



- **Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU**
- **Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)**

CAPÍTULO 4

LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO Y SU RECEPCIÓN EUROPEA

Los principios que han quedado expuestos, y que pretendían extraer de las ideas básicas de libertad y de igualdad consecuencias directas en cuanto a una nueva configuración jurídica de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, no quedaron en simples enunciados retóricos, en ensoñaciones más o menos utópicas, sino que revelaron una sorprendente capacidad para transformarse en ordenaciones jurídicas sistemáticas y completas.

Con una prontitud sorprendente y una resolución lúcida, los revolucionarios se aprestaron a plasmar inmediatamente tales ideas generales y aparentemente abstractas en un sistema de normas positivas, que, en conjunto, compusieron las distintas ramas de un Derecho Público completamente nuevo, que nada tenía que ver, prácticamente en ninguno de sus elementos básicos, con el que había configurado la monarquía absoluta, conjunto que va a marcar a todas las sociedades occidentales hasta hoy mismo, por las razones que hemos visto al final del anterior capítulo, con la excepción (hoy ya bastante relativizada) del mundo anglosajón.

Resulta aquí obligada una observación general: la formación de ese nuevo Derecho Público en sus diferentes y complejas ramas se produce en medio del mismo fragor revolucionario, con una sorprendente celeridad y a la vez con una destreza técnica que causa asombro, como demuestra el mantenimiento virtual de sus grandes rasgos dos siglos después, en sociedades infinitamente más complejas. Está ya casi formado, y desde luego en su núcleo esencial, cuando Napoleón pacifica la situación interior de Francia (no así

la exterior, obviamente), la administra ejemplarmente, poniendo en pie la primera Administración europea de su tiempo, la misma que sustancialmente se ha mantenido hasta hoy mismo, y cierra su gran labor de gobernante con la formidable obra de la condificación, obra sin parigual en la historia, sencillamente ¹, de la que ha solido destacarse siempre —no sin alguna razón, por supuesto— sobre todo el Código Civil de 1804, pero que incluye tres Códigos esenciales del nuevo Derecho Público, como podremos ver.

Lo más sorprendente de esa magna creación es la falta aparente de grandes juristas que la personifiquen o la expliquen. La profesora Elisabeth Guibert-Sledziwski ha notado recientemente que «la armazón jurídica forjada en medio de la catástrofe, en el cráter mismo del volcán revolucionario, fue creada en todas sus piezas para un uso totalmente inédito. En otros términos, la Declaración [de 1789] posee el racionalismo de una máquina política... Al calor de las urgencias políticas se reinventaron también las categorías de los juristas» ². Los propios constituyentes se dieron perfecta cuenta de que estaban obrando como poseídos por una extraña inspiración que a ellos mismos les dominaba y les sorprendía. «El genio de Francia —dijo en las sesiones de la Asamblea Constituyente uno de sus miembros, el Conde de Clermont-Tonnerre— ha precipitado, por decirlo así, la marcha del espíritu público; es ese genio el que ha acu-

¹ G. RIPERT, *Le déclin du Droit. Études sur la Législation contemporaine*, París, 1949, pág. 1, dice de la codificación napoleónica: «La obra legislativa más grandiosa que haya sido realizada desde el tiempo de Justiniano». Pero el romanista KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*, 2.ª ed., Múnich, 1953, págs. 136-137, precisa: «Puede situarse a Napoleón entre los grandes legisladores de la historia del mundo. El imperio jurídico creado por Napoleón, tanto por la población que abarca como por su extensión territorial, supera en mucho al creado por Justiniano».

² E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, «Raison politique et dynamique des lois dans la Déclaration», en la revista *Droits*, núm. 8, monográfico sobre «La Déclaration de 1789», 1989, pág. 33.

mulado para vosotros en pocas horas la experiencia que sólo se podía alcanzar en varios siglos» ³. Es cierto que se pueden destacar ciertos nombres propios que sobresalieron en los largos debates, pero ni antes ni después de haber hecho su asombrosa obra legisladora esos nombres brillaron entre los de los grandes juristas, con la única excepción, sin duda, de Portalis, el padre del *Code civil*. Aquí cuadra la famosa observación de Chateaubriand: «El único gran personaje de la Revolución fue la Revolución misma». Pocas veces como ahora habría podido hablarse de una actuación del Espíritu objetivo sirviéndose de las «astucias de la Razón», y no será ocioso recordar que Hegel forjó estos conceptos empapado de esta formidable experiencia histórica precisamente —como pudimos ver más atrás—. Es verdad que la solidez y la transparencia de las bases del nuevo sistema de Derecho Público, bases que han quedado expuestas en el capítulo anterior, habían hecho factible esa formidable hazaña, pero no por ello ésta deja de merecer rendida admiración.

Esas ramas del Derecho Público serán: el Derecho Penal, el Derecho de Organización de Tribunales (*Gerichtsverfassungsrecht*, en la más expresiva caracterización alemana), el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Presupuestario y Tributario. Dejamos fuera, inicialmente al menos, el que parece —y así hoy— el centro mismo del Derecho Público, el Derecho Constitucional, ordenado ahora sobre la superlegalidad de la norma constitucional, una técnica que no conocerá aún el siglo XIX; tendremos que aludir, no obstante, a problemas centrales sobre la estructura y organización del poder.

³ Cit. por DEBBASCH, «L'écriture de la Constitution», en la obra colectiva ya citada 1791. *La première Constitution française*, pág. 112.

I. Derecho Penal y proceso penal

En el Antiguo Régimen el *ius puniendi* era una facultad personal del monarca, deducida del encargo divino de regir a los hombres. Como tal facultad personal, era indeterminada y los principios de su actuación se reconducían a la filosofía del orden y del pecado. Como en ningún otro campo, se actualizaba aquí la justificación moral y teológica (conducir a los hombres hacia el bien) de la potestad regia. La pena se concebía como una expiación de un pecado, un anticipo del juicio y del castigo divinos. En la práctica, todo eso concluía en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios morales *ad hoc*, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más simple pragmatismo represivo (eran objeto de «cruces escarmientos» los delitos que más alarmaban al poder o los ciudadanos), y, finalmente, a la consideración del proceso penal, regido por el solo principio inquisitivo, como un simple modo eficaz de averiguar la comisión de los delitos y de arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, la que se consideraba prueba plena, la confesión del reo.

Nada separaba al juez penal, por tanto, de lo que hoy es función de la policía, la cual era dirigida por aquél con la expeditividad de cualquier comisario actual imaginativo, aunque entonces sin límites legales, y con el derecho y hasta la obligación de torturar al reo, y, por de pronto, sin que se reconociera al acusado derecho alguno de defensa. No podría indicarse diferencia alguna entre ese proceso y el actuar ilimitado de las policías más incondicionadas de los Estados más totalitarios y represivos. La finalidad del procedimiento penal (se dijo a propósito de la Ordenanza regia sobre la materia de 1670) era *faire peur aux méchants*, ate-

morizar a los malvados, con toda simplicidad. Los derechos de la defensa eran sistemáticamente negados. Finalmente, las penas pretendían, tanto retribuir o purgar la iniquidad y el pecado del delincuente («escarmiento»), como especialmente amedrentar a los demás ciudadanos e intimarlos al bien y a la obediencia, función en la que se justificaban precisamente las penas infamantes y degradantes y su ejecución y pregón públicos (en plazas, puertas de la ciudad, cruces de caminos), la extensión de la infamia a la familia y a los pueblos de donde el reo procede, para así «refrenar las malas obras». Esmein recuerda que una máxima del antiguo Derecho proclamaba: «Todas las penas son arbitrarias en el reino de Francia»⁴.

El peso efectivo de la justicia penal y de su terrible amenaza era una de las notas dominantes de la sociedad del Antiguo Régimen. Un autor actual⁵ ha podido decir con razón que «la justicia penal aparece en Francia como la institución real por excelencia y todo examen de la institución desemboca en la puesta en cuestión misma del sistema monárquico».

Recogiendo un amplio movimiento reformador que surge de la Ilustración y que se manifiesta, en una espectacular coincidencia, en una buena parte de los *cahiers de doléances*⁶, la Asamblea Constituyente incluirá en su Declaración

⁴ A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français de 1790 à 1814*, París, 1911, pág. 251. La máxima significa que «aun cuando la pena de un delito estuviese fijada por la Ley, el juez podía modificarla, cambiarla, agravarla o mitigarla».

⁵ M. PERONNET, «L'art de punir», en la obra colectiva dirigida por P. BOUCHER, *La Révolution de la justice. Des Lois du Roi au Droit moderne*, París, 1989, pág. 77.

