguida por los revolucionarios, que ya disponen de un Código penal en octubre de 1791, obra de LE PELETIER DE SAINT FARGUEAU, sustituido luego en el año IV por el Código de los delitos y las penas que redacta Merlin DE DOUAI. Estos

nuevos textos legales servirían para la supresión de crímenes que se habían aplicado en el Antiguo Régimen y que habían merecido las críticas voltairianas, como la brujería, la herejía o el delito de lesa majestad divina. En cuanto a las penas, llegó a discutirse la supresión de la pena de muerte, a iniciativa de LE PELETIER, y su reemplazamiento por el calabozo oscuro a perpetuidad a paja, pan y agua. Pero la Asamblea rechazó la iniciativa.

La Justicia basada en la elección de los jueces y en el principio de descentralización, produjo muchas insatisfacciones en el período que se cierra con el Directorio, porque resultó lenta y, sobre todo, muy incompetente, habida cuenta la falta de oficio y de aptitudes de los jueces elegidos. Bonaparte se ocupó de la reforma definitiva, produciendo una serie de textos fundamentales: primero la Constitución del año VIII, y después las leyes de Ventoso del año VIII y Pluvioso del año IX que introducen reformas en los procesos represivos. Pero sobre todo, los textos del Código Civil de 1804, el de Procedimiento Civil de 1806, el de Comercio de 1807, el de Procedimiento Criminal de 1808, y el Penal de 1810, dieron al Derecho francés la orientación que ha perdurado durante los dos siglos siguientes.

En España, aunque la posición de los tribunales durante el Antiguo Régimen no había generado tensiones ni lejanamente parecidas a las suscitadas en Francia, en los albores del proceso constituyente gaditano se oyen con la misma fuerza las reclamaciones de una reforma de la Justicia, y las peticiones de creación de un órgano judicial supremo que uniforme la posición de los tribunales de todo el país.

En la consulta al país se remitirán muchas respuestas que reclaman lo que ARTOLA ha denominado la «racionalización de la Justicia». Se aspira a vencer el poder absoluto del monarca, a implantar la separación de poderes y a establecer un tribunal supremo del país que se configure conforme a nuestra propia tradición histórica. Desde el cura de Higuera la Real, Miguel Agustín JARILLO, que se refiere a la ineludible necesidad de elegir un tribunal con el nombre de constitucional, hasta la petición de un tribunal «conservador de las leyes fundamentales», sobre el que argumenta el catedrático murciano Francisco de Borja MESEGUER.

En los debates parlamentarios está reiteradamente presente la necesidad de que la Justicia sea reformada. RANZ ROMANILLOS presentará un informe el 5 de noviembre de 1809 en el que suscita las cuestiones de si el poder judicial tiene que ser completamente independiente del ejecutivo, y si los magistrados han de ser inamovibles.

408.

Las reformas napoleónicas.

409.

La reforma de la Justicia en España.

410.

Propuestas con la ocasión de la consulta al país.

411.

Los debates parlamentarios sobre la reforma.

La situación de la Justicia está descrita en una larga intervención del Diputado LUJÁN en la sesión de 10 de mayo de 1811, en la que se queja de los ataques que en cualquier tiempo y por cualquier motivo sufren la seguridad del ciudadano y la libertad personal, la abundancia de malos jueces, de peores leyes y de pésimos intérpretes, la enorme cantidad de reclamaciones que las Cortes han recibido, las quejas continuamente manifestadas por los ciudadanos. También ARGÜELLES en la sesión de 7 de mayo de 1811 dice que si tantas reclamaciones están llegando a los propios diputados, aislados en la isla de León, cuántas no serían las agresiones que la Justicia produciría en las libertades ciudadanas a lo largo de todo el país. Y anima a debatir y a superar esta gravísima situación porque «nada de cuanto se diga en esta materia debe ser inoportuno ni cansado, cuando se reflexione que el Estado libra una gran parte de su existencia en la recta administración de justicia». Sobre todo teniendo en cuenta que «la falta de doctrina de los jurisperitos y la arbitrariedad de los gobiernos, se han conjurado para oscurecer los principios de la libertad política y civil».

En el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 se contienen muy extensas consideraciones sobre la Administración de Justicia designada allí como «el primero y más esencial ramo del servicio público». «Uno de los principales objetivos de la Constitución es —según el Discurso— fijar las bases de la potestad judicial, para que la Administración de Justicia sea en todos los casos objetiva, pronta e imparcial. Esto es, que en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fe pueda estar seguro de obtener lo que solicita o que no será despojado de su propiedad o perjudicado en sus intereses; y en las causas criminales convencido el delincuente que nada podrá salvarle de la pena condigna a su delito; y el inocente, seguro de hallar en la ley todos los medios para triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos». Aunque ni las Cortes ni el Rey pueden ejercer nunca sus funciones judiciales (artículo 243 de la Constitución), se atribuye al monarca la función de velar sobre la observancia y aplicación de las leyes y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, a los efectos de que las decisiones de estas sean cumplidas y respetadas, y también publicadas en nombre del Rey que queda, de esta manera, configurado como «el primer Magistrado de la Nación».

En cuanto a los principios de organización de la Justicia, ya hemos visto que en el Discurso Preliminar se explica que una reforma importante de las instituciones recibidas del Antiguo Régimen requiere un análisis más «prolijo y detenido». Y con este espíritu de continuidad, se aborda la cuestión de las jurisdicciones especiales (para no alterar,

412.

*Las reformas según
el Discurso
Preliminar de la
Constitución
de 1812.*

413.

*Principios de
la nueva
organización
judicial.*

por ejemplo, el fuero de los clérigos, hasta que no se establezca un acuerdo sólido con la Iglesia; o el fuero de los militares, porque es necesario para mantener la «disciplina y subordinación». Todo lo cual aboca a que la unidad jurisdiccional no pueda establecerse plenamente. Ya que perviven, junto a las citadas, otras muchas jurisdicciones especiales).

Los principios de inamovilidad y responsabilidad de los jueces, dan lugar a enfrentamientos entre los partidarios de su implantación sin condiciones, y los que exigen una regulación matizada de los mismos. Las opiniones se fueron sucediendo a favor de la inamovilidad, tanto a favor como en contra: el diputado **ESPIGA** exigía que los jueces fueran protegidos por la ley «contra la vil delación no menos que contra la arbitrariedad ministerial». Pero es el Conde de **TORENO** el que llegará a hacer la exposición más preclara sobre lo que la reforma de la Justicia, en el nuevo orden constitucional, impone. Por lo pronto, exige que la autoridad judicial tenga «toda la independencia y desembarazo necesarios», lo que quiere decir que tiene que poder obrar con «desahogo». Pero debe procurarse proteger a la Justicia más que frente al legislativo (cuyos miembros, recordaba, son removidos frecuentemente y elegidos por los ciudadanos) ante la actuación del ejecutivo. Decía de este último que «es un cuerpo numeroso diseminado por toda la monarquía; los destinos de sus individuos son de por vida, y sus facultades se ejercen diariamente sobre las acciones de los ciudadanos, sobre sus propiedades, y sobre todo lo más querido que hay en la sociedad para los hombres».

En fin, **ARGÜELLES**, advierte contra un exceso de independencia de los jueces, y pide «buscar un medio de limitar la autoridad judicial con importantes disposiciones»; entre otros medios propone el establecimiento de fórmulas para exigir «responsabilidad inmediata en los casos de abuso de autoridad, así como la represión de los delitos en los que los jueces y tribunales pueden incurrir».

Ateniéndose a todo este conjunto de inspiraciones sobre la reforma de la Justicia, las Cortes de Cádiz asentaron la estructura básica en la que habría de apoyarse todo el ordenamiento posterior, en el texto de la Constitución misma, y después en tres Decretos fundamentales. El CCI de 9 de octubre de 1812, por el que se aprobó el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia; CCXLIV, de 24 de marzo de 1813, que dictaba las Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos; y el LV, de 13 de marzo de 1814, por el que se aprobó el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia.

414.
*Inamovilidad y
responsabilidad de
los jueces.*

415.
*La nueva
regulación.*

Estas normas fundamentales servirían para inspirar la planta y el procedimiento de la Justicia tras la muerte de Fernando VII.

En el primero de los Decretos citados se perfila la figura del Juez Letrado de Primera Instancia, que será central en la nueva planta. Son funcionarios al servicio del Estado con carácter vitalicio, que debían «gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y la libertad política de la nación» (Decreto de 3 de junio de 1812).

Para la designación se aplicaría un criterio de continuidad con respecto de los que ocupaban plazas judiciales en la etapa inmediatamente anterior, salvo que no mereciesen la confianza del gobierno en cuyo caso cabía la posibilidad de seguir un procedimiento de suspensión. Pero, en general, se opta por la continuidad de los jueces existentes.

En el Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 1812, se describe el estatus personal de los jueces de primera instancia de un modo completo y, a nuestros efectos, resumido y expresivo: no podían durar en sus empleos más de seis años, pero no cesaban en sus funciones hasta ser designados para los nuevos destinos (artículo XXVIII, del Capítulo II); eran sustituidos en los supuestos de ausencia, enfermedad o muerte por el alcalde del pueblo en que residieran (artículo XXIX); debían gozar de un sueldo anual de once mil reales de vellón, más los correspondientes derechos de arancel (artículo XXV, Capítulo II); y el sueldo debía correr a cargo de los bienes propios de los pueblos o, en su defecto, de otros arbitrios que debían proponer las Diputaciones Provinciales, y ser aprobado por las Cortes. El territorio de su jurisdicción era el partido judicial. Los Jueces de Primera Instancia conocerían de todas las demandas civiles que pasaran de quinientos reales de vellón y de las causas penales con penas superiores a «alguna advertencia, reprensión o corrección ligera».

En el nivel siguiente en la organización judicial estaban las Audiencias, a cuya regulación se refería todo el Capítulo I del Reglamento de 9 de octubre. «Habrà una audiencia en cada una de las provincias de la monarquía que las han tenido hasta esta época», decía el artículo I del Capítulo citado. También se sigue una política de continuidad respecto de los magistrados que habrían de servirlos. Se dividen sus tareas, como en los juzgados, entre lo civil y lo criminal. Se añadía en el caso de las audiencias la atribución de facultades de orden adminis-

416.

La planta de la Justicia.

417.

Estatuto personal y competencias de los jueces de primera instancia.

418.

Organización y competencias de las Audiencias.

trativo para asegurar el funcionamiento de la Justicia, tales como las relativas a la suspensión y separación de jueces inferiores, las propuestas de aranceles, las de ordenanzas de régimen interior, la responsabilidad de los jueces, etc.

En fin, la Constitución había previsto la creación de un Supremo Tribunal de Justicia (artículo 259), que habría de ocupar la cúspide de la organización del poder judicial. En principio no tenía competencias jurisdiccionales propias, porque todas las causas debían concluir en las Audiencias, pero se le reconocían funciones muy relevantes como el recurso de nulidad contra Sentencias, las causas relativas a separación y suspensión de los Magistrados de las Audiencias; las causas criminales contra ellos y los propios miembros del Supremo, etc.

Ni el Tribunal Supremo se creó entonces, ni el arreglo del vértice de la Justicia se produciría hasta que, muerto Fernando VII, se acometiera otra vez la reforma. Principalmente la llevarían a cabo *seis Reales Decretos de 24 de marzo de 1834*. El primero de ellos dejó en suspenso el Consejo de Estado durante la menor edad de la Reina, ya que sus funciones estaban siendo desempeñadas por el Consejo de Gobierno que había creado el testamento de Fernando VII. El segundo suprimió los Consejos de Castilla y de Indias y en su lugar instituyó el Tribunal Supremo de España y de Indias. El tercero suprimió el Consejo Supremo de la Guerra y estableció el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de Extranjería. El cuarto suprimió el Consejo Supremo de Hacienda e instituyó el Tribunal Supremo de Hacienda. El quinto anunciaba una reforma inminente del Consejo Real y de las Órdenes militares. Y el sexto estableció el Consejo Real de España.

B) La prohibición general de que los jueces legislen y de la jurisprudencia creativa

Durante el Antiguo Régimen, los jueces interferían de diversas formas en el ejercicio de la función legislativa. La institución de las *remontrances* en Francia, que ya hemos estudiado, expresa la facultad de los parlamentos judiciales de paralizar la eficacia de la ley, no registrándola, y participar en el ejercicio de la función legislativa haciendo observaciones a las normas aprobadas por el Rey, para que fueran modificadas. Por otra parte los parlamentos ejercían también una función de carácter legislativo al dictar los denominados «*arrêts de règlement*». Son resoluciones adoptadas con ocasión de un caso particular, pero que formulaban una disposición general y obligatoria, que era adoptada siguiendo formas solemnes, que se refería a puntos no pre-

419.

El Tribunal Supremo.

420.

Las funciones normativas de los Tribunales del Antiguo Régimen.

vistos en el Derecho positivo o que precisaban una reforma y que, en lo sucesivo, se aplicaban con carácter general en todo el ámbito de la jurisdicción del tribunal. Eran por tanto verdaderos reglamentos, que tenían fuerza de obligar.

421.

La prohibición revolucionaria de que los tribunales interfieran en la legislación.

Contra estas facultades reacciona inmediatamente la Asamblea revolucionaria. El artículo 10 del Título II de la Ley 16-24 de agosto de 1790 decía que «los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación». Y añadía: «no podrán hacer reglamentos, pero se dirigirán a los cuerpos legislativos todas las veces que crean necesario, sea para interpretar una ley sea para hacer una nueva».

La primera cuestión que planteaba una prohibición de este género, tan nueva en la práctica judicial de aquel tiempo, era si suponía la prohibición total de que los jueces interpretaran las leyes. THOURET, el ponente de la ley citada aclaró en la Sentencia de 5 de julio de 1790 que la observación acerca de si se prohibía o no la interpretación, por fundada que estuviese, «no puede ser objeto de un artículo donde se trata únicamente de la división de poderes». Y precisa seguidamente cuáles habían sido las intenciones concretas de la Comisión que, según él, radicaban en descartar todos los actos que tuvieran interior o exteriormente la forma de un acto del cuerpo legislativo.

Durante los primeros años de vigencia de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 fue aplicada en el sentido de que exigía que se recurriera al legislador cada vez que se precisara interpretar una ley.

También con ocasión del debate de la Ley de 1790 la Asamblea se pronunció sobre el Tribunal de Casación. El proyecto de ley que lo regulaba se presentó a la Asamblea por LE CHAPELIER. La función que debe tener este Tribunal, quedó bien clara en la exposición de LE CHAPELIER: para él la función de reprimir a los jueces por sus desviaciones y faltas puede corresponder al ejecutivo. Pero la función de vigilar la correcta aplicación de las leyes corresponde al cuerpo legislativo. El Tribunal de Casación sería una instancia situada entre los tribunales y la ley justamente para ejercer dicha función de supervisión. La titularidad de la tarea corresponde al legislativo «porque tras el poder de hacer la ley viene naturalmente el de vigilar su observancia».

422.

El Tribunal de Casación, entre la ley y los tribunales.

El dilema que plantea esta intervención del poder legislativo en la función aplicativa de sus propias leyes es muy serio y difícil de compatibilizar con la división de poderes. Como ha resumido M. LESAGE, si el

control de conformidad de las decisiones judiciales a la ley perteneciera soberanamente al poder judicial, el órgano encargado de tal control podría adoptar la decisión de anularlas o no aplicarlas, lo que supondría la paralización del poder legislativo. Por el contrario, si el control de la legalidad de las decisiones judiciales perteneciese al poder legislativo, este, al casar una decisión que estime ilegal, se inmiscuiría en el ejercicio del poder judicial. En medio de este dilema el Tribunal de Casación es un compromiso que afectará indudablemente al principio de separación de poderes.

El Tribunal se estableció *«auprès du Corps législatif»*. Pero sus decisiones no tenían autoridad jurídica. Nada impedía a un tribunal repetir una decisión idéntica a otra que ya ha sido casada. Solo cuando dos veces se ha producido la casación, se prohíbe a un tercer tribunal que adopte otra nueva con el mismo contenido. El conflicto no lo resolverá entonces el Tribunal de Casación sino que habría de remitirlo al legislador para que se pronunciase. Esta solución técnica es la del denominado *référé législatif*. El artículo 21, párrafo 2, de la citada Ley de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, propuesta por LE CHAPELIER, instaurará el *référé législatif* en los siguientes términos: «cuando la sentencia haya juzgado en última instancia de la misma manera que en las dos primeras, la cuestión no podrá ser planteada al Tribunal de Casación si no ha sido sometida al cuerpo legislativo que, en este caso, dictará un decreto aclaratorio de la ley; y cuando el decreto haya sido sancionado por el Rey, el Tribunal de Casación se conformará a él en su sentencia».

El *référé législatif* será en los años sucesivos una fórmula que permitirá al legislador entrometerse en la función jurisdiccional y constituirá, sin ninguna duda, una excepción al principio de separación de poderes. En este sentido, han podido decir A. BESSON y P. ROUBIER que la separación de poderes no se hizo efectiva en Francia hasta que no se suprimió el *référé* mediante la Ley de 1 de abril de 1837.

La institución se recogería inmediatamente en la Constitución de 3 de septiembre de 1791, configurando el *référé* como obligatorio después de concluidas las dos primeras casaciones, según lo dicho. Subsistiría durante la Convención girondina que dura hasta 1793, y la de la Montaña que llega hasta 1794. A partir de la Convención de Thermidor, se manifiestan dos tendencias. Por una parte, la Convención anula las Sentencias del Tribunal de Casación, cuando le parece preciso, sin necesidad ni siquiera de motivar las resoluciones de anulación. Pero, por otra parte, empieza a ser frecuente que también la Convención anule resoluciones que tienden a hacer imposible el ejercicio de la

423.

La institución del *référé législatif*.

424.

El *référé* como excepción al principio de separación.

425.

Evolución del *référé* hasta su extinción en 1837.

Justicia o que adoptan medidas con carácter retroactivo que suponen la anulación de decisiones de los tribunales. Tanto durante el Directorio como bajo el Consulado, se conserva la institución del *référé législatif*, con algunas modificaciones, y a partir de la publicación del Código Civil de 1804, se abren mayores perspectivas a las facultades de interpretación de los jueces, porque el artículo 4 establecerá el principio, que se ha mantenido hasta hoy, de que «el juez que se abstuviera de juzgar, bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de Justicia». En fin, la supresión del *référé* llega con la Ley de 1 de abril de 1837.

426.

La oposición
a la jurisprudencia
interpretativa.

El blanco de la reacción de los revolucionarios franceses es abiertamente la jurisprudencia creativa de normas. Muchas manifestaciones de los parlamentarios demuestran su horror hacia la interpretación judicial. ROBESPIERRE lo expresaría de modo terminante: «la palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestra lengua. En un Estado que tiene Constitución y legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra que la ley». Y BERGASSE decía también el 17 de agosto de 1790: «se percibe sin esfuerzo que si la ley puede ser interpretada, aumentada o, lo que es lo mismo, aplicada a la medida de la voluntad particular, el hombre no estará bajo la salvaguarda de la ley, sino bajo el poder de quien la interpreta o aumenta».

Sin embargo, pese al ardor que expresan condenas como las transcritas, a pesar también de la repugnancia cierta que los parlamentarios sentían hacia los abusos de los tribunales del Antiguo Régimen, ni la prohibición de interpretación ni la institución del *référé législatif*, pueden ser interpretados como una prohibición absoluta de interpretación de los tribunales, sino una reacción concreta contra los denominados *arrêts de règlement*.

427.

Contra las
resoluciones
judiciales con
contenido
reglamentario.

Como ha señalado C. J. DE FERRIERE, cuando se planteó el problema del valor que debería reconocerse a la jurisprudencia de los parlamentos judiciales, se les atribuía a veces el papel de meras conjeturas. Pero cuando se trataba de resoluciones reglamentarias (*arrêts de règlement*), no cabía duda de que se estaba ante «decisiones de ámbito general adoptadas por los parlamentos que tenían el valor de ley en la jurisdicción del órgano judicial, en tanto que el Rey no decidiese lo contrario». Muchos parlamentos utilizaban esta jurisprudencia de *arrêts* como fuente de sus resoluciones. Como los *arrêts de règlement* se producían en el ámbito estricto de cada órgano judicial, eran objeto de una publicidad más que escasa, apenas eran conocidos y se transmitían mediante tradición oral y también en base a recopilaciones bastante inexactas, sometidas a todo tipo de manipulaciones. En el

siglo XVIII ya habría recopilaciones más oficiales como el *Journal du Palais*.

Los *Cahiers de Doléance* arremeten, como cabía esperar, contra ese tipo de prácticas. Solicitaban «que se proscriba lo que llaman jurisprudencia de las Sentencias, de donde procede una suerte de discrecionalidad en los juicios que no pueden y no deben fundamentarse más que en la ley». También se habla de la supresión de lo que denominan «jurisprudencia de Palacio».

Como, acto seguido, la Asamblea Constituyente, en la Declaración de 1789, proclamó el principio de legalidad de los delitos y las penas, no necesitaba hacer ninguna condena expresa de la jurisprudencia de *arrêts* que quedaba eliminada en virtud de aquel principio. Pero el artículo 12 del Título II de la Ley 16-24 de agosto de 1790 se preocupó, como ya se ha reseñado, de prohibir a los tribunales «hacer reglamentos». Se les ordenó acudir al cuerpo legislativo cada vez que necesitaran interpretar una ley o creyeran preciso que se hiciera una ley nueva. De esta manera no solo se legislaba contra la vieja práctica que ahora se trataba de proscribir, sino también se aseguraba la uniformidad en la aplicación del Derecho.

Respecto de esta uniformidad, es de notar que no se crearon por la Asamblea, según hemos explicado, tribunales de apelación jerárquicamente superiores, de manera que podía haber tantas jurisprudencias como tribunales de distrito (que eran 553 exactamente). Así pues, la uniformización en la aplicación del derecho no tenía otra vía posible que la restricción de la interpretación y la apelación al legislador para que aclarara en lo necesario las leyes. Tampoco se encomendaba esta función al Tribunal de Casación por las mismas razones contrarias a la interpretación judicial. Decía LE CHAPÉLIER que tampoco el Tribunal de Casación tendría que tener jurisprudencia. «Si esta jurisprudencia —añadía— de los tribunales, la más detestable de todas las instituciones, existiese en el Tribunal de Casación, habría que destruirlo».

Pero, según han demostrado cumplidamente M. TROPER, J. L. HALPERIN y otros, como el objetivo de la prohibición de interpretación eran fundamentalmente los *arrêts de règlement*, no fue difícil que paulatinamente, pese a las aparatosas declaraciones en contrario de algunos asambleístas, el Tribunal de Casación creara su jurisprudencia.

Al principio, las sentencias del Tribunal de Casación se parecían mucho al ideario de ROBESPIERRE: evocaban el texto de una ley, sin más comentarios ni explicaciones. La motivación se reducía al mínimo. Se citaba el artículo de una ley al que se oponía la sentencia examinada.

428.

El principio de legalidad y su incompatibilidad con las sentencias reglamentarias.

429.

Corrección de la heterogeneidad en la interpretación.

430.

Evolución de las decisiones de casación hasta el restablecimiento de la jurisprudencia.

Se declaraba la nulidad de la misma y apenas si se añadía ninguna consideración más.

Pero, poco a poco, el Tribunal fue creando un cuerpo de doctrina propio. Se aprovechó para ello de las lagunas y los silencios de las leyes que tenían que aplicar. La propia situación del ordenamiento jurídico revolucionario facilitaba una tarea creativa del Tribunal, porque la legislación del momento estaba dispersa, el Código Civil no aparece hasta 1804, y la renovación legislativa de las instituciones del Antiguo Régimen no se acompasó a la misma velocidad que la imaginación revolucionaria. Por ello el Tribunal está abocado a utilizar las costumbres del país e incluso el Derecho Romano para rellenar aquellos silencios y lagunas. Aparecen muchas sentencias en la época que están apoyadas en principios generales tomados directamente de máximas del Derecho Romano. Y, paradójicamente, es en el ámbito del Derecho más positivizado, el Derecho Penal, ámbito en el que la Declaración de Derechos se remite reiteradamente a las regulaciones legales, donde más desarrollo tiene la primera jurisprudencia del Tribunal de Casación. El Código Penal de 1791, permitía la casación de las sentencias criminales por «violación de las formas» o «falsa aplicación de la ley». Esta fórmula le daba a los tribunales una capacidad de discernimiento muy superior a la casación civil, que solo se admitía por «infracción expresa del texto de la ley». El uso de aquellos conceptos permitirían corregir las calificaciones de los hechos, precisar el sentido de los vocablos utilizados por el Código y desarrollarlos. Y la misma técnica se trasladaría luego a la casación civil para interpretar el Código.

Utilizando estas técnicas de casación, el Tribunal podía llegar con facilidad a la conclusión de que la ley había sido mal aplicada a causa de la mala interpretación de la misma que habían hecho los tribunales de distrito. Para evitarlo en lo sucesivo, formulaba la interpretación correcta, de un modo tan pormenorizado a veces que incluso se referían las resoluciones a las preguntas que podían hacerse a los jurados. Como la mala redacción de muchas leyes revolucionarias planteaba problemas de interpretación, el Tribunal tuvo un campo enorme donde desarrollar sus iniciativas.

La redacción escueta y llena de prudencia de las Sentencias iniciales, va cambiando progresivamente por otra en la que se hace mucho más extensa la motivación y se fundamentan las razones de la anulación. Empezarán a aparecer las denominadas «sentencias de principio». De nuevo, como en el caso de los viejos parlamentos abolidos, la jurisprudencia es creativa. La diferencia es que no contendrán las sentencias declaraciones que pretendan ser normas generales. Todas las

431.

Las sentencias de principio y el retorno de la jurisprudencia creativa.

sentencias se apoyarán en la ley y no pretenderán, como muchas resoluciones de los parlamentos, modificarla. Y, sobre todo, las declaraciones del Tribunal tendrán validez en toda Francia y no en el ámbito más restringido del territorio al que se extiende la jurisdicción de un tribunal concreto, como ocurrió en el caso de los parlamentos.

En fin, el desarrollo definitivo de la jurisprudencia del Tribunal de Casación, se produjo al mismo tiempo que declinaba la institución del *référé*. Con el tiempo también esta jurisprudencia, que al principio solo figuraba en panfletos impresos, empezó a recogerse a partir del año VII en el *Bulletin Officiel des Arrêts de la Cour de Cassation*.

Tendrían que pasar muchos años hasta que en el continente europeo las decisiones de los tribunales pudieran, otra vez, pronunciarse contra las leyes y anularlas. Pero en muy pocos años los tribunales pudieron recuperar unas amplias facultades de interpretación y desarrollar sus resoluciones completando las determinaciones de las normas.

