

Estas condiciones se publicaron en la villa de Ayllon estando y nuestro sennor el Rey jueues seys dias de agosto anno del nascimiento de nuestro sennor Ihesu Christo de mill e quatroçientos e honze annos, estando y presentes Anton Gomes, contador mayor del Rey e Sancho Ferrandez contador otrosy del dicho sennor Rey, et otrosy estando presentes pieça de otros arrendadores e pieça de otra conpanna de omnes. Et los dichos contadores pedieron a mi Alfonso Lopes escriuano del dicho sennor Rey que gelo diese asy por testimonio, testigos que fueron presentes Martyn Lopes contador del dicho sennor Rey e Diego Gomes de Herrera et Alfonso Ferrandes de San Julian et otros. Alfonso Lopes.—Fecho e sacado fue este traslado del dicho quaderno de condiciones original en la villa de Ayllon sabado veynte e nueue dias del mes de Agosto anno del nascimiento del nuestro saluador Ihesu Christo de mill e quatroçientos e honze annos. Testigos que fueron presentes que vieron e oyeron leer e conçertar este dicho traslado con el dicho quaderno de condiciones original onde fue sacado: Juan Sanches de Alcoçer escriuano del Rey e Pedro de Medinaçelin e Vasco Perez, fijo de Pero Alfonso del Canpo, notario de Muro et otros.—Ay escripto entre reglones en la segunda foja o diz «en las», e escripto sobre raído o diz n[*roto*], et escripto entre reglones o diz «dichos» e a las tres fojas escripto entre reglones o diz «para» e o diz «en», et escripto sobre raído o diz «den» e o diz «postrimeras», e en la quinta foja entre reglones o diz «que» e escripto sobre raído o diz «o si non ouiere escriuano alguno de», et en otro lugar una raya sobre partes raidas; e en la sesta foja ay escripto por que losa do dise «que la tal vendida o donaçion o enpennamiento non vala et que», et ay escripto entre reglones o dise «su pecho»: et en la setena foja entre reglones o dize «que era» e escripto sobre raído o dize «alcalldias» e o dice «parte» e o dize «dichas» e o dize «alcalles» et entre reglones o dize «non», et sobre raído o dize «ome» non le enpesat».

Et yo Alfonso Ferrandez de Leon escriuano del dicho sennor Rey e su notario publico en la su corte e todos los sus regnos vi e ley e conçerte este dicho traslado con el dicho quaderno original onde fue sacado ante los dichos testigos e ese çierto e por ende fiz aqui este mio sig. (*sig.*) no en testimonio de verdat. Alfon Ferrandez (*rubricado*).

## La formación histórica del principio de autotutela de la Administración

por

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid.

### SUMARIO:

- I. La posición de la Administración con los Tribunales.
- II. La explicación histórico-política: de la identidad subjetiva entre Administración y Tribunales al principio de separación.
  1. La cuestión en el Antiguo Régimen.
  2. La cuestión en el Derecho anglosajón.
  3. La formulación revolucionaria del principio de separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias.
  4. La configuración del principio de separación en Derecho español.
- III. La explicación dogmática: el principio de autotutela.
  1. La insuficiencia de las explicaciones históricas; el principio de autotutela como explicación unitaria.

### I

#### LA POSICION DE LA ADMINISTRACION CON LOS TRIBUNALES.

Para explicar la posición jurídica de la Administración, después de conocer su situación abstracta ante el Derecho, debe de exponerse su peculiar situación con los Tribunales. No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia —en el sentido procesal de la expresión— un sujeto cualquiera; su posición discrepa esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el núcleo más importante de sus privilegios, el punto, también, donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación definitiva de su actuación.

Para exponer rápidamente lo característico de esa situación de la Administración con la Justicia, comparémosla con la que es propia de los sujetos privados. Rige en las sociedades actuales (históricamente no siempre fue así, como es bien sabido; el estadio actual marca el térmi-

no de una evolución) un principio al que puede llamarse de «paz jurídica» y que de modo muy simple puede esquematizarse como sigue. Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (*statu quo*) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla de la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo. El reparto de la carga de accionar se distribuye esencialmente en función de la posesión; es éste uno de los más fundamentales efectos que se ligan a esta fundamental institución. Es quien pretenda remover el estado posesorio el que debe acudir al Tribunal, sin perjuicio de que pueda hacerlo también el poseedor si quisiese robustecer su posesión con un título ejecutorio.

Aquí se hace patente, dicho sea de manera incidental, cuál es el verdadero fundamento de la protección posesoria; es la explicación saviñana la válida y no la de Ihering: se protege al poseedor, no por ninguna razón atañente a su titularidad sobre el objeto poseído, sino, mucho más simplemente, porque quien le perturba no se ha sometido al principio de la «paz jurídica», ha utilizado su autoridad y coacción privadas y ha dejado de atender la carga de accionar que le alcanzaba para poder remover la situación posesoria.

Ha de precisarse que a la posesión de ciertos títulos o documentos cualificados expresamente por la Ley (inscripciones registrales, artículos 38 y 41 Ley Hipotecaria; documentos «que llevan aparejada ejecución», art. 1.429 Ley de Enjuiciamiento Civil) el ordenamiento la dispensa a veces de la carga del juicio declarativo para imponer el contenido del título, reconociendo directamente a éste una fuerza ejecutoria análoga a la de la sentencia declarativa (aunque sin su fuerza de cosa juzgada, de modo que contra su tenor podrá abrirse a su vez un juicio

declarativo por quien se oponga al mismo); pero, en cualquier caso, no se dispensa a estos títulos de la carga de juicio ejecutivo para poder imponer la relación que proclaman en el terreno de los hechos frente a una resistencia contraria.

Por último, ningún sujeto podrá excluir el conocimiento y la decisión de un Tribunal en un juicio de cualquier especie que personalmente le atañe; el Tribunal está supraordenado a los sujetos, y en su jurisdicción entra (guardadas las reglas de competencia) someter a cualquiera de ellos (en la justicia civil, que responde al principio de rogación, ello dependerá de la iniciativa de la parte actora) a las consecuencias y a la decisión de un proceso, sea cual sea el momento o la oportunidad en que el proceso surge respecto a la situación de dicho sujeto con el objeto de la pretensión; puede así ser emplazado procesalmente y someterse a la correspondiente sentencia de fondo cuando no ha comenzado a tener relación ninguna con dicho objeto, o cuando está comenzando con la misma, o cuando la ha consumado. La resolución ejecutoria que resulta del juicio declarativo puede anticiparse a la actuación del demandado (acción puramente declarativa), o esperar a que dicha actuación comience y esté en curso, o a que se haya concluido (lo que implicará normalmente una pretensión de condena).

Muy esquemáticamente, y con las obvias reservas correspondientes, pues no es nuestra intención resumir en unas líneas el Derecho procesal (donde tanto rigor mental resulta imprescindible), puede aceptarse en los párrafos precedentes la descripción de la posición jurídica de los sujetos privados con los Tribunales (excluyendo el problema de los Tribunales penales, que se plantea en términos diferentes).

Pues bien, y esto es lo que específicamente nos interesa aquí, nada de lo descrito serviría para explicar la posición de la Administración con los Tribunales. La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (arts. 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo), de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus pro-

pios medios coactivos la ejecución forzosa (art. 102 de la misma Ley); no podría por ello pretender equipararse la ejecutoriedad de que se benefician los actos administrativos con la atribución de «fuerza ejecutiva» a ciertos títulos o documentos del tráfico privado, pues en este caso dicha fuerza ejecutiva sólo a través de un juicio ejecutivo puede hacerse valer. En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a todos los demás sujetos del ordenamiento sin excepción.

Por lo mismo, y en virtud de idénticos fundamentos, frente a la acción administrativa que crea o remueve estados posesorios «no se admitirán interdictos» (art. 103 de la misma Ley); lo que denota por sí solo que la coacción administrativa es, por ser pública y no privada, una coacción legítima. Correlativamente, la Administración no precisa de interdictos, sino que puede utilizar su propia coacción para defender o recuperar su propia posesión (arts. 8 de la Ley de Patrimonio del Estado y 404 de la Ley de Régimen Local).

Por último, la Administración no está sometida a los Tribunales en cualquier momento u oportunidad. Por de pronto, existe una regla general que prohíbe la interferencia en el desarrollo de las funciones administrativas. El art. 4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 prescribe, en efecto:

«... no podrán los jueces y Tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado».

y el art. 378 del Código Penal sanciona al juez que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas «o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas». En servicio de esa prohibición está montado un sistema llamado de «conflictos jurisdiccionales» (Ley de 17 de julio de 1948), por virtud del cual la Administración puede requerir a un Tribunal que se abstenga de conocer de un asunto que la afecta, sistema al cual debe someterse, a su vez, un Tribunal que dirija a la Administración un requerimiento análogo por entender que interfiere un proceso en curso; sistema absolutamente inimaginable en las relaciones entre un sujeto ordinario y la Justicia. Pero más aún: el proceso típico de Derecho Administrativo, el contencioso-administrativo, sólo es posible instrumentándolo precisamente como una impugnación a un Reglamento o a un acto ya dictados (arts. 1, 37 y 41 de la Ley de la Juris-

dición contencioso-administrativa) y no en cualquier momento de su preparación o ejecución, sino en un momento dado y, por lo general, extraordinariamente fugaz, Reglamento o acto cuya ejecución, por otra parte, no queda paralizada o suspendida por la apertura del proceso (art. 122 de la misma Ley).