⁶ Puede verse un resumen reciente en la primera parte («Le pénal à l'aube de la Révolution») de la obra de P. LASCOURNES, P. PONCELA y P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, 1989, págs. 17 y ss. También N. CASTAN, «Les alarmes du pénal, du sujet gibier de justice à l'État en proie à ses citoyens», en la obra colectiva dirigida por R. BADINTER, *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution*

de Derechos del Hombre y del Ciudadano los artículos 7, 8 y 9, cuya significación general hemos destacado ya en el capítulo anterior. De esos tres preceptos, como ya sabemos, se deducen, consecuencias trascendentales sobre la materia penal, que alteran radicalmente la terrible situación existente e inauguran por sí solas, sin exceso retórico alguno, una nueva época de la justicia represiva humana: el principio de legalidad de los delitos y de las penas; la legalización plenaria del proceso penal, con exclusión de todo arbitrio judicial; el principio de presunción de inocencia en cualquier acusado de cualquier crimen, que implica desplazar a la acusación, independiente del juez, la carga de la prueba; la proscripción de las penas infamantes e inhumanas que excedan de «lo necesario para asegurar la persona» del inculpado; la garantía penal de la rigurosa observancia de todos estos principios, que viene a consagrar un verdadero derecho ciudadano a no ser castigado más que en las condiciones determinadas por esos principios básicos y por las Leyes, un derecho básico de libertad física y personal, en su sentido más elemental, capaz de crear por sí solo un espacio seguro de desenvolvimiento vital libre en la sociedad.

El principio de legalidad de los delitos y las penas, intuitivo por la Ilustración y concretado en el gran libro de Beccaria⁷, hace su entrada solemne en la historia a través de estos artículos de la Declaración.

française, París, 1989, págs. 39 y ss. Para el análisis de los *cahiers de doléances* en la materia, una visión más extensa en A. LEBIGRE, «1789: La justice dans tous ces états», en la misma obra que acaba de citarse, págs. 39 y ss.; M. A. CATTANEO, *Illuminismo e Legislazione penale. Saggi sulla Filosofia del Diritto penale nella Germania del Settecento*, Milán, 1993 (que comienza diciendo, por cierto: «Ha sido siempre mi convicción que la contribución mayor y mejor de la Ilustración a la humanidad debe ser considerada su obra en favor de la renovación y de la reforma del Derecho penal», pág. 9).

⁷ Cfr. notas 18 y 19 del capítulo anterior. Baste la cita de algunos textos del *Tratado de los delitos y de las penas* (que hago por la trad. esp. De las Casas de 1774, reimpresso en 1993 por el Ministerio de Justicia): «Sólo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir

El *ius puniendi* deja de ser una facultad de corrección moral de una persona supuestamente superior, en el plano

únicamente en el legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad» (pág. 14). «El soberano, que representa la misma Sociedad, puede únicamente formar Leyes generales, que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar» (págs. 15-16). Por ello es preciso «un Código [Código] fijo de Leyes que se deben observar a la letra» (pág. 22). «En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la Ley general; por menor la acción, conforme o no con la Ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (pág. 19). Proscribe «consultar el espíritu de la Ley», debiendo limitarse el juez a «la constante y fija voz de la Ley... no la errante inestabilidad de las interpretaciones» (págs. 19 y 21); el Código «fijo de Leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al Juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los Ciudadanos si son o no conformes a la Ley escrita... un asunto de hecho y no de controversia» (pág. 22). BECCARIA es plenamente consciente de que con este sistema «adquieren los Ciudadanos aquella seguridad de sí mismos, que es justa, porque es el fin que buscan los hombres en la Sociedad, que es útil, porque los pone en el caso de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho. Es verdad que adquirirán un espíritu de independencia; mas no para sacudir el yugo de las Leyes ni oponerse a los Superiores Magistrados» (pág. 23). Enuncia, pues, con extraordinaria clarividencia, los caracteres de la sociedad libre que la Revolución busca. Sobre la extraordinaria influencia de BECCARIA en Francia, vid. J. POU-MARÉDE, «Montesquieu, Voltaire, Beccaria», en la obra colectiva ya citada *La Révolution de la Justice*, págs. 103 y ss. Lo que carece de sentido es negar a BECCARIA su puesto glorioso en la historia humana, así como a la Declaración de los derechos de 1789 el formidable honor de haber hecho la primera plasmación legal de esos conceptos, y atribuir, como hace buena parte de la doctrina alemana, la invención del principio de legalidad de los delitos y de las penas a A. V. FEUERBACH, que lo único que hace, en 1801, es darle su expresión latina, ya clásica (*nulla poena sine lege*; más tarde se antepone *nullum crimen*). Con ambigüedades, pero afirmando expresamente que la consagración del principio de reserva de Ley en materia jurídico-penal no debe nada en los Códigos alemanes a las Leyes francesas, sino a FEUERBACH, V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesets. Einführung in der Dogmengeschichte des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Berlín, 1983, pág. 18. Específicamente trata del tema el reciente trabajo de L. REUTER, «Das Strafrecht des Französischen Revolution und seine Wirkungen in Deutschland», en la obra colectiva dirigida por M. A. CATTANEO, *Diritto e Stato nella Filosofia della Rivoluzione Francese*, Milán, 1992, págs. 427 y ss. En la pág. 440 afirma que las grandes innovaciones revolucionarias en materia jurídico-penal eran «ampliamente ignoradas» en Alemania al inicio del siglo XIX, como «lo probaría la obra de A. V. Feuerbach». Con todos los respetos, y con la expresa

jurídico y en el plano ético, para pasar a ser la simple aplicación de una Ley que ha previsto anticipadamente las conductas punibles y la pena concreta que cada una de éstas merece. Ningún juicio moral de nadie, por alto que esté situado, por autorizado o reflexivo que ese juicio parezca, podrá exceder en ningún caso esa previsión anticipada de la Ley, ni en cuanto a las conductas merecedoras de sanción, ni en cuanto al grado y cuantía de la pena que a la misma pueda corresponder. Las penas no se modularán libremente en atención a la reprobación deseable en cada caso de la conducta castigada, ni en función del efecto intimidatorio general que las circunstancias puedan aconsejar, ni conforme al juicio subjetivo moral de ningún juez, sino, estrictamente, según la determinación exacta que ha de figurar anticipadamente en la Ley penal, sea esa determinación oportuna o inoportuna, acertada o errónea, según cualquier criterio.

La predeterminación legal de las conductas punibles creará un ámbito social enteramente secularizado de seguridad jurídica en cuyo seno podrá desarrollarse la libertad, no coartada ahora por el temor de irritar en cualquier circunstancia al gobernante o al juez o de enfrentar los criterios morales de cualquier autoridad social, religiosa o política. Los preceptos jurídicos previos que condicionan totalmente la actuación del juez (*lex scripta, lex previa*) permitirán ahora predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las con-

reserva de mi falta de autoridad en la materia, debo decir que tal aserto me parece bastante inverosímil (cfr., por ejemplo, A. RENAUT, «Rationalité et historicisme juridique. La première réception de la Déclaration en Allemagne», en la revista *Droits*, 8, 1989, dedicado monográficamente a la *Déclaration de 1789*, págs. 143 y ss.; KANT, FICHTE, MÖSER la recogen ya en 1790-1793, se venden en 1790 pañuelos con su texto, se traduce inmediatamente a BURKE, el francés era lengua casi oficial en las monarquías alemanas, etc.). Para L. REUTER, el influjo francés (limitado) comenzaría con el Código Penal Napoleón (1810) que se aplicó en los territorios de la orilla izquierda del Rin y que pasó en 1815 a Prusia.

ductas lícitas de las ilícitas, de modo que los ciudadanos sabrán a qué atenerse en cuanto a la eventualidad de una responsabilidad penal y a su sanción correlativa. El juez que pretenda excederse de estos estrictos límites de su actuación cometerá él mismo un delito de prevaricación, lo que subraya la protección jurídica del «derecho a no ser castigado sino en virtud de la Ley» que el ciudadano ha ganado definitivamente. La predictibilidad de las conductas y de las respuestas jurídicas crea un espacio de seguridad jurídica que permite una vida social libre.

Por otra parte, nadie será en adelante presumido culpable, sino siempre inocente, con lo que el proceso penal pasará a ser de inquisitivo en acusatorio, en el que la carga de la prueba corresponderá siempre a la acusación, a su vez independiente del juez⁸. El proceso penal se convertirá en el cuadro legal en que esas garantías esenciales de la libertad (de la libertad física más elemental: tener la seguridad de que una acción determinada es posible y de que no será castigada si la Ley no lo ha dispuesto previamente así; un proceso en el que será esencial el reconocimiento de medios objetivos de defensa al acusado, puesto que la carga de la prueba para romper la presunción legal de inocencia corresponde a la acusación) se manifiestan y se aplican, y, por tanto, una pieza esencial entre las garantías de la libertad, según la tradición anglosajona (de donde se toman por los revolucionarios, además de la técnica de la presunción de inocencia y del principio acusatorio, el prin-

⁸ Esta innovación de la Declaración, que es revolucionaria en toda Europa continental, procede claramente del Derecho inglés, certeramente buscado por los constituyentes como modelo en este caso, y en concreto de su fondo anglosajón. *Vid.*, por todos, D. CLEMENTI, «The anglosaxon origins of the principle "innocent until proved guilty"», en el libro colectivo *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, dirigido por R. VIERHAUS, Gotinga, 1977, págs. 68 y ss. Sobre algunas peculiaridades del proceso inquisitivo, *vid.* mi trabajo «Fray Luis ante los inquisidores», en el libro ya citado *La poesía de Borges y otros ensayos*, págs. 113 y ss., así como en el también citado, *De Fray Luis a Luis Rosales*, págs. 18 y ss.

cipio de la oralidad y de la concentración de la prueba en el juicio oral, con lo que esto implica de principio de publicidad de los procesos, el juicio por jurados, que contribuye a despejar las impurezas de la justicia estamentalizada y a consagrar la independencia del juzgador respecto de cualquier instancia política, que no sólo pueda pretender erigirse en superior moral, sino tener la tentación del uso de la facultad punitiva como un mero instrumento del poder).