C) Las matizaciones a la prohibición de que el legislador juzgue

Durante el Antiguo Régimen, cuando existía una perfecta confusión entre los poderes, era una prerrogativa del Rey el ejercicio de la Justicia. Los tribunales hacen Justicia en nombre del Rey y el propio Consejo del Rey ejerce atribuciones jurisdiccionales.

Por otro lado, el Rey se reserva la interpretación de sus ordenanzas. La fórmula que luego utilizan los revolucionarios de exigir a los jueces que reclamen la correcta interpretación de las leyes a la Asamblea, que acabamos de analizar, ya tenía precedentes en el Antiguo Régimen, puesto que, aunque al principio se concibe como una facultad de los jueces, *el recurso a la interpretación del Rey se convierte en una obligación a partir de una Ordenanza de 1667: «Si en nuestros procedimientos judiciales que estuviesen pendientes en nuestros tribunales surgiese alguna duda o dificultad sobre la ejecución de algunos artículos de nuestras ordenanzas, edictos, declaraciones y cartas patentes, les prohibimos interpretarlas, pero queremos que en este caso ellos se retiren y nos soliciten cuál era nuestra intención».*

Pero las interferencias más claras en la acción de la Justicia se producían durante el Antiguo Régimen por la vía de las avocaciones por un lado y de las cartas de justicia por otro.

Las avocaciones (a las que nos referimos más adelante, con detenimiento) pueden ser generales o particulares y permiten al Rey retirar

432.

La prerrogativa real de la Justicia.

433.

La interpretación real.

434.

La avocación de los procesos: clases.

de sus tribunales el conocimiento bien de determinadas clases de procesos, o bien casos concretos, de cuya resolución se ocupará el Rey en lo sucesivo. La avocación puede ser provocada por un particular o por el Rey mismo «*de propre mouvement*», *motu proprio*. El derecho de avocación se considera como inherente a la soberanía estatal. Como la Justicia se ejerce en su nombre por delegación, la avocación no es sino la recuperación de su derecho a juzgar. Su empleo dará lugar a múltiples abusos, sobre todo porque se aplicarán normas especiales a determinadas categorías de sujetos o se resolverán, al margen de la ley general, determinados tipos de causas.

435.

Las cartas de justicia o las excepciones singulares de la ley.

El segundo tipo de intervención importante en el ejercicio de la Justicia eran las cartas de justicia, mediante las cuales el Rey solía atenuar los rigores del Derecho común y permitir a los jueces que se pronunciaran en equidad, o también que se atenuara la severidad de la represión penal, ampliando los límites de la legítima defensa o dispensando del cumplimiento de penas, o anulando incluso las resoluciones de los jueces.

436.

La prohibición de ejercicio del poder judicial por el legislativo y el Rey.

Contra estas prácticas, naturalmente, reacciona también la burguesía revolucionaria en nombre de la ley general que exige un trato igual de todos los ciudadanos. En la Constitución de Cádiz la reprobación de las aludidas potestades está en el artículo 243: «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos». La regla viene del artículo 1 del Título III del Capítulo V de la Constitución francesa de 1791: «*Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le Roi*».

J. BARTHÉLÉMY y P. DUEZ hicieron un análisis de las diversas consecuencias de este precepto; a saber: las Cámaras legislativas no pueden dictar sentencias; el Parlamento está sometido al principio de cosa juzgada y, por tanto, no puede casar ni modificar sentencias judiciales; las Cámaras no pueden criticar una decisión judicial regularmente adoptada y definitivamente establecida, tampoco pueden inspirar el sentido de las decisiones de la Justicia.

Algunas posibles intervenciones del legislativo en la organización y funcionamiento del poder judicial se han mantenido a lo largo del tiempo y hasta hoy: la regulación misma del poder judicial y de sus órganos y el reparto de competencias (facultad básicamente constreñida por las limitaciones que imponen las Constituciones modernas, recogiendo principios que ya estaban en la Declaración de Derechos, sobre el derecho, por ejemplo, al juez natural predeterminado por

437.

Algunos restos de intervención legislativa en la justicia.

ley), las autorizaciones y el fuero especial establecido para el procesamiento de determinadas autoridades del Estado, y la facultad de indulto. No entraremos en el análisis detenido de ninguna de ellas, cuyo mantenimiento en manos del legislativo ha sido siempre sostenida con buenos fundamentos.

Contra lo que pugnan los miembros de las primeras Asambleas Constituyentes es contra la posibilidad de que las Cámaras juzguen directamente determinados asuntos o se interfieran en el ejercicio de la función jurisdiccional influyendo en sus decisiones, sustituyéndolas, o haciendo imposible su cumplimiento.

La evitación de que los legisladores asuman directamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales, también había motivado la preocupación de los constituyentes norteamericanos. Reaccionaban estos contra la práctica de los llamados *bills of attainder*. Se trataba de actos del legislativo que tomaban decisiones de Justicia, como por ejemplo imponer la pena de muerte sin seguir el procedimiento ordinariamente usado respecto de personas acusadas de cometer crímenes tan serios. También podía el legislativo imponer penas menores en cuyo caso sus decisiones se adoptaban mediante un *bill of pains and penalties*.

MONTESQUIEU, tratando en el Capítulo XIX del Libro XII de *L'Esprit de les lois* sobre «*comment on suspend l'usage de la liberté dans la république*» alude a esta práctica inglesa de los *bills of attainder*. Y la práctica se tendría en cuenta en la elaboración de la Constitución estadounidense a la que se incorporaron dos *bills of attainder clauses*. Una se aplica a los Estados y otra al gobierno federal. Con ellas se prohíbe a los Estados o al legislativo federal asumir funciones judiciales y conducir procesos. En consecuencia, prohíbe a los legislativos que apliquen, a concretos ciudadanos o a grupos, cualquier castigo sin seguir un procedimiento judicial.

Superada esta práctica desde las primeras constituciones, las interferencias del legislador en la función jurisdiccional más notables que han quedado en las prácticas del Derecho contemporáneo son, sin duda, las leyes interpretativas y las de ratificación o validación.

Las leyes interpretativas son continuadoras de la práctica de la intervención del legislador en la aclaración de los contenidos de las normas que produce, práctica de la que también fue expresión el *référé législatif*, que se ha analizado en el apartado anterior, hasta su supresión en 1837.

438.

La prohibición de intervención en EEUU: los bills of attainder.

439.

La práctica de las leyes interpretativas: continuidad.

Pero cuando desaparece el *référé*, el legislador mantendrá ocasionalmente su vocación de inspirar las resoluciones judiciales estableciendo, con carácter general, el sentido de sus regulaciones cuando lo considera preciso. Algunas de estas leyes interpretativas, como puso de manifiesto DUGUIT, han tenido por objeto privar a los tribunales del conocimiento de pretensiones que les habían sido sometidas válidamente en aplicación de normas vigentes.

Pero en la práctica constitucional francesa se han mantenido tanto las leyes interpretativas como la polémica sobre su constitucionalidad.

La contestación de las leyes interpretativas se ha vinculado, sobre todo, al rechazo de la retroactividad de las normas. Toda la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el principio de no retroactividad de las leyes no se aplica a las leyes interpretativas, aunque todas reconocen que los efectos de la ley interpretativa se remontan a la fecha de la ley interpretada. «La ley interpretativa hace cuerpo con la ley que interpreta» (Baudry LACANTINERIE); «el principio de no retroactividad de las leyes sufre una excepción... cuando la ley es interpretativa» (H. MAEZAUD); «la interpretación propiamente dicha no consiste en reemplazar una ley oscura por una ley clara, sino en asignar un sentido determinado a la ley oscura» (BARTHÉLÉMY). Aunque algunos autores como J. REYMOND y ROUBIÈRE han identificado muchas clases de leyes interpretativas y puesto en duda algunos extremos de la doctrina clásica.

Cuando las leyes se dictan con la sola finalidad de interpretar, y se califican a sí mismas como interpretativas, se plantea el problema de si el legislador tiene la facultad constitucional de dictar leyes con el indicado único objeto. El Tribunal de Casación francés consideró, desde el año VII, que el *référé législatif* era el único caso en el que el cuerpo legislativo podía participar indirectamente en el poder judicial, y que con la supresión, a partir de 1837, de dicha institución había dejado a los tribunales la exclusiva de la interpretación de las leyes.

Algunos autores sostuvieron que aquella era la solución más coherente con el principio de separación de poderes (ROUBIER, ROLLAND). Pero la mayor parte de la doctrina opinó que la supresión del *référé législatif* no había supuesto también una abolición de la interpretación legislativa en general, considerada comúnmente como una necesidad y también una potestad incondicionada del legislador.

Situada así la cuestión, el problema sobre el que se ha debatido es justamente el de saber si los jueces y tribunales están vinculados por las declaraciones interpretativas del legislador. En Francia algunos

440.

La constitucionalidad de las leyes interpretativas.

autores han aceptado la teoría, admitida corrientemente, según la cual la ley interpretativa rige los hechos ocurridos después de la promulgación de la ley interpretada, y admiten que el juez está en el derecho de no aplicar como ley interpretativa una ley que no existía cuando los hechos se produjeron. Pero este es el problema de retroactividad o no de la ley interpretativa sobre la que se han vertido opiniones contrapuestas (DUGUIT, ROUBIER, MARTY, RAINAUD). Sin embargo todas las tesis doctrinales distinguen entre las «falsas leyes interpretativas» y las verdaderas. Las primeras son aquellas calificadas como tales por el legislador pero que, en verdad, no lo son, porque incorporan mandatos normativos nuevos. LESAGE ha examinado estas polémicas para concluir que las diferentes tesis sobre las leyes interpretativas deben ser todas rechazadas a la luz del principio de la no intervención del legislador en el contencioso judicial y administrativo. Desde este punto de vista, según él, la concepción de la ley interpretativa retroactiva ha perdido toda base jurídica desde la supresión del *référé* en 1837. El juez debe considerar como una cuestión de principio que el legislador no puede intervenir en los asuntos sometidos a los tribunales. Y, en este sentido, no debería dar lugar a las leyes que pretenden fijar interpretaciones con carácter retroactivo.

En tiempos mucho más recientes, el ejemplo más célebre dado en Francia de ley interpretativa es la de 11 de diciembre de 1956 (anteriormente, al final del siglo XIX, el caso más notable de interferencia del legislativo en un asunto judicial es el caso *Dreyfus*), mediante la cual el legislador puso en cuestión la doctrina mantenida por el Consejo de Estado en su célebre *arrêt* de 16 de diciembre de 1955 (*Epoux Deltel*). En este *arrêt* el Consejo de Estado había considerado que tenían naturaleza administrativa unas comisiones que habían sido creadas para repartir las indemnizaciones acordadas por Polonia, Checoslovaquia, Hungría y Alemania a las víctimas francesas de las nacionalizaciones efectuadas en estos países. La citada Ley de 1957 dijo, sin embargo, que tenían naturaleza jurisdiccional, consideración que se impuso al Consejo de Estado.

En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo había mantenido con normalidad la doctrina de que las leyes interpretativas no tienen ningún contenido innovativo de manera que no plantea ningún problema reconocer que tienen efectos desde que se dictó la norma interpretada o aclarada (Sentencias de 7 de junio de 1966 y 24 de septiembre de 1969). Sin embargo, el Tribunal Constitucional a partir de su famosa Sentencia de 5 de agosto de 1983, mantuvo una postura radicalmente contraria a las leyes meramente interpretativas.

441.

La retroactividad de las leyes interpretativas.

442.

Ejemplos en Francia.

443.

Leyes interpretativas y jurisprudencia constitucional.

Esta innovadora doctrina, que aplica al legislador una restricción que no resulta directamente de la Constitución, la justificó el Tribunal Constitucional afirmando que las leyes meramente interpretativas reducen «las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola» y, al hacer tal cosa, completan «de hecho la obra del poder constituyente y se sitúan funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos».

Se apunta esta doctrina del Tribunal Constitucional, carente de todo matiz (ni siquiera maneja la hipótesis de que las leyes interpretativas no reduzcan, como dice, las distintas alternativas del texto constitucional, ni se plantea tampoco el valor que las leyes interpretativas pueden tener para los tribunales), a la versión más rígida del principio de separación de poderes que impide cualquier intervención del legislador en la tarea aplicativa de las normas, incluso por la vía aclaratoria. Al menos cuando la materia a que se refiere la ley interpretativa es de naturaleza constitucional.

Con todo, la más importante interferencia del legislativo en la función jurisdiccional que se ha desarrollado desde el siglo XIX y se ha conservado viva hasta la actualidad, es la práctica de ratificar o convalidar decisiones o normas irregulares o nulas, adoptadas por los poderes públicos, para impedir que conozcan de ellas los tribunales, que dicten sentencias condenatorias o, en su caso, que las sentencias dictadas se cumplan.

Con mayor o menor extensión en los diferentes países europeos se han usado las validaciones desde el siglo XIX, llamadas entonces normalmente leyes *ex post facto* o leyes de ratificación, para preservar determinadas situaciones individuales, normalmente atinentes a los funcionarios (por ejemplo, su situación estatutaria o de carrera), asegurar ingresos públicos puestos en cuestión en base a intereses privados, o también para evitar las dificultades que para los intereses públicos pudiera generar la ejecución de determinadas decisiones judiciales.

Con carácter general en las decisiones que ya ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las interferencias del legislador en la función jurisdiccional (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, 12 de octubre de 1997, 22 de octubre de 1997, 28 de octubre de 1999, etc.) no se aplica una versión absolutamente rígida de la división de poderes. Por ello se siguen aceptando las validaciones legislativas siempre que vengan motivadas por la necesidad de

preservar intereses que tengan relevancia constitucional. Si el legislador aprecia soberanamente tal circunstancia, los tribunales constitucionales y el Tribunal Europeo tienden a mantener sus decisiones, si el procedimiento seguido para adoptarlas ha sido regular.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JUSTICIA

A) **Las opciones del primer constitucionalismo sobre el control judicial de las resoluciones administrativas. La implantación de la regla «juzgar a la Administración es también administrar»**

Como ya hemos estudiado, y resumió certeramente TOCQUEVILLE, en Francia hasta el fin del Antiguo Régimen «el Rey se introducía sin cesar, en la esfera de la Justicia». Era el juez supremo, de manera que las funciones jurisdiccionales que ejercían los Parlamentos y la *Curia Regis* no constituían sino una delegación susceptible de revisión continua. El Rey podía adoptar decisiones judiciales y sustituir las que dictasen los jueces por las suyas propias. La fórmula de avocar procesos, retirándolos del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se empleaba continuamente. Del mismo modo el Rey podía dictar *lettres de justice*, y también *lettres de cachet*, que suponían la anulación o la privación de efectos de decisiones adoptadas por los órganos judiciales. Por su parte, los parlamentos interferían también continuamente en el funcionamiento de la Administración. Incluía esta interferencia el poder de hacer reglamentos, el del registro de las normas, y la facultad de dirigir observaciones o *remontrances*, que ya hemos estudiado, facultades todas ellas que se reconocieron a los parlamentos de un modo amplio y que llegan en activo hasta finales del Antiguo Régimen.

Aunque existe una diferenciación durante el Antiguo Régimen entre la función administrativa y la judicial, no puede hablarse de separación de poderes. Incluso la separación entre el Consejo del Rey y el Parlamento no tiene otro sentido que el de dividir el trabajo. Los parlamentos no dudan en interferirse en la función administrativa y el Consejo del Rey trata de asumir para sí tal función en exclusiva. Un régimen especial empiezan a recibir, no obstante, los contenciosos en que es parte la Administración. Se trata, fundamentalmente de centralizar el conocimiento de estos contenciosos, velando por la protección de los intereses generales e impidiendo que puedan conocer de ellos juzgados y tribunales repartidos por toda Francia (J. LAFERRIÈRE).

444.

Los orígenes del régimen especial de los contenciosos en los que es parte la Administración.

445.
«Juzgar a la
Administración es
también
administrar».

De esta manera, los jueces son paulatinamente relegados al campo específico de las contiendas civiles entre los ciudadanos marginándolos del conocimiento de pleitos en los que es parte la Administración. Desde el reinado del Luis XIII, el principio «el contencioso sigue a la Administración» o la regla «juzgar la Administración es también administrar», están ya establecidos. Estos últimos principios cobran toda su fuerza en el siglo XVII en el que queda estructurada una especie de justicia administrativa no disociada de la Administración activa. Del ejercicio de la función contenciosa se ocupan, en efecto, en el escalón local, los intendentes. Su competencia en este plano contencioso es muy amplia. Le corresponden, como resumió D'AUBE en 1738, «toda jurisdicción que no haya sido especialmente atribuida a cualquier otro tribunal, y el derecho de inspección y de persecución sobre todo lo que pasa en las oficinas de finanzas, en los presidios y en todas las jurisdicciones reales subalternas».

Los parlamentos mostraron siempre su disconformidad, expresada con la mayor energía, con las funciones contenciosas encomendadas a los intendentes.

En el escalón central, el Consejo del Rey era competente para las cuestiones de legislación, del gobierno y finanzas, y conserva, además, funciones jurisdiccionales. Aunque se ensayaron diversas reformas durante todo el siglo XVIII, la posición y funciones de este Consejo se mantienen en los términos generales indicados.

446.
*Medidas para
preservar la acción
administrativa de
las intromisiones de
los tribunales.*

Las facultades de avocación de litigios y de reforma de resoluciones judiciales, que eran las formas de interferencias más graves en la actividad de los tribunales durante el Antiguo Régimen, son suprimidas por los Decretos de 15 y 20 de octubre de 1789 en Francia.

Pero esta reacción projudicial va acompañada de la preocupación de los revolucionarios por preservar la acción administrativa de la interferencia del poder judicial.

THOURET resume la situación en la sesión de 24 de marzo de 1790: «Uno de los abusos que han desnaturalizado el poder judicial en Francia era la confusión de funciones que le son propias con las funciones incompatibles e inmutables de otros poderes públicos. Rival del poder administrativo, perturbaba las operaciones parando su movimiento e inquietando a los agentes».

A la vista de lo cual se propone dar una solución al problema del contencioso-administrativo, acomodándolo a los nuevos principios de separación.

J. CHEVALLIER es uno de los últimos autores que con más profundidad ha estudiado las alternativas que manejaron los revolucionarios para dar una solución a este problema. El punto final, como es conocido, será el artículo 13 de la Ley sobre la organización del poder judicial de 16-24 de agosto de 1790 donde se dice, como ya hemos recogido en epígrafes anteriores, que «las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevarización, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

Antes de llegar a esta solución, los acontecimientos principales fueron los siguientes. Las proposiciones que sostienen mayoritariamente los *cahiers de doléances* son señaladamente judicialistas. Reclaman que de los litigios que se susciten con ocasión de la actividad administrativa conozca el poder judicial. Esta posición es consecuencia de la pretensión, mantenida de un modo insistente en esta primera época revolucionaria, de la aplicación del principio de unidad de jurisdicción, que evite la existencia de tribunales especiales de cualquier clase. De modo que la repercusión de tal regla sería la supresión de las jurisdicciones administrativas encomendando el contencioso administrativo a los tribunales ordinarios. La mayoría de la Asamblea se mostraba favorable a esta solución. Pronunciarse sobre los contenciosos que se generan con ocasión de la actividad administrativa es decidir sobre un litigio y, por tanto, ejercer una función jurisdiccional. Por consiguiente, la interpretación lógica del principio de separación de poderes implica la unidad de la función jurisdiccional. El Informe Bergasse de 17 de agosto de 1789, dado en el marco del primer Comité de Constitución, se suma a esta concepción proponiendo la supresión de todos los tribunales de excepción, excepto los consulares. En la misma línea se manifiesta el *rapport* que presenta THOURET unos meses después. Proponía, en particular, crear un tribunal especial con competencia en materia de elecciones, impuestos directos e indirectos, *travaux publics* y *police de la voirie*. Este tribunal de administración se configuraba como un tribunal judicial, aunque especializado, no como un tribunal administrativo. No obstante lo cual, los miembros de la Asamblea consideran que rompía el criterio de la unidad jurisdiccional, y por ello fue severamente criticado. SIÉYÈS intervino para proponer la unidad total de jurisdicción, frente a cualquier pretensión de crear tribunales especializados. CHABROUD insiste en la competencia general de la jurisdicción ordinaria. El Comité elaboraría un nuevo proyecto que se presenta el 5 de julio de 1790 que retoma pura y simplemente la fórmula del tribunal de administración. Pero vuelve a oponerse a ello una fuerte

447.

La separación de las funciones judiciales y administrativas.

448.

Antecedentes de la separación.

449.

Informes y debates sobre las reformas de la Justicia y los contenciosos de la Administración.

crítica, de la cual es muy expresiva la intervención de PEZOUS. Propone este una nueva solución que consistiría en la atribución del contencioso administrativo a los directorios de departamento y de distrito. De acuerdo con esta fórmula, los contenciosos administrativos se resolverían por la Administración activa pura y simplemente. Ante las dificultades de encontrar una opción que concilie todas las opiniones, THOURET propone que se reenvíe el tema al Comité de Constitución; y el 16 de agosto de 1790 se aprueba el proyecto de ley sobre organización del poder judicial, que deja aún pendiente el tema del contencioso administrativo. Ya a finales del mes de agosto se reanuda el debate en la Asamblea, hasta que el 6 de septiembre de 1790 se vota un proyecto que sería la solución definitiva: atribución del contencioso administrativo a los cuerpos administrativos y a los tribunales de distrito. En el reparto se llevaba la mejor parte la Administración activa.

450.

Los fundamentos de la solución establecida sobre el control de la actividad administrativa.

Diferentes especulaciones se han hecho sobre los posibles fundamentos de la solución adoptada por la Asamblea para la organización del contencioso administrativo. CHEVALLIER ha resumido las explicaciones que parecen más razonables: en primer lugar, para la separación del conocimiento del contencioso administrativo de la justicia ordinaria, jugó pesadamente la desconfianza existente en la época en relación con los tribunales ordinarios. En segundo lugar, tuvo gran influencia la preocupación de los revolucionarios por asegurar a la Administración libertad de acción y unas condiciones de vitalidad e independencia que no había tenido durante el Antiguo Régimen. Se pretendía, desde luego, impedir que los tribunales, con ocasión de conocer de contenciosos en los que era parte la Administración, pudieran interferir de alguna manera en la función de administrar. Y en tercer lugar, estuvo bien presente al asumir una solución definitiva, la tradición del Antiguo Régimen. Los revolucionarios sin duda tendrían en cuenta que en la tradición monárquica siempre había tenido el ejecutivo una posición jurídicamente exorbitante en todos los litigios que se trababan entre el poder público y los ciudadanos. Lo que implantan, en definitiva, los revolucionarios es, pese a los deseos expresados de unidad de jurisdicción, una regla que procede del Antiguo Régimen: «*juger l'Administration c'est encore administrer*».

El sistema se completaría por Napoleón, algunos años después, mediante la creación del Consejo de Estado que institucionaliza el artículo 52 de la Constitución de 22 frimario del año VIII.

Pero la posición privilegiada que la Administración ostentará en lo sucesivo ante la Justicia, no queda completamente explicada con la adopción del peculiar sistema de separación que acaba de describirse.

No hay en la Ley de 16-24 de agosto de 1790, ni en la de 6-7 y 11 de septiembre del mismo año, ni en las disposiciones que las suceden inmediatamente, base para explicar cómo la jurisdicción administrativa termina por configurarse como una jurisdicción de segunda instancia, que examina los actos administrativos que han declarado derecho y han resuelto ejecutivamente, en su caso, las correspondientes controversias.

La explicación de esta peculiaridad es puramente fáctica, y se encuentra en el desarrollo de la teoría del ministro juez.

La doctrina fue desconocida en los tiempos del Primer Imperio, pero surgió en un momento en que la autoridad del Consejo de Estado frente a los ministros empezó a debilitarse. En aquel primer tiempo, el Consejo de Estado negaba a los ministros cualquier ejercicio de la función jurisdiccional relegándoles a funciones administrativas exclusivamente. Sin embargo esta situación cambiaría en la medida en que las relaciones entre los ministros y el Consejo de Estado se estabilizan. A partir del año XII empieza a reconocerse que los administradores que han recibido de la ley el derecho de pronunciar condenas o de adoptar medidas coactivas son «verdaderos jueces». Los *arrêts Chenantaïs* de 22 de mayo de 1813 y *Rey* de 26 de marzo de 1814, ya hablan de decisiones administrativas adoptadas «en primera instancia» y refieren las vías de oposición que pueden ser empleadas contra ellos. De esta forma, el Consejo de Estado va renunciando a su condición de juez contencioso de primera instancia, y entregando esta función a la Administración activa. Esa tendencia se confirmará a medida que el Consejo empieza a demostrar más debilidad en su posición política durante el período inmediato de la Restauración. La jurisprudencia calificará al ministro de juez de Derecho común, y autores como MACAREL considerarán que la regla había prendido definitivamente en el sistema contencioso francés. El Consejo de Estado utilizaría a partir de entonces los conceptos de «sentencia» y de «cosa juzgada» aplicándolos a algunas decisiones ministeriales.

Al lado del ministro, juez de Derecho común, el prefecto, el subprefecto y el alcalde conocen también de contenciosos y deciden sobre los derechos de los administrados, aunque lo hagan solo en supuestos especiales.

La teoría del ministro-juez así establecida, traerá consigo que un órgano de la Administración activa pueda resolver controversias de tipo contencioso. Y, además, que lo haga de un modo previo, antes de que conozcan del mismo asunto los órganos especializados en el con-

451.

La formación de los demás privilegios de la Administración ante la Justicia.

452.

La doctrina del ministro juez.

453.

La resolución, en primera instancia, de contenciosos por la Administración activa y su eliminación final.

tencioso administrativo. La situación perdería, sin embargo, fuerza a partir de 1860 y las funciones típicamente jurisdiccionales del ministro desaparecerán finalmente cuando la Ley de 1872 confíe al Consejo de Estado la jurisdicción contenciosa delegada, es decir, en toda su plenitud. En fin, el cierre de este período vendrá con el famoso *arrêt Cadot* de 13 de diciembre de 1889. El asunto no era de mucha importancia, pero creó una gran jurisprudencia. Un ingeniero del Ayuntamiento de Marsella reclamó por la supresión de un puesto de trabajo. La reclamación se formuló ante el ministro y este se abstuvo de resolverla, decisión administrativa que fue confirmada por el Consejo de Estado por entender que el conocimiento de un asunto contencioso no correspondía a la competencia del ministro.

454.

Las funciones contenciosas del Consejo de Estado.

La otra gran institución que caracteriza la jurisdicción contencioso-administrativa francesa en sus inicios, es el Consejo de Estado. Su principal problema en la primera etapa de desarrollo es su estatus de dependencia respecto del poder ejecutivo, que no le garantiza una posición de suficiente autonomía o independencia.