Todo ese régimen rara vez se explica por la doctrina como un sistema unitario, como una verdadera posición jurídica, pero resulta notorio para nosotros que sólo como tal puede explicarse de manera coherente y profunda. Revela un formidable privilegio posicional de la Administración respecto a la Justicia que marca el conjunto entero del Derecho Administrativo, por encima de su múltiple contenido material. Unas y otras particularidades de ese régimen posicional están enlazadas entre sí, de modo que éste necesita explicarse como una institución sistemática.

Es lo que intentaremos hacer seguidamente, comenzando por una justificación histórico-política para concluir con una explicación dogmática.

## II

### LA EXPLICACION HISTORICO-POLITICA: DE LA IDENTIDAD SUBJETIVA ENTRE ADMINISTRACION Y TRIBUNALES AL PRINCIPIO DE SEPARACION.

#### 1. La cuestión en el Antiguo Régimen.

El sistema de relaciones entre la Administración y la Justicia que ha quedado sumariamente expuesto hunde sus raíces en el Antiguo Régimen. Cuando el Monarca actúa en los asuntos administrativos no necesita, en efecto, el respaldo de los Tribunales, y éstos, a su vez, no tienen frente a los órganos administrativos estrictos el mismo poder directo que frente a los súbditos. Encontramos por ello preceptos explícitos en favor de la ejecutoriedad de los actos administrativos (las cláusulas intimatorias finales de las cédulas o rescriptos lo expresan con fórmulas de imperio: «lo guardéis, y cumpláis y ejecutéis», dirigidas a todas las autoridades bajo sanción penal; igualmente las provisiones o cartas de los órganos inferiores, que actúan un poder delegado del Rey: por ejemplo, respecto a las de los Consejos reales, Ley 1.ª,

Tít. XII, Lib. IV Novísima), o de la acción de oficio, con el uso directo de coacción administrativa (por ejemplo, en materia de caminos, Ley 2.<sup>a</sup>, Título XXXV, Libro VII, de la Novísima Recopilación), incluso un sistema de conflictos o «competencias entre diversas Jurisdicciones» (Ley 15, Título I, Libro IV del mismo cuerpo legal: competencias entre «los Ministerios de Estado y del Despacho» y «las diversas Jurisdicciones», competencias cuya resolución se somete a la «soberana determinación» del Monarca).

El fundamento de estas reglas parece obvio: *Administración y Justicia son las dos meras emanaciones de un mismo sujeto, el Monarca; son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza.* No tendría sentido por ello que la Administración regia estuviese sometida a los Tribunales regios como cualquier sujeto particular.

Opera, no obstante, una distinción —que es regla común a toda Europa— entre asuntos gubernativos y contenciosos (en Alemania, *Polizei-sache* frente a *Justizsache*), de forma que Justicia y Administración actúan cada una en un ámbito de cuestiones propias y con sujeción a unas formas o procedimientos determinados. Esta distinción no es, como ha querido verse con notorio error interpretativo, expresión de una división de poderes *avant la lettre*, y menos aún una supuesta originalidad del Antiguo Régimen español. Más bien es la expresión misma de una confusión de poderes, común a toda Europa. Son las mismas autoridades y Tribunales las que entienden a la vez de lo gubernativo y de lo contencioso, «aunque guardando diferentes formas al ocuparse de una y otra clase de asuntos» (Alcántara y Morales, en 1866, y la totalidad de las fuentes). Ha de notarse que ciertos asuntos, en general, aquellas «cosas que tocan a perjuicio de partes» (Ley 3.<sup>a</sup>, Tít. V, Libro IV, Novísima) o en que hay «contradicción de partes» (Ley, 15, Tít. X, Libro V), han de tramitarse «con figura y estrépito de juicio», aun cuando sea la Administración regia una de las partes del litigio, a la que, por tanto, se obliga a «oír y vencer» a su contrario. Por tal «perjuicio de partes» hay que entender la eventual privación de un derecho subjetivo (nunca un litigio sobre el cumplimiento de una legalidad objetiva que no se descomponga precisamente en derechos subjetivos), especialmente de un derecho subjetivo patrimonial, según la doctrina de los rescriptos *contra ius naturale ac gentium*. Por ejemplo, aunque es difícil dar muchas precisiones sin una investigación de archivo, aún no realizada, y que no nos corresponde, se califican de contenciosas, de modo que imponen seguir un proceso, las expropiaciones forzosas o «desapoderamiento de bienes», según la Ley 6.<sup>a</sup>, Tít. V, Libro III, Novísima; las

separaciones de empleados públicos con título Real, que ha de hacerse «previa audiencia en juicio formal» (Ley 8.<sup>a</sup>, Tít. IX, Libro VI); la alteración de los términos de los pueblos (Ley 5.<sup>a</sup>, Tít. XXI, Libro VII), o, en fin, las «causas fiscales» a que las fuentes se refieren en abundancia («causas en que tiene interés la Real Hacienda», Ley 3.<sup>a</sup>, Tít. X, Libro V, Novísima; «pleytos tocantes a nuestra Corona y Patrimonio Real», Ley 6.<sup>a</sup>, Tít. XVII, Libro V; «en la guarda y defensa de nuestro Patrimonio Real», Ley 39, Tít. II, Libro V; «en pro de la nuestra Hacienda», Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. XVI, Libro IV; «las causas criminales y civiles en que tuviese interés el Real Fisco», Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. X, Libro V; en el Título X, Libro VI son muchos los casos, incluso a demanda del Rey, etc.), causas para las cuales se crea la figura del fiscal (su concreción ulterior a los asuntos criminales parece venir del hecho de que las penas pecuniarias, que eran las ordinarias, eran «penas pertenecientes a nuestra Cámara y Fisco» —Ley 3.<sup>a</sup>, Tít. XVII, Libro V—; históricamente, su posición era más bien la del Abogado del Estado actual). Se trata, sencillamente, de la necesidad de seguir el cauce procesal para decidir asuntos que son concebidos como materialmente contenciosos, aunque tanto éstos como los estrictamente gubernativos estén atribuidos exactamente a los mismos órganos (Alcaldes y Justicias locales, Corregidores, Audiencias —presididas por los Capitanes generales o Comandantes generales de las Armas—, Chancillerías, Reales Consejos, etc.). No se trata, por tanto, de que la Administración deba solicitar asistencia de los Tribunales, como veremos que es lo corriente en la actual Administración de los países anglosajones; no tendría sentido plantear la cuestión en estos términos. Administración y Tribunales están encarnados exactamente en los mismos órganos, cuya potestad (dice una Ley del Rey, la 1.<sup>a</sup> del Título VII, Libro V de la Novísima) «reside en mí principalmente, de donde dimana a ellos», unidad de origen, de función y de referencia final que, como ya vimos en otros capítulos, explica y cierra definitivamente el sistema.

La posibilidad de que los mismos órganos entiendan de los asuntos contenciosos se ve como consustancial a la atribución de potestades gubernativas, tanto en abstracto, a través de ese origen común en la soberanía regia, como en concreto, porque no se considera posible gobernar sin poder a la vez actuar como un juez criminal y civil. En frase de Domat, repetible en todos los Estados europeos: «*on ne donne point d'exemple de charges que n'aient que des fonctions de police sans aucun fonction de justice; car l'administration de la police renferme*

*l'usage de l'autorité de la justice*» (policía es aquí toda la Administración interior). Esta es la situación básica, sobre la que se va a operar una importante transformación.

En efecto, el desarrollo de las funciones administrativas a partir de la Edad Moderna, especialmente con la Ilustración (hasta ese momento la Administración regia es apenas embrionaria, limitada de hecho a la Hacienda y a la guerra; todo lo demás es, genéricamente, justicia, considerada por los Monarcas como la primera y capital de sus funciones), va a destacar la necesidad de métodos expeditivos para llevar a término dichas funciones, excusando la «figura de juicio», aunque se cause un «perjuicio de partes», cuando una medida se presenta como necesaria para la gestión administrativa. Este trascendental proceso se inicia con la creación o destacamento de autoridades nuevas de tipo monocrático (frente a la fórmula colegial tradicional) y comisarial (Intendentes, los más destacados, Superintendentes, subdelegados de Hacienda, Comandante de Marina —más importantes de lo que su nombre puede expresar hoy: en sus manos está la política forestal, «montes de Marina», y buena parte de la comercial, etc.—, Superintendentes de Caminos, Correos y Postas, etc.), autoridades a las que se encomienda la gestión sectorial y completa de un servicio. Esta responsabilidad implica también, conforme a la concepción ya explicada, asignarles funciones judiciales, con exclusión de las «Justicias ordinarias». El Corregidor habría representado ya un papel análogo desde sus orígenes frente a las Justicias municipales, pero contra las decisiones del mismo se admiten con generalidad apelaciones ante las Audiencias y Chancillerías (Ley 10, Tít. I, Lib. V; Ley 13, Tít. XX, Lib. XI; Ley 3, Tít. II, Libro V; Leyes 1, 4, 5, 7, 14, 42, Tít. IV, Lib. V, etc., todas de la Novísima), centros últimos del sistema gubernativo-judicial de gobierno territorial. Ahora, lo característico es que frente a las decisiones judiciales de esas nuevas autoridades (a quienes se califica de «jueces privativos») se excluye la apelación ante las Audiencias y Chancillerías («se deberá abstener la Audiencia de su conocimiento»... «inhibición absoluta de aquella Audiencia»: Ley 3.ª, Tít. X, Libro V; «con inhibición de todos los Tribunales, Jueces y Justicias»: Ley 4.ª, Tít. IV, Libro VI; «con absoluta inhibición de los demás Tribunales»: Ley 6.ª, Tít. IX, Libro VI; «con absoluta inhibición a la justicia ordinaria»: Ley II, ibídem; «absoluta inhibición de cualesquiera Jueces y Tribunales»: Ley 7.ª, Tít. XXXV, Libro VII, etc.; igualmente en Francia, con el famoso Edicto de Saint-Germain de 1641, que prohíbe a los Parlamentos judiciales conocer de