Poco tiempo después de la Declaración, por Ley de 8-9 octubre-3 noviembre de 1789, se introduce otro principio básico, coherente con los derechos de la Declaración, el de la libertad de la defensa, comenzando por la posibilidad de designar libremente abogado. El terrible derecho de castigar y de matar a los hombres entra a partir de ahora en una etapa enteramente nueva.

Finalmente, el tormento desaparece, las atroces y humillantes penas degradantes e inhumanas quedan proscritas, la detención pasa a ser un medio de asegurarse de la persona del delincuente y de hacerle cumplir, eventualmente, la pena de prisión (que pasará a ser desde ahora la pena más común)⁹, más adelante ya de intentar corregirle. Puede resultar una paradoja visto desde hoy, pero la macabra adopción de la guillotina, que tendrá lugar poco después, en 1790, no es más que la aplicación de ese principio en cuanto a la ejecución de la pena de muerte, como un medio rápido y expeditivo, que tanto contrasta con la hoguera, o con el descuartizamiento, o con la horca. La humanización de las penas, que excluye su utilización para degradar a la persona del delincuente, mucho menos aún a su familia,

⁹ Aunque sorprenda, la prisión no era una pena ordinaria en el Antiguo Régimen, donde lo son la multa, la confiscación de bienes, las penas afflictivas, el látigo, la marca a fuego, el destierro, las galeras y el trabajo forzado en arsenales, la muerte. *Vid.* el trabajo ya citado de M. PERONNET, *L'art de punir, passim*; en pág. 98: «La prisión no aparece como una pena, sino como una precaución destinada a guardar a un inculpado bajo vigilancia».

comienza aquí. Igualmente, del artículo 9 de la Declaración derivará el principio básico de la proporcionalidad de las penas.

La trascendencia de esta transformación completa de los conceptos básicos del Derecho represivo fue apreciada lúcidamente por los revolucionarios, que se apresuraron a aprobar, el 25 de septiembre de 1791, el primero de los Códigos surgidos de la Revolución, el Código Penal, obediente a todos esos principios¹⁰. Pocos días después, el 16-29 de septiembre de 1791, se aprobaban las reglas del procedimiento criminal, que cerraban el nuevo sistema. Más adelante habrá un nuevo «Código de los delitos y de las penas» de 3 brumario del año IV, que incluirá las reglas de procedimiento, hasta llegar, finalmente, a los dos Códigos napoleónicos, el de Instrucción Criminal, de 1808, y el Código Penal, de 1810 (éste vigente hasta hace poco más de un año, aunque muchas veces reformado), que depura los principios de los anteriores; por de pronto, respecto del de 1791, rompe el automatismo absoluto de las penas a que había conducido una interpretación estricta del principio de legalidad de las penas, para instaurar el sistema de graduación entre un máximo y un mínimo que permite atender a las circunstancias singulares de cada caso, especialmente las condiciones modificativas de la responsabilidad.

Aunque la Revolución conducirá ella misma a excesos represivos que se apartaron de sus propios principios, excesos singularizados especialmente en el Terror, con su delito indeterminado de «crimen contra la nación» y la ausencia de garantías procesales, excesos que intentaron justificarse en la excepcionalidad del «gobierno revolucionario» (*silent leges inter arma*: la «libertad civil» se restablecería una vez

¹⁰ Sobre este Código, *vid.* la segunda parte del libro de LASCOUMES, PONCELA y LENOËL, *Au nom de l'ordre*, cit., págs. 65 y ss. No suele ser citado como el primero de los Códigos revolucionarios; no lo cita KREY, por cierto, *op. cit.*

aniquilado el enemigo), es lo cierto que, a partir de la formulación solemne de los principios que hemos examinado por la Declaración y de su desarrollo legislativo ulterior, se inicia la época civilizada y humana del Derecho Penal, que se extenderá enseguida a toda Europa, como veremos más adelante.

Pero, con independencia de su significación propia, que es extraordinaria, como hemos visto, la traslación al Derecho Penal de la técnica general del «reino de la Ley», la legalización del poder público, demostrará la operatividad práctica de esta técnica y será, en ese sentido, como primera aplicación práctica de la misma, modelo para toda la creación general del Derecho Público surgido de la Revolución.

II. Derecho de Organización de Tribunales y Derecho Procesal

Un principio básico del sistema jurídico en el Antiguo Régimen era que *le Roi est source de toute justice, fons iustitiae*, lo que sería un error interpretar en un sentido simbólico. «La justicia, como la soberanía de la cual es la más evidente encarnación, permanece inalienable e incommunicable»¹¹. Puede, ciertamente, «delegarse» («justicia delegada»), pero sólo en cuanto a su ejercicio, de modo que la delegación puede ser siempre revisada y revocada, en sí misma, o en cuanto a la sentencia que produce, bien por vía de retención del caso, que puede ser incluso secreta, o por avocación del mismo si el proceso se hubiese iniciado, avocación que se produce por el simple hecho de la presencia del Rey en el seno de un cuerpo judicial, lo que se llama *el lit de justice* —por la circunstancia de que el Rey se sienta en un cojín bajo un dosel¹²—, o, en fin, *a posteriori*, por

¹¹ J. BART, «Les Lois du Roi», en la obra colectiva ya citada *La Révolution de la Justice*, dirigida por BOUCHER, pág. 14.

¹² BART, págs. 15 y ss., especialmente pág. 22.

vía del recurso final, y todo ello, bien bajo forma judicial «y estrépito de juicio», bien por simples «cartas de gracia y justicia» o «privilegios»¹³.

Pero debajo de esa idea solemne y grandiosa, de contenido evidentemente religioso, que hacía al Rey dispensador de la justicia en la tierra por comisión divina, se ocultaba un aparato bastante más vulgar. La justicia del Antiguo Régimen se presentaba ante el justiciable en forma de un inextricable embrollo. Se mantenía entera la jurisdicción eclesiástica, que entendía no sólo de los asuntos directos de la Iglesia, sino también de los casos mixtos y aun de aquellos en que su competencia se justificaba *ratione peccati*, por razón de pecado. Proliferaban las justicias feudales y señoriales, las estamentales y corporativas, las de «excepción» o especiales. En fin, los Tribunales regulares se nutrían de titulares que habían comprado su cargo al Rey o a anteriores titulares y que lo consideraban su propiedad privada y hereditaria («oficios enajenados» en nuestra terminología castiza, aún presente, insólitamente, en el Código Civil, art. 336), como una fuente de rentas, por consiguiente. Los *cahiers de doléances* que habían precedido a la reunión de los Estados Generales en 1789 habían hecho de esta situación uno de los temas más insistentemente criticados y necesitados de reforma, como ya había intentado acometer la propia monarquía en los años finales del Antiguo Régimen.

Hay que notar que esa complejísima maquinaria alimentaba un impresionante cortejo de relatores, secretarios, oficiales, agentes, alguaciles, recaudadores, carceleros, verdu-

¹³ BART, págs. 27 y ss. El gran jurista LOYSEAU (*Traité des seigneuries*, 1608, III, pág. 16) había dicho: «Bajo ese derecho [del Rey] de hacer Leyes, incluyo con mayor razón los privilegios, que son Leyes privadas y particulares más difíciles de hacer que las generales... incluyo igualmente las dispensas de todas clases, bien en lo civil, bien en lo penal, porque es necesario al menos tanto poder para desligar como para ligar». Sobre la significación general de este autor, cfr. B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'État moderne*. Charles Loyseau, 1564-1627, *théoricien de la puissance publique*, París, 1976.

gos, auxiliares, etc., que constituían un grupo social perfectamente singularizado, así como especialmente nutrido. Un autor reciente habla de 80.000 personas¹⁴.