Durante la época napoleónica, el Consejo está vinculado al desarrollo de las funciones ejecutivas que corresponden al emperador. Sobre todo se ocupa de supervisar la actividad de los ministros. Con el apoyo inmediato del emperador, el Consejo se convierte en una especie de superior jerárquico de toda la Administración. Como dijo Aucoc, estaba «asociado a la gloria del emperador». Dependiendo, por tanto, su fuerza, del mantenimiento de la situación política, de la propia situación de preeminencia que el emperador, del que derivaba su poder, tenía. Con la caída de Napoleón también el Consejo queda en desgracia. Su debilitamiento lo situará en una posición de inferioridad respecto de toda la Administración activa. En este período de gran crisis, el Consejo procurará ejercer sus funciones con una extremada prudencia, lo que le valdrá realmente el mantenimiento de su prestigio y el reconocimiento general de su utilidad como órgano de control.

455.

La lucha por la autonomía y la independencia del Conseil d'État.

El Consejo, en fin se acomodará a los vaivenes de la política. D. DUPEYROUS ha recordado algunos de estos vaivenes de los primeros tiempos: los consejeros de Estado que había escogido Napoleón prestaron juramento el 4 nivoso del año VIII; sin embargo en febrero de 1814, la mayor parte de ellos, antes incluso de que la abdicación de Bonaparte fuera oficial, se había aliado con los Borbones, prestando juramento colectivo al gobierno provisional el 11 de abril de 1814. La mitad serán eliminados por el nuevo Consejo de Estado establecido por una Ordenanza firmada el 29 de junio de 1814 por Luis XVIII. La otra mitad había prestado ya juramento, pero cuando Napoleón

regresa de la isla de Elba reorganiza el Consejo por Decreto de 24 de marzo de 1815 y no descarta del mismo sino a algunas personalidades muy comprometidas con la Primera Restauración. Los demás, le prestan de nuevo juramento de fidelidad el 14 de abril de 1814.

Bajo la Segunda Restauración se plantea abiertamente que no puede aceptarse que exista una jurisdicción sin independencia. RENOUX ha subrayado que había una explicación clara para que no se reconociera inamovilidad a los miembros del Consejo: «los partidarios de esta concepción (de reconocimiento de inamovilidad a los Consejeros) pierden necesariamente de vista que el Consejo de Estado no es un poder político en el orden constitucional, que no es un tribunal, que no dicta sentencias, que no emite sino informes; que estas opiniones no se convierten en un cuerpo, no constituyen una decisión obligatoria para los interesados, sino después de que un ministro ha propuesto al Rey firmar una ordenanza que refrenda comprometiendo su propia responsabilidad. ¿Qué quedaría de la responsabilidad de los ministros si existiera un poder situado por debajo de ellos que pudiera reformar sus decisiones y no pudiera ser reformado él mismo?».

El Consejo de Estado, durante todo el tiempo en que ostenta una jurisdicción «retenida» es decir, que no le pertenece como propia, sino que se concreta en formular propuestas al titular de la jurisdicción, que es el Rey, está en una situación de debilidad notoria. Sin embargo cuando se instaura la justicia administrativa delegada, a partir de la Ley de 24 de mayo de 1872 («el Consejo de Estado estatuye soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa»), su fortalecimiento del órgano e independencia se hacen mucho más firmes.

B) El problema del control jurisdiccional de la Administración en el primer período constitucional español

Por lo que concierne a España, el planteamiento de cómo debe organizarse la relación entre la Administración y la Justicia, en el sentido de si debe ocuparse la Justicia ordinaria del enjuiciamiento de las decisiones de la Administración, se desarrolla en los primeros años del período constitucional en términos muy similares a los que se acaban de describir en el caso francés.

Ya hemos notado más atrás que el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 había explicado que no convenía que en el mismo momento constituyente se adoptaran decisiones definitivas sobre la

456.

La jurisdicción delegada.

457.

La solución al problema de las relaciones de la Administración con la Justicia en España.

458.

Cádiz: el aplazamiento de las reformas de la Justicia.

organización del poder judicial y el desarrollo y características de la función que ejercen los jueces y tribunales. La reforma de la Justicia es una cuestión que, en el sentir del autor del Discurso Preliminar, debe meditarse más tranquilamente y ser cuestión que se desarrolle en normas a aprobar en los años sucesivos.

459.

La aparente aplicación estricta de la separación de poderes.

Por lo cual, apenas si pueden encontrarse matizaciones en el texto de la Constitución gaditana a la idea de que la función jurisdiccional es exclusiva, al principio, igualmente sin quiebra, de que los demás poderes, legislativo y ejecutivo, no pueden asumir su ejercicio ni interferirse en las decisiones de los órganos judiciales, ni tampoco a la regla de la unidad de la jurisdicción, que implica, como también en Francia, una actitud opuesta a las jurisdicciones especializadas.

460.

La reserva plena de la función jurisdiccional a los tribunales.

Los principios, como tales principios, están claros en el texto de la Constitución. Otra cosa es que no puede desconocerse que la práctica, ya durante estos primeros años del constitucionalismo español, se desenvuelva por derroteros no acordes con los principios que la Constitución expresa. Ocurre esto porque la aplicación de la Constitución no evita que sigan funcionando órganos jurisdiccionales especializados que quebrantan de un modo evidente las pretensiones unificadoras que los constituyentes gaditanos mantienen.

La primera declaración a propósito de lo que nos ocupa que formulan las Cortes es la que se contiene en el Decreto I de 24 de septiembre de 1810 donde se establece la separación de poderes con carácter general, de la que podría deducirse la asignación en exclusiva al poder judicial de toda la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo mismo que las Cortes, en aquel famoso Decreto, «se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión».

Los principios que viene a establecer la Constitución de 18 de marzo de 1812, subrayan la plena reserva de la función judicial en favor de los tribunales: «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley», dirá el artículo 17 de la Constitución. Lo cual, queda reiterado en el artículo 242: «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales». La exclusividad, aún se reitera con fórmulas como las que aparecen en los artículos 243 y 244, ya estudiados, donde se prohíbe a las Cortes ejercer funciones judiciales, avocar causas o mandar abrir juicios fenecidos. A los jueces les corresponde, por tanto, exclusivamente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y además se les prohíbe inmiscuirse en cualquier otra función.

Por lo demás, esta configuración del poder judicial en la Constitución gaditana, separado y alejado de la influencia de los demás poderes, y detentador exclusivo de la función de juzgar, quedará patente en otras regulaciones que tienden a asegurar la independencia de la Justicia y la extinción de los fueros especiales.

En cuanto a la independencia de la justicia, ya el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo aprobado por Decreto XXIV, de 16 de enero de 1811, procuraba, en el artículo 2 del Capítulo III el aseguramiento de la independencia de los miembros de los tribunales: «El Consejo de Regencia no podrá deponer a los ministros de los Tribunales Supremos, ni inferiores, ni demás jueces subalternos sin causa justificada; pero podrá suspenderlos como con justa causa, dando parte de ello a las Cortes antes de publicarlo; tampoco podrá trasladarlos a otros destinos contra su voluntad, aunque sea con ascenso, a no mediar justa causa, que hará presente a las Cortes».

Respecto de la extinción de los fueros especiales, la Constitución la declara en el artículo 248: «en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas». Regulación que es ampliamente explicada en el Discurso Preliminar, donde se puede encontrar una queja sobre «el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia Constitución». De tal crítica derivará una de las pocas reformas claras que el Discurso Preliminar acoge, como es la reducción a una sola la jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales.

De los preceptos de la Constitución, y de las normas que aprueban inmediatamente después, como está suficientemente demostrado y aceptado por nuestra doctrina (A. NIETO, R. PARADA, A. GALLEGO, J. A. SANTAMARÍA, J. R. FERNÁNDEZ, etc.) no hay ningún atisbo de ruptura del principio de unidad de jurisdicción, ni de atribución de la función de juzgar los litigios en los que es parte la Administración, a algún órgano distinto de la propia jurisdicción ordinaria. Aparentemente no se plantean en España problemas de confianza hacia los tribunales (es bien explícito el Discurso Preliminar, cuando anuncia que no pretende hacer una reforma en profundidad de la Justicia), ni es por tanto una necesidad inminente la creación de un orden jurisdiccional especializado en el conocimiento de las causas en las que es parte la Administración.

Las normas que desarrollan la organización de las audiencias y juzgados, son bien expresivas de cómo realmente la función jurisdiccional

461.

El alcance general y las excepciones del monopolio de la función de juzgar.

se atribuye a los órganos jurisdiccionales ordinarios aun en los casos en que tienen que resolver dicha clase de litigios administrativos.

Las pruebas más contundentes están en el Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 9 de octubre de 1812, que, desarrollando lo establecido en los artículos 249, 250 y 278 de la Constitución, decía, en su artículo XXXII del Capítulo II, lo siguiente: «No debiendo haber, según lo dispuesto en la Constitución, más fueros privilegiados que el eclesiástico y militar, cesarán en el ejercicio de la jurisdicción todos los demás jueces privativos de cualquier clase; y cuantos negocios civiles y criminales ocurran en cada partido, se tratarán ante el juez letrado del mismo y los alcaldes de los pueblos, como se previene en esta ley. Exceptúanse sin embargo los Juzgados de Hacienda pública, los consulados y los tribunales de minería, que subsistirán por ahora según se hallan hasta nueva resolución de las Cortes». De todos los negocios administrativos, los únicos que se excluyen de la competencia general de la jurisdicción ordinaria, según la prescripción que acaba de transcribirse, son los relativos a Hacienda Pública, consulados y minería. Y ello no de un modo definitivo sino hasta que el sistema tributario no se reforme de raíz. Por ello, dicha excepción será eliminada, coincidiendo con la reforma del sistema de rentas provinciales, efectuada el 20 de mayo de 1813, mediante un Decreto de 13 de septiembre de aquel año. Este Decreto somete también a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los negocios de Hacienda, ajustándose así completamente a los principios constitucionales sobre unificación de todo el sistema judicial. El artículo 1 del citado Decreto de 13 de septiembre decía: «todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública sobre contribuciones, pertenencia de derechos, reversión e inoperación, amortización, generalidades, correos, patrimonio real, contrabando, débitos de los empleados en el ejercicio de sus funciones y las demás causas y pleitos de que han conocido hasta ahora los intendentes y subdelegados de rentas y el Consejo suprimido de Hacienda, se proveerán en las provincias conforme al artículo 262 de la Constitución, sustanciándose y determinándose por jueces letrados y en segunda y tercera instancia por las audiencias respectivas así de la península como de ultramar».

462.
El sometimiento de los asuntos de Hacienda a la jurisdicción ordinaria.

La situación, no obstante, no se mantendría por mucho tiempo en el estado de concentración descrito. Cuando se produzca la segunda apertura de nuestro país al constitucionalismo, durante el Trienio Liberal, quebrará definitivamente tan rigurosa ordenación unitaria implantándose especialidades jurisdiccionales no solo para el conocimiento de los negocios contenciosos de Hacienda sino también en relación

con muchos otros ramos de la Administración, lo que supondrá la privación de la competencia a los tribunales ordinarios. Este nuevo cambio tendrá una expresiva manifestación en lo dispuesto por el Decreto de 17 de mayo de 1821, que devuelve el conocimiento de los contenciosos de Hacienda a su estado preconstitucional, ordenando la inhibición de los jueces en estos asuntos y otorgando plena facultad resolutoria a los intendentes. Se restablece, por tanto, el régimen establecido en las viejas Ordenanzas de Intendentes, regulación que procede de la de 13 de octubre de 1749.

La conquista de una jurisdicción especial para la Hacienda será ya irreversible; los negocios en que fuera ella parte quedarán sustraídos en lo sucesivo a la competencia de los tribunales ordinarios.

C) La separación de la Administración y la Justicia ordinaria y la formación del contencioso-administrativo en España

La ruptura inmediata que se produce en el principio de universalidad de la competencia de la jurisdicción ordinaria y de eliminación de las jurisdicciones especiales de toda clase, en virtud de la decidida reimplantación de los juzgados y tribunales de Hacienda, a poco de ser suprimidos, no es sino un indicio de que la entrega a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de contenciosos de carácter administrativo, nunca llegó a tener una vigencia práctica realmente asentada y pacífica.

Como en los primeros momentos del movimiento revolucionario francés, de casi un cuarto de siglo antes, las respuestas a la Consulta al país, como los *cahiers de doléances* en Francia, reclamaron la unificación de las jurisdicciones y el sometimiento de todas las personas y todas las clases de litigios al mismo orden de jueces y tribunales. Los debates constituyentes se inspiran en la misma idea. Y, sobre todo, la Constitución se acomodará a tales principios y su articulado los proclamará. Lo mismo hacen las normas infraconstitucionales que regulan seguidamente la organización y competencias de la justicia ordinaria.

Pero, también como en Francia, se había desarrollado en España durante el Antiguo Régimen la práctica de encomendar la resolución de los litigios en los que era parte la Administración a órganos administrativos o a jurisdicciones especializadas. Esta práctica no llegó a extinguirse nunca porque, antes de que las nuevas reglas sobre organización de la Justicia llegaran a implantarse, la vigencia de la propia Constitución de 1812 había sido abatida por los restablecimientos del

463.

De la regulación positiva a la práctica: la reaparición de los juzgados privativos y otras especialidades de los contenciosos de la Administración.

464.

Los principios constitucionales sobre unificación jurisdiccional y la continuidad de las soluciones del Antiguo Régimen.

absolutismo fernandino. Cuando, a la muerte del Rey Fernando VII, el constitucionalismo español inicia su senda definitiva, lo hace acomodándose a muchos compromisos históricos, entre los cuales el mantenimiento de las jurisdicciones especiales y la retención por la propia Administración activa de la competencia para resolver determinadas clases de contenciosos que afectaban a los intereses que tenía que tutelar.

Esta situación se desarrolla durante la segunda mitad de los años treinta del siglo XIX. La jurisdicción ordinaria va siendo progresivamente desplazada. La compatibilización del mantenimiento de prácticas que proceden del Antiguo Régimen con los nuevos principios de unidad jurisdiccional y de universalidad de la competencia de la jurisdicción ordinaria, se explican por los coetáneos con dos argumentos básicos: primero, la total inadecuación de los procedimientos de la jurisdicción ordinaria para decidir litigios administrativos, lo que podría redundar en una grave paralización de la Administración, absolutamente inadmisibles en una época en que tiene que desarrollar amplísimas tareas de «fomento». Y segundo, la provisionalidad de la situación heredada, que no ha de prolongarse más allá de lo que tarde en instaurarse la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya implantación se presenta como la solución idónea y definitiva.

Los ingredientes fundamentales de esta larga e interesante transición desde el judicialismo, siempre inobservado pero declarado en los textos, hasta la creación de una organización especial que se ocupa de resolver los litigios en los que es parte la Administración Pública, son los siguientes:

1.º En cuanto a los principios mismos, los textos son reiterativos en el sentido de que los jueces y tribunales ordinarios tienen competencia para conocer de los contenciosos en que es parte la Administración. No solo resulta así de la Constitución gaditana, de los primeros reglamentos de audiencias y juzgados y de la inmediata supresión de las jurisdicciones especiales, que se han referido en el apartado anterior, sino también de otros diversos textos legales y manifestaciones de los autores de la época. En los primeros se alude a la competencia de la jurisdicción ordinaria sobre los litigios administrativos. Los segundos, también son expresivos incluso cuando, como no es infrecuente, ponen de manifiesto la radical inadecuación de la jurisdicción ordinaria para intervenir en asuntos de carácter administrativo. Críticas que, sin embargo, revelan que lo hacía normalmente.

465.

Peculiaridades de la Administración y transitoriedad de las soluciones hasta la creación de una jurisdicción especial.

466.

Definición de las competencias de la jurisdicción ordinaria sobre asuntos administrativos.

Una muestra de las normas donde se subraya la aludida competencia general es la Real Orden de 22 de noviembre de 1836 que concretaba las atribuciones de los jefes políticos y de los alcaldes en materia de obras públicas. En su artículo 5 decía: «Los jueces de primera instancia conocerán de todos los negocios contenciosos con apelación a las audiencias territoriales, mientras las Cortes resuelven si ha de haber tribunales contencioso-administrativos para decidir los asuntos de esta especie».

En relación con la facultad de jueces y tribunales ordinarios para intervenir en los asuntos de administración, en cuanto que devienen contenciosos, es también una muestra rotunda la famosa Real Orden de 8 de mayo de 1839 que prohibió los interdictos contra la Administración. Es claro que cuando esta Orden establece que «las disposiciones y providencias que dicten los ayuntamientos y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, forman estado y deben llevarse a efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución», está pronunciándose contra la práctica contraria que debió suponer la paralización, por decisión de los jueces, de resoluciones de la Administración afectantes a los derechos posesorios de los ciudadanos, práctica que, seguramente, estaba habilitada en virtud de la competencia universal de la jurisdicción ordinaria, pero contra la cual se manifiesta abiertamente la Real Orden citada, sobre cuyos desarrollos volveremos más adelante.

Por lo que concierne a la doctrina, POSADA HERRERA se manifestó contra la facultad de los tribunales ordinarios de intervenir en la resolución de controversias de carácter administrativo porque, según él, en tal caso, «la Administración pasaría muy pronto al poder de los encargados de la justicia civil, bien pronto se confundirían en una sola mano o corporación la facultad de resolver los derechos civiles del individuo y la de resolver sobre los político-administrativos». SILVELA se preguntará igualmente acerca de si es posible separar «de la Administración activa el derecho a decidir las contiendas a que da origen la ejecución de las leyes». Años después Alejandro OLIVÁN, con ocasión de la discusión del Título X de la Constitución de 1845, también manifestaría la necesidad de evitar las interferencias del poder judicial en la acción de la Administración, que necesita estar revestida de características de acción que, en modo alguno, pueden encontrarse en la actuación de la Justicia: «el poder es irresponsable, ilimitado, limitante, siempre en acción, siempre resistiendo, siempre mandando. Por el contrario, el

467.

La prohibición de interdictos como muestra de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

467bis.

La posición de la doctrina favorable al establecimiento de una jurisdicción especializada.

orden judicial es impasible, aislado, sin acción, sin espontaneidad, ni estatuye, ni manda».

468.

La aparición de excepciones a la competencia de la jurisdicción ordinaria.

2.º La aparición inmediata de un buen cúmulo de excepciones a la competencia de la jurisdicción ordinaria en lo que concierne al conocimiento de litigios administrativos, tiende a justificarse siempre en la necesidad de establecer un sistema de control de las decisiones de la Administración distinto del judicial. Alejandro NIETO ha recuperado una intervención de ROCA DE TOGORES en la sesión del Congreso de 26 de abril de 1840, extraordinariamente expresiva de dicha idea: «entre el individuo y el Estado pueden nacer cuestiones y contiendas que han de ser dirimidas por una potestad... que no puede ser del gobierno representante del Estado todo, pues sería entonces juez y parte de estas cuestiones; que no puede ser el poder judicial porque este está solo encargado del fallo sobre el tuyo y el mío, sobre la inocencia o culpabilidad; que no puede ser la diputación provincial porque esta está solo limitada a representar la provincia en ciertos casos. Ha de ser, pues, un poder independiente de todos estos, una rueda nueva en la máquina del Estado; pero esta rueda nueva que se necesita formar no puede ser independiente completamente. Como está encargada de administrar Justicia, debe tener independencia y decir relación con el Rey». Lo que está apuntando es la necesidad de incorporar a España una solución semejante al sistema francés.

469.

La necesaria separación de los asuntos judiciales y administrativos.

Los autores de la época se manifiestan, con práctica unanimidad, sobre la necesidad de separar los asuntos judiciales de los asuntos administrativos, y de crear una organización que se ocupe particularmente de los negocios de carácter contencioso administrativo. Esta línea de pensamiento se fortalece en la medida en que, desde mediados de los años treinta del siglo XIX, se va haciendo más profunda la crisis de las soluciones judicialistas que, en términos de principio, había propiciado la Constitución gaditana.

470.

Posición de la doctrina.

Lo que le preocupa a los autores, sobre todo, es determinar cómo se separan los asuntos propiamente judiciales, de los contencioso-administrativos. ORTIZ DE ZÚÑIGA dice al respecto que «es un axioma de jurisprudencia que los asuntos contenciosos corresponden exclusivamente al poder judicial», pero añade que existen muchas dudas sobre qué clases de negocios pueden entrar en la esfera de lo contencioso, que es difícil de establecer también cuáles son gubernativos y cuáles, en fin, pertenecen a lo que él denomina «esa clase mixta que debiera añadirse por los tribunales contencioso-administrativos, aún no establecidos en España». F. GARCÍA GOYENA y J. AGUIRRE también informan de que «la confusión que reina en el deslinde entre lo administrativo y

lo judicial, la falta de exacta aplicación de la palabra contencioso, y la del establecimiento de tribunales administrativos para la decisión de negocios de este género, han contribuido poderosamente a sostener las continuas disputas entre la Administración y los tribunales».

3.º La tardanza en crear un sistema contencioso administrativo, específicamente competente en resolver los litigios que generan las decisiones de la Administración, justificó que se prorrogaran las prácticas de control ya establecidas durante el Antiguo Régimen. En esta continuidad o, si se quiere, restauración, ocupan un lugar importantísimo los juzgados privativos. Su importancia está bien expresada por GIL DE ZÁRATE, cuando señaló que «en España, apenas ha existido un ramo de administración que no haya tenido su juzgado privativo».

Que los juzgados privativos son una alternativa, al menos temporal, a la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta que aquella se establezca, es algo que está explicado en términos meridianamente claros en la Real Orden de 12 de marzo de 1836, que empieza diciendo: «Mientras no se establezca en España un sistema general de tribunales administrativos que al paso que ofrecen al interés individual la suficiente garantía de sus litigios con los intereses comunes de la sociedad, dejen a la Administración toda la libertad de acción que ha de menester para cumplir debidamente con los objetos de su instituto, no es posible destruir en el todo ciertos juzgados privativos que suplen, aunque de un modo imperfecto, a aquéllos».

El primero de entre estos juzgados privativos que se restablece es el relativo a la Hacienda. Su supresión en 1813 es anulada, nada más iniciarse el Trienio Liberal. Pero en la restauración absolutista inmediatamente anterior, una Real Orden de 2 de agosto de 1819 ya había explicado la importancia de mantener esta jurisdicción especial: «el conocimiento exclusivo —decía— de la jurisdicción de la Hacienda es un principio fundamental de la administración de las Rentas Reales y si se debilitasen serían infinitas las detenciones que sufriría la cobranza y vendría a quedar exhausto el erario, con los incalculables males que son consiguientes». El mantenimiento de este mismo espíritu al final de los años treinta, está bien reflejado en la Exposición de Motivos de la Real Orden de 24 de junio de 1837 que puso en funcionamiento los Juzgados de Rentas de las nuevas Provincias. Se enfatiza en dicha exposición la necesidad de salvaguardar los derechos de los contribuyentes y de respetar, al mismo tiempo, las potestades ejecutivas de la administración de Hacienda. Pero insiste en que «para la buena administración del Estado es siempre indispensable que en la recaudación de sus rentas y contribuciones se proceda con todo el rigor y exactitud

471.

La continuidad de los juzgados privativos y sus competencias.

472.

El juzgado de Hacienda, justificación de su mantenimiento y competencias.

compatibles con la equidad y menor molestia de los contribuyentes». A cuyo efecto la jurisdicción de Hacienda es la que debe ocuparse de los conflictos que se puedan generar y, naturalmente, de resolver los recursos que los contribuyentes planteen, sometiendo, por cierto, su admisibilidad al régimen de *solve et repete*. Una Real Orden de 25 de noviembre de 1839 insistía en la marginación de los jueces ordinarios de primera instancia de los contenciosos que se generaran en el ramo de Hacienda, al conminarles a que dejaran «expedita la autoridad y jurisdicción de los intendentes y subdelegados de Hacienda Pública en los negocios del ramo de amortización, absteniéndose de embarazarlas con competencias voluntarias e infundadas».

473.

La apertura a los juzgados privativos.

La mayor permisividad acerca del mantenimiento o restauración de los juzgados privativos, se manifiesta a partir del Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 que aprobó el «Reglamento para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Jurisdicción Ordinaria». Si se contrasta lo que prescribe este Reglamento, con lo que estableció el Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 9 de octubre de 1812, se verá que se prevén en aquel muchas más excepciones a la competencia general de la jurisdicción ordinaria. Decía su artículo 36 que «los jueces letrados de primera instancia son, cada uno en el partido o distrito que le está asignado, los únicos a quienes compete conocer en la instancia sobredicha de todas las causas civiles y criminales», pero sigue el precepto estableciendo excepciones a dicha regla. Figuran entre ellas la jurisdicción eclesiástica, la de Real Hacienda, la militar, la que corresponde a los estamentos de las Cortes, los juzgados de comercio y minería, etc., concluyendo la enumeración con la siguiente cláusula general: «y las que en lo sucesivo atribuyere la Ley a jueces o magistrados especiales».

Se produce aquí una apertura importante a otras especialidades, que se usará tan reiteradamente que podrá decirse que prácticamente cada sector de la actividad administrativa, contaba con su juzgado privativo encargado de resolver las controversias generadas en dicho ramo.

Un caso significativo para ilustrar esta progresión de las jurisdicciones privativas, es el caso de la jurisdicción especial de Correos y Caminos.

474.

El Juzgado de Correos y Caminos.

A este Juzgado de Caminos no se refería el artículo 36 del Reglamento de 26 de septiembre de 1835. Sin embargo, había funcionado desde antes de esta fecha y seguiría en activo en el futuro. La pertinencia de su continuidad debió ser cuestionada en la época, según se

desprende del contenido de la Real Orden de 5 de mayo de 1835, que nos descubre su actividad: con ocasión de haberse denegado por el Estamento de Procuradores en sesión de 6 de febrero de 1835 la aprobación de las partidas para sueldos de asesores de la superintendencia de correos y caminos, algunos juzgados y tribunales creyeron que se había suprimido el juzgado especial existente para entender de los asuntos contencioso-administrativos de los referidos ramos, y, en consecuencia, se declararon competentes en dos casos concretos para conocer acerca de negocios relativos a dichas materias. Esta actitud motivó que el Director General de Caminos elevara una queja, que fue respondida con la Real Orden de 5 de mayo de 1835 citada, donde se aclara lo siguiente: «Enterada S. M. y considerando por una parte los graves perjuicios que se seguirían a los intereses del Estado de sujetar a la decisión de los tribunales de justicia los negocios contencioso-administrativos, y por otra, que la resolución del Estamento de Procuradores no adoptada todavía por el de Próceres, ni sancionada por S. M. no ha podido derogar lo prevenido en las Ordenanzas de Correos y Caminos acerca del modo de resolver los negocios de estos ramos, se ha servido mandar... que en el caso de que sufra alguna alteración la parte de la legislación relativa a los negocios contenciosos de correos y caminos, se ponga de acuerdo el ministerio de V. E. con el de mi cargo a fin de proponer las medidas convenientes para que quede perfectamente marcada la línea que separa la administración y la jurisdicción en los negocios de Correos y Caminos en que puedan hallarse en oposición los intereses del público con los de los particulares, todo hasta que se establezcan los tribunales que deban entender en lo contencioso administrativo».