los casos «*qui peuvent concerner l'Etat, administration ou gouvernement d'icelui*»). Es la correlación en los dos países del famoso principio cameral *im Polizeisache gibt es keine Apellation* (en las cosas de policía no se da ninguna apelación) o *politica non sunt appellabilia*, que marcó el «Estado de policía» germánico. Pero, quizá por diferencia de este modelo (que, por cierto, Erichsen ha corregido decisivamente muy recientemente frente al «tipo ideal» convencionalizado con que habían operado los juristas del XIX y XX), tanto en Francia como en España se admite una apelación ante el Consejo central competente por razón de la materia (de Hacienda, de Guerra, etc.; se verá en casi todas las Leyes que acaban de citarse y en Leyes 6.ª, 7.ª, 8.ª, 12.ª del Tít. X, Libro VI, etcétera), sin que contra sus resoluciones se admitan ya, como era común en las decisiones del Consejo de Castilla en asuntos civiles y penales, recursos de segunda suplicación e injusticia notoria (Ley 16, Tít. X, Libro VI).

Pero la peculiaridad de actuación de estas autoridades comisariales no concluye ahí. No se trata sólo de que se constituyan en simples jurisdicciones especializadas frente a la jurisdicción común, más solemne, formal y con más grados o instancias; en su actuación supuestamente jurisdiccional o de «jueces privativos» *este nuevo tipo de autoridades va a utilizar formas procedimentales sumarias, en las que el principio contencioso o de justicia queda reducido apenas a la regla básica de audiencia de la parte, con exclusión de las formas procesales solemnes y sacramentales*, las cuales (como la competencia jurisdiccional de Audiencias y Chancillerías) se acantonan definitivamente en los pleitos civiles y penales *stricto sensu*. Las fuentes son explícitas: «sin otra Sentencia ni declaración alguna y sin preceder a ello otra liquidación ni conocimiento alguno de causa» (Ley 4.ª, Tít. XXI, Lib. VII); «excusando en lo posible diligencias y alegaciones, decidiendo los recursos con los autos... mientras se pueda sin agravio excusar otra actuación» (Ley 14, Título IV, Lib. VI); «oirá sumariamente a los apresadores y apresados... pronuncie en su honor y conciencia la legitimidad o invalidación de la presa, sin la menor demora» (Ley 8.ª, Tít. VIII, Lib. VI), etc. Incluso se proclama abiertamente que se trata de medidas que, aun teniendo un fondo contencioso, se adoptan con facultades gubernativas y al margen de un verdadero proceso: «por providencia económica... oyéndoles sus descargos extrajudicialmente» (Ley 6.ª, Tít. IX, Lib. VI). Se advierte por ello (por ejemplo, a los funcionarios de la Hacienda) que «excusen semejantes dilaciones, procurando que no las haya so color de pleytos,

porque no se venga a perjudicar por este camino la administración y cobranza de mi Real Hacienda, pues importa tanto la brevedad» (Ley 4.<sup>a</sup>, Título X, Lib. VI), sin «alongamiento de audiencia y juicio» (Ley 1.<sup>a</sup>, Título, XXI, Lib. VII). Los Intendentes, por ejemplo, despacharán las «quejas e instancias» de los que se sintieren agraviados «tomando el conocimiento necesario de ellas», de modo que «verificado el agravio lo deshagan», simplemente (Ley 16, Tít. XX, Lib. VI), con fórmula que remite ya a lo que hoy llamaríamos procedimiento administrativo y no judicial. Aún ha de notarse que en materia penal aparecen sanciones impuestas por esas nuevas autoridades «sin sentencia definitiva ni pleito litigado entre partes» (Ley 8.<sup>a</sup>, Tít. XII, Lib. V), «sabida la verdad simpliciter y de plano, sin estrépito y figura de juicio» (Ordenanzas de la Hermandad de 1476, generalizando la fórmula canónica, de origen penitencial o «medicinal»: «summarie, simpliciter et de plano, absque iudiciorum strepitu et figura»: Fairén).

Aparece también el principio de la inmediata ejecutoriedad de las decisiones primeras «sin embargo de apelación o recursos» (Ley 14.<sup>a</sup>, Título VI, Lib. VI), contra el principio procesal común, regla que se impone incluso en materia penal (la citada Ley 8.<sup>a</sup>, Tít. XII, Lib. V, que admite recurso judicial contra la sanción administrativa, dispone que «fasta que sea visto y determinado lo que de justicia deba ser fecho, que guarden el destierro y carcelería que les fué puesta y cumplan lo que les fué mandado»). La suspensión de los actos de las autoridades ejecutivas, por ser excepcional, requiere consulta del Consejo al Rey (Ley 14.<sup>a</sup>, Tít. XII, Lib. V), porque, como precisa con un tecnicismo plenamente actual un jurista alemán de finales del siglo XVIII, Strube, *pro Principe militirende Präsumtion*, en favor del acto regio milita la presunción de validez. Aun siendo la mayoría de las veces el recurso de apelación al Consejo lo que hoy llamaríamos un recurso administrativo y no jurisdiccional (así lo confirman en Francia las importantes investigaciones de M. Antoine y A. Bout de L'Epine sobre el Consejo Real, conclusión que muy probablemente sería confirmada en España si se consultasen los archivos), se encomienda a los funcionarios que convezan a los interesados para que renuncien a él (Ley 3.<sup>a</sup>, Tít. VII, Lib. VI).

De este modo vemos con claridad cómo se desarrolla en la última fase del Antiguo Régimen, cada vez con mayor precisión, un diseño que prefigura de manera casi exacta los métodos administrativos que hoy estamos acostumbrados a contemplar. Es explícita, como se habrá visto, la intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obte-

ner mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma y jurídicamente suficiente. Aparece por ello la misma clave del sistema, la prohibición a los jueces de interferir y perturbar el actuar autosuficiente de la Administración, de no «embarazar el buen expediente» (Ley 4.<sup>a</sup>, Tít. X, Libro VI), no «embarazar lo que toca a la administración y beneficio de mi Hacienda» (Ley 3.<sup>a</sup> ibídem). «Las Justicias ordinarias no se mezclen», se dice en proposición cuyo eco va a ser largo (Ley 12, Tít. IX, Lib. VI), e incluso más específicamente, en relación con la fórmula que veremos destacarse en la Revolución: «Las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales no se entremetan en cosas tocantes a la administración de mi Real Hacienda, dexando obrar y actuar a los Superintendentes y sus Subdelegados a quienes toca privativamente este manejo y sus incidentes y en apelación al Consejo de Hacienda, que debe dar las órdenes en estos puntos» (Ley 6.<sup>a</sup>, Tít. X, Lib. VI). Está aquí ya anunciado casi en su plenitud el sistema de relaciones entre la Administración y la Justicia que va a formalizarse definitivamente en la etapa posterior, como Tocqueville advirtió lúcidamente con relación a Francia (cuyas fórmulas de Antiguo Régimen, aunque en una fase más avanzada de evolución, son las que hemos expuesto para nuestro Derecho), sin más que cambiar la expresión «apelación al Consejo» por la de recurso contencioso-administrativo (sin perjuicio, naturalmente, de todos los demás dogmas aportados por el constitucionalismo que ya conocemos y que aún hemos de precisar).

El fundamento del sistema es aquí obvio, como ya hemos advertido: Administración y Tribunales participan de la misma sustancia soberana que encarna el Rey «de donde dimana a ellos» (como decía la ya citada Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. VII, Libro V). No hay, por ello, razón de que aquella se someta a éstos; sus respectivas decisiones, a través de esa identidad de origen y de la unidad indivisible de la soberanía personalizada en el Monarca, de quien una y otros son igualmente delegados, han de tener, por consiguiente, idéntico rango y validez.

## 2. La cuestión en el Derecho anglosajón.

Pero ese planteamiento, sobre el cual la Administración burocrática de la Monarquía fundó el hábito de considerarse un poder autoritario y autónomo, suficiente, no necesitado de asistencia judicial, exento in-

cluso de la jurisdicción de los Tribunales, va a ser puesto en cuestión por virtud de algunos dogmas del Estado constitucional. Ya esa concepción de la Administración y de sus poderes había quebrado en Inglaterra en el siglo XVII con la derrota definitiva de las tendencias absolutistas y, por el contrario, se habían adelantado al primer plano los poderes del juez, que, como escudo de la libertad privada, tenía en último extremo que cubrir o garantizar las inmisiones que en esa libertad pretendiesen hacer los agentes ejecutivos. Recordemos que el juez se había independizado del Monarca y, antes bien, se había afirmado desde Coke como un órgano del *law of the land* frente al cual el Rey encabezaba simplemente poderes limitados con los que nunca podía poner en cuestión ese derecho de la tierra. Puede ser útil por ello repasar cuál era, en efecto, la fórmula inglesa de resolver el problema que nos ocupa, que aún subsiste hoy (como en todo el mundo del *common law*) en lo fundamental, porque la misma constituye el verdadero término dialéctico contrario del sistema arbitrado en el continente tras la Revolución Francesa; es, por tanto, una referencia inestimable para comprender la singularidad de este último sistema, que sigue siendo el nuestro.