La Declaración de derechos de 1789 no contenía más determinación sobre la organización de la justicia que la que resultaba del principio de «separación de los poderes», formulado genéricamente, sin ninguna precisión organizativa, en el artículo 16. Estaba, por otra parte, en el mismo artículo, la necesidad de «la garantía de los derechos», así como las indicaciones, ya más precisas, sobre la justicia penal que hemos visto en el apartado anterior. Pero era claro que algunas consecuencias decisivas sobre este capítulo habrían de derivar de la legalización general del poder y del Derecho, que vimos que surgía con claridad del texto de la Declaración de 1789. Todo ello forzaba a un cambio radical de todo el viejo y complejo sistema judicial. El enfático poder de justicia del Rey como atributo personal debía ser sustituido, evidentemente, por el poder impersonal y general de la Ley, titular único de poder en el nuevo sistema. Por otra parte, ya notamos en el capítulo anterior que las bases del nuevo sistema de la legalidad implicaban que quienes ejercitasen las facultades habilitadas por ésta no podrían ser, en ningún caso, propietarios de dichas facultades, sino simples «agentes» o comisionados de la Ley, cuyos mandatos se han de limitar a ejecutar, y sometidos, en fin, a responsabilidad por dicho ejercicio.

La transformación radical del sistema será hecha por la Ley de 16-24 de agosto de 1790, sobre Organización Judicial, que realizó una «obra inmensa»¹⁵, formulando por pri-

¹⁴ F. D'AGAY, «Quatre-vingt mille magistrats», en la obra colectiva cit. *La Révolution de la Justice*, págs. 31 y ss.: un rico cuadro del complejísimo, realmente caótico, estado de la justicia prerrevolucionaria.

¹⁵ J. P. ROYER, «Les innovations des constituants en matière de justice civile de la "Cité idéale"», en la obra colectiva *Une autre justice, 1789-1799*, dirigida por R. BADINTER, cit., pág. 57.

mera vez en la historia la separación de la autoridad judicial de los titulares del Ejecutivo. Esta separación es la base inexcusable de la independencia del juez, y ésta, a su vez, de la configuración de su función como órgano de la voluntad de la Ley y de la objetividad del Derecho, con total abstracción de la voluntad o de los intereses de los gobernantes. Los principios de la Ley de 1790 pasaron a la Constitución de 1791 (capítulo V del título III). Sustancialmente, fue establecido, frente al caos anterior, un único orden de Tribunales, se definieron las funciones de éstos como aplicadores de la Ley, se reguló la selección de los jueces y se consagró su independencia. Una cosecha nada parva, ciertamente.

Lo primero, naturalmente, fue suprimir la venalidad de los cargos judiciales, que permitía considerarlos como una propiedad privada. El artículo 1 del título II de la Ley así lo dispuso: «La venalidad de los oficios de judicatura queda abolida para siempre; los jueces administrarán gratuitamente la justicia y serán retribuidos por el Estado». Los viejos e imponentes Parlamentos judiciales, reducto de la *noblesse de robe*, la nobleza de toga, de los que, por cierto, había surgido la convocatoria de los Estados Generales a la que la Asamblea Constituyente debía su misma existencia, fueron liquidados sin piedad¹⁶. El nuevo sistema partía de una conciliación obligatoria, como condición de admisión de cualquier proceso civil, que se atribuía a un juez de paz lego en Derecho, cuya configuración (supuestamente un

¹⁶ Ya habían sido suspendidos o «declarados en vacaciones» por la Ley de 3 de noviembre de 1789. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de Organización Judicial se aborda derechamente el tema: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación... Se les debe reconocimiento, pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar un imperio. Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria» (cita el texto TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, II, pág. 217).

modelo inglés) debía mucho, por cierto, a Voltaire. Seguía con la primera instancia ante un Tribunal colegiado por cantón o distrito, y una apelación ante otro Tribunal de distrito distinto del que había dictado la primera sentencia. Esta estructura organizativa (que se singularizó en los asuntos penales, no precisada hasta el año siguiente, Ley de 7 de febrero de 1791, promulgada en septiembre siguiente), establecida y garantizada por la Ley (art. 8 del capítulo V del título V de la Constitución de 1791), se impone uniformemente en toda la nación, instituyéndose así una «unidad de jurisdicción», que absorbe la totalidad de la litigiosidad existente, con la única excepción de los Tribunales de comercio. El derecho al juez determinado por la Ley se define expresamente, con interdicción de comisiones, avocaciones y otras formas de privilegio. La justicia igual fue así consagrada. Obvio es que esa planta concreta fue retocada después, comenzando con un Tribunal departamental de apelación que estableció la Constitución del año VIII.

Los jueces serían designados (entre juristas con alguna cualificación, salvo los jueces de paz) por tiempo, y reelegibles, por las Asambleas electivas locales y garantizados en su inamovilidad, salvo sentencia firme por prevaricación. Sólo su nombramiento lo formalizaba el Rey. El sistema de designación de jueces será objeto más adelante de nuevos cambios, hasta llegar finalmente al de su funcionarización profesional (que se apoya, por cierto, en la objetividad misma de la Ley que han de limitarse a aplicar), pero lo que es importante es subrayar que la imparcialidad del juez quedó asegurada. Una novedad decisiva.

El sistema judicial se coronó por una Ley ulterior de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 con un Tribunal de Casación adscrito al poder legislativo. Esta última circunstancia puede sorprender, como contraria al principio de división de poderes, pero no hace sino subrayar de manera extraordinariamente vivaz el papel que el nuevo sistema

asignaba a los jueces: ejecutar la Ley, aplicar sus mandatos de forma estricta y rigurosa a los hechos debatidos. Es la concepción de Montesquieu: el juez ha de limitarse a ser «la boca que pronuncia las palabras de la Ley»¹⁷; se condena expresamente la jurisprudencia como creación judicial. Como dijo Robespierre en el debate sobre la Ley que creó el Tribunal de Casación, «en un Estado que tiene una Constitución y una Legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la Ley»¹⁸. Esa sumisión absoluta del juez a la Ley (algo nunca hasta ahora pretendido, porque el Derecho no se había intentado nunca encerrarlo en su totalidad en las Leyes escritas) era, justamente, lo que tenía que garantizar el Tribunal de Casación: que el juez no infringiese la Ley aplicable o no excediese sus mandatos, lo que justificó en el diseño organizativo que tal Tribunal se integrase en el Poder Legislativo. Se prohíbe a este Tribunal expresamente «conocer del fondo del asunto», de modo que cuando casa o rompe una sentencia por esa infracción de la Ley ha de reenviar el proceso al Tribunal de origen para que dicte la sentencia de fondo procedente. Es, pues, una estricta policía de la completa sumisión del juez a la Ley lo que el Tribunal de Casación ejercita, no propiamente una nueva instancia judicial, un nuevo grado de apelación. Este

¹⁷ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. 6. El juez debería ser un «puro aparato de subsunción» de los conceptos legales en los hechos. Por cierto, que la expresión técnica «subsunción» aparece ya en KANT como definitoria de la función del juez (*Prinzip der Subsumtion*): *Metaphysik der Sitten*, cit., pág. 136. Como ha dicho BOCKELMANN, «Richter und Gesetz», en *Festgabe für R. Smend*, Gotinga, 1952, pág. 25, «la aplicación de la Ley por el juez debería funcionar como un aparato automático, con la única particularidad de que el automatismo no es mecánico, sino un automatismo lógico; el juez debía ser un «esclavo de la Ley». Éste es el origen del «positivismo legalista», que ha dominado en el Derecho hasta bien entrado este siglo. Cfr. mi libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, reimpr. 1986, págs. 17 y ss., y allí referencias.

¹⁸ Cit. por J. L. HALPÉRIN, «Le Tribunal de Cassation et la naissance de la jurisprudence moderne», en *Une autre justice, 1789-1799*, dirigido por BADINTER, cit., pág. 226.

Tribunal de Casación es, simplemente, el guardián de la Ley. Cuando había un problema significativo de interpretación de la Ley, de forma que su texto no lo resolviera de manera inequívoca, el juez debía abstenerse de pronunciarse y remitir la cuestión a la Asamblea como autora de la Ley, para que resolviese. Es el llamado *référé législatif*, arbitraje legislativo, que marca el rigor del sometimiento del juez a la Ley y la implicación del Poder Legislativo en la fase de su aplicación, y que previó la propia Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790.

Coexisten, pues, como dos instrumentos del Poder Legislativo, el *référé* legislativo y el Tribunal de Casación para mantener incólume a la Ley como poder supremo y al juez como servidor estricto de su sentido literal, de modo que no pudiese cubrir con la autoridad de la Ley lo que no serían más que ocurrencias o construcciones personales suyas. El *référé* legislativo cortarían cualquier intención de extender el imperio de la Ley fuera de lo que el legislador expresamente había querido y, en su caso, éste era el llamado a formular la interpretación dudosa que el texto anterior de la Ley no permitía deducir. Esta técnica fue especialmente activa en el período de la Convención, por la hiperestesia de este órgano sobre su papel de fuente de la voluntad general, pero primero una Ley napoleónica del año VIII y luego el capital artículo 4 del Código Civil de 1804 («el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia»: prohibición de sentencias *non liquet*) acabaron con su función, aunque no fue suprimido formalmente hasta 1837¹⁹. Fuera de ese supuesto, y a partir del Código Civil incluyéndolo también de manera expresa, aunque bajo la forma impugnatoria que le es propia, el recurso de casación fue el mecanismo técnico que aseguró

¹⁹ Y. V. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs de juge dans le silence de la Loi*, París, 1965.

el tipo de relación estricta y rigurosa que el sistema asignaba al juez con la Ley, una de las bases de la estructura jurídica en su conjunto, como ya sabemos.