Aclarada la vigencia de la jurisdicción especial de Correos y Caminos, su trayectoria ulterior sigue siendo muy ilustrativa para nuestros fines de mostrar cuál fue en la época la posición de la jurisdicción ordinaria respecto del conocimiento de las causas en las que era parte la Administración.

En efecto, cuando el juzgado privativo que analizamos fue suprimido por Real Decreto de 17 de octubre de 1842, dicho acuerdo de supresión fue complementado en el mismo Decreto por dos prescripciones que establecían, primero, que «los negocios de caminos en que entendía el juzgado de correos pasarán a los juzgados de primera instancia de la misma» (artículo 3); y que «las audiencias territoriales conocerán en segunda y tercera instancia de los negocios contenciosos de correos y caminos» (artículo 4).

475.

*La evolución del
Juzgado de
Correos y Caminos.
El testimonio de
J. POSADA.*

De las determinaciones de este Real Decreto podría deducirse que las controversias que se suscitaban en lo sucesivo en los ramos de Correos y Caminos serían resueltas por la jurisdicción ordinaria. Pero el análisis que hace J. POSADA de la situación permite, sin embargo, llegar a la solución contraria. Refiriéndose POSADA a la citada norma que entregó los negocios contenciosos de Caminos a los jueces de primera instancia, advierte: «pudiera tal vez entender alguna persona que mirase con poca detención este acuerdo, que por él han pasado a los tribunales ordinarios todos los negocios contenciosos que pueden ofrecerse en el ramo de caminos; pero no es así: a estos tribunales han pasado en virtud de este Decreto los negocios que tenía el Tribunal especial de Caminos y Canales que pueden resolverse por las reglas del Derecho común, pero de ninguna manera aquellos negocios que comprendimos en las lecciones anteriores bajo el nombre de contencioso administrativo, y que habiendo de resolverse por principios de equidad y conveniencia pública, no pueden sujetarse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios».

La afirmación de POSADA plantea el problema de saber qué órgano resolvía en la época los negocios contencioso-administrativos, ya que no correspondían a la jurisdicción ordinaria, según lo transcrito, y tampoco podían ser resueltos por los juzgados privativos, en la medida en que empezaron a ser suprimidos.

La respuesta a esta crucial cuestión servirá para completar el panorama real del enjuiciamiento de las causas o controversias que generan las decisiones administrativas en la primera época del constitucionalismo español.

476.

La apertura a los juzgados privativos.

4.º Una primera e importante manera de evitar que las controversias generadas por decisiones de la Administración fueran resueltas por los tribunales, consistió, en la época, en actuar sobre la definición de lo contencioso en relación con lo gubernativo. Como regla general, los tribunales solo pueden conocer de los asuntos de carácter contencioso, correspondiendo la decisión de todo lo gubernativo a la Administración activa. *Ahora bien, decidir cuándo empieza y cuándo termina lo gubernativo fue una cuestión que se abordó con enorme flexibilidad tanto en los textos legales, como por la doctrina y en la práctica.* De esta manera, bastaba con considerar que un determinado asunto, a pesar de ser controvertido, seguía siendo gubernativo, para que se entregase la decisión a la Administración activa y excluir el enjuiciamiento de la misma por la jurisdicción, tanto ordinaria como especial.

De las dificultades que planteaba la delimitación de las nociones de lo gubernativo y lo contencioso, conceptos procedentes también del Antiguo Régimen, ilustran los intentos de definición y las propuestas de la doctrina de la época:

SILVELA, en su libro de 1839, propone la siguiente clasificación: «solemnidades, generalidad de intereses, abstracción de pormenores, relación íntima con principios fijos y conocidos, he aquí el carácter de lo gubernativo. En lo contencioso todo son incidencias, particularidades, oscuridad...». SILVELA pretende manejar una regla, que había utilizado en su proposición de ley sobre lo contencioso administrativo, según la cual cuando en un asunto media el interés general es gubernativo, y cuando están por medio intereses o derechos de los particulares el asunto es contencioso. Los tribunales conocen, según dicho autor, «de las cuestiones del tuyo y el mío», pero cuando incluso estos asuntos rozan con los poderes públicos, afectan a intereses administrativos, «entonces la decisión de los litigios a que da lugar corresponde a la Administración».

Otros autores entendían que era prácticamente imposible dar una regla general, precisa y clara, acerca de qué clase de negocios eran contenciosos y cuáles gubernativos (ORTIZ DE ZÚÑIGA). Algunas disposiciones intentaron establecer una regla general. Por ejemplo, la Real Orden de 23 de marzo de 1833 sancionó la siguiente definición: «para evitar nuevas contestaciones sobre el límite de lo gubernativo y lo judicial se entiende que para llamar un negocio contencioso ha de preceder demanda o denuncia formal, hasta cuyo acto habrá de considerarse como gubernativo». Esta regla procedía, establecida en términos semejantes, del artículo 3 del Capítulo II del Decreto de las Cortes de 23 de junio de 1813. Permitía a los ayuntamientos y diputaciones ventilar reclamaciones en materia de abastos, siempre que tuvieran el carácter de gubernativas. Pero dicho carácter se transformaba en contencioso en el mismo momento en que el particular afectado interponía la correspondiente reclamación litigiosa.

Pero la flexibilidad de ambos conceptos permitió que diversas normas declararan la naturaleza gubernativa de determinados asuntos, incluso cuando eran controvertidos, excluyendo una intervención inmediata de la jurisdicción. Un ámbito en el que esta técnica se desarrolla inmediatamente es el de la vida local. La Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias, de 3 de febrero de 1813, había reforzado mucho los poderes de ejecución de las decisiones de los órganos de gobierno local. En beneficio de estos poderes de ejecución, se extiende la calificación de gubernativo de muchas

477.

Los intentos doctrinales de aclarar los ámbitos respectivos de lo gubernativo y lo contencioso.

478.

Las definiciones legales de lo gubernativo y lo contencioso.

479.

La ampliación del ámbito de lo gubernativo. El ejemplo de la Administración local.

clases de negocios locales, permitiendo también que las controversias que se susciten pudieran ser resueltas directamente por las diputaciones provinciales.

480.

El ejemplo de la desamortización.

Esta actitud de clasificar como gubernativos determinados ramos de la actividad pública y reservarlos exclusivamente a la resolución de la Administración, se ejerció mucho en un sector tan crítico en la primera mitad del siglo XIX como el de los negocios relativos a la desamortización. Una Real Orden de 25 de noviembre de 1839 es extraordinariamente expresiva al respecto. Decía su artículo 4 que «los expedientes sobre subasta y venta de bienes nacionales son puramente gubernativos mientras que los compradores no estén en plena y efectiva posesión y terminadas las mismas subastas y venta con todas sus incidencias. Hasta entonces no están los compradores en el ejercicio del pleno dominio, sin entrar los bienes en la clase de particulares. Hasta entonces no admitirán los jueces ordinarios de primera instancia recursos ni demandas relativas a dichos bienes, y a las obligaciones, servidumbres o derechos a que puedan estar sujetos».

481.

El desarrollo de las vías administrativas previas.

5.º Esta ampliación del ámbito de las decisiones administrativas, también se observa en el desarrollo de las vías administrativas previas, de lo que es muestra la Real Orden que acaba de transcribirse, y otras como la de 21 de febrero de 1840, donde se explica que «en consideración a los males y perjuicios que ha originado en muchas ocasiones la facilidad con que, sin dejar la vía administrativa, se procede judicialmente en los casos de fraude reconocidos en las aduanas...», se impone la regla de que «cuando se descubran en ellas tales fraudes, se instruya antes de todo expediente administrativo, en el cual se oirá a las oficinas y a los interesados», de modo que solo tras lo cual, si se encuentran razones para «proceder en Justicia», se emprenda esta acción.

Pero estas vías previas no suponían siempre la exclusión total de la jurisdicción, que podía intervenir finalmente en la resolución de las controversias.

482.

La resolución de contenciosos por órganos de la Administración activa: el caso de las decisiones expropiatorias.

En otros casos, por el contrario, *la resolución del contencioso correspondía exclusivamente a la Administración activa, con total exclusión de la jurisdicción, tanto ordinaria como privativa.*

Hace años que exhumamos del Diario de Sesiones de las Cortes, un texto definitivo para justificar la tesis que acaba de mencionarse.

En relación con la expropiación forzosa hay razones suficientes para poder pensar que los asuntos contenciosos que se generaron, antes y

después de la Ley de 1836, fueron resueltos por los propios órganos de la Administración activa. Así se deduce, sin lugar a dudas, de lo expresado en la Exposición sobre los «fundamentos del proyecto de ley» (que luego sería la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de julio de 1836), que lleva la firma del Ministro MOSCOSO DE ALTAMIRA. Dice lo siguiente:

«Por el artículo 5 se faculta a los gobernadores civiles para determinar sobre la necesidad de que una propiedad sea cedida para la ejecución de una obra de utilidad pública; y por el 6 resolverá el Gobierno las cuestiones que sobre esto pudieran suscitarse.

Estas cuestiones no son de tuyo y mío; no son sobre propiedad o posesión, y por consiguiente no son del resorte de los tribunales comunes. Además, estos tribunales hacen recaer sus fallos, después de lentos, pero necesarios trámites, con arreglo al texto mismo de la ley. Las cuestiones de lo contencioso-administrativo, en las cuales el fallo tiene por objeto la utilidad pública, no exigen ni pueden ceñirse a las dictadas fórmulas de los tribunales ordinarios, ni hay precisión de atenerse a la ley, que da derecho a cada uno en particular lo que le corresponde por derecho. Los juzgados comunes son por consiguiente de distinto género que los administrativos, y no podían confundirse sus atribuciones sin trastornar la marcha de la administración.

Pero aún no existen los tribunales administrativos, y en este conflicto se ha visto el Gobierno en la necesidad de atribuirse la decisión en los litigios en que el bien común se presenta como parte.

El Gobierno de S. M. no desea por esto agrandar la esfera de sus atribuciones. Sabe que la resolución de estas cuestiones no son por lo general de la competencia de la suprema administración, porque no es un tribunal y porque, representando el Gobierno intereses generales del Estado, se haría en cierto modo juez y parte. *Pero mientras no se establezcan los tribunales que deben entender estos asuntos es indispensable que se ejerza la justicia administrativa; y aunque es sensible el Gobierno verse en la necesidad de establecer una anomalía, y que la administración del Estado carezca de las ruedas necesarias que faciliten la acción y la uniformidad de su movimiento, no puede dejar estacionario el curso de las mejoras en una época destinada esencialmente a promoverlas y ejecutarlas».*

En fin, todos los datos que se han expuesto permiten establecer la indiscutible conclusión de que, hasta 1845, año en el que se instaura definitivamente en España la jurisdicción contencioso-administrativa, los litigios a que da lugar la actividad administrativa son resueltos uti-

483.

Exposición sobre los fundamentos de la Ley de Expropiación de 1836: la resolución de los contenciosos.

484.

La marginación de la jurisdicción ordinaria a la espera del establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

lizando fórmulas diversas. Sin duda que en algunas ocasiones tendría oportunidad de conocer de los mismos la jurisdicción ordinaria. Pero puede decirse con buenos fundamentos que, en la práctica, tales ocasiones fueron las menos. *Lo más normal es que en los ramos principales de la actividad administrativa las controversias fueran resueltas por los juzgados privativos especializados que operaban en cada sector.* La simple presencia de estas jurisdicciones en ramos tan importantes como la Hacienda, la desamortización, los Correos y Caminos, o los Montes, que concentraban en aquel tiempo el núcleo de lo más fundamental de la acción de la Administración, justifican sobradamente una conclusión de tal carácter.

Por otro lado, cuando no existían juzgados privativos, o después de que se suprimieran los negocios de carácter contencioso administrativo no eran tampoco entregados a la jurisdicción ordinaria, sino que se resolvían directamente por la Administración activa. Siempre con la justificación, que hemos visto en la exposición de MOSCOSO DE ALTAMIRA, de que la situación era transitoria, a la espera de que se estableciera finalmente la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la verdad es que está presente en toda esta época una acción resolutoria de conflictos por la propia Administración directa, que sustituye la intervención de cualquier órgano jurisdiccional.

Madura de esta manera la idea de que juzgar a la Administración, también en España como había ocurrido en Francia a partir de 1790, es administrar, y en tanto que tal función de juzgar tiene carácter administrativo son órganos administrativos los que deben desempeñarla.

D) Las propuestas sobre la implantación de lo contencioso-administrativo y las Leyes de 1845

485.

La proposición de SILVELA de 1836 sobre lo contencioso-administrativo.

El primer intento de establecer una regulación concreta de lo contencioso administrativo, será la proposición de ley que presenta SILVELA al Congreso de los Diputados el 12 de noviembre de 1836. Tanto los fundamentos de esta proposición, como las reflexiones sobre lo contencioso-administrativo de SILVELA y otros autores y políticos fundamentales, como PACHECO, CÁRDENAS, GIL DE ZÁRATE, POSADA, OLIVÁN, etc., están recogidos en la famosa Colección bibliográfica que compiló José GALLOSTRA Y FRAU (que se editó en Madrid en 1881).

La proposición de SILVELA parte de la idea fundamental de que «la justicia administrativa no es más que la perfección y complemento indispensable de la acción administrativa».

En el texto de su exposición se reflexiona sobre las diferentes opciones que pueden seguirse para establecer un control de la actividad de la Administración. Una de ellas, que SILVELA valora negativamente, es el sometimiento de la Administración a la justicia ordinaria. Otra sería el reconocimiento con carácter general de ejecutividad a todos los actos administrativos, de manera que la intervención de los tribunales siempre ocurriera después de que tales actos hubieran ganado plena eficacia, de modo que nunca pudiera interferirse la Justicia en la acción de la Administración. SILVELA, sin embargo, se acoge al siguiente criterio general que él formula sintéticamente: «el que suscribe, pues, sin entrar en negociaciones y limitándose a manifestar su libre, pero meditada, opinión, reconoce como un dogma constitucional que el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el juez supremo de las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus ministros. A la verdad este principio no se halla explícito en nuestra ley fundamental, como no lo está en ninguna Constitución; más no por eso deja de estar virtualmente comprendido en todas ellas. Nuestra Constitución quiso los fines: no puede menos de querer los medios. Si el texto no lo expresa a la letra, así resulta indudablemente de su espíritu».

Verdaderamente, estas reflexiones de SILVELA revelan que es un heredero manifiesto de la fórmula revolucionaria francesa, procedente, como se ha demostrado también para el caso francés, del Antiguo Régimen, según la cual la justicia administrativa debe ser ejercida por los propios órganos de la Administración, ya que juzgar la Administración es también administrar, según la famosa máxima.

La proposición de SILVELA no fue tenida en cuenta. También fracasarán otros proyectos y proposiciones que se formularán coetáneamente hasta 1845.

Los autores de la época insisten en la necesidad de crear una jurisdicción contenciosa, que evite el sometimiento de los negocios litigiosos de carácter administrativo a la jurisdicción ordinaria. Esta es extraordinariamente lenta, y además carece de la necesaria especialización. Sin tal conocimiento especializado de la intromisión de los jueces y tribunales en las tareas de la Administración solo sirve para que se degrade la propia Administración y se entorpezca su funcionamiento.

CÁRDENAS, por ejemplo, expresa su opinión en el sentido siguiente: «no se da a los tribunales de justicia el conocimiento de los litigios administrativos, porque disputándose en ellos el interés público, cuya

486.

Que la justicia administrativa sea ejercida por órganos de la Administración.

487.

La lentitud de la justicia ordinaria y la necesidad de especialización, como argumentos.

guardia y fomento están a cargo del gobierno, no puede éste desprenderse de su cuidado encomendándolo a una autoridad independiente y responsable que le evitara a él toda responsabilidad». GIL DE ZÁRATE también alude a las peculiares características de los litigios administrativos, marcando las diferencias con los contenciosos comunes: «la actividad que requiere la acción administrativa, no le permite sujetarse a los procedimientos pausados de los tribunales ordinarios, pues si se les despojara de ella quedaría reducida a la nulidad más completa». POSADA HERRERA, OLIVÁN, y la totalidad de los autores de la época insisten en este conjunto de ideas.

488.
*La jurisdicción
retenida del
Consejo Real.*

Finalmente, las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 organizarán la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley de 6 de julio de 1845 regulará el Consejo Real y le atribuirá el ejercicio de tareas jurisdiccionales, adaptándose sus facultades al sistema de justicia retenida. Es decir, no tiene facultades resolutorias propias. Es además un órgano fuertemente vinculado a la Administración activa. Tanto que algunos autores tenderán a considerarlo más como un cuerpo consultivo de la Administración del Estado que un tribunal. El mismo carácter retenido de la jurisdicción que ejerce, que no desarrolla por tanto el nombre propio, hace imposible incluso considerarlo como un órgano verdaderamente jurisdiccional.

Esta configuración del Consejo permite concluir que el sistema que se implanta en España en 1845 se corresponde con la fórmula francesa de que juzgar a la Administración es también administrar. Pero algunos autores de la época se resisten a creer que así sea. Consideran que el contencioso administrativo es más bien una «jurisdicción mixta», que permite el ejercicio del poder de ejecutar las leyes, sin interferirse en él, y al mismo tiempo también hace innecesaria la remisión de los contenciosos a la jurisdicción ordinaria. COLMEIRO, que es el autor que hace estas observaciones sobre el carácter del Consejo Real, afirmó que el Consejo «no es una institución política, sino puramente administrativa, y dentro de la Administración todavía tiene límites muy estrechos, pues no ejerce ninguna autoridad ciñéndose sus atribuciones a ilustrar al Rey, a auxiliarle con sus luces y servirle con su experiencia».

489.
*Las atribuciones
jurisdiccionales del
Consejo Real.*

Se atribuye al Consejo Real jurisdicción retenida, pero de un modo resuelto se le permite el enjuiciamiento de decisiones adoptadas por la Administración activa. Esta atribución no se hace sin adoptar muchas prevenciones para evitar cualquier exceso o intromisión indebida en las responsabilidades de la Administración. La propia organización del Consejo Real que regula la Ley de 6 de julio de 1845, separa las funciones administrativas de las contenciosas y las atribuye a órganos

diferenciados en el seno de la propia Administración, pero aun haciéndolo, se preocupa mucho de mantener una estrecha vinculación entre el Consejo Real y el ejecutivo. El Consejo estará integrado por los ministros secretarios de Estado y del despacho, por treinta consejeros ordinarios y tantos consejeros extraordinarios como el Rey autorice para formar sus deliberaciones. Cuando, años después, el Real Decreto de 14 de julio de 1858 suprime el Consejo Real y cree en su lugar el Consejo de Estado, se conservará la composición en lo fundamental. Se ampliará el número de consejeros, se abandonará la categoría de los extraordinarios, y se establecerán algunas reglas nuevas sobre selección de sus miembros (24 plazas quedan reservadas a personas que hayan estado comprendidas en ciertas clases de órganos, como por ejemplo los presidentes de las Cámaras, ministros de la Corona, vicepresidente del Consejo Real, presidente del Tribunal Supremo de Justicia, etc.), pero no se perderá la idea organizativa que permite mantener firmemente vinculados el órgano jurisdiccional y la Administración activa.

La otra pieza esencial de la organización de lo contencioso serán los Consejos provinciales, creados por la Ley de 2 de abril de 1845.

A diferencia del Consejo Real, los Consejos provinciales dispondrán de jurisdicción delegada; se conciben, por tanto, más que aquel, como verdaderos tribunales administrativos y no como simples órganos consultivos. Frente a los evidentes cuidados que la regulación del Consejo Real se toma para evitar una excesiva independencia, el otorgamiento de jurisdicción delegada a los Consejos provinciales no generará tantas desconfianzas. Seguramente porque la presidencia de los Consejos provinciales correspondía a los jefes políticos y sus fallos estaban sometidos a revisión del Consejo Real, resortes estos que constituían otros tantos filtros para evitar cualquier efecto perverso de la atribución de la jurisdicción delegada.

Para justificar que la presidencia de los Consejos se atribuyera a la autoridad administrativa superior de la provincia, COLMEIRO argumentó que tal asignación «se funda en el principio de que la justicia administrativa no es independiente a semejanza de la ordinaria, y por tanto no puede ni debe haber un aislamiento absoluto entre la acción y el juicio». Realmente son muchas las líneas de dependencia de los Consejos provinciales de la Administración activa. Los consejeros provinciales estaban tan estrictamente vinculados a ella que difícil es no ver en su posición una fuerte subordinación.

490.

El Consejo de Estado: organización.

491.

La jurisdicción de los Consejos provinciales.

492.

La dependencia de los Consejos de la autoridad administrativa.

493.

Obligación de resolver y motivar.

Las sentencias de los Consejos provinciales se configuran como verdaderos actos jurisdiccionales. Lo que la ley les atribuye es la competencia para resolver litigios. En este sentido el artículo 47 del Reglamento de 1 de octubre de 1845 decía que «no podrán abstenerse de fallar en ningún negocio a título de ser oscuras e incompletas las leyes o disposiciones legales o de no haber éstas previsto el caso sobre el cual deba recaer el fallo», lo cual es una prohibición que, desde las primeras leyes de las revoluciones liberales, se generaliza en relación con la actividad de los tribunales de justicia. Se exige también a los Consejos provinciales la motivación de sus sentencias (artículo 16 de la Ley de 2 de abril de 1845), regla que está pensada para asegurar la imparcialidad de sus decisiones. También refleja el carácter jurisdiccional de sus decisiones el hecho de que tanto la Ley de 2 de abril de 1845 (artículo 18), como el artículo 22 del Real Decreto de 29 de septiembre de 1847, prohíban a los Consejos provinciales «reformar su propia sentencia una vez dada», aunque mantiene naturalmente las facultades de interpretación o aclaración.

494.

El sistema de lista respecto de las competencias.

Pero las previsiones que más influirán en la limitación de las facultades de control que se atribuyen, a estos primeros órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, serán las dos siguientes: primera, la limitación de las facultades de control a una serie limitada de asuntos (se establece el denominado sistema de lista), que se enumeran específicamente en las leyes. Esta regulación significa que no se acepta la competencia universal de control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino la constricción de dicha función a asuntos concretos y limitados. De este conjunto de asuntos están excluidos los de carácter discrecional. Únicamente las potestades regladas de la Administración son susceptibles de control. Solo ellas están sometidas a reglas preestablecidas que pueden servir de patrón para el enjuiciamiento de la regularidad o no de la decisión administrativa. *Los actos discrecionales, por el contrario, son esencialmente libres, no son ejecución de ninguna regulación concreta.* Y, por ello, en el caso de ejercicio de un poder discrecional, la acción de la Administración no es fiscalizable en sede contencioso-administrativa. En estos casos las decisiones administrativas, como observó COLMEIRO, «ni crean derechos, ni modifican otros existentes», la Administración actúa en vista de los intereses generales y lo hace con libertad.

495.

El carácter libre y sin control de los actos discrecionales.

496.

El incidente previo de admisión de la demanda.

La segunda importantísima regla que sirve para enmarcar eficazmente los asuntos en los que puede intervenir la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es el incidente previo de admisión de la

demanda, sobre cuya relevancia ha llamado la atención muy acertadamente Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES.

Este incidente previo de admisión de demandas se regula en el Reglamento de 1 de octubre de 1845, en lo que concierne a los Consejos provinciales, y en el de 30 de diciembre de 1847, por lo que se refiere al Consejo Real, luego de Estado, en los términos siguientes:

Cuando se recibía un escrito de reclamación en la Secretaría del Gobierno provincial o en la del Consejo Real, el jefe político en el primer caso o el ministro, en el segundo, debían decidir si «el asunto que la motiva es de su exclusiva competencia». Si consideraba que lo era «la resolverá gubernativamente por sí, y comunicará su resolución al demandante» (artículo 24.1 del Reglamento de 1 de octubre de 1845). Si, por el contrario, apreciaba que la reclamación era competencia del Consejo «mandará que se dé cuenta a éste de la demanda por la Secretaría del mismo» (artículo 25 del Reglamento de 1 de octubre citado).

De esta regulación resultaba, desde luego, que el acceso del demandante al órgano jurisdiccional dependía en buena medida de la decisión previa de la Administración. Algunos autores de la época, como SILVELA y POSADA, no valoraron de modo negativo los resultados del incidente de admisión. En opinión de SILVELA, si el propio Consejo pudiera decidir por su cuenta, paralizaría sin quererlo la acción de gobierno. Por esto el jefe político debe intervenir previamente para decidir si el asunto es o no contencioso. Ciertamente el jefe político puede errar al hacer esta valoración. Puede ocurrir que remita al Consejo asuntos de la Administración activa o que él mismo juzgue alguno que es de carácter contencioso. Pero incluso en estos casos el Consejo estaría autorizado a no juzgar el asunto devolviendo el expediente, lo que daría lugar a un conflicto negativo de jurisdicción que se resolvería por los procedimientos que veremos más adelante. Si se diera el caso contrario de que el jefe político llegara a juzgar un asunto de carácter contencioso, el Consejo terminaría reformando sus decisiones a petición de una parte interesada.

El papel del incidente de admisión en el régimen inicial de la jurisdicción administrativa será decisivo porque garantizará que no se entrometa la jurisdicción en asuntos puramente administrativos. A lo que conducirá realmente ese trámite es a consolidar las reclamaciones previas, al exigir que haya un pronunciamiento previo de la Adminis-

497.
*Procedimiento del
incidente: la
importancia de la
decisión
administrativa
previa.*

tración activa, antes de que pueda pronunciarse sobre el mismo asunto la jurisdicción contenciosa.

La configuración del contencioso administrativo en España a mediados del siglo XIX supone, finalmente, la creación de una organización especializada en el conocimiento de los litigios en que es parte la Administración. Quedan resueltos de esta manera los innumerables problemas que a partir de 1812 había ocasionado la resolución de los contenciosos de la Administración, al no someterse esta nunca de modo pleno a la jurisdicción ordinaria. Las prácticas del Antiguo Régimen, consistentes en el mantenimiento de los juzgados privativos o en la resolución de los conflictos por la propia Administración activa, se sustituyen o, si se quiere, se matizan, para concentrar la resolución de los contenciosos en una organización especializada.

498.

Exclusión de la justicia ordinaria y restricciones al contencioso administrativo.