El sistema anglosajón puede explicarse con cierta simplicidad, quizá porque su coherencia no precisa para nada acudir a la noción de un poder autónomo interpuesto, dotado de subjetividad y de unos especiales privilegios, poder que es la Administración en los sistemas continentales. Los actos administrativos, como actos aplicativos de la Ley, tienen la autoridad vicaria de la Ley que aplican. No cumplir lo que ordena un acto administrativo se equipara, por ello, a incumplir la Ley en que el mismo se funda, lo cual constituye una infracción penal, según el más antiguo *common law*. El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad, en el sentido que hemos expuesto; simplemente, quien no lo cumple puede ser inculcado ante el juez penal (*indictment lies against*) por la autoridad que lo hace valer. Pero, y aquí está lo sustancial del sistema, en ese proceso penal el inculcado podrá excepcionar sin limitaciones sobre la validez, formal y de fondo, del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así, legitimada.

He aquí un ejemplo actual (caso, no especialmente importante por sí mismo, sino sólo expresivo del sistema: *Stroud versus Bradbury*, 1952): en ejecución de la Ley de Sanidad un Inspector sanitario dependiente de una autoridad local intentó penetrar en una casa a fin de realizar de oficio obras en el saneamiento de la misma para adecuarlo a las exigen-

cias sanitarias; el propietario se niega a admitir la entrada del funcionario e incluso lo amenaza físicamente. El Tribunal inferior condenó penalmente esta resistencia. El Tribunal de apelación revoca la sanción diciendo:

«Para tener el derecho de penetrar en el local con el designio de ejecutar las obras, los funcionarios estaban en la obligación de observar las disposiciones del art. 287,1, de la *Public Health Act* de 1936... Cuando el Inspector sanitario municipal llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés, cuya casa está siendo invadida, y le desafió con una percha y una pala. Tenía el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar. Es la opinión de este Tribunal que el apelante estaba en su derecho, dado que el Inspector sanitario no había cumplido lo que la Ley exigía que hiciese antes de tener el derecho de entrar.»

Como se comprende, la lógica de este sistema es del todo distinta de la que, como propia de nuestro Derecho (y de todo el Derecho continental), ha quedado delineada en el apartado inicial de este capítulo. Ninguna obligación de cumplimiento dimana de los actos administrativos por el hecho de su procedencia subjetiva de la Administración, ninguna presunción de legalidad les beneficia. La fuerza de los actos administrativos es la fuerza de la Ley que aplican y nada más, de modo que si puede demostrarse que el acto no está cubierto por la Ley, el cumplimiento del mismo no es, en absoluto, obligatorio, y frente a él es legítima, incluso, una resistencia física, cuando el mismo pretende limitar o desconocer la libertad del ciudadano. El que incumple un acto administrativo se arriesgará a una condena penal si el acto se demuestra legítimo, pero no incumple ninguna obligación formal de ejecutoriedad que surja del acto como tal. En otros términos: el acto administrativo no es ejecutorio en el sentido que hemos visto. El juez penal, como juez de la libertad, protegerá el incumplimiento cuando éste aparece fundado en una estimación exacta de la ilegalidad del acto, protección que le eximirá de la persecución penal que ha tenido que poner en marcha la Administración para vencer la resistencia al cumplimiento, como, eventualmente, condenando al agente responsable de la ilegalidad si la misma puede calificarse con un dolo penal. Los juristas ingleses basan en este hecho su afirmación (clásica desde Dicey, pero que, no obstante la reacción hoy generalizada contra las interpretaciones de este autor, mantienen íntegra los autores actuales: Schwartz, Lefebure, etc.) de que los agentes

públicos están en su sistema sometidos al mismo derecho que los particulares.

Ya queda avanzado que tampoco la Administración inglesa dispone de poderes de oficio para imponer con su propia coacción la ejecución forzosa de los actos desatendidos. Por regla general deberá instar tal ejecución de los Tribunales, normalmente a través del sistema de acciones penales, que, cada vez más intensas, si la desobediencia permanece, pueden concluir en la *injoction* promovida por el *Attorney-General*, cuya eficacia reside en que si la resistencia se mantiene, el Tribunal puede condenar al reo a una prisión indeterminada hasta que se muestre dispuesto a ejecutar el mandamiento del Tribunal (en este caso, de conformarse a la orden administrativa). Así, en el caso de 1957 *Attorney-General versus Bastow*, otro simple ejemplo, un propietario destinó su terreno a «camping», no obstante la denegación de la preceptiva licencia que para ese uso requiere la *Country Planning Act* de 1947. La autoridad le intimó para que cesara ese uso ilegal, lo que no atendió el interesado. Ello determinó que por cuatro veces consecutivas fuese condenado por el Tribunal a multas cada vez más fuertes. No habiendo pagado el importe de las dos últimas multas, fue condenado seguidamente a un mes de prisión y luego a tres meses más.

Pero el uso ilegal del «camping» continuó, lo que llevó al *Attorney-General*, a instancia de la autoridad local, a promover la *injoction*, que el Tribunal acordó finalmente, con el efecto indicado. En el Derecho Administrativo europeo la resistencia hubiese sido quebrada desde el primer momento por la fuerza pública (clausura forzosa de la instalación) a iniciativa directa de la Administración, sin perjuicio de que pudiera haberse cometido además un delito de desobediencia.

La ejecución judicial de las pretensiones administrativas puede seguir también los cauces civiles y no sólo los penales, el proceso ejecutivo estrictamente tal. Finalmente, existe por vía excepcional un reconocimiento legal de un poder de acción de oficio en favor de la Administración, pero estos *direct enforcement powers* se limitan a dos casos: acciones sumarias exigidas por una urgente necesidad de proteger los intereses de otras personas (normalmente por razones de salubridad) y acción de la policía de seguridad en la persecución y prevención de los delitos. De todos modos, en los dos casos (*striking exceptions*, excepciones chocantes, dice Schwartz, justificados sólo en la necesidad de evitar «desastrosos resultados»), o bien se requiere una previa autorización del juez o darle cuenta inmediata, si la medida ha

debido tomarse con urgencia para que la ratifique, o bien la ejecución puede ser paralizada por el juez si el interesado se dirige al mismo y enjuiciar la medida ejecutoria y sus razones con una amplia discreción (De Smith).

Obvio es decir, tras todo lo expuesto, que en el mundo anglosajón no existen, ni son apenas abstractamente concebibles para sus juristas, los conflictos de jurisdicción entre la Administración y los Tribunales. El americano Bernard Schwartz, uno de los mejores comparatistas de los dos sistemas de Derecho público, recuerda que el sistema de conflictos de jurisdicción entre la *Chancery* regia y los *law courts* fue una de las armas absolutistas de Jacobo I, que concluyó con el definitivo predominio de los segundos (Tribunales ordinarios), tras la controversia que dicho Rey sostuvo con Coke-Ellesmere en la primera mitad del siglo XVII. Desde entonces es un atributo natural de los Tribunales el de poder definir su propia jurisdicción, sin que ningún otro órgano no judicial o persona de cualquier clase pueda disputársela, puesto que todos, absolutamente todos, están sometidos a la misma.

Por ello son perfectamente posibles, y aun normales, las inmisiones judiciales en el funcionamiento de la Administración, incluso las *injoctions* o interdictos que ordenan a ésta (cautelar o definitivamente) suspender o paralizar una actuación determinada. El actual caso *Watergate* en EE. UU., en el que jueces y Tribunales subalternos ponen en cuestión ministros, funcionarios y al mismo Presidente americano, es una ilustración del sistema que resulta fascinante para un jurista educado en otra tradición.

Aquí radica, en último extremo, la diferencia sustancial entre el sistema anglosajón y el del continente europeo. En los formidables privilegios que en éste se reconocen a la Administración, y en su exención, mayor o menor, pero capital y efectiva, respecto de los jueces, siguen viendo los juristas anglosajones, justamente, a mi juicio, el verdadero vestigio histórico del absolutismo sobre el que se constituyó el sistema estructural que sigue estando en la base del Derecho Administrativo (Dicey, Sieghart, Schwartz). Lo cual es fácil comprobarlo con sólo recordar la fórmula con que los juristas alemanes, más cercanos a esa fuente histórica, siguen explicando aún hoy la especial fuerza de los actos administrativos y su valor semejante o alternativo al de verdaderas sentencias judiciales: tal fuerza, dice, por ejemplo, Hans J. Wolff, les viene de ser *autoritative und rechtlich bedeutsame Ausserung der hoheitliche*

*Gewalt*, esto es, «manifestación de autoridad y jurídicamente significativa del poder más alto» (una fórmula que, sin duda, hubiese suscrito cualquier jurista cameral del siglo XVIII).