Así se corona el sistema entero de organización de Tribunales, cuyo sentido preciso queda enérgicamente configurado.

En cuanto al proceso, no entraremos, naturalmente, en todo el complejo mundo de su regulación particular, aunque las novedades aportadas por la Revolución y concretadas sobre todo en los dos Códigos procesales (civil y penal) napoleónicos fuesen trascendentales con relación a la vieja y pesada máquina procesal romano-canónica configurada en toda Europa desde el Derecho común (*solemnis ordo iudiciarius*), monstruo de trámites escritos interminables, dominado por un complejo *stylus curiae*, obra todo ello de post-glosadores, decretalistas y una doctrina estratificada y complicada a lo largo de siglos²⁰. Nos interesa, desde la perspectiva en que ahora estamos, subrayar que, al objeto de asegurar esa relación estrecha de la Ley con el juez («boca que pronuncia las palabras de la Ley» en el caso concreto), la Revolución impuso una regla procesal absolutamente trascendental, la de la motivación de las decisiones judiciales. «Motivar una decisión es expresar sus razones. Por ello mismo obliga a quien la adopta a tener tales razones, lo que es alejar toda arbitrariedad»²¹.

²⁰ Un estudio valioso sobre ese viejo proceso y su evolución, en V. FAJREN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1954. Más concretamente, R. VAN CAENEGEM, «History of european civil procedure», en *International Encyclopedia of comparative Law*, XVI, Tubinga, 1973.

²¹ T. SAUVEL, «Histoire du jugement motivé», en *Revue de Droit Public*, 1955, pág. 5. Entre una gran bibliografía, nos limitaremos a añadir a ese excelente trabajo, los estudios dirigidos por Ch. PERELMAN y P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, 1978. Incluye, entre otros valiosos trabajos, uno de P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle*, págs. 37 y ss., que complementa el primeramente citado. G. GORLA, «La motivation des jugements», en su obra reco-

Desde la baja Edad Media los jueces consideraron que no expresar la motivación de sus decisiones era una suerte de privilegio personal que venía, bien de su condición de voz calificada de la costumbre —en el viejo derecho de matriz germánica—, bien del soberano, en cuanto éste es fuente de toda justicia. Las fuentes romanas no habían impuesto la motivación general de las sentencias, pero en su configuración tardía sí había precisado que las sentencias dictadas personalmente por el Emperador estaban exentas de justificarse en las Leyes y tenían por sí mismas el valor de Leyes nuevas. Esta regla la aplicarán los canonistas a las sentencias del Papa e inmediatamente los legistas regios a las de los Reyes, en virtud del apotegma, básico en la formación del Estado moderno, *rex in regno suo est imperator*²². Desde el siglo XVI ningún Tribunal, salvo excepciones²³, motiva sus sentencias, resaltando así el carácter absoluto y superior de su decisión, así como la cautela frente a eventuales críticas de las partes o de los juristas (*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*, había dicho ya un viejo canonista medieval).

pilativa *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milán, 1981, págs. 359 y ss.; J. LLOBET TUSET, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.

²² En la transposición de nuestra vieja Ley de Partidas: «Todos aquellos poderes que de suso diximos que los Emperadores han e deven aver en las gentes de su imperio, que esos mismos han los Reyes en los de sus reynos» (Ley 7.^a del título I de la partida II). Sobre la significación general de ese apotegma, cfr. F. A. FREIHERR VON DER HEYDTE, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Regensburg, 1952, págs. 59 y ss.; CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 2.^a ed., Milán, 1951.

²³ Por cierto, que GODDING incluye entre estas excepciones a España (*op. cit.*, pág. 60), pero no cita la fuente. Carlos III, por Real Cédula de 1778 (incluida en la Novísima recopilación, Ley 8.^a, título XVI del libro XI) se refiere a la práctica de motivar las sentencias en la Audiencia de Mallorca y con ese motivo ordena taxativamente «cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias», regla que extiende a todos «los Tribunales ordinarios incluso los privilegiados», de modo que «excusen motivar las sentencias, como hasta aquí». Parece que la excepción de no motivar alcanza también a Italia, según las alusiones de GORLA, «La motivation», trabajos citados en págs. 374 y 390, excepción de bulto, quizá debida a la menor vivencia en la península del principio absolutista.

Pero al final del Antiguo Régimen la causa esencial de la no motivación de las sentencias era el carácter soberano de los Tribunales como delegados del Rey y el hecho de que esa soberanía incluía la facultad de decidir en equidad, sin sujeción a Ley anterior alguna, incluso la potestad de dictar *arrêts de règlement*, que incluía en el fallo la generalización de la doctrina de éste para futuros casos análogos. Los Tribunales se denominan «Tribunales soberanos» para buscar ese *quid* que los hacía señores del Derecho y no sus servidores. Es sorprendente que los ilustrados, incluyendo a Montesquieu o Voltaire, tan atento este último a los problemas de la justicia (recuérdese que publicó un comentario del libro de Beccaria), no hayan denunciado la situación que de ese silencio de los jueces derivaba. La reforma surge de la justicia criminal y un edicto de 8 de mayo de 1788 impone ya que la sentencia «califique expresamente los crímenes y delitos». Los *cahiers de doléances* fueron, sin embargo, más lejos y dejaron a los revolucionarios en disposición de resolver definitivamente esta cuestión, que se encontraba en la línea derecha de sus ideas sobre la función de la Ley como única fuente de las obligaciones de derecho, y del juez como simple agente ejecutor de la misma.

La benemérita Ley de 16-24 de agosto de 1790, de Organización Judicial, artículo 15 de su título V, impondrá a las sentencias, tanto civiles como criminales, hacer constar «el resultado de los hechos reconocidos o comprobados por la instrucción y los motivos que hayan determinado al juez». Por vez primera, con una extraordinaria lucidez, este precepto impone para toda clase de jurisdicciones y de juicios esta regla que desde entonces, para todo jurista —pero no antes, como hemos visto—, ha pasado a ser una necesidad lógica evidente. El juez decide no por su capricho, sino en virtud de la Ley cuya particularización concreta al caso debatido debe hacer explícita. Porque el ciudadano no estará ya sometido a la discreción, a la buena intención o buen

juicio, a la voluntad de ninguna persona supuestamente superior, menos aún a ninguna vaporosa esencia traspersonal de la que fuese oráculo precisamente el juez, a través de no se sabe bien qué unción; está sujeto a la Ley y nada más que a ella y es preciso, por ello, explicarle cómo la Ley en el caso concreto le afecta, para beneficiarle o para perjudicarlo. Esa necesidad de ser informado de por qué y cómo la Ley resuelve el problema que el proceso ha de resolver es una necesidad derivada de la condición libre del justiciable; es, además, una forma de excluir la arbitrariedad decisoria del juez, que ningún principio del sistema permite; es, en fin, un instrumento de defensa, para que el justiciable pueda, en su caso, impugnar la sentencia ante una nueva instancia.

Es, pues, la motivación de las sentencias un componente absolutamente esencial del sistema del «reino de la Ley» y de la libertad a él inherente que, con una lucidez y una consecuencia que hoy siguen asombrando, la Revolución quiso poner en pie. El derecho a ser juzgado por la Ley y no por los hombres tiene en este principio uno de sus quicios inmutables.

Es importante notar que ese hallazgo esencial de los constituyentes, dada su importancia extraordinaria, pasará al artículo 203 de la Constitución del año III («las sentencias son pronunciadas públicamente y son motivadas, enunciando los términos de la Ley aplicada») y a todo el acervo del sistema jurídico de la libertad.

III. Derecho Tributario y Presupuestario

Loyseau, el gran jurista regio, expresó a principios del siglo xvii que «no cabe dudar que en Francia nuestro Rey puede levantar impuestos sin el consentimiento de los Esta-

dos Generales o Cortes»²⁴. Menos duda cabría aún en cuanto a la potestad regia de dedicar los recursos de su Hacienda a lo que libremente decidiera.

Una de las grandes novedades que la Revolución aporta al funcionamiento del Estado es la necesidad de una Ley por la cual la Asamblea «consintiese el impuesto» y afectase sus rendimientos a las necesidades públicas que la propia Ley determinase. De nuevo, la lucidez indesmentible de la Declaración de derechos de 1789 nos sorprende con un artículo 14 que contiene *in nuce* todo el Derecho Tributario y Presupuestario moderno: «Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente y de seguir su empleo, así como determinar su cuota, importe y duración».