Obviamente, el control jurisdiccional de la Administración quedó entonces sometido a grandes restricciones. La distinción entre lo gubernativo y lo contencioso, a la que ya nos hemos referido, seguiría sirviendo para evitar, mediante una simple ampliación del concepto de lo gubernativo, que los órganos jurisdiccionales no pudieran conocer de determinadas decisiones de la Administración activa. La reducción del ámbito de control a una lista de materias, impedirá que se conciba la competencia de la jurisdicción como general; no podrá someterse a revisión cualquier acto administrativo que afecte a los intereses de los ciudadanos o vulnere de cualquier forma el ordenamiento jurídico, sino solo los que sean de las clases que se contienen en la lista que delimita las competencias jurisdiccionales. En la misma dirección reduccionista operará la distinción entre lo discrecional y lo reglado, para dejar fuera de control de modo absoluto todos los actos discrecionales. Y en fin, a todas estas restricciones, se añadirán otro conjunto de posiciones privilegiadas de la Administración en relación con la Justicia que se forman también en los años centrales del siglo XIX, y que estudiaremos en el epígrafe siguiente.

499.

Las técnicas de reducción del control contencioso: lo gubernativo, lo discrecional, la lista de competencias y los privilegios de la Administración.

El contencioso administrativo en España quedará anclado en estas regulaciones durante buena parte del siglo XIX. Incluso cuando se produzca la gran reforma del contencioso administrativo mediante la Ley de Santamaría de Paredes de 1888, se mantendrán muchas restricciones al control pleno de la actividad de la Administración.

Hasta que advenga la reforma de 1888, el contencioso administrativo se desenvuelve conforme a las pautas que se han indicado, sin más incidencia reseñable que la gran ruptura que provocan los Decre-

tos de 13 y 16 de octubre y 26 de noviembre de 1868, dictados con ocasión de la Gloriosa Revolución del mismo año.

Acuerdan aquellas normas la supresión del contencioso administrativo y la recuperación de la función jurisdiccional plena de la Justicia ordinaria. Decía la Exposición de Motivos del último de los Decretos citados: «la jurisdicción contencioso-administrativa importada en nuestra patria hace más de veinte años, ha sido mirada generalmente con disfavor, arrancando de los tribunales muchas cuestiones que deberían ser de su exclusiva competencia, según los principios fundamentales de nuestro derecho positivo, atribuyendo el conocimiento de pleitos que, frecuentemente, eran cuestiones de derecho civil en el sentido riguroso de la frase, a corporaciones cuyos miembros no tenían el carácter de inamovibles, y dejando su resolución definitiva y ejecutoria al gobierno, árbitro de admitir o desechar los fallos que el Consejo de Estado le consultaba, y no inspiraba cumplida confianza a los litigantes ni al país, que verá que en último lugar una de las partes en el litigio venía a decidir».

500.
La devolución del contencioso-administrativo a la Justicia ordinaria: los Decretos de 1868.

E) La regulación de otros privilegios procesales básicos de la Administración

a) *La prohibición de interdictos contra la Administración y sus matizaciones ulteriores*

A pesar de que, a partir de 1836, con la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa, queda resuelto, según lo explicado, que los juzgados y tribunales ordinarios no han de intervenir en los asuntos contencioso-administrativos, conservaron aquellas potestades que les permitían conocer de las cuestiones «de tuyo y mío». Más en particular, en las cuestiones posesorias y de propiedad. Esta posibilidad era abierta y evidente en todos los casos en que la acción administrativa implicaba la ocupación, utilización o privación de bienes de los particulares, lo que tenía que ver ordinariamente con la realización de obras públicas, y también con todas las operaciones vinculadas a la subasta y venta de los bienes afectados por la desamortización.

501.
La reserva de atribuciones a favor de la jurisdicción ordinaria.

Tales facultades jurisdiccionales quedarían, sin embargo, inmediatamente cercenadas en virtud de la prohibición de interdictos contra la Administración.

Será acordada mediante la Real Orden de 8 de mayo de 1839, cuyo tenor literal era el siguiente: «para evitar que las providencias gubernativas, dictadas por los ayuntamientos y diputaciones provinciales

502.

Los fundamentos de la Real Orden de 8 de mayo de 1839.

dentro del límite de sus facultades, puedan anularse recurriendo a la autoridad judicial para pedir amparo en la posesión o restitución por el que se diga despojado; y a fin de que no se reproduzcan con este motivo los graves y perjudiciales conflictos que más de una vez han tenido lugar entre las autoridades judiciales y las administrativas, oído el Supremo Tribunal de Justicia, y conformándose con su parecer, se ha servido S. M. declarar, por punto general, que las disposiciones y providencias que dicten los ayuntamientos, y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, forman Estado y deben llevarse a efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución, aunque deberán administrar justicia a las partes cuando entablen las otras acciones que legalmente les competan».

503.

La expansión de la prohibición.

En principio, la norma se refiere exclusivamente a las diputaciones y ayuntamientos. Pero la expansión de la prohibición afectará inmediatamente a toda clase de providencias administrativas y se beneficiarán de ella todos los órganos de la Administración. Por un lado, la jurisprudencia contribuirá a esta expansión resueltamente. Por otro, algunas disposiciones complementarias se preocuparán de aclarar la extensión de la prohibición a todos los ramos de la acción administrativa.

Respecto de las normas, la Real Orden de 25 de noviembre de 1839 recordaba que «los jueces ordinarios de primera instancia dejarán expedita la autoridad y la jurisdicción de los intendentes y subdelegados de la Hacienda Pública en los negocios del ramo de amortización, absteniéndose de embarazarlos con competencias voluntarias e infundadas, bajo su responsabilidad». El Real Decreto de 6 de junio de 1844, que reguló los conflictos de atribuciones, permite a los jefes políticos requerir la suspensión de intervenciones judiciales indebidas. La Real Orden de 19 de septiembre de 1845 establecerá «que ningún camino ni obra pública en curso de ejecución se detenga ni paralice por las oposiciones que bajo cualquiera forma puedan intentarse con motivo de los daños y perjuicios que al ejecutar las mismas obras se ocasionen...».

504.

Los criterios de la jurisprudencia respecto de la extensión de la prohibición.

Por lo que a la jurisprudencia respecta, el carácter expansivo de la prohibición será reiteradamente declarado: «que... la Real Orden de 8 de mayo de 1839... aunque contraída en su letra a los ayuntamientos y diputaciones provinciales, abraza en su objeto a todas las autoridades administrativas, puesto que todas ellas gozan legalmente y todas necesitan la independencia y libertad de acción que la Real Orden se propuso garantizar» (RD de 26 de junio de 1846). Igualmente se aprecia por la jurisprudencia que no siendo procedentes los interdictos

contra providencias de un ayuntamiento «deben serlo mucho menos respecto de las que dictan en asuntos de su incumbencia los jefes políticos» (RD de 31 de julio de 1847), ya que la prohibición de esta clase de intervenciones de la autoridad judicial «abraza en su espíritu a todos los cuerpos y funcionarios administrativos» (RD de 27 de julio de 1847).

La Real Orden de 8 de mayo de 1839 solo prohibió los interdictos contra la Administración cuando las disposiciones y providencias habían sido dictadas «en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes», lo que suponía que sí eran pertinentes tales acciones contra actuaciones de una autoridad adoptadas fuera del ámbito de su competencia. De hecho, aunque el Consejo Real admitió interdictos contra actuaciones de esta clase (RRDD de 26 de junio y 8 de agosto de 1846, 25 de agosto de 1849, 1 y 30 de noviembre de 1853, etc.), la competencia de la autoridad judicial para conocer asuntos concernientes a la Administración quedaría en lo sucesivo seriamente mermada.

Mayores precisiones sobre cuándo era posible utilizar los interdictos posesorios contra la Administración o, dicho de otro modo, cuándo se permitía a la autoridad judicial ordinaria intervenir en decisiones administrativas que afectaban a la esfera patrimonial de los ciudadanos, tardarían en llegar bastantes años. Estarán vinculadas estas mayores matizaciones a los cambios que se producen en las concepciones sobre la posición de la Justicia en el sistema constitucional, que se implantan a partir de la Revolución de 1868 y recoge la Constitución de 5 de junio de 1869.

Es particularmente importante, a tal efecto, el Decreto de 11 de agosto de 1869 que, en relación con la expropiación forzosa, encomienda a los jueces de primera instancia de cada partido la intervención en el procedimiento expropiatorio con competencia para enjuiciar la necesidad de ocupación de los terrenos y para determinar el justiprecio.

Cuando, tras aprobarse la Constitución de 1876, vuelve a regularse la expropiación forzosa, la primera medida que se adopta es el restablecimiento de toda la legislación anterior al Real Decreto de 1869 antes citado, operación que lleva a cabo el Real Decreto de 3 de febrero de 1877. La inmediata aprobación de las Leyes de ensanche de 1876 y de obras públicas de 1877, exigirá una nueva regulación de la expropiación forzosa que se producirá mediante la Ley de 10 de enero de 1879.

505.

Límites a la prohibición.

506.

Las reformas de 1876 y la nueva regulación de los interdictos en relación con las expropiaciones irregulares.

Es esta Ley justamente la que, aunque reintroduce el control contencioso administrativo de las decisiones expropiatorias, apartando de nuevo a los jueces ordinarios del conocimiento de estos asuntos, mantiene en el sistema mayores posibilidades de intervención de dichos jueces que las que habían tenido en el período de aplicación de la Ley de 1836.

Es notable esta ampliación en la nueva regulación de las acciones interdictales, que permitirá a los jueces amparar y reintegrar al propietario en la posesión de la que ha sido privado, si al ordenar las expropiaciones la Administración omitió todos o cualquiera de los requisitos a que sujetaba la ley la utilización legítima del instituto expropiatorio. Esto es, la declaración de utilidad pública, la declaración de necesidad de ocupación, el justiprecio y el pago. La admisibilidad de interdictos se reconoce en el artículo 4 en los siguientes términos: «todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar para que los jueces amparen y, en su caso, reintegren en la posesión al indebidamente expropiado».

Las acciones interdictales serán posibles a partir de entonces frente a cualquier vía de hecho administrativa. Es decir, siempre que los órganos administrativos actúen al margen de su competencia (lo que había ya exceptuado de la prohibición la Real Orden de 1838), pero también cuando omitan las reglas esenciales de procedimiento establecidas en las leyes reguladoras.

La prohibición que, en tiempos más modernos, pasará a la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, artículo 125, y a las derogadas Leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de junio de 1957, artículo 38, y de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, artículo 103, tiene el mismo alcance que queda fijado en las regulaciones decimonónicas mencionadas.

b) *El privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos*

En el caso de la declaración de los bienes públicos como inembargables, confluye la tendencia del sistema a apartar del conocimiento de la jurisdicción ordinaria de causas que pudieran interferirse en el normal desenvolvimiento de la acción administrativa, y también la preocupación por la conservación de un patrimonio y unas rentas públicas que, en el tiempo de las primeras luces del constitucionalismo

507.

Artículo 4 de la Ley de 1876.

508.

La preservación de los patrimonios públicos.

español, estaban en una situación desastrosa, especialmente en el ámbito de la Administración local.

Sin embargo, las primeras resoluciones que conducen hacia la declaración de la inembargabilidad de los bienes públicos aparecen en el seno de la Administración del Estado. Una Real Orden de 28 de febrero de 1844, ofrece uno de los primeros ejemplos de la doctrina de la inejecución de créditos contra los fondos públicos. Una audiencia territorial había acordado que el Estado debía abonar una cantidad determinada. Frente a ello, la Real Orden citada opone el argumento de que «para la satisfacción del crédito de ningún modo pueden ser ocupadas ni vendidas las rentas, bienes ni efectos públicos, afectos y destinados en virtud de las leyes a sostener las cargas del Estado, en la forma y modo que las mismas disponen». No solo acuerda, por tanto, la inejecución, sino que además explica sus fundamentos: «de poder hacerse el pago privilegiada y ejecutivamente... a favor de un interesado por providencia de un tribunal, vendría a seguirse que aquéllos estarían facultados para pedir, y los tribunales para otorgar, el total aniquilamiento de los intereses del Estado; y de aquí resultaría que en beneficio de algunos particulares, y por sentencias de los tribunales de justicia, serían desatendidas y abandonadas las atenciones públicas más privilegiadas y perentorias, y que las leyes quedaran sin valor ni fuerza por acuerdo de unos cuerpos que reciben su poder y sus facultades de ellas mismas...».

No puede explicarse mejor, realmente, que en esta resolución, cuya importancia ha enfatizado L. A. BALLESTEROS MOFFA, la significación del principio de inembargabilidad ni los valores que protege. *El orden de prelación de los créditos y la jerarquización de los pagos es materia que corresponde al legislador y, en ejecución de sus mandatos, a la Administración.* Este orden debe preservarse de modo aún más necesario cuando los recursos económicos del erario público son escasos. No puede un acreedor, contando con el título ejecutivo de una sentencia, anteponer su crédito al de otros posibles acreedores de más volumen y mérito. Y, sobre todo, *no puede anteponerse la valoración que haga un tribunal sobre la aplicación prioritaria de los fondos públicos, frente a la que haga la Administración que es a la que le corresponde decidir sobre las exigencias que imponen los intereses generales.*

La Ley de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos, de 14 de julio de 1840, estableció, en sus artículos 88 y siguientes, normas especiales para la aprobación de los presupuestos, que incluían criterios sobre la precedencia en el pago de las cantidades presupuestadas. También la Ley, de 9 de enero de 1845, sobre Organización y

509.

*Las primeras
inejecuciones de
créditos contra
fondos públicos.*

510.

*Real Orden de 28
de febrero
de 1844.*

511.

Ordenación de los presupuestos municipales y suspensión de las ejecuciones contra fondos públicos.

Atribuciones de las Diputaciones Provinciales recogía algunas reglas al respecto. En ejecución de estas previsiones, la Real Orden de 21 de enero de 1845 declaró inmediatamente suspendidas todas las ejecuciones pendientes contra fondos municipales, recordando al mismo tiempo la obligación que tenían los Ayuntamientos de incluir todas las deudas pendientes en los presupuestos. Las Circulares de 19 de mayo y 22 de septiembre de 1845 insistirán en la misma cuestión.

512.

Los fundamentos de las medidas contra la libre embargabilidad.

La Circular de 22 de septiembre del mismo año de 1845, explica los fundamentos de las nuevas medidas impeditivas de la libre embargabilidad de los fondos públicos, de un modo que no requiere mayores comentarios: «por Circular del Ministerio de la Gobernación de fecha 19 de mayo último, se advirtió a los Jefes políticos que S. M. se había servido mandar que se dijera a este ministerio de mi cargo que previniese a los Intendentes no procediesen en el cobro de las deudas contra los fondos públicos, ora municipales, ora provinciales, por medio de ejecuciones o de apremio. Mas como ha sido tan varia la inteligencia de la citada disposición, cuyo objeto solo es poner en armonía la bien entendida y eficaz administración de todos los fondos destinados a cubrir los gastos públicos, sin menoscabar los derechos y acciones que sean reconocidos constantemente a los representantes de la Hacienda Pública, ha tenido a bien S. M. declarar que en modo alguno se entiendan restringidos ni derogados los derechos, acciones y privilegios que corresponden a la Hacienda para hacer efectiva la recaudación de las cantidades que forman el presupuesto general de gastos del Estado, y únicamente consultados los perjuicios que se causarían a los fondos públicos en concepto de municipales y provinciales, si por efecto de procedimientos apremiantes disminuirían sus ingresos, es como S. M. ha adoptado en su alta consideración, y aprobó la medida, de que los Intendentes, antes de proceder según sus atribuciones, manifiesten a los Jefes políticos el estado de los descubiertos líquidos en que puedan hallarse los ayuntamientos o corporaciones... a fin de que por los medios que marca la ley municipal... hagan efectivas las cantidades que se deben a la Hacienda considerando éste crédito de interés general preferente a todo otro...».

513.

El acogimiento de la regla de la inembargabilidad en la jurisprudencia.

A partir de esta jerarquización de las aplicaciones al pago que deban hacerse de los fondos públicos, la jurisprudencia se empeñó en explicar pormenorizadamente la razón y justicia de estas prevenciones. La ejecución, se dice, «desconcierta la regularidad introducida en la Administración municipal» privando a los acreedores de su apetecible garantía y, además, perjudicando a los pueblos. Esta declaración puede encontrarse en un Real Decreto Sentencia de 25 de mayo

de 1846. En otro, de la misma fecha, se añade en el Considerando 4.º «que por el mismo caso no pueden los jueces y tribunales ordinarios exigirlos por sí aplicando las formas del juicio ejecutivo ni de otro modo alguno, y sí sólo decidir dentro de los límites de su competencia lo que corresponda sobre la legitimidad de esta clase de deudas y de obligación de satisfacerlas cuando pasan a ser asunto contencioso».

El Real Decreto de 12 de marzo de 1847, asumiendo los contenidos de la jurisprudencia que acaba de citarse, establecerá ya con carácter general las reglas relativas a la inejecución de los fondos públicos, que había empezado a organizarse a partir de la Real Orden de 21 de enero de 1845, ya citada. Refiriéndose a dicha Real Orden, el Real Decreto mencionado establece un procedimiento estricto que obliga a que, primero, los Ayuntamientos examinen las deudas que han contraído a efectos de decidir si deben incluirse en el presupuesto. El Ayuntamiento debería resolver las reclamaciones que se le formularan a tal respecto. El Jefe político decidiría en definitiva. Si se declaraba «la legitimidad de la deuda por una ejecutoria» el Ayuntamiento debería incluirla bajo su responsabilidad en el presupuesto municipal. Pero si resultara que «algún pueblo no tiene medios ni recursos para pagar todas sus deudas», el Ayuntamiento debería proponer a sus acreedores los arreglos que estimase oportunos.

De este modo el Real Decreto de 12 de marzo de 1847 completa el sistema de la inembargabilidad, dando el cauce presupuestario debido a las reclamaciones de deudas en que puedan haber incurrido las Administraciones locales.

El privilegio de la inembargabilidad no ha cambiado sustancialmente hasta nuestros días. Hoy, como veremos, aun manteniéndose, la jurisprudencia constitucional ha permitido, tan solo, delimitar hipótesis en las que los intereses públicos que protege aquel privilegio no están afectados y, por tanto, su invocación resulta ilegítima.

c) *Las vías previas, el carácter revisor del contencioso y la ejecutividad de los actos administrativos*

Otros privilegios procesales que se construyen en la etapa central del siglo XIX, en beneficio de las posiciones de la Administración, privilegios que van a servir para caracterizar su actividad jurídica en el futuro, son, primero, los derivados de la necesidad de reclamar ante la Administración, antes de formular cualquier demanda contra ella ante la jurisdicción, segundo, la configuración del contencioso administra-

514.

Inembargabilidad y ordenación del procedimiento para satisfacer los pagos debidos.

tivo como un proceso al acto administrativo, en el que la jurisdicción debe limitarse a verificar la legalidad del acto impugnado, tomando el acto mismo como patrón de su decisión y sin poder formular declaraciones ajenas al contenido de aquel; y, tercero, el reconocimiento del privilegio de la ejecutividad a los actos administrativos, de modo que las Administraciones Públicas puedan llevarlos a su debido efecto y cumplimiento, sin necesidad de contar con el auxilio de los jueces y tribunales.

515.

Las reclamaciones previas: Real Orden de 9 de junio 1847.

Sin seguir un orden cronológico estricto, en lo que respecta a la aparición de cada una de las prerrogativas citadas (su emergencia aparece, en verdad, entremezclada en numerosas disposiciones legales y resoluciones judiciales de la época), la técnica de las reclamaciones previas alcanza su regulación más duradera en la Real Orden de 9 de junio de 1847. Se ha admitido comúnmente por la doctrina de la época (DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, ALCÁNTARA y MORALES, COLMEIRO) y por la contemporánea (M. CLAVERO) que la razón de ser de las reclamaciones previas fue la búsqueda de una técnica de conciliación o transacción, para los negocios contenciosos en los que era parte una entidad pública, que evitase la incoación de juicios en que la Administración tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre el conflicto. J. SANTAMARÍA ha demostrado solventemente que realmente los orígenes de la reclamación previa son bastante anteriores a la regulación que efectúa la Real Orden citada de 1847. Tienen que ver con las garantías que el legislador quiere ofrecer a los compradores de bienes puestos a la venta con ocasión de las operaciones de desamortización (de ello es una muestra muy evidente la Real Orden de 25 de noviembre de 1839, que ya hemos comentado a otros efectos, y que prohíbe que se inicien contenciosos antes de que sean plenamente efectivas las ventas y la toma de posesión por los compradores de bienes nacionales desamortizados; igualmente la Real Orden de 9 de febrero de 1842). También están vinculadas las vías previas, al establecimiento del privilegio de la inembargabilidad, la prohibición de acciones judiciales, y la exigencia de que las reclamaciones que se formulen por deudas que la Administración hubiere contraído, sean examinadas por ella misma, a los efectos de determinar si han de incluirse o no en el presupuesto (especialmente Real Decreto de 12 de marzo de 1847, en lo que concierne a la Administración municipal; y antes que dicha norma, como ya nos es conocido, la Real Orden de 28 de febrero de 1844 por lo que concierne al Estado).

516.

Orígenes y fundamentos de las reclamaciones previas.

Estos antecedentes desembocarían en la Real Orden de 9 de junio de 1847, donde la reclamación previa queda finalmente regulada en

517.

El modelo de la conciliación civil.

los siguientes términos: «no siendo justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que los particulares, a los cuales concede la ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad, antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio, y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación, se ha servido S. M. resolver de acuerdo con lo propuesto por V. S. y por el Asesor de la Superintendencia, que no se controviertan intereses del Estado, sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución en el asunto sobre el que verse por la vía gubernativa».

A partir de esta declaración, justificando la medida en la implantación de una especie de conciliación en los juicios en que fuera parte la Administración Pública (aunque, la regla de la conciliación previa a todo juicio —vinculada en Francia a la idea de fraternidad, como se ha comentado *supra*—, se había establecido en el artículo 284 de la Constitución de 1812 con carácter general, pero desde el Decreto de 18 de mayo de 1821 la Administración Pública había quedado exceptuada de tal requisito previo), lo que viene a establecerse es la necesidad de la decisión o acto previo de la Administración, a los efectos de que ulteriormente dicho acto fuera el patrón al que tuviera que ajustarse la jurisdicción competente para resolver la reclamación que formularan los particulares contra la Administración.

Por tanto, más que al establecimiento, en la Real Orden de 1847, de un mecanismo de conciliación previo, según se dice, como justificación para el establecimiento de las reclamaciones previas, estas están en estrecha conexión con la evolución que experimenta el contencioso judicial en la época y también el contencioso administrativo, para que la jurisdicción no pueda conocer de otra cosa que del contenido del acto administrativo previo, para valorar su fundamento y adecuación a la legalidad.

En el ámbito del contencioso administrativo el establecimiento de la exigencia de un acto administrativo previo como presupuesto indispensable para el planteamiento de cualquier litigio, aparece constantemente reiterado en un amplísimo número de resoluciones, que ha recogido minuciosamente A. BETANCOR RODRÍGUEZ. Resulta de ellas que el Consejo Real declara nulas las actuaciones de los Consejos Provinciales porque «falta el acto administrativo que había de dar origen al contencioso» (RDS de 18 de agosto de 1847). O también que exige reiteradamente la existencia de acto administrativo previo, pues es tal acto el que «prepara la vía contenciosa», «da origen al contencioso»,

518.

La decisión previa como patrón para el debate contencioso ulterior.

519.

El acto administrativo previo al contencioso.

«da lugar a la vía contenciosa», es el «fundamento de la acción contenciosa», es imprescindible para conocer el «asunto que ha sido objeto del litigio», etc. (RRDS de 15 de octubre de 1849, 18 de agosto de 1847, 27 de octubre de 1847, 10 de julio de 1850, 10 de febrero de 1851, 30 de noviembre de 1850, etc.).

No obstante todo lo anterior, la exigencia del acto previo, que es inequívoca en la primera jurisprudencia administrativa, no parece que haya sido equivalente de la configuración inicial del contencioso como un proceso estrictamente referido al acto que se ha impugnado. El acto era el origen del litigio, pero en sede contenciosa el enjuiciamiento del mismo se hacía sin restricciones, con carácter general. Si un particular lo había impugnado por considerar que habían sido vulnerados sus derechos y reclamaba una declaración acerca de los mismos, la jurisdicción podía debatir sobre la existencia de esos derechos y formular finalmente las declaraciones que considerara pertinentes para preservarlos o restablecerlos. En las resoluciones citadas, y en otras muchas (RRDS de 14 de noviembre de 1847, 17 de abril de 1848, 14 de mayo de 1848, 21 de octubre de 1851, etc.), aparece una configuración del contencioso ajustada a dicho orden de ideas.

Sin embargo a partir de los primeros años de la década de los cincuenta, la jurisdicción contencioso-administrativa se va transformando, a golpe de resoluciones del Consejo Real, *en una jurisdicción estrictamente revisora del acto administrativo previo*. Será el acto el objeto del litigio y, por tanto, su contenido delimitará los pronunciamientos posibles en sede contenciosa. El objeto litigioso queda delimitado por el acto. El acto previo ya no solo es un requisito para que se inicie la vía contenciosa, sino que será también el exclusivo punto de referencia del debate procesal y, finalmente, de la sentencia. La jurisdicción será, en lo sucesivo, revisora de lo actuado por la Administración.

Como hemos estudiado más atrás, también en Francia se produce una evolución semejante en el contencioso administrativo, que llevó a configurar el acto previo como patrón de la sentencia y objeto único y específico del debate en sede contenciosa. Esta doctrina duró hasta finales del siglo XIX en aquel país y su justificación teórica y práctica se apoyó en la doctrina del ministro juez: en determinadas materias, algunos órganos de la Administración activa, como ministros, prefectos y subprefectos, tenían competencias para decidir controversias contenciosas antes de que se pronunciaran sobre ellas los órganos especializados en el conocimiento de los litigios contencioso-administrativos. En tales casos, la intervención de la jurisdicción contenciosa se concebía como una segunda instancia en la que se revisaba la actuación del

520.

La configuración de la jurisdicción como estrictamente revisora.

ministro juez, esto es, del órgano de la Administración activa que había resuelto inicialmente la reclamación formulada.

En España, la doctrina del ministro juez, no aparece tan desarrollada como en Francia. La mayor parte de la doctrina de la época la desconoce. En el Derecho Administrativo español de COLMEIRO hay una exposición bastante extensa sobre los supuestos en que los alcaldes, los gobernadores y los ministros actuaban como jueces de excepción, resolviendo controversias, y también sobre los fundamentos de esta clase de intervenciones de la Administración activa en asuntos contenciosos. *Normalmente se justificaban por COLMEIRO en razones de urgencia, o de gran especialidad de la actuación. Pero, en verdad, entre los supuestos que reconoce que son resueltos habitualmente por los jueces de excepción, no es fácil apreciar que concurren siempre razones de urgencia o de singularidad destacada.*

Desde luego, lo que ha quedado definitivamente demostrado en la historia de nuestro contencioso administrativo es que la Administración activa resolvía ordinariamente —no solo excepcionalmente— asuntos contenciosos. También está suficientemente demostrado que en los años cuarenta y cincuenta del siglo XIX se implanta la regla general de que el enjuiciamiento contencioso —sea por jueces ordinarios sea por la jurisdicción contencioso-administrativa especializada— de asuntos administrativos, requiere una decisión previa de la Administración en la que se fije su posición sobre el alcance de la controversia. Por lo que, tomando como referencia estas constataciones, ya indiscutibles, puede establecerse que, con toda seguridad, sin necesidad de aplicar la doctrina de los jueces de excepción o del ministro juez (lo que postuló entre nosotros R. PARADA), la decisión administrativa previa es un fenómeno nada extravagante en una época en la que con frecuencia la Administración activa resolvía asuntos contenciosos. A partir de esta práctica, y posiblemente cuanto se suprime, la articulación para sustituirla de un sistema de reclamaciones previas, decisiones previas o actos administrativos previos al contencioso, es perfectamente lógica y acomodada a las modalidades de control de las decisiones administrativas a las que la ideología jurídica de la época está acostumbrada.