Añadamos, para completar la visión general del sistema anglosajón, que el mismo no está hoy exento de las aspiraciones administrativas a la autosuficiencia y aun a la exención jurisdiccional que cristalizaron en la fórmula absolutista continental. Esta es la explicación de que se siga hablando en ese sistema de poderes «quasi judiciales», e incluso «judiciales», de la Administración; por ejemplo, en el procedimiento llamado de *adjudication* por la americana *Federal Administrative Procedure Act de 1946*, que impone la aplicación del principio *due process of law*, y de hecho, con ello, una cuasi-jurisdiccionalización, en las decisiones administrativas definitivas de derechos privados, o el conjunto casuístico de *administrative Tribunals* ingleses, que, por diferencia de los *Courts* o verdaderas jurisdicciones, suponen la aplicación ejecutoria del Derecho por funcionarios con procedimientos sumarios, apenas reducidos a las reglas de *natural justice*, esto es, audiencia de la parte e independencia respecto del asunto decidido. Se trata de productos tardíos, hijos de la potenciación burocrática del mundo actual («un subproducto de una época de gobierno intensivo», dice Wade), que vienen a remedar casi exactamente las técnicas europeas de raíz absolutista en sus orígenes: el *due process of law* americano o las cuestiones *quasi-judicial* inglesas son traslado casi exacto de lo que se llamaba en el Antiguo Régimen «cuestiones contenciosas», como también lo es su atribución por un procedimiento sumario y, en definitiva, extrajurisdiccional, a órganos administrativos, casuísticamente; así, el procedimiento americano de *adjudication* requiere, según la *Procedure Act*, que lo imponga una Ley, como también en Inglaterra constituir y definir un «tribunal administrativo». Esto ha alterado parcialmente la imagen tradicional del *common law*, aunque no la destruye en sus grandes líneas. Una conciencia sumamente despierta a los riesgos de un *new despotism* —es el título de la famosa denuncia de lord Hewart en 1929, de donde saldría el conocido *report on Ministers powers* de 1932— ha mantenido intacto en el mundo anglosajón el principio de la estricta *judicial review* ante las *Courts* generales, principio que la citada Ley americana impone por vía general, admitiendo la normalidad de una «postposición» o suspensión del acto impugnado *pending judicial review* (con lo que la *adjudication* viene a reducirse con frecuencia a una simple instructoria) y la inglesa *Tribunal and In-*

*quiries Act* de 1958 (hoy de 1971), subsiguiente a las recomendaciones del *Franks Committee* de 1957. Es obligado decir que la efectividad práctica de esa protección jurisdiccional *a posteriori* —al margen, pues, de su normal y más importante actuación preventiva y del papel preponderante de los Tribunales penales, que sigue siendo el rasgo diferencial básico con el sistema continental— es, en general, de inferior calidad que la ofrecida por el sistema continental de lo contencioso-administrativo.

### 3. *La formulación revolucionaria del principio de separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias.*

La exposición del sistema anglosajón no se ha hecho sólo con la finalidad de diseñar un modelo del Derecho comparado que difiere del europeo de Derecho Administrativo; tiene también por objeto comprender la configuración de este último sistema y su peculiaridad última. En efecto, en el momento en que la Revolución Francesa impuso la adopción del principio de división de los poderes, confesadamente tomada del modelo inglés, pudo parecer que la opción implicaba un abandono de las técnicas a que había llegado en su última fase la Administración absolutista del Antiguo Régimen, que ya hemos descrito, y que, implicaban una autosuficiencia de la gestión cumplida por los agentes públicos, no necesitada de asistencia del juez, aun operando directamente sobre las libertades de los súbditos, e incluso eximida de la fiscalización de los Tribunales, la cual se suple por un sistema de recursos puramente gubernativos.

Pero esa consecuencia, que parecía lógica, fue excluida deliberadamente por los revolucionarios. En primer término, fue determinante el famoso principio de «separación» entre Administración y Justicia, que es la interpretación «heterodoxa» con que la Asamblea Constituyente recibió el principio de división de los poderes. Este implicaba para los jueces la mera independencia del Ejecutivo, sobre la cual, justamente, en el modelo inglés originario, pueden los jueces afirmar su competencia general sobre los agentes de este último poder, que no personifican nada que esté por encima de los otros poderes, sino sólo la ejecución de previsiones legales explícitas, según hemos visto. La Asamblea, sin embargo, interpretó la «separación» en el sentido de que quedaba vedado a los jueces interferir en absoluto el funcionamiento de la Administración; en una palabra, enjuiciarla. La Ley de 16-24 de agosto

de 1790 (que tiene antecedentes en otra de 22 de diciembre de 1789) dispuso, en efecto: «Las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera (*troubler de quelque manière que ce soit*) las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». El sistema es *wholly unlike* (completamente diferente: Schwartz) del anglosajón, como se notará, y aunque paradójicamente se presente como una consecuencia de la división de los poderes, altera radicalmente el sentido originario de este principio para recaer, en realidad, en el sistema tradicional de la Administración absolutista, la exención jurisdiccional pura y simple de las operaciones administrativas.

Parece fuera de duda que pesó en esa decisión capital, que es la base de todo el «régimen administrativo» de tipo francés (Hauriou), tanto la fuerza inercial del sistema administrativo tradicional, con su peso considerable, como el propósito explícito de cerrar el paso a la interpretación (indudablemente auténtica, puesto que, apoyada en otros pasajes de *L'Esprit des lois*, debiendo tenerse en cuenta que Montesquieu había sido Consejero y Presidente luego del Parlamento de Burdeos) que del principio de la división de los poderes habían propugnado los Parlamentos judiciales para justificar su oposición al Rey en la fase final del Antiguo Régimen. Estos Parlamentos, Corporaciones nobiliarias estamentalizadas, apartados paulatinamente de las responsabilidades administrativas por el desarrollo de una cadena de agentes monocráticos administrativos directamente dependientes del Rey, cuyas decisiones se equiparan en valor y efecto con las mismas sentencias, pretenden recuperar para su estamento la influencia perdida, objetivo para el que encuentran un apoyo explícito en la doctrina de Montesquieu. Esta justicia no era, como había sido la inglesa de la polémica constitucional del siglo XVII, sensible a un valor abstracto de la libertad frente al Ejecutivo, sino ideologizada hacia la reivindicación estamental de una participación activa en el poder concentrado en el Rey absoluto. Por ello, más que en la negación de los formidables privilegios de la Administración y del supuesto valor alternativo a las sentencias de sus decisiones, operando sobre la base de acciones de protección promovidas por los ciudadanos, concentró sus esfuerzos sobre todo en el control de las Leyes nuevas, en nombre de un supuesto derecho de guarda del *dépot des lois*. Rehabilitando sus viejos privilegios de *enregistrement* (registro de

las Ordenanzas regias como requisito de promulgación para su aplicación judicial) y *rémontrance* (devolución de una resolución regia para que su autor la reconsiderase), los Parlamentos pretendieron, sobre todo, ejercer un *acte de concours avec le législateur* (Parlamento de Rouen en 1756), un «derecho de concurrir con el soberano en la formación de la Ley» (Parlamento de Toulouse en 1771; recordemos que la publicación de *L'Esprit des lois* data de 1748). De esta resistencia, cada vez más aguda, a la acción regia, que se extremó con ocasión de las grandes reformas de los ministros fisiocráticos, surgió justamente la crisis constitucional de la que salió (otra idea arcaizante de los Parlamentos) la convocatoria de los Estados Generales de 1789, que acabó inesperadamente con el Antiguo Régimen.

Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado «gobierno de los jueces» y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba el hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación que hemos transcrito se declara: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía... Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria.» Como se ve, es explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder ejecutivo, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales.

Pero independientemente de ese principio básico de separación, aunque corroborando su misma dirección y sobre los mismos motivos de fondo, frente a un intento prematuro de crear una verdadera jurisdicción especializada en asuntos administrativos (*Tribunal d'administration*, proyecto Thouret, 1789), el criterio contrario a las jurisdicciones especiales, la conciencia de la ineptitud en la materia administrativa de los Tribunales ordinarios y, en último término, los argumentos de que la Administración democrática se legitima en el pueblo (lo que la haría tan independiente e imparcial como los jueces, también elegidos) y que la misma puede actuar *avec dégage ment de tout appareil de chicane* (enmienda Pezous: «con independencia de todo aparato leguleyresco»), concluyen por remitir a la propia Administración activa la de-

cisión de las diferencias que frente a ella misma suscitasen los ciudadanos, lo que se enuncia ya formalmente desde la Ley de 7-11 de septiembre de 1790 en materia local, seguida por otra serie de Leyes inmediatas en asuntos de la Administración central. Es el principio fundamental *juger l'administration c'est encore administrer* (juzgar la Administración sigue siendo administrar), que marca todo el Derecho Administrativo hasta el último tercio del siglo XIX. El llamado —por cierto, que como un eco directo del antiguo sistema— «contencioso-administrativo» será asignado a órganos administrativos estrictos (el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado en la esfera central; los Consejos de Prefectura, en la local).

Sin especial esfuerzo vemos aquí operantes principios ya formulados en la Administración absolutista: su misma radicación que los Tribunales en un mismo principio soberano, de modo que se justificaría su autosuficiencia; la oportunidad para el funcionamiento administrativo de una exclusión de las interferencias y perturbaciones judiciales; la ventaja de eliminar el «alargamiento de juicio», el «estrépito judicial» en las reclamaciones administrativas. Como dijo, ya no sólo Tocqueville, para quien era axiomático la procedencia del Antiguo Régimen de todas estas técnicas, sino un administrativista ya tardío y moderno como E. Laferriere, que escribe a finales del siglo XIX, cuando ya el Derecho Administrativo ha adquirido su figura actual, los revolucionarios han intentado asegurar a la Administración «las condiciones de vitalidad y de independencia que el antiguo gobierno había también buscado».