Es verdad que los constituyentes tenían muy presente el debate que en los años y meses inmediatamente anteriores había tenido lugar en la gestión financiera de la monarquía, especialmente el ocasionado por el ministerio de Necker. En ese debate fue una referencia constante la experiencia inglesa, que para los redactores de la Declaración fue determinante²⁵. El consentimiento del impuesto había sido la base de la formación de las Cortes, Estados Generales o Parlamentos en toda Europa, pero esta vieja competencia fue suplantada por el Príncipe absoluto al comienzo de la Edad Moderna. Sólo el Parlamento inglés resistió a ese desplazamiento e impuso a la Corona, primero en la *Petition of Rights* de 1628 y luego en el *Bill of Rights* de 1689 (y ésta fue una de las grandes ganancias de la *glorious Revolution*), la ilegalidad de toda contribución impuesta por la Corona, así como su utilización so pretexto de la prerrogativa regia, por otro tiempo y otra manera que

²⁴ LOYSEAU, *Traité des Segneuries*, cit., cap. III, § 46.

²⁵ Cfr. la gran obra clásica de G. JEZE, *Traité des Sciences des finances. Le Budget*, París, 1910, págs. 35 y ss.

la que acuerde el Parlamento. Locke, que teoriza y extiende los logros de la Revolución de 1688, presta a esta regla del derecho de consentir el impuesto un fundamento abstracto y general, independiente ya de la tradición parlamentaria inglesa (independiente, podemos decir, del concepto de Burke, que ya conocemos, de los derechos hereditarios o históricos): «detracer patrimonio por vía impositiva sin consentimiento del contribuyente es desconocer e infringir el gran derecho natural de la propiedad y «subvierte así el fin del gobierno»²⁶.

Pero la legalización de toda la actividad financiera pública no concluye en esa exigencia del consentimiento (por el cauce de la voluntad general o de la Ley) del impuesto. A lo largo del siglo XVIII la propia Cámara de los Comunes decidirá incluso sobre las rentas hereditarias de la Corona. Y, finalmente, fue también ella quien concibió la idea de un presupuesto anual, que confrontase gastos e ingresos, autorizando éstos, asignando aquéllos a necesidades públicas determinadas condicionando con ello la capacidad de gasto del Ejecutivo.

Es bien sabido que éste fue, justamente, el tema capital de la rebelión de las colonias americanas, pues en ellas, en virtud del estatuto colonial, no existían representantes que votasen el impuesto, y menos los gastos, que eran fijados unilateralmente por el Rey en su Consejo Privado. El principio *no taxation without representation* fue, junto con el del juicio por los pares, el gran sostenedor de la independencia²⁷. Ya hemos aludido al influjo del ejemplo americano sobre los constituyentes franceses.

²⁶ LOCKE, *Of civil government*, II, §§ 138, 140. «¿Pues qué propiedad tendría yo si otro tuviese derecho a tomar por sí mismo lo que le plazca de ella?» Demostración concluyente.

²⁷ B. BAILY, *The ideological origins of the American Revolution*, cit., págs. 167 y ss.; C. BECKER, *The Declaration of Independence. A study in the history of political ideas*, Nueva York, 1960, págs. 90 y ss. En la enumeración

La Asamblea Constituyente tenía ya a la vista la exigencia del voto anual del impuesto por una buena parte de los *cahiers de doléances* (e incluso antes algún Parlamento judicial la había recordado, como también en los últimos intentos de reforma financiera de la monarquía). Tan vivamente sentía esa exigencia que se apresuró a declararlo inmediatamente después de constituida, antes de que la solemnizase en el artículo 14 de la Declaración. En su Decreto de 17 de junio de 1789 proclamó con énfasis: «La Asamblea Nacional, considerando que *la primera utilización que debe hacer del poder cuyo ejercicio recobra la nación...* es asegurar durante la duración de la presente sesión la fuerza de la Administración pública... *un principio constitucional sagrado para siempre*, auténticamente reconocido por el Rey y solemnemente declarado por todas las Asambleas de la nación²⁸, principio que se opone a todo levantamiento de contribuciones en el reino sin el consentimiento formal de los representantes de la nación... Declara, por unanimidad de sus miembros, consentir provisionalmente en nombre de la nación los impuestos y contribuciones, aunque ilegalmente establecidos y recaudados».

de agravios contra el Rey, en la Declaración de Independencia se dice: «Él [el rey] se ha concertado con otros para sujetarnos a una jurisdicción extraña a nuestra Constitución y desconocido nuestros derechos, dando su asentimiento a Leyes de un pretendido poder legislativo... para imponernos impuestos sin nuestro consentimiento».

²⁸ Esta afirmación es una reconstrucción historicista del poder de los antiguos Estados Generales, poder reconocido por los reyes (viejo principio *n'impose qui ne veut*); pero recuérdese que los Estados Generales no se reunían desde 1614! —y que antes aún la máxima de LOYSEAU, más atrás transcrita, se había impuesto desde un siglo más atrás, al menos. Cfr. sobre esto, B. STOURM, *Cours de Finances. Le Budget*, París, 1906, págs. 22 y ss.; TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, II, 10, notó que la atribución al Rey del poder de establecer el impuesto sin el concurso del reino fue «el germen de casi todos los vicios y abusos que actuaron durante toda la vida del Antiguo Régimen y que terminaron causando su muerte violenta».

A destacar que, a la vez que proclama el derecho de «consentir libremente la contribución pública», el artículo 14 de la Declaración de 1789 formula también el derecho de «seguir su empleo», lo que implica ya algo más que el antiguo derecho de las Cortes medievales. De hecho, este poder del Legislativo de fijar los gastos en forma expresa y limitativa no se expresó inicialmente de modo general. Al comienzo, se concreta sobre todo en la fijación de la «lista civil», o asignación al Rey y a su familia, según el modelo —y hasta el nombre de «lista civil»— tomado también de la práctica constitucional británica. Así lo precisará el artículo 10 de la sección 1.ª del capítulo II de la Constitución de 1791, que dice: «La nación provee el esplendor del trono por una lista civil, cuya suma será determinada por el cuerpo legislativo en cada cambio de reinado por toda la duración del reino». A su vez, con más generalidad, el artículo 1 de la sección I, capítulo III, título III, de la misma Constitución, afirma: «La Constitución delega exclusivamente en el cuerpo legislativo... 2.º fijar los gastos públicos». El control por el Legislativo no pasó de ser, sin embargo, una aspiración y el principio constitucional encontrará escasa aplicación inicial. Roederer lo destaca con énfasis en 1790 y 1791²⁹. La Convención y el Directorio apenas avanzan, aunque el artículo 308 de la Constitución del año III obliga a hacer público el gasto de los ministros al comienzo de cada año. La Constitución napoleónica del año VIII, artículo 56, establece ya el principio de que el ministro encargado de la Tesorería «no podrá pagar más que en virtud de una Ley y hasta la concurrencia de los fondos que la misma haya determinado para el género de gastos de que se trate», lo que ya enuncia claramente el

²⁹ «La administración del dinero público no es una función real. Es, por el contrario, una función encomendada a las manos de una función particular, bajo la inspección inmediata del Cuerpo Legislativo. El dinero público está en depósito entre las manos de los administradores, contra los impulsos del poder ejecutivo.» Cit. por STOURM, *Le Budget*, pág. 45.

principio de legalización total del gasto que encontrará su fórmula en el Derecho presupuestario. Napoleón, sin embargo, no respetó esta regla.

Aunque la Carta otorgada de 1814 de la Restauración permanecía muda sobre este importante problema, de hecho será bajo su imperio cuando concluya por formalizarse, a partir de 1817, aunque no sin dificultades, la técnica de la Ley anual de Presupuestos, que además de confrontar ingresos y gastos y de buscar entre ellos un equilibrio, al menos de principio, implicó la legalización total de los gastos y consagró el famoso principio presupuestario «de especialidad», que asigna anticipadamente partidas limitativas por conceptos específicos del gasto, por secciones de cada Ministerio al menos, y no autorizaciones indeterminadas, principio que condiciona la legitimidad de todo empleo de dinero público, estableciendo los controles necesarios (anteriores —Intervención del Gasto, en nuestra terminología— y posteriores —Tribunal de Cuentas—) para imponer la efectividad de tal principio básico. Sólo en la Monarquía de Julio fueron consolidados definitivamente estos principios del Derecho presupuestario³⁰.

Es así como entrará en la lengua francesa la palabra *budget*, presupuesto, que es la misma palabra inglesa con la fonética francesa. Desde 1795 se registra su uso, que se oficializará plenamente en 1805 con Napoleón³¹. Es la pieza clave del nuevo sistema jurídico de legalización total del

³⁰ STOURM, *Le Budget*, págs. 46 y ss.; JÉZE, *Traité*, págs. 88 y ss.; L. TROTAS y J. M. GOTTERET, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, París, 1972, pág. 289; I. BAYON MARINÉ, *Aprobación y control de los gastos públicos*, Madrid, 1972.

³¹ R. BALIBAR, *L'institution du français*, cit., págs. 113-114. Cita un curioso texto de 1798 que se alza contra esta anglización del francés con motivo de esta palabra. En la traducción española de un precioso folleto de TIMON (pseudónimo de CORMENIN, uno de los fundadores del Derecho Administrativo francés), *De la centralización*, Madrid, 1843 (trad. por D. R. S. y F. C., no identificado), escrito en un gustoso castellano, pág. 41, se habló de «El Budget.

impuesto y del gasto, que pasará a ser uno de los componentes esenciales del nuevo Derecho Público.