Resta una referencia al tercero de los privilegios de los que pretendíamos dar cuenta en este epígrafe: la consideración del acto administrativo como ejecutivo y ejecutorio, es decir como de obligado cumplimiento por sus destinatarios y, además, como ejecutable por la propia Administración, sin necesidad de impetrar el auxilio de la Justicia.

521.

La doctrina del ministro-juez: la actuación de alcaldes, gobernadores y ministros como jueces de excepción.

522.

La práctica de la resolución de contenciosos por la Administración activa.

523.

El privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos.

Esta regla, como tantas otras básicas en la formación del Derecho Administrativo contemporáneo, ha surgido en las regulaciones de la Administración Local. A partir de estas regulaciones locales se aplicará ulteriormente también a la Administración del Estado.

BETANCOR RODRÍGUEZ, que es el autor que más reciente y extensamente ha estudiado los orígenes de la ejecutividad de los actos administrativos, ha descrito la evolución de la ejecutividad de los acuerdos municipales, a partir del proyecto de Ley de Atribuciones de los Ayuntamientos de 1838. Siguiendo los términos en que se formuló la regulación en dicho proyecto, las leyes municipales de 1840 y 1845 reconocerán un grupo de acuerdos municipales que eran inmediatamente ejecutorios desde su adopción, sin necesidad de que obtuvieran una aprobación previa de las autoridades estatales de tutela. Respecto de este grupo de actos el jefe político podía acordar su suspensión, si los encontraba contrarios a las leyes, pero si tal no hacía, el acto local ganaba ejecutoriedad. Se comprueba de esta manera que la ejecutoriedad de los actos aparece vinculada a la técnica de la tutela o supervisión de la autoridad superior, de la que dependía finalmente la eficacia del acto.

La concepción de la época del desarrollo del primer contencioso administrativo en España, sobre la ejecutividad de los actos, es que pertenece a la potestad de la Administración, necesaria para la gestión de los asuntos que le están encomendados, característica absolutamente vinculada a su consideración de poder independiente y autosuficiente en relación con los tribunales. En la medida en que los tribunales no pueden entrometerse en los asuntos administrativos ni obstaculizar su gestión, la Administración es un poder que tiene que gozar de autonomía para llevar a efecto sus decisiones. Esta ideología conducirá hacia la separación no solo de la justicia ordinaria sino también de la justicia contencioso-administrativa, que no debe intervenir previamente en la ejecución de los actos de la Administración activa.

La Administración tiene que tener potestades suficientes para llevar a la práctica lo que ha acordado. Y estas potestades, reconocidas en alguna legislación especial (por ejemplo, en materia de contratos, los Reales Decretos de 27 de febrero y 15 de septiembre de 1852), son amparadas por una jurisprudencia inmediata que no pone ninguna dificultad, sino que, por el contrario, apoya el mantenimiento de tal potestad, plenamente necesaria y disponible para la Administración activa.

524.

Origen de la ejecutividad en la legislación local.

525.

La autonomía e independencia de la Administración como fundamentos de la ejecutividad.

526.

La confirmación jurisprudencial de las potestades ejecutivas.

Puesto que la ejecutividad es una potestad de la Administración activa, también se atribuye a su exclusiva responsabilidad la decisión acerca de si es procedente la suspensión de sus actos. Esta facultad será de ejercicio discrecional, como resulta de lo que estableció, por primera vez al respecto, el artículo 3 del Reglamento de 4 de julio de 1861 relativo a los procedimientos para los negocios contenciosos de la Administración de las provincias de ultramar: la suspensión se acuerda excepcionalmente y solo, como expresó COLMEIRO, «a juicio de la autoridad que hubiese dictado la providencia reclamada».

La doctrina es la que, finalmente, tras un intenso debate, reconocerá que la ejecutividad de los actos es una potestad indisolublemente unida al ejercicio de las competencias que la Administración tiene encomendadas. A partir de la legislación de los años cincuenta, sobre todo en el ámbito local, se mantendrá para los ayuntamientos la distinción entre actos inmediatamente ejecutivos, y actos que no pueden serlo sin la aprobación de los superiores jerárquicos, esto es de los órganos de tutela dependientes de la Administración del Estado. Pero, en el caso de la Administración del Estado, esta diferencia no existe en la legislación, y lo que se implanta es el principio de que la Administración tiene siempre la facultad de ejecutar inmediatamente sus resoluciones, sin que pudiera quedar tal facultad desarbolada por el hecho de que la decisión fuera impugnada en sede contenciosa. Serán, finalmente, los reglamentos de organización y procedimiento de los diferentes ministerios, los que ya en la década de los años setenta del siglo XIX, regularán de modo más pormenorizado tales potestades de la Administración.

d) *La autorización previa para procesar a los funcionarios públicos*

En el núcleo fundamental de los privilegios procesales de la Administración, debemos incluir, por último, las autorizaciones para procesar a los funcionarios públicos.

El origen de este tipo de limitaciones a la acción de los tribunales, está, sin duda, en la práctica de las avocaciones decididas por el Rey en relación con asuntos de los que conociesen los tribunales de justicia o cualesquiera órganos con competencias jurisdiccionales.

La Justicia se ejercía en el Antiguo Régimen en nombre del Rey, que era el único titular de esta función estatal básica. El titular de la función, el Rey o el consejo más inmediatamente vinculado al mismo, podía atraer para sí la decisión final en causas que habían empezado a

527.
La facultad de suspender la ejecutividad de los actos.

528.
Origen en la práctica de las avocaciones.

529.

Avocaciones
particulares y
generales.

conocer otros órganos jurisdiccionales. Estas decisiones eran las avocaciones. Podían ser particulares, cuando se referían a un caso concreto, que normalmente surgía de una dificultad política o de la petición de un grande. Pero también había avocaciones generales que se acordaban cuando el Rey deseaba sustraer de modo permanente a los tribunales ordinarios la decisión sobre determinados asuntos o sobre materias concretas. Todo ello se explica porque la Justicia, en definitiva, pertenecía por entero al Rey. Fue Luis XIV el que dijo «entre Dios, Yo y la Justicia, no hay Ley». La Justicia era el primer atributo del Rey de Francia. Aunque mantuviera delegado habitualmente su ejercicio, podía retomarlos en cualquier momento atribuyéndose la decisión.

La avocación podía decidirla el Rey, pero también, en la práctica francesa, la podía acordar el Consejo del Rey, atrayendo asuntos desde las jurisdicciones competentes. Como medidas de este género removían el orden establecido para la resolución de los asuntos, su utilización fue provocando paulatinamente (el origen de la práctica arranca, por lo menos, del siglo XIII) mayores resistencias. De la oposición, justamente, derivaron algunas medidas en Francia como la *Ordenanza de Blois*, que introdujo un procedimiento minucioso en el que se establecían las reglas que tenían que cumplirse para ejecutar una avocación. Los instigadores de estas medidas realmente no pretendían otra cosa que escapar de sus jueces naturales, buscar una justicia más favorable, evitar que juzgaran sobre ellos jueces parciales, o directamente impedir que un asunto delicado fuera conocido por los jueces ordinarios.

530.

Avocaciones y
lettres de cachet.

En íntima conexión con la técnica de las avocaciones está la de las *lettres de cachet* que tenían por objeto también una rescisión de una decisión de Justicia. Las *lettres de cachet* contenían medidas individuales de diferente carácter: unas veces eran privativas de la libertad de un sujeto, otras suponían detenciones, la puesta en residencia vigilada, el exilio, etc. Pero también podían implicar pura y simplemente, la extinción de los efectos de una medida judicial. Otras veces eran acuerdos adoptados en interés de la seguridad del Estado, porque permitían alejar a personajes indeseables o retener a los que eran juzgados peligrosos o subversivos. *Lettres de cachet* se emplearon en los estertores últimos del Antiguo Régimen contra escritores y parlamentarios subversivos, como VOLTAIRE, DIDEROT o MIRABEAU.

El soberano podía decidir avocaciones generales, o también decidir con *lettres de justice* o de *grâce* medidas que se interferían en la aplicación de la ley o de la Justicia.

Pues bien, justamente en conexión con este tipo de prácticas generalizadas en el Antiguo Régimen, están las que traspasan el tiempo de la Revolución para convertirse en impedimentos para el libre procesamiento de las autoridades y funcionarios.

El artículo 75 de la Constitución del año VIII subordinó a una autorización previa del Consejo de Estado los procedimientos dirigidos contra los funcionarios públicos distintos de los ministros «por hechos relativos a sus funciones». Alexis de TOCQUEVILLE, observó que esta institución, como tantas otras que él resume en su ensayo clásico sobre el Antiguo Régimen y la Revolución, procedía del Antiguo Régimen. Un capítulo concreto de dicho libro se titula «*Que la justicia administrativa y la garantía de los funcionarios son instituciones del Antiguo Régimen*». La exposición que hace sobre esta cuestión destaca que Francia era un país en que los tribunales ordinarios dependían del gobierno. Y, partiendo de esta situación, explica la práctica de las avocaciones como sigue: «como el Rey no podía apenas nada sobre la suerte de los jueces, de manera que el Rey no los podía revocar, ni cambiar de lugar, ni siquiera corrientemente elevar de grado; en una palabra no les sujetaba ni por ambición ni por miedo, por lo cual se sintió pronto molesto por esa independencia. Esto le había llevado... a sustraerles el conocimiento de los negocios que interesaban directamente a su poder y a crear para su uso particular, al lado de ellos, una especie de tribunal más dependiente, que presentaba a este respecto alguna apariencia de Justicia sin serlo en realidad. El modo ordinario en que esto se hacía era mediante una Orden por la que el Rey decidía cuál era el tribunal que tenía que intervenir». Tal práctica se convirtió en asunto tan ordinario que, dice TOCQUEVILLE, «cuando los tribunales del Antiguo Régimen querían perseguir a un representante cualquiera del poder central, se producía de ordinario una resolución del Consejo que sustraía al acusado de sus jueces y los reenviaba ante Comisarios que el Consejo nombraba».

Esta práctica era, sin duda, uno de los abusos contra los que los revolucionarios reaccionarían. Pero, en este caso, sin mucho empeño porque, a la postre, el legado de las avocaciones beneficiaba directamente a los nuevos depositarios del poder legislativo y ejecutivo frente a los abusos de la Justicia que era, en el sentir de los revolucionarios, el más monstruoso de los poderes del Antiguo Régimen. Por ello, la Ley de 14 de diciembre de 1789 vuelve en cierto modo a aquella práctica de las avocaciones, al condicionar el ejercicio de cualquier acción contra un empleado público a la previa autorización administrativa.

531.
La práctica según
TOCQUEVILLE.

LAFERRIÈRE (que hizo un análisis clásico de esta legislación en su *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*) argumentó que dicha Ley no derogaba realmente ninguno de los principios que inspiraron la Revolución. La Ley de 16-24 de agosto de 1790 también prohibiría, según hemos recordado reiteradamente, que los jueces citaran ante ellos a los administradores públicos por razón de sus funciones. Y la Ley de 7-14 de octubre de 1790 estableció que «ningún administrador puede ser llevado ante los tribunales por razón de sus funciones públicas, a menos que haya sido reenviado por la autoridad superior, conforme a las leyes». La autorización correspondía al titular del órgano del que dependiera el funcionario.

532.

La implantación de las autorizaciones previas para procesar o llamar a funciones o autoridades ante los tribunales.

El artículo 75 de la Constitución del año VIII, no haría otra cosa que ratificar una tendencia que no había conocido desfallecimientos desde los primeros días de la Revolución. Al mismo tiempo que protegía a los funcionarios, también impedía a los tribunales ordinarios entrar a conocer acerca de la legalidad de los actos administrativos, lo cual estaba en estrecha consonancia con la concepción del principio de separación de poderes que se defiende vivamente en la época.

Pero, poco a poco, la protección otorgada a las personas, la impunidad que derivaba de la utilización de las autorizaciones previas, condujo hacia un serio descrédito de dicha fórmula. Después de la Restauración, las críticas empiezan a proliferar, pero la técnica de la autorización previa resistiría hasta que un Decreto Legislativo de 19 de septiembre de 1875 acordó su derogación definitiva.

533.

El levantamiento de la prohibición de procesamiento sin autorización.

Tal decisión derogatoria plantearía otros problemas inmediatos como fue el de decidir acerca de la competencia de los tribunales judiciales para interpretar y aplicar los actos administrativos discutidos en el transcurso de un procedimiento contra un funcionario. Tenían la posibilidad de valorar si eran actos constitutivos de delitos o faltas y, por tanto, también apreciar su validez. El Tribunal de Conflictos tuvo oportunidad de pronunciarse reiteradamente a partir de 1870 sobre esta clase de problemas.

En lo que ahora nos concierne, también el levantamiento de la prohibición de procesamiento sin autorización, provocó una multiplicación de las demandas contra los funcionarios, por actos adoptados en el ejercicio de sus atribuciones de carácter público. El primer conflicto importante que este tipo de intervenciones produjo lo resolvió el Tribunal de Conflictos mediante *arrêt* de 19 de julio de 1873 (*arrêt Pelle-tier*). Es una de las grandes resoluciones de la historia del Derecho Público francés. Examinando la regulación de las autorizaciones para

procesar y su fundamento histórico en el artículo 75 de la Constitución del año VIII, la resolución citada argumenta que en estos textos se establecían prohibiciones derivadas del principio de separación de poderes, impeditivas de que los tribunales pudieran conocer de los actos administrativos, y de que se pudieran interferir en la actuación de los agentes de la Administración. La procedencia o no de procesar a los funcionarios y la valoración de las circunstancias que pueden dar lugar a la inadmisión de las denuncias, era cuestión, sin embargo, que deberían resolver los tribunales ordinarios. Esta solución se mantuvo después en toda la jurisprudencia de conflictos.

Por lo que respecta a España, las Cortes de Cádiz rechazaron explícitamente el sistema de las autorizaciones previas. El Discurso Preliminar es claro en este sentido: «tal vez podrá convenir, en circunstancias de grande apuro, reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva, pero en el momento en que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiesen la autoridad judicial, desaparecerían para siempre no sólo la libertad política y civil, sino aquella sombra de autoridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus Estados. Por eso se prohíbe expresamente que pueda separarse de los tribunales el conocimiento de las causas, y ni las Cortes ni el Rey podrán avocarlas, ni mandar nuevamente allí los juicios ejecutoriados. La ley sólo debe señalar el remedio para subsanar los perjuicios que pueden derivarse de los fallos de los jueces...».

En coherencia con este ideario, en la Constitución de 1812 no se establece regla alguna impeditiva de la acción de la Justicia ordinaria sobre los funcionarios. La Constitución se atiene en esto, estrictamente, al judicialismo que profesa, cuya significación y alcance tenemos ya suficientemente estudiados.

Sin embargo, a partir de la Constitución de 1837 las prevenciones contra las avocaciones desaparecen. Pocos años después se encuentran ya supuestos concretos de autorizaciones previas para procesar en determinadas resoluciones reales. Es expresiva la Real Orden de 27 de febrero de 1840 donde se dice: «enterada S. M. la Reina gobernadora de que algunos jueces de primera instancia se han creído autorizados a proceder judicialmente contra los alcaldes constitucionales... siendo la voluntad de S. M. que los jueces levanten mano desde ahora en las causas formadas que remitirán a los jefes políticos como comprobantes de la falta cometida por los alcaldes», ordena que para lo sucesivo «en vez de formarles causa por ello reclamen el apoyo de los jefes políticos y siéndoles negado lo pongan en conocimiento de S. M.

534.
*Arrêt Pelletier de
1873.*

535.
*El rechazo de
avocaciones y
autorizaciones
previas en la
Constitución de
1812.*

536.
*La implantación de
las autorizaciones.
Real Orden de 27
de febrero
de 1840.*

por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia que reclamará del de Gobernación lo que convenga».

537.

Generalización del sistema.

Bajo estas inspiraciones, no tardará en llegar una regulación general de las autorizaciones previas que se instaurará mediante la Ley de 2 de abril de 1845 para el Gobierno de las Provincias. Se atribuye la facultad de otorgarlas a los jefes políticos. La facultad es discrecional con el único condicionamiento de dar cuenta documentada de la negativa al Gobierno a fin de que, en su caso, resuelva lo que proceda.

538.

Régimen de las autorizaciones.

Una Real Orden de 27 de marzo de 1850 perfeccionará esta regulación de las autorizaciones previas para procesar. Estableció que los jueces no podían dirigirse contra ningún empleado o cuerpo dependiente del gobernador de la provincia por hechos relativos a sus funciones administrativas, ni recibiendo declaración, ni decretando su arresto o prisión. Para actuar contra ellos hacía falta contar con la autorización previa que reguló la Ley de 2 de abril de 1845. El juez debería solicitar, previo informe del fiscal, esta autorización, remitiendo las diligencias al gobernador, el cual, oyendo al Consejo provincial, resolvería lo procedente. En el caso de delitos flagrantes o graves, el juez podía adoptar medidas de arresto o prisión, pero debía solicitar autorización inmediata del Gobernador dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si, en fin, el delito no era relativo al ejercicio de funciones administrativas, el juez cumplía con dar aviso al gobernador.

El Real Decreto de 29 de abril de 1857 estableció algunas modificaciones del sistema. En términos generales la doctrina de la época se muestra complaciente con la fórmula de las autorizaciones previas. Es bien expresiva, a este respecto la opinión de COLMEIRO. En su criterio, «si se concediese al poder judicial sin limitación alguna la facultad de encausar a los agentes administrativos, conocería inmediatamente de los actos de administración, turbando la armonía constitucional, y destruyendo el principio de la recíproca independencia de poderes».

La evolución ulterior de la institución de la autorización para procesar a los funcionarios, que estudió R. PARADA, consistirá en su mantenimiento hasta que la Constitución de 1869 la considere incompatible con sus principios, derogándola (artículo 30: «en ningún caso será necesaria la previa autorización para procesar a los funcionarios cualquiera que sea el delito que cometieren»). El artículo 77 de la Constitución de 1876, restablecerá la autorización previa, de un modo más matizado. Pero quedará recogida, como un artículo de previo pronunciamiento, en la inmediata Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 5).

539.

Evolución hasta la prohibición final.

Prácticamente, por tanto, durante todo el tiempo en que estuvo vigente el sistema de principios que inspiraron el Estado legal, existió con él esta peculiar restricción a la acción de la Justicia. En la legislación de mediados del siglo xx, dicha institución se proscribió expresamente (artículo 44, párrafo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957: «en ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa»). Pero obstáculos semejantes a las autorizaciones previas se mantendrán coetáneamente a su prohibición, bajo la forma de las llamadas cuestiones administrativas previas, que reguló el artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948. Mediante esta técnica, se exigían pronunciamientos previos de la Administración, antes de que los tribunales pudieran conocer de determinados asuntos criminales.

En la época del Estado constitucional, la necesidad de que se resuelvan cuestiones administrativas previamente a la intervención y decisión que puedan adoptar sobre conductas de las autoridades y funcionarios los tribunales penales, se ha convertido en una cuestión puramente jurisdiccional, de prejudicialidad o preferencia de unas jurisdicciones sobre otras, para romper con el principio de la preferencia absoluta de la jurisdicción penal.

F) Los conflictos jurisdiccionales

El conjunto de privilegios que en los años inmediatamente anteriores y posteriores a la formación del contencioso administrativo en España, surgen y se estabilizan a favor de la Administración Pública en cuanto concierne a sus relaciones con los Tribunales, se completa con la regulación de los conflictos jurisdiccionales.

El problema de los conflictos entre la Administración y la Justicia arranca del Antiguo Régimen. Pero son las soluciones del período constitucional las que nos interesan.

Las del Antiguo Régimen aún conocen algunos desarrollos en el período absolutista fernandino. Una Real Orden de 4 de diciembre de 1819 y otra de 24 de febrero de 1824, establecen, a los efectos de la resolución de los conflictos de competencias, una *Junta de Competencias*, formada por ministros principalmente, que habrían de resolver las controversias que se formaran entre los órganos responsables del ejercicio de la función contenciosa y los competentes en materia gubernativa. Naturalmente, al no existir una diferenciación orgánica

clara para el ejercicio de una y otra clase de funciones y, de cualquier manera, estar concentrado todo el poder en el Rey, *el procedimiento de resolución de conflictos de competencias es muy simple y solo reclama una decisión final del Rey o de las personas u órganos en los que él delegue.*

540.

RD de 6 de junio de 1844: procedimiento para los conflictos.

La regulación de los conflictos de competencia en plena etapa constitucional, arranca de un Real Decreto de 6 de junio de 1844, que determina «las reglas que han de observarse en las contiendas de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales comunes». En esta primera regulación, la preeminencia de las posiciones de la Administración es rotunda. Inmediatamente que un jefe político tuviera motivos para creer que un juez o tribunal estaba conociendo de un asunto administrativo, le formularía una reclamación motivada, excitándole a que suspenda todo procedimiento y a que le remita las actuaciones (artículo 1). El tribunal o juez tendría que suspender el procedimiento, remitir las actuaciones, una vez oídas las partes, y decidir inmediatamente acerca de su inhibición o sobre el sostenimiento de su competencia. Si hubiera sostenido su jurisdicción, las actuaciones pasarían al jefe político inmediatamente que, si no compartía el criterio del juez o tribunal, remitiría el expediente al Ministerio de la Gobernación. Este Ministerio, de acuerdo con el de Gracia y Justicia, propondría al Rey la resolución definitiva.

541.

Evolución a lo largo del siglo XIX.

Con carácter general, este procedimiento de resolución de controversias es el que se mantiene durante todo el siglo (y aún puede decirse que también básicamente en la Ley de Conflictos de 1948, vigente hasta después de la Constitución de 1978), con muy escasos perfeccionamientos. El Real Decreto de 4 de junio de 1847, que es la segunda norma que regula los conflictos entre autoridades judiciales y administrativas, añade algunas particularidades de interés a la regulación anterior. Por una parte, se establecen una serie de supuestos (artículo 3), en los cuales los jefes políticos no pueden suscitar «contienda de competencia»: así, en los juicios criminales, salvo cuando tuvieran que decidirse cuestiones previas por la autoridad administrativa; en los de comercio, o en los pleitos fenecidos por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada. Tampoco podían plantearlas por no haber precedido la autorización previa para perseguir en juicio a los empleados públicos, pero en estos casos los interesados podían plantear recursos de nulidad por haberse omitido tales formalidades. Las reclamaciones de competencia, cuando finalmente se formulaban por el jefe político, tenían efecto suspensivo respecto del procedimiento que se estuviere siguiendo.

Con todo, la innovación más importante que se produce a partir del Real Decreto de 1847 citado, es que el Consejo Real interviene emitiendo un dictamen motivado, que se elevaría al Rey, por conducto del Ministro de la Gobernación, o en su caso del Consejo de Ministros, a los efectos de obtener la decisión definitiva.

El sistema, en fin, se perfecciona, con el Real Decreto de 4 de julio de 1861, que mantiene básicamente el procedimiento, y las excepciones básicas establecidas a la potestad de los jefes políticos, ahora denominados gobernadores civiles, para que puedan plantear conflictos jurisdiccionales. En el procedimiento se mantiene también la intervención consultiva del Consejo de Estado, pero la gubernamentalización se incrementa. La resolución final pertenecerá directamente al propio gobernador civil o al gobierno. También, en fin, se clarifica el principio de que la autoridad judicial no puede provocar contiendas de competencia. Esta es una facultad que solo corresponde a la autoridad gubernativa. Aquella autoridad no puede disputar a la Administración sus competencias por otro procedimiento que el de plantear ante el Gobierno recursos por abuso de poder o incompetencia, regulados entonces en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Se perpetúa, de esta manera, un sistema de conflictos jurisdiccionales, que supone para la Administración activa un gran privilegio frente a cualquier intromisión indebida de la jurisdicción: solo la Administración puede plantearlos y son, en definitiva, órganos de la Administración activa los encargados de resolverlos. De ello resultará, inevitablemente, una fuerte restricción de las competencias de control y aplicación de las leyes que los jueces y tribunales tenían encomendadas.

542.

La intervención del Consejo de Estado.

543.

Los conflictos como privilegio de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- ACTES DU COLLOQUE DE DIJON: 1791, *La première Constitution Française*, Economica, Paris, 1993.
- AGAPITO SERRANO, R.: *Libertad y división de poderes. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Tecnos, Madrid, 1989.
- AGUIRRE DE TEJADA, M.: *El restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Decreto de 20 de enero de 1875. El restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ¿es una medida acertada? ¿se ha efectuado en términos convenientes?*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- *Estudio sobre el proyecto de Ley presentado al Congreso de Diputados en 26 de enero de 1881, reformando la organización, competencia y procedimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- AGUSTÍN SILVELA, F.: *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas, o estudios prácticos de Administración*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- ALCANTÁRA Y PÉREZ, A. y MORALES Y SERRANO, J.: *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*, Imprenta de J. E. Morete, Madrid, 1866.
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.
- ALVARADO, J.: *De la ideología trifuncional a la separación de poderes*, UNED, Madrid, 1993.
- ANES, G.: «El Antiguo Régimen: los Borbones», en M. ARTOLA GALLEGO (dir.), *Historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1975, tomo IV.
- APARISI MIRALLES, A.: *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- ARGÜELLES, A. de: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Estudio preliminar de L. SÁNCHEZ AGESTA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- ARROYO YANES, L. M.: *La ordenación de la función pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*, 1995.
- ARTOLA GALLEGO, M.: *Los orígenes de la España contemporánea*, IEP, Madrid, 1.ª ed. en 1969, 2.ª ed. en 1975.
- «La burguesía revolucionaria (1808-1874)», en *Historia de España*, vol. V, Alfaguara, Alianza Editorial, Madrid, 2.ª ed., 1990.
- ASÍS ROIG, R. y ANSUATEGUI ROIG, F. J.: «Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica», en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.), *Historia*

- de los Derechos fundamentales*, tomo I: «Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII», Dykinson, Madrid, 1998.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES: «La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989», *Economica*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Paris, 1990.
- BAECQUE, A.; SHMALE, W. y VOVELLE, M.: *L'An 1 des Droits de l'Homme*, Presses du CNRS, Paris, 1988.
- BAILYN, B. (ed.): *The Debate on the Constitution Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over ratification*, Part One: September 1787 to February 1788. Part Two: January to August 1788, The Library of America, New York, 1993.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *Origen y evolución histórico-normativa del privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos*, Universidad de León, 2000.
- BARTHÉLÉMY, J.: «De l'interprétation des lois par le législateur», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n.º 25, 1908.
- BARTHÉLÉMY, J. y DUEZ, P.: *Traité de Droit Constitutionnel*, *Economica*, Paris, 1985 (reproducción fotomecánica de la edición de Librairie Dalloz, Paris, 1933).
- BASTID, P.: *L'idée de Constitution*, *Economica*, Paris, 1985.
- *Siéyès et sa pensée*, Slakine Reprints, Genève, 1978 (reimpresión de la edición de París, 1939).
- BAUCHEF: *La validation législative des décisions de Sécurité sociale*, GP, 1954.
- BEARD, Ch.: *The Supreme Court and the Constitution*, New York, 1912.
- BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1996.
- BENTHAM, J.: *Nomografía o arte de redactar leyes*, BOE y CEC, Madrid, 2000.
- BERTHELEMY, H.: «Les limites du pouvoir législatif», *Revue Politique et Parlementaire*, t. 125, 1925.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992.
- BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, a facsimile of the First Edition of 1765-1769, vol. I, of the Rights of Persons (1765), The University of Chicago Press, Chicago, 1979.
- BLANCO VALDÉS, R. L.: *El valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI, Madrid, 1988.
- BLONDEL, A.: *Le contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des lois (Étude critique comparative: États-Unis-France)*, Sirey, Paris, 1928.
- BLUCHE, F.: *L'Ancien Régime, Institutions et société*, Editions de Fallois, Paris, 1993.