La consideración del contencioso-administrativo no como un control jurisdiccional, sino como un autocontrol administrativo, unido al básico principio de separación entre Administración y Justicia, con la prohibición a ésta de *troublers* las autónomas operaciones administrativas, configuran y sancionan los formidables privilegios que a la Administración, como persona, se le reconocen por comparación con los demás sujetos en cuanto a su posición con los Tribunales. Estos privilegios se perfilarán más tarde al final del siglo XIX, cuando se produce una verdadera jurisdiccionalización de los órganos encargados de conocer los recursos contencioso-administrativos (sistema de la «jurisdicción delegada» o de separación entre jurisdicción administrativa y Administración activa, en Francia; encuadramiento de dichos órganos dentro del poder judicial en otros países). Juzgar a la Administración no se considerará ya una pertenencia de la misma función de administrar,

sino el contenido de una verdadera jurisdicción. Pero la inserción de esta jurisdicción en el comportamiento del sujeto Administración habrá quedado fijada por la experiencia precedente: la jurisdicción contencioso-administrativa no tendrá en absoluto sobre la Administración los poderes comunes de los Tribunales sobre los sujetos sometidos a ellos, sino que se limitará al enjuiciamiento *ex post* de las actuaciones administrativas, las cuales pueden producirse por propia autoridad, sin la previa declaración judicial de pertinencia, tanto en el ámbito declarativo como en el ejecutivo; y ese enjuiciamiento *a posteriori* habrá quedado configurado sobre la técnica impugnatoria analítica de actos o de reglamentos que, además, no suspende la ejecución de los mismos. En el ámbito de esa actuación administrativa autónoma, o no necesitada de Tribunales, éstos continuarán teniendo vedado penetrar y perturbar de cualquier manera su funcionamiento, en servicio de la cual el sistema de conflictos, que permite paralizar las ingerencias judiciales prohibidas, sigue funcionando eficazmente.

#### 4. *La configuración del principio de separación en Derecho español.*

Tras haber agotado en la Constitución de Cádiz un esbozo de interpretación judicialista o inglesa del principio de división de los poderes (Parada, Manzanedo, Santamaría), nuestro Derecho Administrativo se configura definitivamente a partir de la década moderada sobre la recepción (recepción *in toto* o *in complexu* del sistema estructural básico, que no excluye, naturalmente, ciertas variantes) del sistema francés: principio de separación, sistema de conflictos en su servicio, contencioso-administrativo como un autocontrol de la Administración, que concluye decantándose en la técnica impugnatoria localizada en órganos especializados que se limitan a informar al órgano activo, que es el resolutorio, exención judicial de la Administración fuera del ámbito de las relaciones jurídico-privadas. No cabe duda que la tradición de nuestro Antiguo Régimen, que, al igual que en Francia, había prefigurado un sistema análogo, según hemos visto, pudo facilitar la transición al nuevo sistema. La doctrina (Oliván, Javier de Burgos, Silvela, Posada Herrera, Ortiz de Zúñiga, Colmeiro, etc.) alimenta y sostiene esa recepción francesa con toda lucidez, según es común en todo «derecho de juristas»—como es desde entonces, hasta hoy, nuestro Derecho Administrativo. Adviene luego la jurisdiccionalización posterior de los órganos contencioso-administrativos y, consiguientemente, de los recur-

sos de que conocen, que propugnan primero los liberales a través del principio de unificación de fueros (1870) y por sus raíces doceañistas, y luego, recuperando la ortodoxia del sistema estructural francés, la Ley Santamaría de Paredes de 1888-1894, para hacerse definitiva, eliminando el último residuo del principio *juger l'administration c'est encore administrer*, que había justificado aun el famoso sistema mixto de la citada Ley, en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. La consecuencia de esta jurisdiccionalización es idéntica a la ya expuesta: se matiza el sistema de separación Administración-Justicia, no se abandona.

El repudio formal del principio de división de los poderes, que parece que ha de inducirse del art. 2.II de la actual Ley Orgánica del Estado («el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones») podría entenderse que ha puesto en cuestión la técnica de la separación entre la Administración y la Justicia, pero la conclusión sería precipitada. Por debajo de las declaraciones dogmáticas constitucionales, el principio de separación se mantiene como un principio técnico, definido en Leyes ordinarias, como hemos visto. Más aún: si esa separación está configurada, según hemos podido observar, sobre la prevalencia del Ejecutivo y siguiendo hábitos formados en el absolutismo, no es extraño que se haya robustecido tras la formación del Estado subsiguiente a la guerra civil. La Ley de 27 de agosto de 1938 excluyó el recurso contencioso-administrativo jurisdiccional contra los actos de la Administración central, retornándose así al puro principio «juzgar a la Administración sigue siendo administrar». Cuando se restableció el recurso contencioso-administrativo por la Ley de 18 de marzo de 1944 se aumentaron las materias excluidas y se configuró una causa absolutamente discrecional para que el Gobierno pudiese acordar la suspensión o inejecución de las sentencias condenatorias de la Administración, con lo que el carácter judicial del recurso quedaba totalmente en cuestión. Solo la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 acabó con esas inclinaciones, no sólo retornando al sistema anterior de control jurisdiccional, sino robusteciéndole notablemente, aunque manteniendo la técnica francesa de control basada en el recurso impugnatorio.

Por otra parte, es también en esta época cuando se generalizan, con un carácter absoluto que falta aún en el mismo Derecho francés, los principios de ejecutoriedad de los actos administrativos y de acción de oficio (arts. 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del

Estado, 101 y 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo), así como se robustecen hasta límites no alcanzados por ningún Derecho occidental las técnicas que denominaremos de tutela en segunda potencia, por las cuales la Administración, sin tener que instarlo de los Tribunales respectivos, inflinge penas materiales a los particulares.

De este modo resulta claro que el principio llamado de «unidad de poderes» no sólo no enerva, antes bien reafirma y potencia, en favor de la Administración las técnicas en las que se expresa el viejo principio de separación entre la Administración y Justicia.

### III

#### LA EXPLICACION DOGMATICA: EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.

##### 1. *La insuficiencia de las explicaciones históricas; el principio de autotutela como explicación unitaria.*

No parece posible emplear hoy los conceptos que históricamente se han utilizado para explicar de manera eficaz el régimen especial de relaciones entre la Administración y los Tribunales.

La explicación del Antiguo Régimen, como la inicial que puso en marcha el principio revolucionario «juzgar a la Administración sigue siendo administrar», esto es la incardinación de la Administración en la misma fuente de soberanía que la que sostiene el aparato judicial (el Monarca absoluto o el pueblo), es una explicación que no es hoy técnicamente de recibo. Bien sabemos que la Administración no representa al pueblo, sino que le sirve, que no puede ampararse en la nota de soberanía, que vendría a justificarla ante el Derecho por su sola presencia subjetiva, sino que, antes bien, es una organización íntegramente subordinada al Derecho, no señora del mismo, obligada a justificarse en la observancia estricta de las normas legales. Por otra parte, hoy la jurisdicción contencioso-administrativa está encarnada en verdaderos Tribunales y no es, como en ese primer modelo histórico, un simple autocontrol residenciado en el propio aparato de la Administración, de modo que no podría hablarse de que ésta disfruta de una exención jurisdiccional absoluta, que dé a sus decisiones la misma fuerza que a las sentencias—que era lo propio de ese primer modelo histórico.

Igualmente resulta inválido como explicación técnica recurrir al principio constitucional de la división de los poderes, interpretado en el sentido de una «separación» entre Administración y Tribunales. Prime-

ro, ya hemos visto que en nuestro Derecho sería difícil poder hablar realmente de división de los poderes, lo cual salda por sí solo el problema. En segundo término, el sistema habrá podido desarrollarse sobre esa base histórica, pero tal base operará como una infraestructura, no nos desvelará los secretos de la estructura técnica, que es el nivel en donde ahora estamos. Finalmente, tal «separación» ha perdido su carácter absoluto y de principio, en cuanto que el actual recurso contencioso-administrativo supone un sometimiento efectivo de la Administración a un proceso y a una decisión verdaderamente jurisdiccionales.

A nuestro juicio, el sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales, que sumariamente hemos descrito al comienzo de este capítulo, debe de ser explicado como un sistema de autotutela: la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial. Es este principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional. Pero esta autotutela administrativa tiene rasgos singulares que la separan de los fenómenos de autotutela privada que conoce el ordenamiento.

La explicación técnica de ese principio, sin embargo, no es ya de este lugar.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

El trabajo anterior es la primera parte del capítulo "Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela", del *Curso de Derecho Administrativo* que redactó en estos momentos. Lo he separado, como homenaje a José Antonio Rubio, mi admirado Decano durante mis años de profesorado vallisoletano, porque en el mismo se contiene una explicación histórica que quizá presente algún interés sobre un tema central de la formación del Derecho Administrativo moderno; he creído, por ello, que el tema me acercaba a la especialidad del homenajeado, aun siendo más que consciente de mi completo amateurismo en la materia histórica, y disculpándome por esa insuficiencia en tan alta ocasión.