IV. Derecho Administrativo

La técnica del «reino de la Ley», de la descomposición del magma ingente e imponente del poder en una serie de competencias legales específicas, que hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la Ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia, encontrará un campo especialmente fértil en el funcionamiento de la Administración.

La Administración había tenido en la monarquía absoluta, especialmente en su última fase de despotismo ilustrado, un desarrollo espectacular. Aparte de las funciones tradicionales del orden público y de la guerra, las nuevas técnicas de fomento y el desarrollo de las ciencias y las artes (sanidad pública, caminos, puertos, canales, introducción de nuevos cultivos y especies vegetales, enseñanza, manufacturas reales, telégrafos, en seguida ferrocarriles, sanidad, astronomía, colonización interior y exterior, etc.) habían concluido por poner en pie un formidable aparato administrativo, desconocido en los tiempos anteriores. La Revolución, con su ideario de Ley y Tribunales como estructura básica de organización de la libertad, pudo dejar suponer —y no faltan voces que así lo propugnen— que esa vieja Administración real debía desaparecer, de modo que los individuos, por sí mismos, o mediante asociaciones libres, atendiesen sus necesidades. Pero no sólo ese ingenuo pronóstico no se cumplió, sino que ocurrió exactamente lo contrario, esto es, que como consecuencia de la Revolución la Administración experimentó un desarrollo espectacular,

o sea, la Ley de Presupuestos, es el libro de la centralización»; el término español no estaba, pues, aún consagrado firmemente en esa fecha.

que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe absoluto.

La razón esencial de este fenómeno está bien caracterizada desde Tocqueville: la introducción de la igualdad y el individualismo en una sociedad implica un desarrollo correlativo de lo que se llamó «la centralización», una concentración de todas las desigualdades en un centro público al que se encomienda la gestión de todas las necesidades o conveniencias que trascienden de las fuerzas limitadas de cada individuo, o simplemente que interesa a su comodidad que se gestionen de ese modo³². Esto se hizo patente cuando Napoleón concluye con el inmenso desorden que los años revolucionarios habían originado y acierta a organizar imaginativamente, creadoramente, la Administración francesa, que desde entonces perdura y que pasó a ser modelo inmediato para toda Europa («*L'Administration que l'Europe nous envie*», en la famosa frase de un parlamentario de la Restauración).

Pero se trataba de saber si esa magna y omnipresente creación organizativa que es la Administración moderna, que desde entonces, por cierto, no ha cesado nunca de seguir creciendo, según el pronóstico tocquevilliano, si esa organización admitía también el tratamiento milagroso de los dogmas revolucionarios para todo fenómeno de poder, la legalización integral de las competencias.

Durante la fase activa revolucionaria fue, evidentemente, difícil, si no imposible, someter una desordenada e improvisada Administración a las exigencias del principio de legalidad. Por otra parte, la observancia de la legalidad por los administradores tenía excluida expresamente la garantía judicial, por virtud de la temprana proclamación de la regla de la «separación» entre autoridades adminis-

³² Sobre ello, mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Madrid, 1994, ampliamente.

trativas y judiciales por la Ley de 16-24 de agosto de 1790 de Organización Judicial, que prohibió a los jueces, bajo pena de prevaricación, «interferir o molestar [*troubler*] de cualquier manera que fuese, las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de su funcionamiento»³³.

Hay una ocasión clave en la que conviene detenerse un momento, en la que operaron los dogmas democráticos radicalizados para remitir toda posible diferencia en la interpretación y aplicación de las Leyes a la propia Asamblea, ahora la Convención. Desde el dogma jacobino central, que la Convención es el órgano de la voluntad general misma y que puede actuar tanto por medio de Leyes generales como a través de actos singulares, dispensas y privilegios, incluso de juicios, tanto civiles como criminales, facultades que no fue remisa en ejercitar, ciertamente, era la Convención misma, a través de su Comisión de Salvación Nacional como su delegado permanente, en cuanto «fuente de poder», la que se erigió en órgano de resolución de recursos contra las autoridades administrativas. La construcción jacobina del poder estaba entera en el concepto de delegación o traslación: el pueblo delegaba en la Convención, la Convención en el Comité de Salvación Nacional, éste en los agentes y comisarios nacionales, de distrito, de cantón, de municipio. El poder originario e irresistible pasaba entero a los sucesivos escalones, cada uno de los cuales vigilaba al inferior con plenitud de poder. Aunque el «gobierno revolucionario» no tenía por objeto defender la «libertad civil» del ciudadano, sino la que llamaban la «libertad pública», que era la defensa del pueblo contra sus enemigos y contra

³³ De nuevo remito a la obra citada en la nota anterior, págs. 34 y ss.; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, 1970.

las facciones que buscaban su pérdida³⁴, los ciudadanos elevaban sus quejas al Comité de Salvación Nacional cuando estimaban que ciertas medidas administrativas desconocían sus derechos ante la ausencia de vías judiciales de protección. Mirkine-Guetzevitch³⁵ ha precisado en estos recursos el primer origen del contencioso-administrativo, recursos con frecuencia desdeñados como propios de una «libertad civil» egoísta, pero otras veces estudiados y resueltos con criterios jurídicos, especialmente dos que veremos reaparecer en el genuino contencioso administrativo ulterior, la incompetencia y el exceso de poder por parte del órgano autor del acto recurrido, incompetencia y exceso de poder medidos justamente por la Ley, aunque en sus grandes principios estructurales y no en todos sus detalles.

Pero no fue, como es sabido, ese régimen espasmódico y trágico el que concluyó prevaleciendo. Tras Thermidor y el Directorio vendrá el régimen napoleónico, que aporta, además de la aspiración a una normalización y pacificación de la vida civil, tras las tensiones revolucionarias, el propósito de hacer efectiva lo que unos años más tarde llamará Benjamin Constant lúcidamente «la libertad de los modernos»³⁶, concepto en el que merece detenerse.

³⁴ En la célebre fórmula de Robespierre, «el gobierno constitucional se ocupa principalmente de la libertad civil, y el gobierno revolucionario de la libertad pública. Bajo el régimen revolucionario, el poder público mismo está obligado a defenderse contra todas las facciones que la atacan». El gobierno constitucional es el gobierno de la Ley y pacífico, posible sólo una vez que se hubiesen destruido los enemigos del pueblo por el gobierno revolucionario.

³⁵ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «De l'étude du contentieux administratif du Gouvernement révolutionnaire», en *Livre jubilaire du Conseil d'Etat (150^e anniversaire)*, París, 1952, págs. 63 y ss.

³⁶ B. CONSTANT, *De la liberté chez les modernes. Écrits politiques*, selección y notas de M. GAUCHET, París, 1980, en particular su famosa conferencia de 1819, «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes», en págs. 491 y ss. Por cierto, que ya sin esa especificación («de los modernos»), esta idea de la libertad individual luce ya en el capítulo XVIII de la obra fundamental de CONSTANT, *Principes de politique*, 1815; *vid.* dicho capítulo en las págs. 408 y ss. de la citada edición de GAUCHET. Permítasenos transcribir

«Preguntaos primero, señores, decía Constant en esa conferencia, lo que en nuestros días un inglés, un francés, un habitante de Estados Unidos de América entienden por la palabra libertad. Es para cada uno el derecho de no estar sometido más que a las Leyes, de no poder ser detenido, ni llevado a prisión, ni condenado a muerte ni maltratado de ninguna manera por el efecto de la voluntad arbitraria