- BOQUERA OLIVER, J. M.: «Ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos de la Administración Local», *REVL*, n.º 139, 1965.
- BOUTMY, E.: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek», *Annales des sciences politiques*, 1902, pp. 415 y ss.
- BURDEAU, F.: *Histoire du droit administrative*, PUF, Paris, 1995.
- CABRERA BOSCH, M. I.: *El Consejo Real de Castilla y la Ley*, 1993.
- «El poder legislativo en la España del siglo XVIII (1716-1808)», en M. ARTOLA, *La Economía Española al final del Antiguo Régimen. IV. Instituciones*, Alianza Universidad, Madrid, 1982.
- CAPORAL, S.: *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution Française (1789-1799)*, Economica, Paris, 1995.
- CÁRDENAS, F.: *Del Consejo de Estado y del proyecto presentado al Gobierno para su establecimiento*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), *Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1881.
- CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'État*, I vol., Paris, 1920.
- CARRO, V. D.: *Derechos y deberes del hombre*, Madrid, 1954.
- *La teología y los teólogos españoles ante la conquista de América*, Madrid, 1944 y 1951.
- CASTELLS ARTECHE, J. M.: *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea (1767-1840)*, 1973.
- CASTILLO URBANO, F.: *El pensamiento de Francisco de Vitoria*, Anthropos, Barcelona, 1992.
- CHEVALLIER, J. J. y CONAC, F.: *Histoire des institutions et des regimes politiques de la France de 1789 a nous jours*, Dalloz, Paris, 1991.
- CLAVERO, B.: «Derecho débil (Manifiesto sencillamente federal)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, septiembre-diciembre 1994.
- *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997.
- *Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Siglo XXI, Madrid, 1984 (2.ª ed., 1989).
- COHEN, D.: *La cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Economica, Paris, 1987.
- CONAC, G.; DEBENE, M. y TEBOUL, G.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, Paris, 1993.
- CONDE DE TORREANAZ: *Lo contencioso-administrativo en tiempo de los Reyes Católicos (Datos para la historia de los antiguos consejos)*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), *Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1881.
- COS-GAYÓN, F. y CÁNOVAS DEL CASTILLO, E.: *Diccionario manual del Derecho Administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los*

- Ministerios de Gobernación y Fomento y de los alcaldes y Ayuntamientos*, Imprenta de los herederos de Valladolid, Madrid, 1860.
- DEBBASCH, R.: *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988.
- DELLIS, G.: *Droit pénal et Droit administratif. L'influence des principes du Droit penal sur le Droit administrative répressif*, LGDJ, Paris, 1997.
- DERATHE, R.: *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1995.
- DÍAZ DE UFANO Y NEGRILLO, J.: *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas de la Península y Ultramar*, Madrid, 1866.
- DIDEROT, D. y LE ROND D'ALEMBERT, J.: *Artículos políticos de la «Enciclopedia»*, Tecnos, Madrid, 1992.
- DORADO PORRAS, J.: *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del Siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: «Patrimonio y rentas de la Iglesia», en Miguel ARTOLA (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- DOU Y BASSOLS, L.: *Instituciones de Derecho Público General de España, 1798-1802*.
- DUGUIT, L.: *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- DUGUIT, L. y MONNIER, H.: *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, LGDJ, Paris, 1925.
- EISENMANN, Ch.: «L'Esprit des lois et la separation des pouvoirs», en *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.
- ELY, J. H.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Barmier Hermanos s/f, 1869.
- ESMEIN, A.: *Eléments de droit constitutionnel*, 8.ª ed., Paris, 1927.
- EVANS HUGHES, Ch.: *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- FERNÁNDEZ BUEY, F.: *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano*, El viejo Topo, Barcelona, 1995.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. y VARELA-SUANZES-CARPEGNA, J. (Coord.): *Conceptos de Constitución en la Historia*, Fundamentos n.º 6, 6/2010, Junta General del Principado de Asturias, 2010.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación Histórica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1845-1868)*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2001.

- FILMER, R.: *Patriarca o el poder natural de los reyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- FIORAVANTI, M.: *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*, 2 vol., Giuffrè, Milano, 2001.
- *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- *Los Derechos. Apuntes de historia de las Constituciones Fundamentales*, Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.
- FOLGADO, A.: «Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos juristas españoles del siglo XVI», *Anuario Jurídico Escorialense*, San Lorenzo de El Escorial (Madrid), 1960.
- FONTANA, J.: *La revolución liberal (Policía y Hacienda: 1833-1845)*, 1977.
- FRANKLIN, J. H.: *Jean Bodin et la naissance de la theorie absolutiste*, PUF, Paris, 1993.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo español*, IEA, Madrid, 1971.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1994.
- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- «Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración española contemporánea», en *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *El origen del municipio constitucional*, 1983.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, Boix Editor, Madrid, 1842, tomo V.
- GAUCHET, M.: *Droits de l'Homme*, en F. FUIRET y M. OZOUF, Flammarion, Paris, 1988.
- *La Révolution des droits de l'homme*, Editions Gallimard, Paris, 1989.
- GIL DE ZÁRATE, A.: *Administración de los Tribunales Contencioso-Administrativos*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- GODECHOT, J.: *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, PUF, Paris, 1987.
- «La pensée révolutionnaire en France et en Europe», 1780-1789, en *Études sur le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964.
- GOTI ORDEÑANA, J.: *Del Tratado de Tordesillas a la Doctrina de los Derechos Fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1997.

- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Jurisdicción contencioso-administrativa*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- GONZÁLEZ BRABO, L.: *Consejo de juriconsultos*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- GOTARREDONA, P.: *Jurisdicción contencioso-administrativa*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- GLAZIOU, Y.: *Hobbes en France au XVIII siècle*, PUF, Paris, 1993.
- GRIMSLEY, R.: *La filosofía de Rousseau*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
- GUILLENCHMIDT, M.: *Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789*, Economica, Paris, 2000.
- HAFELIN, U.: *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, tomo I, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1959.
- HALPERIN, J. L.: «Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa», en Carlos PETIT, *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, M.: *El Federaliste*, edición de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1987.
- HAROUEL, J. L.; BARBEY, J.; BOURNAZEL, E. y THIBAUT-OAYEN, J.: *Histoire des institutions de l'époque franque a la Révolution*, PUF, Paris, 1987.
- HATTENHAUER, H.: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- HILL, C.: *Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa*, Crítica, Barcelona, 1980.
- HUFTAU, Y. L.: *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, Paris, 1965.
- IGLESIAS, M. C.: *El pensamiento de Montesquieu. Política y Ciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- JANKE, P.: *Mendizábal y la instauración de la monarquía constitucional en España*, 1984.
- JEFFERSON, T.: *Autobiografía y otros escritos*, edición de Adrienne Koch y William Peden, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Notas sobre Virginia», en Adrienne KOCH y William PEDEN, *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987.
- JELLINEK, G.: *Die Erklärung des Menschen-und Burgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, 1895. La inmediata traducción francesa de G. FARDIS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen. Contribution a l'étude du droit constitutionnel moderne*, se edita en

- Paris, 1902. La traducción y edición de A. POSADA, *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con un estudio preliminar del propio POSADA, es de 1907 (reedición de la UNAM, de 2000). En esta edición se recoge también parcialmente la respuesta de E. BOUTMY.
- JÈZE, G.: «Le contrôle juridictionnel des lois», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n.º 41, 1924.
- JIMÉNEZ ASEÑO, R.: *Políticas de selección de la Función Pública española (1808-1978)*, 1989.
- KETCHAM, R. (ed.): *The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates*, Mentor Book, New York, 1986.
- LAMBERT, E.: *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Girard & Co., Paris, 1921.
- LAMBERT, J.: «Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. Marbury v. Madison», *Revue de Droit Public*, n.º 48, 1931.
- «Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d'État par la judicature fédérale aux États-Unis», *Revue de Droit Public*, n.º 50, 1933.
- LASALLE RUIZ, J. M.: *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001.
- LESAGE, M.: *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la Justice*, LGDJ, Paris, 1960.
- LETOURNEUR, M.: *Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs. Études et Documents*, 1955.
- LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982.
- LÓPEZ MENUDO, F.: *Vía de hecho administrativa y Justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LORENTE SARIÑENA, M.: *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- LUCHAIRE, F.: *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1980.
- MARCAGGI, V.: *Les Origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Paris, 1904.
- MARQUÉS DE VALGORNERA: *Consejo de Estado*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. y ARGUILLOL MURGADAS, E.: «Aproximación histórica el tema de la descentralización: 1812-1931», en *Descentralización administrativa y organización política*, I, 1973.

- MARTÍNEZ PÉREZ, F.: *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- MEINECKE, F.: *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MINA APAT, M. C.: *Fueros y revolución liberal en Navarra*, 1988.
- MOLAS RIBALTA, P.: *Los magistrados de la Ilustración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 2000.
- MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*, edición de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972.
- MORELL OCAÑA, L.: *El régimen local español*, I, 1988.
- MORILLO-VELARDE, J. I.: *El Alcalde en la Administración española*, 1977.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Expropiación y Jurisdicción*, IEA, Madrid, 1976.
- «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español», *RAP*, n.º 77, 1976.
- NICOLINI, U.: *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, reed., Griufè, Milano, 1952.
- NIETO, A.: «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, n.º 50, 1966.
- OLIVÁN, A.: *De la Administración Pública*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- OLIVIER-MARTIN, F.: *Les lois du roi*, LGDJ, Paris, 1997.
- *L'absolutisme Français suivi de les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII siècle*, LGDJ, Paris, 1997.
- *Histoire du droit français, des origines a la Révolution*, 1.ª ed. De Domac Montchrestien, París, 1948, 2.ª ed. del CNRS, Paris, 1995.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Elementos de Derecho administrativo*, tomo I, Imprenta y librería Sanz, Granada, 1842.
- *El libro de los alcaldes y ayuntamientos*, Granada, Imprenta y librería de Manuel Sanz, 3 tomos, 1842, reed. IEAL, Madrid, 1978.
- PACHECO, J. F.: *Consejo de Estado*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- PAGDEM, A.: *La caída del hombre natural*, Alianza, Barcelona, 1988.
- PANSEY, H.: *De l'autorité judiciaire en France*, 2.ª ed., Paris, 1818.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre 2000.
- «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», *RAP*, n.º 55, 1968.
- «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 84, 1977.

- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. y ANSUATEGUI ROIG, F. J.: «Los derechos en la Revolución inglesa», en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales*, tomo I: «Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII», Dykinson, Madrid, 1998.
- PASQUINO, P.: *Siéyés et l'invention de la Constitution en France*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.
- PENDÁS GARCÍA, B.: *J. Bentham, Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- PEREÑA, L.: *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992.
- «Los clásicos iusnaturalistas españoles», en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales*, tomo I: «Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII», Dykinson, Madrid, 1998.
- PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- PESET, M.: *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, 1982.
- PORTALIS, J. E. M.: *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Civitas, Madrid, 1997.
- POSADA, A.: *Evolución legislativa del régimen local en España: 1812-1909*, reed.
- POSADA HERRERA, J.: *De la Jurisdicción. Sus divisiones facultades que acompañan al poder judicial. Obligaciones del agente de la Administración. De la competencia entre el poder judicial y el administrativo. Reglas para decidirlos*, en José GALLOSTRA Y FRAU (ed.), Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1881.
- *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, reedición de INAP, Madrid, 1989.
- PRELOT, M.: «Montesquieu et les formes de gouvernement», en *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de L'Esprit des Lois, 1748-1948*, Institut de Droit Comparé, Sirey, Paris, 1952.
- PUNSET, R. (Coord.): *La división de poderes*, Fundamentos n.º 5, 5/2009, Junta General del principado de Asturias, 2009.
- RAYMOND, J.: *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Rennes, 1925.
- RIALS, S.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J.: *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROURA GÓMEZ, S. A.: *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- ROUSSEAU, J. J.: *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 1966.

- ROYER, J. P.: *Histoire de la justice en France*, 2.^a ed., PUF, Paris, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F.: *Defectos de forma*, Revista Española de Derecho Constitucional, enero/abril 2014, núm. 100
- SAINZ GUERRA, J.: *La Administración de justicia en España, 1810-1870*, Eudema, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, 2.^a ed., 1964.
- SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Montesquieu: el Legislador y el arte de legislar*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, pp. 156 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973.
- «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *RAP*, n.º 77, 1975.
- SCHWARTZ, B.: *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993.
- SEDILLOT, R.: *Le Court de la Révolution française*, Perrin, Paris, 1987.
- SIÉYÈS, E.: *Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- «¿Qué es el tercer estado?», en *El tercer estado y otros escritos*, edición de Ramón Maíz, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- SIMÓN SEGURA, F.: *La desamortización española en el siglo XIX*, 1973.
- SKOPOL, Th.: *Los orígenes de la política social en los Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- SOBOUL, A.: *Les sans-culottes*, Editions du Seuil, Paris, 1968.
- SOSA WAGNER, F.: *La construcción del Estado y del Derecho administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- «Posada Herrera, Actor y testigo del siglo XIX», *Temas Llanes*, n.º 72, 1995.
- SPITZ, J. S.: *Introducción a la traducción francesa de J. Locke, le second Traité du gouvernement*, PUF, Paris, 1994.
- SUEUR, P.: *Histoire du droit public français, XV-XVIII siècle*, tome 2, «Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime», PUF, Paris, 1989.
- SZRAMKIEWICZ, R. y BOUINEAU, J.: *Histoire des Institutions 1750-1914*, LITEC, Paris, 1992.
- TOCQUEVILLE, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, edición de Dolores Sánchez de Alen, 2 vols., Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- *De la démocratie en Amérique*, 2 vols., edición de André Jardin, Gallimard, Paris, 1961.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España*, 1971.
- TOMÁS VILLARROYA, J.: *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, 1968.
- TORRE, J. de la y GARCÍA-ZUÑIGA, M.: *Hacienda y crecimiento económico. La reforma de Mon, 150 años después*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- TREVELYAN, G. M.: *La Revolución Inglesa, 1688-1689*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, reimpresión 1996.
- TROPER, M.: *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980.
- TROPER, M. y JAUME, L. (dir.): *1789 et l'invention de la constitution*, LGDJ, Paris, 1994.
- TROPER, M.; VEDEL; RIVERO, J. y otros: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989.
- TROUSSON, R.: *Jean Jacques Rousseau*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
- VARELA SUANZES, J.: «La doctrina de la Constitución Histórica de Jovellanos a las Cortes de 1845», *Revista de Derecho Político*, n.º 39, UNED, Madrid, 1994.
- *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- «El constitucionalismo británico entre dos revoluciones 1688-1879», en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 2, Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 2000.
- VEGA GARCÍA, P.: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- VOLTAIRE: *Ensayo sobre la tolerancia*, Ediciones del Centro, Madrid, 1974.
- WALCH, E.: *La Déclaration des droit de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, Paris, 1903.
- WEYMOUTH, L. (ed.): *Thomas Jefferson*, Tecnos, Madrid, 1986.
- WOLFE, Ch.: *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- ZAPATERO, V.: *El arte ilustrado de legislar*, Estudio preliminar a la edición española de J. BENTHAM, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, traducción de C. Pavón, BOE y CEEC, Madrid, 2000.
- «El Club de los Nomófilos», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 3, enero-abril 1998.
- ZARKA, Y. Ch.: *Nature, Histoire, Droit et Politique*, PUF, Paris, 1996.
- *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF, Paris, 1995.
- *Raison et Déraison d'État*, PUF, Paris, 1994.

ÍNDICE ANALÍTICO Y ONOMÁSTICO

A

Actos discrecionales

Control en la legislación del siglo XIX, 495, 499.

ADAMS, J., 73, 76, 78, 103, 107, 112, 125.

ADAMS, S., 73.

AGUIRRE, J., 470.

ALCÁNTARA Y PÉREZ, A., 515.

ALONSO MARTÍNEZ, M., 361.

ALTUSIO, J., 41.

ALVARADO, J., 233.

APARISI, A., 73.

AQUINO, T. de, 3, 236.

ARANDA, Conde de, 238.

ARCOS, M., 51.

ARGÜELLES, A. de, 249, 250, 252, 254, 271, 356, 412.

ARTOLA, M., 246, 410.

AUCOC, 455.

Autorizaciones para procesar

Implantación en la legislación revolucionaria, 532.

La interpretación de Laferrière, 532.

La práctica según Tocqueville, 531.

Límites en el *arrêt Pelletier* de 1873, 533, 534.

Origen en la práctica de las avocaciones, 528 a 530.

Prohibición, 539.

Prohibición de intervención de los jueces en funciones administrativas, I, 97.

Régimen de las autorizaciones en España, 535 a 538.

Ver **Avocaciones**.

Avocaciones

Avocaciones particulares y generales, 529.

Cartas de Justicia, 435.

De procesos, 432 a 435.

Intromisión del Rey en la esfera de la justicia, 444.

Lettres de cachet, 530.

Procedimiento de *lit de justice*, 318, 320.

Prohibición en la Constitución de 1812, 266.

Ver **Autorizaciones para procesar**.

B

BACON, F., 14.

BAILY, B., 73.

BALLESTEROS MOFFA, L. A., 510.

BARRERE, 174, 363.

BARTHÉLÉMY, J., 365, 436, 440.

BEARD, Ch., 101.

BECCARIA, C., 291, 341, 401.

Beneficencia

Iniciativas privadas, 222 a 226.

Prestaciones administrativas en América, 221 a 232.

Ver **Derechos sociales**.

BENTHAM, J., 126, 127, 129, 241, 345, 346.

BERGASSE, N., 124, 141, 147, 174, 426, 449.
 BESSON, A., 424.
 BETANCOR RODRÍGUEZ, A., 519, 524.
 BIGOT-PRÉAMENEU, F., 351.
 BILBURNE, J., 12

Bills of attainder

En Norteamérica, 438.

Bills of Rights

De 1689, 17, 41.

BLACKSTONE, W., 30, 31, 128, 192.
 BLANCO, R., 102.
 BLANCO VALDÉS, R. L., 178.
 BODIN, J., 6, 7, 8.
 BOLINGBROKE, H., 122.
 BORRULL, 239.
 BOUTMY, E., 193, 195, 196, 197.
 BRACON, H., 4.
 BRÈDE, Barón de
 Ver **Montesquieu**.

BROWN, R., 189
 BURLAMAQUI, J. J., 73,

C

CABOT, 56.
 CABRERA BOSCH, M. I., 324, 328.
 CAMBACERES, J. J., 351.
 CAMPOMANES, P. Rodríguez de, 238.
 CANEJA, 303.
 CÁNOVAS, A., 244.
 CAÑEDO, A., 239.
 CASAS, B. de las, 43, 46, 56, 58.
 CASTELLS, J. M., 393.
 CASTILLO DE BOBADILLA, J., 234.
 CARBONNIÈRE, J., 344.
 CÁRDENAS, F., 485, 487.
 CARRÉ DE MALBERG, R., 1, 136, 137, 156, 399.

Certeza del Derecho

Derecho de Estado fiable y seguro, 348.
 La generalidad de la ley, 342.
 La redacción de las leyes según Montesquieu, 340.
 Leyes fáciles de interpretar, 338.
 Ver **Jurisprudencia**.

CHABOT, 180.
 CHABROUD, 449.
 CHAPÉLIER, 179.
 CHEVALLIER, J. J., 148, 149, 447, 450.
 CLARKSON, 127.
 CLAVERO, M., 515.
 CLERMONT-TONNERRE, 366.
 COCCEIUS, S., 349.

Codificación

Codificación austríaca, 350.
 Codificación en Alemania, 352.
 Codificación en España: propuestas en el primer constitucionalismo, 355 a 359.
 Codificación prusiana, 349.
 Código Civil francés, 351.
 Comisión general de codificación, 359.
 Conexión de la idea de código y la de ley, 347.
 El ideal de la ley única y general, 307, 342.
 Las reformas napoleónicas, 408.
 Las virtudes del Código en Bentham, 346.
 Los Códigos de la Restauración, 361.
 Polémica Thibaut-Savigny, 352 a 354.
 COKE, E., 15, 59, 60, 61, 108.
 COLMEIRO, M., 489, 492, 495, 515, 521, 527, 538.
Common law, 14, 15, 16, 59, 60, 72, 102, 196.
Congregacionismo, 189.

CONDILLAC, E., 344.

CONDORCET, N., 180, 341, 342.

Conflictos jurisdiccionales

Evolución a lo largo del siglo XIX, 540, 541.

Intervención del Consejo de Estado, 542.

Conseil d'État

Delimitación del ámbito reglamentario del, 397.

Doctrina del ministro juez, 452, 453.

Funciones contenciosas del, 454 a 456.

Ver *Jurisdicción contencioso-administrativa, Jurisprudencia.*

Consejo de Estado

Intervención en conflictos jurisdiccionales, 542.

Funciones jurisdiccionales, 491 a 495.

Organización, 490.

Consejos provinciales, 491 a 493,

Consejo del Rey, 445.

Consejo Real

Atribuciones jurisdiccionales, 488, 489.

CONSTANT, B., 157.

Constitución de Cádiz de 1812

Actualización y mejoramiento, 253, 254.

Análisis del espíritu de la Constitución, 260.

Atribución al ejecutivo del poder reglamentario, 379.

Codificación, 280, 357.

Colegislación, 270 a 273, 388, 390, 391.

Confesionalidad católica del Estado, 221, 287.

Consagración de los derechos, 284 a 299.

Estructura básica para la organización de la Justicia, 415, 419.

Incorporación de la división de poderes, 245 a 247, 258

Integración del historicismo, 248 a 250.

Prohibición ejercicio del poder judicial por el Rey, 436.

Supremacía de la ley, 279

Ver *Constitución histórica, Discurso Preliminar, Separación de poderes en la Constitución de Cádiz.*

Constitución francesa de 1791, 132, 133, 135, 137, 139, 150, 179.

Constitución histórica

Formulación de la doctrina, 238 a 244.

Influencia de Jovellanos, 243 a 245.

Integración de la doctrina en la Constitución de Cádiz: la inspiración de Martínez Marina, 248 a 250.

Mantenimiento parcial del poder normativo al monarca, 388, 389.

Constituciones de los modernos

Originalidad de sus bases filosóficas y técnicas, 1, 2.

Principios del constitucionalismo contemporáneo 1.

Contencioso y gubernativo

Ampliación de lo gubernativo, 479, 480, 499.

Definiciones en el siglo XIX, 477, 478.

Significación de los conceptos, 476.

Ver *Jurisdicción contencioso-administrativa.*

Control de la constitucionalidad

El antecedente del *Bonham Case*, resuelto por Coke, 61, 107, 108.
 Falta en el constitucionalismo francés: motivos, 172 a 174.
 Fundamentos de Hamilton, 105, 106.
 Fundamentos según el Juez Marshall, 104.
 La propuesta de Siéyès, 175 a 177.
Marbury v. Madison, 101 a 104.
 Orígenes, 99, 100.
 Reforma de la Constitución, 179
 Rigidez constitucional, 109, 178

Control del poder ejecutivo por el judicial

Administrative Procedure Act y otras ampliaciones, 119, 120.
 Control judicial de la Administración en el primer constitucionalismo, 447 a 455.
 Fundamentos de la limitación en la Constitución y en la Sentencia *Marbury v. Madison*, 114, 115.
 La doctrina de las *political questions*, 116, 117.
 Limitaciones en la Constitución estadounidense, 111, 112.
 Orígenes del régimen especial de los contenciosos con la Administración, 444.
 Ver **Jurisdicción contencioso-administrativa**.

CORTÉS H., 48.
 CORWIN, E. S., 231.

Cosmos de privilegios

En el Antiguo Régimen, 2.

Cour de Cassation

Ver **Tribunal de Casación**.

COURVOISIER, C., 164.
 CROMWELL, O., 12, 190.

D

D'AUBE, 445.
 DAUNOU, P., 374.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, 1, 40, 41, 123, 126, 152, 159 a 164, 171, 181, 196, 198, 203, 279, 347, 406.

Declaraciones de derechos

Contribución del *common law*, 60, 61.
 Influencia de la Segunda Escolástica, 42, 49 a 59.
 Influencia del iusnaturalismo racionalista, 41, 62 a 64.
 Influencia directa de J. Locke, 65 a 72.
 Influencia inglesa, 195.
 La obtención de la ley perfecta, 199, 200.
 Origen en la libertad religiosa, 189, 191, 192.
 Orígenes, 39, 41.
 Originalidad de la Declaración francesa: Jellinek y Boutmy, 181 a 196.
 Primeras Declaraciones, 40, 41, 185, 186.
 Ver **Garantías de los derechos**.

Defensa de la Constitución

En el constitucionalismo gaditano, 302.
 Infracciones de la Constitución, 306.
 Ver **Control de la constitucionalidad**.

Derecho de veto

Compartición de la función legislativa, 137.
 Del Rey sobre las leyes, 134, 137.

Facultad *d'empêcher* y facultad de estatuer, 136.

Veto suspensivo, 135, 137.

Veto en la Constitución de Cádiz, 271 a 275.