La explicación del apartado I es una mera presentación de un régimen legal complejo que se especifica luego y se analiza en la parte omitida del capítulo; no merece la pena, por ello, dar sobre el tema referencias bibliográficas.

La interpretación histórica que se ofrece en la parte II procede del autor, que se ha lanzado a ella con alguna osadía ante la ausencia de trabajos de historiadores profesionales en que poder fiar. He operado casi exclusivamente, como podrá verse por las referencias, sobre el texto de la *Novísima Recopilación*; soy plenamente consciente de la insuficiencia completa de esa fuente, pero, aparte de que no he creído que compita a un jurista positivo, como pretendo ser, un trabajo de archivo, la abundancia de las referencias que aportó y su claridad entiendo que me autorizan a arriesgar una interpretación, a menos como hipótesis, en tanto que los historiadores, con sus métodos más afinados y seguros, no nos prueben otra cosa.

Sobre la distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos en nuestro Antiguo Régimen y su incidencia sobre la formación del Derecho Administrativo comenzó llamando la atención certeramente PARADA, capítulo "Lo gubernativo y lo contencioso en el Antiguo Régimen", de su artículo "Replica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, 59, 1969, págs. 41 y sigs., en especial, 65 y sigs. Toma el tema luego GALLEGO ANABITARTE, que le dedica un libro sorprendente y caótico, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo español*, "Cuadernos de Historia de la Administración", 1, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971. La desorbitación del tema y su radical incompreensión, así como la ligereza con que se interpretan la historia del Derecho español y la de los países europeos, son aquí paradigmáticos, llegando con frecuencia a la irresponsabilidad. Por ejemplo: GIERKE le proporciona "de forma violenta e irreprimible" reacciones de "indignación, sorpresa, incompreensión" (pág. 50), un libro de FRIEDRICH es un "plañfeto" (p. 56); la ciencia jurídico-administrativa anglosajona, en bloque, es "obsoleta con categorías y enfoques primitivos" (página 103); el *Althusius*, de GIERKE es un libro "incoherente" (pág. 114); las tesis que combate son "delirantes" (págs. 101, 158), etc. Si tal es el tono, la tesis central no es menos crispada. Si yo no he entendido mal —reserva acaso no innecesaria—, lo que pretende demostrar es esto: el Derecho Administrativo no ha sido creación de la Revolución Francesa, sino de nuestro Derecho histórico, que también, mucho antes que la Constitución inglesa o que MONTESQUIEU, alumbró el principio de la división de los poderes; esta formidable y desconocida originalidad hispánica estaría en la diferenciación entre lo gubernativo y lo contencioso (distinción "rotunda" —págs. 63, 73—, "carismática", —pág. 65—, "radical" —página 70—, "trascendental" —pág. 70—, "eterna" —pág. 71—, "fascinante" —pág. 80), que los demás países europeos habrían perdido en el absolutismo (fórmula ésta desconocida en España, dice). No merece la pena, como se comprende, discutir sobre esto, y menos aún en esos tonos, entre imprecisos y místicos, sobre un tema, por lo demás, tan moderadamente exaltante. Diremos sólo que la distinción gubernativo-contencioso es absolutamente común a toda la Europa del Antiguo Régimen y que, lejos de expresar un principio de división de poderes, es más bien la expresión misma de su confusión. Sobre la Inglaterra anterior a COKE, vid., p. ej., PLUCKNETT: *A concise history of the common law*. 5.ª ed. 1956, pág. 20. En el texto se explica más adelante que la actual técnica de las cuestiones *quasi judicial* en el mundo anglosajón sigue siendo un reflejo de esa distinción histórica. Sobre Alemania, el excelente (y luego citado en el texto) libro de ERICSEN: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seine Aufhebung im Process. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag*. Frankfurt a. M., 1971, págs. 82 y sigs. D. GRIM: *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichen und privaten Recht in Deutschland*, en el libro colectivo *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*. Herausgegeben v. W. WILHELM, Frankfurt a. M., 1972, págs. 226 y sigs. Sobre Francia, BOULET-SAUTEL: *Recherches sur l'expédition du contentieux administratif devant le Conseil du Roi à la fin de l'Ancien Régime*, en "Conseil d'Etat. Etudes et documents", 19, 1966; en pág. 15 de este trabajo leemos: "el criterio muy técnico de nuestro Derecho público del Antiguo Régimen, que separa la justicia de la Administración y según el cual se opera el reparto de los asuntos entre el *Conseil privé* y los *Conseils d'administration*. Este criterio no es una novedad del siglo XVIII. Reposo sobre una larga tradición, muy claramente explicitada por el Edicto de Saint-Germain en febrero de 1641". A este edicto el texto se refiere más tarde y sobre él había ya llamado la atención LAFERRIÈRE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.ª ed., París, 1896, I, pág. 157-8 (que, por cierto, no duda en afirmar que el "dominio —en el sentido de extensión— de la jurisdicción administrativa era mucho más vasto bajo el antiguo régimen que lo que es en nuestros días", pág. 178) y ahora lo hace elevándolo a quicio mismo del sistema aún vigente, F. P. BENOIT, *Les fondements de la justice administrative*, en *Mélanges M. Waline*, II, París, 1974, p. 283 y ss. Algo de esto podía ya sospechar GALLEGO cuando intenta probar la efectividad de la distinción en España sobre un texto de LOYSEAU, que canaliza imperturbablemente hacia

su molino nacionalista (págs. 125 y sigs.). En fin, en España habían ya observado la distinción con bastante más rigor y, por supuesto, que con objetividad, GARCÍA GALLO: *La división de las competencias administrativas en España en la Edad Moderna*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, páginas 289 y sigs. B. GONZÁLEZ ALONSO: *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970.

La cita de ALCÁNTARA y de MORALES, dos Letrados del Consejo de Estado, se toma de su excelente libro *La Justicia y la Administración. Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*, Madrid, 1866, página XX.

La explicación de qué materia es contenciosa y exige figura de juicio para ser decidida se hace sobre los textos que se citan, y por la consideración de que el Antiguo Régimen no conoce, en general, el límite de la legalidad objetiva, supuesto que todos los funcionarios ejercitan, como delegados, el poder propio del Rey, a quien no ligan sus propias normas (regla *princeps legibus solutus est*, que es obvio que rigió en España, al margen de cuestiones morales no relevantes al "fuero" externo"; vid., por ejemplo, en ese sentido, DOU y BASSOLS: *Instituciones del Derecho público general de España*, Madrid, 1800, págs. 52-7); comp., además, las agudas, y aún válidas observaciones sobre el sentido de la legalidad en el Estado absoluto o de policía de O. MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3.ª ed., Berlín, 1924, págs. 42 y sigs. (que confirma, desde una perspectiva más general: WILHELM MOMMSEN: *Zur Beurteilung des Absolutismus*, recogido en la compilación monográfica dirigida por HUBATSCH: *Absolutismus*, Darmstadt, 1973, pág. 73).

La idea de la legalidad como un marco objetivo y limitativo de la actuación del poder es una aportación revolucionaria, y más aún la descomposición de esa legalidad en derechos subjetivos de los súbditos, si bien esto resulte aquí un tema impertinente. Cfr. ahora, no obstante, ERICHSEN: *Op. cit.*, págs. 87 y sigs. El derecho es entonces más bien, en la aguda caracterización de MAX WEBER, un haz o cosmos de privilegios o de derechos subjetivos, actuando únicamente como límite del poder en tanto tales derechos son *iura quaesita, wohlervorbene Rechte*, derechos amparados en el *ius naturale ac gentium* (según la doctrina de los rescriptos *contra ius*) y, por tanto, esencialmente, los patrimoniales (propiedad y contratos, ambas instituciones del *ius gentium* y, por tanto, prevalentes frente al derecho positivo que el Rey encarna y, por ello, un límite a su "absolución" legal); frente al principio *princeps legibus solutus*, juega aquí el principio *princeps naturae et gentium legibus obstrictus*.

Sobre esta doctrina de los rescriptos *contra ius* pueden verse las referencias de mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 275 y sigs. NICOLINI: *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1952. Ultimamente, MARAVALL: *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, I, Madrid, 1972, págs. 345 y sigs. "La función del derecho privado y de la propiedad como límite del poder del Estado". La caracterización de WEBER, en la trad. esp. de su *Economía y Sociedad*, México, 1944, III, 172 y IV, 223. La doctrina de los *iura quaesita* en la fase última absolutista, ERICHSEN: *Op. cit.*, págs. 39 y sigs. H. CONRAD, *Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Oesterreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, recogido en la misma obra colectiva *Absolutismus*, cit. págs. 308 y sigs. (en Alemania, ésta es, en definitiva, la base de la doctrina del FISCO). OLIVIER MARTIN: *L'absolutisme français*, París, 1951, págs. 288 y sigs. PÉREZ VALIENTE: *Apparatus iuris publici hispanici*, I, Madrid, 1751, pág. 131. ANTONIO PÉREZ VALIENTE: *Quo arcana et iura principis exponuntur*, Amsterdam, 1657, páginas 75 y sigs.

El texto de DOMAT que se cita, en *Le droit public*, ed. de HERICOURT, París, 1777, Tit. I, sec. II, § 9, Tomo II, pág. 155. Es doctrina común; p. ej., DOU y BASSOLS, *Instituciones*, cit., II pág. 47 y sigs.

Sobre el desarrollo de la Administración moderna y, en especial, en cuanto a la prevalencia de las autoridades monocráticas de tipo comisarial sobre las colegiales estamentalizadas, el texto es deudor a la clásica y magistral exposición de HINTZE: *Der Comisarius und seine Bedeutung in der Allgemeinen Verwaltungsgeschichte. Eine vergleichende Studie*, en su recopilación *Staat und Verfassung*, Leip-

zig, 1942, págs. 232 y sigs. También MOUSNIER: *Etat et Commissaire. Recherches sur la création des Intendants des Provinces (1634-1648)*, en *Forschungen zu Staat und Verfassung. Festgabe für Hartung*, Berlín, 1958, págs. 325 y sigs. Referencias, en mi libro *La Administración española*, Alianza Ed., 1972, págs. 109 y sigs. La alusión a los Corregidores sobre el imprescindible libro de GONZÁLEZ ALONSO, cit.

El principio de no existir apelación en las cosas de policía que es un apoteagma de la época, se repite generalmente (p. ej. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., Zürich, 1939, pág. 39); tras la investigación de ERICHSEN la cuestión parece más compleja y más próxima al sistema francés-español que se expone.

Las referencias que se hacen al Derecho francés parten del libro básico de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1.ª ed., 1856), ed. J. P. MAYER, París, 1952; sus tesis subyacen, como no será difícil notar, probablemente, a las del texto; el cap. IV del Libro II de esa obra fundamental lleva este título: "Que la justicia administrativa y la garantía de los funcionarios son instituciones del Antiguo Régimen", págs. 123 y sigs. Da como "fórmula ordinaria" de los edictos y declaraciones regias del siglo XVIII, ésta: "Toutes les contestations qui pourront survenir sur l'exécution du présent arrêt... seront portées devant l'Intendant, pour être jugées par lui, sauf appel au Conseil. Défendons à nos cours et tribunaux d'en prendre connoissance". Entre las investigaciones actuales (aparte las versiones más tradicionales, como las de AUCOC, DUCROCO, LAFERRIERE, DARESTE, etc.) que corroboran sobre los archivos el aserto de TOCQUEVILLE y que observan que incluso la expresión "contencioso-administrativo" está tomada del Antiguo Régimen, donde se conocen instituciones como *Comité contentieux des colonies* en 1761, *Conseil contentieux de l'Intendant*, 1788, *Comité contentieux des Finances*, 1777, *Comité contentieux des Départments*, 1789, etc., pueden citarse, LOGETTE, *Le Comité contentieux des Finances près le Conseil du Roi (1777-1791)*, Thèse, Nancy, 1964; A. BOUOT DE L'EPINE: *Du conseil du Roi ou conseil d'Etat: le Comité contentieux des départements (1789-1791)*, París, 1972; quizá de manera especial, el importante estudio de A. ANTOINE: *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, París, 1970 y su más reciente (aunque éste es más un repertorio de fuentes; por cierto, algunas que se transcriben de positivo interés) *Le Conseil Royal des finances au XVIII<sup>e</sup> siècle*, París, 1973. El reciente trabajo de F. P. BENOIT, ya citado *Les fondements de la justice administrative*, reactualiza con una gran viveza la tesis de TOCQUEVILLE (por cierto que sin citar ni una vez, sobre los datos originales); dice, por ejemplo: "No han sido ni Locke, ni Montesquieu, ni la separación de poderes, quienes han engendrado la separación de las autoridades administrativas y judiciales y la dualidad de nuestras jurisdicciones; estos hechos son la obra de la monarquía francesa, continuada, en el mismo espíritu y por las mismas razones, por los hombres de 1789" (pág. 286). Los autores franceses insisten más sobre la técnica de las evocaciones singulares de asuntos contenciosos al Consejo, lo que no parece ser preciso en España ante la generalidad de los textos legales aportados.

La referencia a las Ordenanzas de la Santa Hermandad de 1476 la tomo de TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969, pág. 35.

La doctrina sobre las sanciones "de plano" (insólitamente reverdecida en nuestro actual Derecho Administrativo, por cierto que sin base legal, como ha probado L. MARTÍN RETORILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, I, Madrid, 1973, págs. 248 y sigs.), en FAIREN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953.

La cita de STRUBE en ERICHSEN: *Op. cit.*, pág. 60.

La exposición de derecho anglosajón que se hace no es la común. Está basada en una reelaboración personal de datos que obtengo de varias fuentes, las más importantes, de S. A. DE SMITH: *Judicial review of administrative action*, 3.ª ed., London, 1973, y su más reducido, pero certero, *Constitutional and Administrative Law*, 2.ª ed., Penguin, 1973. LEFEBURE: *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en Droit anglais et français*, París, 1961 (de él tomo las referencias de los dos casos que cito como ejemplos). SCHWARTZ: *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York, 1954. STEGHART, *Government by Decree. A comparative study of the history of the ordinance in english and french law*, London,

1950, y el clásico DICKEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 9 ed. por WADE, London, 1952.

Sobre la necesidad ordinaria de una ejecución judicial de los actos administrativos en Estados Unidos (*enforcement through the Courts*), y la excepcionalidad de las *self-enforced orders*, vid. PARKER: *Administrative Law*, Indianápolis, 1952, páginas 283 y sigs. SVENSON, *Federal Administrative Law*, New York, 1952, págs. 123 y siguientes, además de la exposición general de SCHWARTZ ya cit.

El texto de H. J. WOLFF, en su *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlín, 1956, páginas 226-7 (aunque citas análogas podrían multiplicarse fácilmente).

La calificación como judiciales o cuasi-judiciales (por la necesaria aplicación del principio constitucional *due process*) de los procedimientos administrativos de *adjudication* en Estados Unidos, es general; vid., p. ejemplo: SVENSON, *Op. cit.*, págs. 73 y sigs. SCHWARTZ, *American Administrative Law*, London, 1950, páginas 70 y sigs. En Inglaterra, vid. el amplio concepto de cuestión judicial o cuasijudicial de DE SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, cit., págs. 528-30 y 537 y sigs. (la diferencia entre "Tribunales" administrativos y "Courts" judiciales en págs. 546-7) y en su *Judicial review of administrative action*, cit., págs. 64 y sigs. (con unos "tests para identificar funciones judiciales" en p. 68). Sobre el fenómeno de los Tribunales administrativos ("un subproducto de una época de gobierno intenso", dice WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1961, pág. 196), vid. especialmente el clásico estudio de ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3.ª ed., London, 1951, en particular, págs. 32 y sigs.

El libro que se cita de LORD HEWART (que comenzó por ser un conjunto de artículos en *The Times*) es *The new despotism*, London, 1929; su condición de *Lord Chief Justice* dio un gran eco a su denuncia pública, determinando la designación por el Parlamento de un *Committee on Ministers' powers* (o Comité DONOUGHMORE, por su Presidente), que emitió su informe en 1932, tras una encuesta pública; el documento, de gran importancia en la historia constitucional inglesa, y con efectiva influencia sobre algunos temas, como el de la legislación delegada, fue, sin embargo, inefectivo respecto a la cuestión de los "Tribunales administrativos". Este problema fue abordado más eficazmente por el *Franks Committee*, 1957, que dio lugar a la *Tribunals and Inquiries Act* de 1958 (hoy revisada en 1971); sobre lo cual especialmente los libros de DE SMITH, cit.

Sobre el tema del principio revolucionario de la separación entre Administración y Justicia, puedo ahorrar ahora casi todas las referencias remitiéndome a mi estudio *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Cuadernos Taurus, Madrid, 1972, que tiene una bibliografía bastante amplia. Adde, especialmente, J. CHEVALIER, *L'Elaboration historique du principe de separation de la juridiction administrative et de l'Administration active*, París, 1970, sobre el principio *juger l'administration c'est encore administrer*. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, sobre la configuración inicial del contencioso. La frase de LAFERRIERE, en su *Traité*, cit., pág. 210.

Sobre la configuración del principio de separación en Derecho español, los trabajos fundamentales son el de PARADA ya citado (así como el anterior de este mismo autor *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, "Revista de Administración Pública", 55), la polémica de NIETO, en el número 57 de la misma Revista; otro, desgraciadamente inédito —e incompleto— de MANZANEDO, en el que trabajaba en el momento de su trágica desaparición; y, en fin, el excelente libro de SANTAMARÍA, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973. Parece innecesario precisar citas sobre la conciencia general de los primeros administrativistas españoles (entre los cuales hay historiadores de la talla de COLMEIRO) de que están impulsando la recepción del régimen francés. Por cierto que este mismo COLMEIRO avala con su autoridad nuestra interpretación sobre la significación de los "jueces privativos" en nuestra historia anticonstitucional como prefiguración del sistema de separación y autotutela administrativa; dice así en su *Derecho Administrativo español*, 3.ª ed., II, Madrid, 1865, página 338, explicando el principio de separación: "Tan clara es esta doctrina que desde muy antiguo se acudió al establecimiento de juzgados privativos como un

medio de excluir a la Administración del fuero común y librarla del yugo de los Tribunales ordinarios."

El concepto "derecho de juristas" que se utiliza, se toma de KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München u. Berlín, 1953, págs. 164 y sigs, que ha generalizado luego ESSER, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, págs. 80 y sigs., 240 y sigs., 280 y sigs., y *passim* (de estos dos libros hay traducción española).

El último apartado no es más que un paso de la historia a la situación actual. El capítulo sigue luego con la explicación dogmática-institucional de esta situación, que ya se omite.