Derechos inalienables

Formulación en la Declaración de Independencia de 1776, 84, 185.

Derechos sociales

Asunción por la Administración de la herencia del Antiguo Régimen, 212 a 215

Diferencia con las funciones sociales de la Administración en América, 216 a 232.

El *New Deal*, 228 a 232.

Inclinación social de la Declaración francesa, 209, 210, 211.

La posición del Tribunal Supremo de Estados Unidos, 224 a 232.

Ver *Beneficencia, Cuestiones pre-judiciales, Derecho Administrativo*.

DESCARTES, R., 44, 347.

DÍAZ DE UFANO Y NEGRILLO, J., 515.

DIDEROT, D., 400, 530.

Dignidad humana, 64.

Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz

El mejoramiento de las instituciones históricas, 252 a 257.

La reforma de la Justicia, 412, 413, 458, 461.

Las libertades de los ciudadanos en las leyes fundamentales de los Reinos, 256, 259.

Sincretismo del Discurso, 248, 249.

Soberanía de la Nación, 255.

Doctrina de los derechos innatos, 45 a 55.

Doctrina Lochner, 229, 232.

Doctrina Social Security Act, 232

DOU Y BASSOLS, R. L., 246, 356.

DOUAI, M. de, 407.

DOUENCE, 364.

DUEZ, P., 436.

DUGUIT, L., 126, 130, 131, 136, 138, 140, 440, 441.

DUPEYROUS, D., 455.

E

EDEN, R., 56, 57.

Educación

Instrucción pública uniforme en el primer constitucionalismo español, 300.

Prestaciones en Estados Unidos, 217 a 220.

Ver *Servicio público de enseñanza*.

Ejecutividad de los actos administrativos

Origen del privilegio, 523 a 527.

ESPIGA Y GADEA, J. de, 356.

F

Faculté d'empêcher, 36.

Faculté de statuer, 36

FAIRÉN, V., 306.

Federalismo

Instituciones de la Federación americana, 95 a 98.

Los principios de la Constitución americana, 86, 87.

Federalista, el, 106.

FENELON, F., 344.
 FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., 260.
 FERNÁNDEZ DE MEDRANO, J., 234.
 FERNÁNDEZ DE OVIEDO, G., 56.
 FERNÁNDEZ TORRES, J. R., 461, 497.
 FERRIERE, C. J. de, 427.
 FILMER, R., 29, 66.
 FIORAVANTI, M., 2, 202, 204, 207, 348.
 FLORIDABLANCA, Conde de, 238.
 FORNER, J. P., 246.
 FORTESCUE, J., 15.
 FREJUS, Abate de
 Ver **Siéyès**.
 FRIEDMAN, L. M., 222.

Fueros privilegiados, 267, 296, 461, 462.

G

GALILEO, 44.
 GALLARD, 211.
 GALLEGO, A., 461.
 GALLISOT, R., 165.
 GALLOSTRA Y FRAU, J., 485.

Garantías de los derechos

Common law, 61.
 Concreción de las garantías en las Declaraciones americanas, 197
 Contribución de la Segunda Escolástica, 42.
 Declaraciones de derechos, orígenes, 40, 41.
 Derechos de los indios, 46 a 48, 51.
 Derechos públicos subjetivos, 183.
 Doctrina de F. de Vitoria, 49 a 59.
 En la Constitución histórica española, 256, 259.
 Influencia de las Declaraciones americanas, 185 a 188.
 Influencia del contrato social, 184.
 Iusnaturalismo racionalista, 42, 43, 44, 62 a 71.

Garantía de los derechos en la Constitución gaditana, 284 a 299.
 Garantías judiciales, 197, 406.
 Principios del nuevo constitucionalismo, 1.
 Requerimiento, 48, 53.
 Ver **Declaraciones de derechos**.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 121, 200.
 GARCÍA GOYENA, F., 470.
 GAUCHET, M., 201, 209.
 GENTILI, A., 59.
 GIL DE ZÁRATE, 471, 485, 488.
 GOTI ORDEÑANA, J., 49.
 GROCIO, H., 41 a 44, 49, 61, 62.
 GUTIÉRREZ, B., 361.

H

HALPERIN, J. L., 430.
 HAMILTON, A., 105 a 107.
 HARRINGTON, J., 13, 74, 76, 79.
 HARVEY, W., 44.
 HATTENHAUER, H., 352.
 HAURIOU, M., 136, 398.
 HELVETIUS, C., 128.
 HERNÁNDEZ MARTÍN, R., 49, 55.
 HERNANDO DEL PULGAR, 234.
 HILL, Ch., 14.
 HOBBS, Th., 9, 10, 44.

I

Inembargabilidad

La regla en la jurisprudencia decimonónica, 512, 513.
 Origen del principio, 508.
 Preservación de la Hacienda Pública, 514.
 Primeras regulaciones decimonónicas, 509 a 511.

INGUANZO, P., 239

Interdictos contra la Administración

Aperturas en materia de expropiación, 506, 507.

Extensión y límites, 503 a 505.

Prohibición: fundamentos, II, 588; 501, 502.

lusnaturalismo racionalista, 41 a 44, 56 a 72, 347.

J

JACKSON, A., 112.

JANET, P., 184.

JARILLO, M. A., 410.

JAUME, 201.

JEFFERSON, T., 74, 78, 81 a 84, 102, 103, 113, 186.

JELLINEK, G., 44, 181, 182 a 185, 187, 188, 192, 193, 195, 196, 209.

JOVELLANOS, G. M., 239, 240, 243, 244, 249.

Jueces

Inamovilidad y responsabilidad, 414.
El Juez Letrado de Primera Instancia, 416, 417.

Prohibición de que se interfieran en la legislación, 420, 421.

Ver **Poder judicial**.

Jurisdicción contencioso-administrativa

Argumentos para la especialización, 487.

Atribución a los tribunales ordinarios, 467.

Contencioso y gubernativo, 476 a 481, 499.

Decretos de 1868, 500.

El sistema de listas de competencias, 494, 499.

Funciones contenciosas del *Conseil d'État*, 454 a 456.

Hacia una jurisdicción especializada, 467 bis a 470

Incidente previo de admisión de la demanda en el Reglamento de 1845, 496, 497.

Justicia retenida y delegada, 455, 456, 488.

Juzgados privativos, 462, 471.

La solución revolucionaria francesa, 449, 450.

Leyes de 2 de abril y 6 de junio de 1845, 488 a 497.

Polémica doctrinal, 461.

Privilegios procesales de la Administración: en general, 451 a 453.

Proposición de Silvela de 1836, 485, 486.

Régimen especial de los contenciosos en el Antiguo Régimen, 445, 464 a 466.

Relaciones entre la Administración y la Justicia en España, 457 a 462.

Resolución de los contenciosos por la Administración activa, 482 a 484.

Separación de funciones administrativas y judiciales, 447 a 450.

Ver **Separación de la Administración y la Justicia, Privilegios procesales de la Administración**.

Jurisprudencia

Arrêts de règlement, 427, 430.

Oposición a la jurisprudencia interpretativa y normativa, 426 a 428.

Prohibición de interpretar la ley, 169.
Référé législatif, 143, 423, 425.

Restablecimiento de la jurisprudencia, 430, 431.

Ver **Certeza del Derecho, Precedentes, Référé législatif**.

Juzgados privativos

- Continuidad con el Antiguo Régimen, 471.
 Juzgado de Correos y Caminos, 474, 475.
 Juzgado de Hacienda, 462, 463, 472.

Juzgar a la Administración es también administrar

- En el Antiguo Régimen, 445.
 En la proposición de Silvela, 486.
 Formulación del principio, 149.

K

- KATZNELSON, I., 217.
 KEIR, D. L., 19.
 KELLY, F., 222.
 KEPLER, J., 347.

L

- L'HOSPITAL, M. de, 320.
 LACANTINERIE, B., 440.
 LAFAYETTE, 41, 185, 186, 192, 195.
 LAFERRIÈRE, J., 444 532.
 LALLY-TOLLENDAL, G., 125.
 LAMBERT, 180.
 LAMBERT, J., 101.
 LAMOIGNON, G., 404.
 LE CHAPELIER, I., 422, 423.
 LE PELETIER DE SAINT FARGEAU, L. M., 407, 408.

Legalidad

- De los delitos y las penas, 162 a 164, 168, 292.
 En la Constitución gaditana, 290 a 299.
 Soberanía de la ley, 156 a 160.
 Ver *Jurisprudencia, Principios generales del Derecho*.

Legicentrismo

- Confianza en la Asamblea, 151.
 Corrección del modelo individualista por el estatalista, 196 a 206.
 De la Declaración de 1789, 165.
 En la Constitución de Cádiz, 279 a 283.
 La Ciencia del Derecho, 201
 La ley y los derechos, 159 a 164.
 Libertad de los modernos, 157.
 Origen en Rousseau, 153.
 Reino de la ley, 158.
 Significación en la Declaración de derechos, 152.
 Soberanía del Parlamento, 156.
 Transformación de la sociedad por obra de la ley, 206 a 210.

Legislación (Antiguo Régimen)

- Facultades de los tribunales de hacer observaciones, 314.
Lettres royaux: lettres de justice, lettres de grâce, 310.
Lettres patentes y lettres closes, 309.
 Ordenanzas, 308, 309
 Potestad de *enregistrement*, 269, 320, 322.
 Procedimientos de elaboración, 311.
 Reacción contra los Parlamentos, 318, 321 a 323.
 Registro de disposiciones, 312, 313, 317 a 320.
Remonstrances, 311, 315, 316, 320, 322, 420.
 Tipología, 308.

Legislación (Antiguo Régimen; España)

- Autos e instrucciones, 335, 336.
 Clases de normas, 328, 329.
 Pragmáticas, cédulas, provisiones y decretos, 331 a 334.
 Promulgación, 326.
 Propuestas y consultas, 324.

Publicaciones escritas y orales, 327.
 Sanción, refrendo y registro, 330.
 Tramitación de las propuestas de leyes, 325.

Legislativo

Abusos del legislativo en América, 94.
 Balances y contrapesos, 93.
 Confianza de los revolucionarios franceses, 151.
 Funciones judiciales del legislativo, 142.
 Participación del ejecutivo en las sesiones de la asamblea, 139.
 Prevención contra el legislativo, 89.
 Prohibición de que el legislador juzgue, 432 a 443.
 Prohibición de que los jueces legislen, 420.
 Prohibición de sentencias normativas y de la jurisprudencia, 144, 420 a 428.
Référé législatif, 143.
 Ver **Legicentrismo**.

LEIBNIZ, G., 44.
 LERA, 247.
 LESAGE, M., 422, 441.

Lettres de cachet

Aplicaciones en el Antiguo Régimen, 530.

Ver **Avocaciones**.

Levellers, 12, 61

Ley

Atribución de la interpretación a las Cortes en la Constitución de Cádiz, 264.
 Confusión entre los límites de la ley y el reglamento, 379.
 Distribución de competencias, 166

Las normas en el Antiguo Régimen, 308.

Legalidad de los derechos, 162 a 165, 171.

Ley general, 161, 164, 167, 307.

Leyes de autorización, de confirmación y de ratificación, 383, 385, 392.

Prohibición de interpretar la ley, 169.

Publicación y registro en la Constitución de Cádiz, 276.

Regulación legal previa, 168

Reserva de ley, 396, 398, 399.

Sanción y promulgación, 270 a 275, 277.

Supremacía de la ley en la Constitución de Cádiz, 279 a 283.

Veto, 271, 274.

Ver **Certeza del Derecho, Codificación, Control de la constitucionalidad, Leyes interpretativas, Reglamento, Reino de la ley**.

Leyes interpretativas

Constitucionalidad, 440.

Ejemplos en Francia, 442.

Jurisprudencia constitucional, 443.

Origen de la práctica, 439.

Retroactividad, 441.

Ver **Référé législatif**.

LOCKE, J., 20, 44, 59, 61, 65 a 72, 73, 76, 84.

Gobierno mixto, 29.

Property, 21, 22, 23, 70, 396.

Secularización del pacto social, 68

Teoría de la división de poderes, 24, 25, 26.

LOMBARDO, P., 50.

LÓPEZ PINCIANO, A., 234, 236.

LORENTE SARIÑENA, M., 306.

LUJÁN, 412.

M

MABLY, G., 344, 365.
 MACAREL, 452.
 MADISON, J., 88, 99.
 MAIR, J., 50.
 MAÍZ, R., 175.
 MARIANA, J. de, 234, 235
 MARTIN DE ANGUIERA, P., 56.
 MARTÍNEZ MARINA, F. J., 250.
 MARTY, 441.
 MARSHALL, J., 101, 104, 105, 108, 113,
 115, 116, 225.
 MAUPEAU, Chancelier, 322, 404.
Mayflower, 67.
 MESEGUER, F. B., 246, 410.
 MEZAUD, H., 440.
 MILTON, J., 74.

Ministro juez

Doctrina en España, 521.
 Doctrina en Francia, 452.
 Ver **Conseil d'État, Privilegios procesales de la Administración.**

MIRABEAU, 138, 530.

Monarquía mixta

Conflictos con los estamentos, 4, 235.
 Crisis, 5.
 Equilibrio de poderes, 4, 13, 29.
 En Inglaterra: el Parlamento, 4.
 Las ideas de Blackstone, 30, 31.
Potestas temperata, 3, 236.
 República mixta y Monarquía mixta
 en la doctrina española de los siglos
 XVI y XVII, 234 a 237.

MONTESINOS, Fray A. de, 47.
 MONTESQUIEU, Ch., 29, 31 a 38, 88, 93,
 94, 111, 121, 122, 124, 128, 131,
 136, 169, 182, 246, 340, 341,
 348, 401, 438.
 MORALES Y SERRANO, J., 515.

MOSCOSO DE ALTAMIRA, J. M., 483, 484.
 MOUNIER, J. J., 124, 134, 366.
 MUÑOZ, A., 246.
 MURATORI, 338.

N

NEVILLE, 74, 79.
New Deal, 118, 228 a 232.
 NEWTON, I., 347.
 NIETO, A., 379, 380, 383, 385, 387,
 461, 468.

Nomofilia

Club de los nomófilos, 343.
 El canon del arte de legislar, 341.
 Origen en el pensamiento ilustrado,
 337 a 340.

O

OCCAM, G. de, 52.
 OLIVÁN, A., 467, 485, 488,
 OLIVIER-MARTIN, F., 307 a 309.
 ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., 470, 478.
 OSTOLAZA, 245.
 OTIS, J., 73, 76, 84, 107.
 OVERTON, R., 12

P

PACHECO, J. F., 485.
Pactos
 Constitutivo de la sociedad civil, 22,
 68, 69.
 Originario de la soberanía, 10.
 Pactos sobre derechos, 109.
 PAINE, Th., 84, 127.
 PALACIOS RUBIOS, 48.
 PARADA, R., 461, 522, 539.

Parlamentos judiciales

Arrêts de règlement, 427, 430.
 Críticas y reformas, 403 a 408.
 Facultades de los tribunales de hacer observaciones, 314.
 Intromisión en la esfera de la Administración, 444.
 Reacción contra los Parlamentos, 321 a 323, 403.
 Registro de disposiciones, 312, 313, 317 a 320.
Remontrances, 315, 316.
 Ver **Poder judicial**.

PASQUINO, P., 157, 177.
 PAZ, M. de, 48.
 PECKHAM, 58.
 PENDAS, B., 127.
 PEÑALOSA, C. De, 246.
 PEREÑA, L., 51.
 PÉREZ DE MESA, D., 234, 236
 PEZOUS, 148, 450.
 PISSON, 211.
 PIZARRO, F., 49.

Poder judicial

Autonomía, 141.
 Crítica en el Antiguo Régimen, 401 a 411.
 Eliminación de fueros privilegiados, 267, 405, 406.
 Hostilidad hacia los jueces, 265.
 Humanización del proceso penal: Montesquieu y Voltaire, 401, 402.
 Organización de la Justicia en Francia en el Antiguo Régimen, 402 a 411.
 Poder de registro de las normas, 269.
 Prohibición de ejercicio por el legislativo, 436.
 Prohibiciones de interpretación, 142, 143, 407.

Prohibición de sentencias normativas y de jurisprudencia, 144, 145, 428.
 Reforma en el primer constitucionalismo español, 268, 409 a 419.
 Separación, 140.
 Separación de la Administración: en Francia, 146 a 149.
 Ver **Jueces, Jurisprudencia, Référé législatif**.

Poder monárquico

Formulación del principio, 150.

POMEAU, R., 402.
 PORTALIS, 351.
 POSADA, A., 44, 181, 196.
 POSADA HERRERA, J., 467, 476, 485, 488, 497.
 PRIESTLEY, 127.

Principio de igualdad

Desigualdad de negros y esclavos, 82.
 Igualdad ante la ley, 164.
 Igualdad como ausencia de privilegios, 83.
 Ley general y uniforme, 347.
 Mayor relevancia en la Declaración de derechos francesa, 188, 201 a 204.
 Principio de igualdad en la Constitución gaditana, 294 a 299.

Privilegios procesales de la Administración

Autorización previa para procesar, 528 a 539.
 Ejecutividad, 523 a 527.
 Inembargabilidad de los bienes públicos, 502 a 514.
 Prohibición de interdictos, 501 a 507.

Reclamaciones previas y conciliación civil, 515 a 520.

Vías administrativas previas, origen, 481.

Property

Doctrina de J. Locke, 23, 70, 71, 396.

Propiedad privada

Nacimiento según J. Locke, 70, 71.

Protección de los *property rights*, 225 a 228.

Protección en la Constitución de 1812, 288.

PUCHTA, G. F., 355.

PUFFENDORF, S., 41, 43, 44, 61, 63, 64, 73, 192.

R

RAINAUD, 441.

RANZ ROMANILLOS, A., 411.

Réfééré législatif

Evolución, 425.

La práctica de las leyes interpretativas, 439 a 441.

Oposición a la jurisprudencia interpretativa y normativa, 426 a 428.

Primeras regulaciones francesas, 143, 423.

Prohibición de interpretar la ley, 169, 264.

Restablecimiento de la jurisprudencia, 430.

Reforma constitucional

En la Constitución estadounidense, 99, 109, 110.

En las primeras Constituciones francesas, 179 a 180.

Procedimiento en la Constitución de Cádiz, 304, 305.

Prohibición al legislador ordinario, 303.

Registro de disposiciones

Ver *Legislación (Antiguo Régimen), Ley, Parlamentos judiciales, Poder judicial, Separación de la Administración y la Justicia*.

REHBERG, 352.

Reglamentos

Colaboración normativa del ejecutivo con la ley, 365, 366.

Intercambiabilidad de los conceptos, ley, decreto, resolución, 370, 379.

La amplitud de la potestad reglamentaria en la práctica en el siglo XIX, 360.

Las «proclamaciones» para la ejecución de las leyes, 364, 367 a 369, 372.

Monopolios del poder normativo por la Asamblea, 363.

Quiebra del monopolio de la ley, 170.

Reconocimiento constitucional, 374 a 377.

Reconocimiento constitucional en España, 378, 379.

Reconocimiento de la potestad reglamentaria al ejecutivo: fundamentos en las primeras Constituciones, 362, 373, 374, 387 a 389.

Reglamentos de ejecución e independientes en el siglo XIX, 385, 386.

Remisiones de la ley al reglamento, 381, 382, 383.

Reserva de ley y materia reglamentaria, 390 a 399.

Reino de la ley

Expresión en las monedas, 158.

Libertad de los modernos, 157.

Regulación o codificación de una ley única y general, 307

Significación en la Declaración de derechos, 152.

Ver **Legicentrismo, Ley.**

RENOUX, 456.

Reserva de ley y materia reglamentaria, 390 a 399.

Ver **Ley, Reglamentos.**

Responsabilidad política de los ministros

En las primeras Constituciones francesas, 138.

Revolución americana

Burlamaqui, Milton, Harrington, Sidney, Neville, 73 a 80.

Desconfianza hacia el Parlamento, 81.

Democracia en América: Tocqueville, 81.

Orígenes ideológicos y filosóficos, 73.

Ver **Beneficencia, Declaraciones de derechos, Derechos sociales, Principio de igualdad.**

REYMOND, J., 440.

RIALS, S., 165, 197, 198, 199, 200.

RICHELIEU, Cardenal, 321.

ROBESPIERRE, M., 139, 180, 374, 426, 430.

ROBINSON, J., 189.

ROCA DE TOGORES, M., 468.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., 269, 275, 323.

ROGER, J. P., 400.

ROLLAND, 440.

ROMIEU, 397.

ROOSEVELT, T., 229, 230

ROUBIER, P., 425, 440, 441.

ROUSSEAU, J. J., 11, 153, 182, 184, 194, 195, 246, 342, 344, 347, 366, 400.

S

SALAS Y CORTÉS, R., 306.

SAINT JUST, L., 180, 373.

SAN MIGUEL, E., 380.

SÁNCHEZ AGESTA, L., 251

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 275, 461, 516.

SAVIGNY, F. C., 352, 354.

SCHMITT, C., 123.

Segunda escolástica española, 39 a 56.**Separación de la Administración y la Justicia**

Antecedentes a la separación, 448 a 449.

El control de las decisiones administrativas, 147 a 149.

Eliminación de fueros privilegiados, 267.

Ley de 16-24 de agosto de 1790, 133, 147, 405, 447

Poder de registrar las leyes, 269.

Primera formulación constitucional en Francia, 110 a 149.

Prohibición de avocaciones, 266.

Separación de poderes

Balances y contrapesos, 29, 35, 93.

Constitucionalización de la separación de poderes, 85.

Crítica de J. Bentham, 126 a 129.

Doctrina de Blackstone, 30, 31.

Doctrina de J. Locke, 22 a 29.

Doctrina de Montesquieu, 32 a 38.

Doctrina del trifuncionalismo en España, 233.

- En el Decreto de las Cortes Generales de 1810, 247.
- En Norteamérica: confianza en el ejecutivo, 85 a 94.
- Fundamentos en el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, 258.
- La idea de equilibrio en la doctrina inglesa y en el common law, 13 a 15.
- La versión constitucional americana, 88.
- Peticiones y manifestaciones en el primer constitucionalismo español, 246.
- Principios del nuevo constitucionalismo, 1.
- Variantes según C. Schmitt, 123.
- Separación de poderes en la Constitución de Cádiz**
- Distinción de funciones, 261, 262.
- El Decreto de 24 de septiembre de 1810, 247, 378, 460.
- Prohibición de interferencias entre poderes, 263.
- Prohibición de interpretación de las leyes, 264.
- Separación de poderes en Francia**
- Interferencias en el ejercicio de las funciones, 134 a 149.
- Crítica de Duguit, 130, 131.
- «Disidencias» respecto a la formulación Inglesa, 121, 122.
- El artículo 16 de la Declaración de 1789, 123, 126.
- En la Constitución de 1791, 132, 133.
- Influencia americana, 125.
- Influencia de *El espíritu de las leyes*, 124.
- Supresión del *référé législatif*, 424.
- Variantes en la formulación, 123.
- SEPÚLVEDA, J. G. de, 56.
- SIDNEY, 74, 78.
- SIÉYÈS, E., 124, 134, 148, 155, 157, 175, 176, 177, 178, 179, 210, 211, 449.
- SILVELA, F. A., 467, 477, 485, 486, 497.
- SKOPOL, Th., 217, 222.
- SMEIN, R., 123, 363.
- Soberanía**
- Concentración de poderes, 7.
- Ejercicio de las funciones del soberano, 8.
- Formulación de la teoría, 6.
- Funciones del soberano, 9.
- Pacto y asociación, 10.
- Poder indivisible e ilimitado, 11.
- Soberanía del legislativo**
- Formulación constitucional en Francia, 150 a 171.
- Soberanía del Parlamento, 156.
- Voluntad general y representación, 153 a 155.
- Soberanía popular**
- Origen, 12.
- Soberanía del Parlamento, 18, 19.
- SPECHT, R., 43.
- STEIN, 396.
- STORY, juez, 113.
- SUÁREZ, F., 234, 237, 240.
- SUÁREZ, T., 349.
- SUEUR, Ph., 315, 317
- T**
- Teoría de la dependencia**
- Crítica de J. Bentham a la separación de poderes, 126 a 129.
- Teoría de la Representación de Siéyès, 155.**
- THIBAUDEAU, 177, 374.
- THIBAUT, A. F. J., 352, 353

THOURET, J. G., 148, 421, 446, 449, 450.

TOCQUEVILLE, A. de, 81, 172, 173, 197, 213, 214, 444, 531.

TOMASIO, 41, 63.

TORENO, Conde de, 303.

TORQUEMADA, Fray J. de, 234

TREVELYAN, G. M., 14.

Tribunal de Casación

Creación de jurisprudencia, 430, 431.

Funciones en Francia, 264, 405, 407, 422.

Ver *Jurisprudencia*.

TROPER, M., 137, 430.

V

VARELA SUANZES, J., 304.

VEILLER, L., 222.

VERPEAUX, M., 365, 368, 372, 379, 384.

Vías administrativas previas

Criterio del debate contencioso, 518.

Desarrollo, 481.

Doctrina del ministro juez, 521.

Jurisdicción revisora, 519, 520.

Ver *Jurisdicción contencioso-administrativa, Privilegios procesales de la Administración*.

VILLADIEGO, A. de, 323.

VILLARROYA, T., 379

VITORIA, F. de, 42, 43, 49 a 55, 57 a 59.

VESPUCIO, A., 56.

VOLTAIRE, 400, 402, 530.

Voluntad general en Rousseau, 153, 154.

W

WALPOLE, R., 32.

WASHINGTON, G., 103, 127.

WEIR, M., 217.

WELZEL, H., 44, 64.

WEHRHAHN, H., 269.

WILBERFORCE, W., 127.

WILLIAMS, R., 44, 56, 58, 191, 192, 196.

WILSON, 74

WINDSCHEID, B., 355.

WOLF, Th., 41, 44, 63, 192, 349.

Z

ZAPATERO, V., 341.

ZOLA, É., 402.

Santiago Muñoz Machado, uno de los más reputados juristas españoles, lleva a cabo una nueva presentación de la obra que constituye todo un clásico en la bibliografía de nuestro derecho administrativo y constitucional desde hace quince años.

En los nuevos tomos que integran la obra el autor, además de algunos cambios en la disposición de los materiales, ha llevado a cabo una corrección minuciosa de los textos y ha tenido en consideración, en la versión final, todas las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales relevantes sobre los asuntos objeto de estudio que se han manifestado en el último lustro.

El autor ha acometido esta gran labor desde la perspectiva de que, en nuestro país, los principios tradicionales que han marcado el derecho público han sido progresivamente desplazados por otros principios, reglas de comportamiento e instrumentos: descentralización, fragmentación de la ley y del ordenamiento jurídico, europeización y globalización, mercado libre junto con regulación económica, aparición de una nueva gama de derechos de los ciudadanos y consolidación de un cambio radical en las relaciones entre el Estado y la sociedad.