algunos conceptos de esta fulgurante exposición, que explican la transformación del mito rousseauiano de la libertad absoluta en un conjunto de libertades civiles específicas, en lo que enseguida se llamará —acogiendo, por cierto, un término español, surgido en Cádiz— el liberalismo. La libertad «es el fin de toda asociación humana... la esperanza fundada en vivir en reunión, de vivir libre, en el asilo que la justicia garantiza a los ciudadanos». Su enemigo mortal es la arbitrariedad. «enemigo de todas las transacciones que fundan la prosperidad de los pueblos, arruina el crédito, aniquila el comercio, golpea todas las seguridades». «La arbitrariedad es incompatible con la existencia de un gobierno». «¿Por qué se quiere que la autoridad reprima a los que atacan nuestras propiedades, nuestra seguridad y nuestra vida? ¿Para qué disfrutar de esos gozos si no nos son asegurados?». «Lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas. Las formas son las divinidades titulares de las asociaciones humanas, las formas son las únicas protecciones del inocente, las formas son las únicas relaciones de los hombres entre sí. Fuera de ellas, todo es oscuro; todo queda entregado a la conciencia solitaria, a la opinión vacilante. Sólo las formas procuran la evidencia, sólo a ellas puede apelar el oprimido». «Lo que remedia la arbitrariedad es la responsabilidad de los agentes». «Dad a los depositarios de la autoridad ejecutiva el poder de atentar a la libertad individual y aniquilaréis todas las garantías que son la condición primera y el fin único de la reunión de los hombres bajo el imperio de las leyes», etc. Es un precioso vademécum de la «libertad de los modernos», a la que se ha despojado del *ethos* trágico de la pura libertad abstracta propia de las fuentes revolucionarias. A notar que el propio CONSTANT en esta obra básica, capítulo I, «De la soberanía del pueblo» (págs. 269 y ss.), relativiza las formas de gobierno a la observancia de ese tipo de libertad individual, que será el verdadero objeto de la asociación política, por encima de otros convencionalismos políticos; no hay más forma de gobierno legítimo que la de la Ley, entendida como voluntad general por su contenido más que por su origen. Cfr. M.^a L. SÁNCHEZ-MEJÍA, *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo post-revolucionario*, Madrid, 1992. El agudísimo SIEYÈS había notado que el principio de la representación política de la que él pretendió ser el creador en el plano del pensamiento, al confiar a los diputados la gestión política, «libera las energías creadoras de una nueva sociedad dominada por el trabajo productivo y la búsqueda del bienestar», según la paráfrasis de St. RIALS (en su artículo «Sieyès ou la déli-beration sans la prudence», en la revista *Droits*, núm. 13, 1991, pág. 123).

de uno o de varios individuos. Es para cada uno el derecho de decir su opinión, de escoger su trabajo y de ejercerlo; de disponer de su propiedad, incluso de abusar de ella; de ir y venir sin necesidad de obtener un permiso y sin tener que dar cuenta de sus motivos o de sus pasos. Es, para cada uno, el derecho de reunirse con otros individuos, sea para tratar de sus propios intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea, simplemente, para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías. En fin, es el derecho para cada uno de influir sobre la administración del gobierno, bien por el nombramiento de todos o de ciertos funcionarios, bien por exposiciones, peticiones, demandas que la autoridad esté más o menos obligada a tomar en consideración».

Esta libertad de los modernos se opondría a la de los antiguos, que consistía en ejercer colectiva y directamente las funciones de soberanía de la ciudad, el gobierno cotidiano de los asuntos colectivos, cuyo peso suponía, por cierto, la esclavitud.

La libertad de los modernos, que se habrá visto que se basa en «no estar sometido más que a las leyes», y también en la posibilidad de presentar pretensiones y demandas a la Administración, crea un ámbito de seguridad jurídica y civil y de autonomía personal, base de la vida social moderna, aunque renuncie al ejercicio personal directo y colectivo del poder político, como era lo propio, a la vez, de la ciudad antigua y de la época del Terror, con la intervención generalizada y constante del pueblo.

El soberbio mito rousseauiano de la libertad absoluta, que iniciaría una nueva época de la historia humana, se ha transformado en un conjunto de libertades civiles, técnicamente configuradas, que sirven sobre todo a la sociedad individualista y a la seguridad jurídica de su funcionamiento ordenado; una sociedad donde la predictibilidad de las con-

ductas lícitas y de la posible acción concreta del Estado con incidencia en la actuación individual, todo ello expresado en leyes escritas y accesibles, crea un espacio organizado y seguro de libertad, marco de una vida social libre.

Napoleón se esfuerza por crear esa zona de libertad civil de los modernos, con la que intenta compensar la falta de democracia ante un autoritarismo, produciendo un enorme impulso en la sociedad francesa, apenas empañado por las cargas y rigores de las guerras, hasta el final, al menos, alejadas del suelo francés. En ese objetivo está la magistral obra codificadora napoleónica entre 1804 y 1810 (Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Procedimiento Civil, de Procedimiento Criminal), la ordenación de la justicia y, no en último lugar, la magna creación de la nueva Administración.

Puede aportarse un dato sumamente expresivo para nosotros, por referirse a España, que muestra muy claramente que ésa era justamente la idea que Napoleón se hacía de su régimen cuando en mayo de 1808, tras haber obtenido la renuncia del trono español en su favor por parte de Carlos IV y del Príncipe de Asturias, el Emperador convoca la Junta de Bayona para regularizar la situación, ceder la Corona española a su hermano José y dotar al nuevo reino de una Constitución. En este momento ofrece abiertamente a los españoles «respetar y hacer respetar la libertad individual y la propiedad»³⁷, promete «que se impulse la administración por un camino de orden y actividad desconocido, cuidando de la más exquisita fidelidad en la marcha del

³⁷ Esta promesa se incluye en la fórmula del juramento de la Constitución de Bayona por el rey José, que tiene lugar ante la Junta de Bayona, en su sesión 12.^a, el 8 de julio de 1808. El juramento entero es el siguiente: «Juro sobre los Santos Evangelios respetar y hacer respetar nuestra santa religión; observar y hacer observar la Constitución; conservar la integridad y la independencia de España y sus posesiones; respetar la libertad individual y la propiedad, y gobernar solamente con la mira del interés, de la felicidad y de la gloria de la nación española» (en C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922, págs. 156-157).

Tesoro y de la eficacia de los servicios»³⁸, «ocuparse de las Leyes de felicidad de toda España»³⁹. El presidente de la Junta, Azanza (nombrado por el Emperador y su interlocutor), en la misma sesión del juramento, bien aleccionado, critica el régimen anterior que «había traído todo a sí, para ensanchar más los límites de la arbitrariedad» y presenta el régimen napoleónico como el que va «a sustituir el arreglo al desorden, la Ley al capricho, a la opresión la justicia, a la incertidumbre la seguridad»⁴⁰. Y en la misma sesión dice del nuevo Rey «que quiere gobernar según la Ley»⁴¹. Si además atendemos al contenido de la propia Constitución de Bayona observamos: creación de Ministerios, artículo 27; responsabilidad de los ministros, artículo 31; libertad de industria y de comercio, artículo 88, con exclusión de privilegios, artículo 40; independencia de la justicia, artículo 97, con supresión de justicias eclesiales, de órdenes y señoriales, artículo 98, y enajenadas, artículo 99; unidad del sistema judicial, artículo 101; publicidad de los procesos penales, artículo 106; Código de Comercio, artículo 113, y Civil; supresión de aduanas interiores, artículo 116; legalización e igualdad en las contribuciones, artículo 117; supresión de «todos los privilegios actualmente existentes concedidos a cuerpos o a particulares», esto es, consagración del principio de igualdad, artículo 118; legalización de la Hacienda, artículos 119 y ss.; inviolabilidad del domicilio, artículo 126; garantía de legalidad para poder ser preso, artículos 127, 128 y 129; delito de «prisión arbitraria» si se acordase sin los requisitos legales, artículo 132; supresión del tormento, artículo 133; abolición de vínculos y mayorazgos, artículos 135, 136 y 137; reducción de la nobleza a distinción honorífica, artículo 140; libertad de imprenta,

³⁸ Esta promesa ya en 16 de mayo: SANZ CID, pág. 64.

³⁹ Esto, en las «Instrucciones para la convocatoria de una Asamblea en Bayona», publicada en la *Gaceta de Madrid*, el 24 de mayo de 1808.

⁴⁰ SANZ CID, pág. 159.

⁴¹ SANZ CID, pág. 156.

aunque aplazada, artículo 145, etc. Parece indudable que la libertad que prometía José Bonaparte respetar y hacer respetar es, exactamente, «la libertad de los modernos», la que resulta de la igualdad jurídica, de un sistema de derechos regulados por la Ley, del libre comercio, de la seguridad jurídica, especialmente en materia penal, la misma libertad que, excluyendo el principio democrático propiamente dicho, y favorecida por una acción administrativa resuelta para fomentar los servicios generales, Napoleón mismo estaba ofreciendo, efectivamente, a sus súbditos franceses.

Ése es el instrumentario que Napoleón conoce perfectamente y utiliza, ése es el medio de asegurar «la felicidad de sus súbditos», ése es, justamente, el contenido del régimen que intenta llevar a toda Europa⁴². Recordemos, como referencia literaria conocida, el prodigioso capítulo inicial de *La Cartuja de Parma*, «Milán en 1796», donde Stendhal describe «la masa de felicidad y de placer», el sentimiento de libertad, de ilusión, de esperanza, de alegría, que aporta a Milán la llegada del general Bonaparte, frente al viejo y esclerotizado mundo estamental arrumbado. Allí aprende lo que el ideario revolucionario, despojado de sus excesos espasmódicos, reducido a su contenido jurídico externo, puede ilusionar a los pueblos aherrojados en las viejas y rígidas estructuras, por cuyas junturas explotan las ansias de libertad de una sociedad nueva. Ése es, pues, justamente, el ideario político de Napoleón, su gran arma, además de su genio militar, para luchar con los viejos poderes.

La Administración napoleónica, que es uno de sus instrumentos más queridos (*organiser est un mot de l'Empire*, observó Balzac con su ojo penetrante), se articulará sobre

⁴² Cfr. Stuart WOOLF, *Napoleon et la conquête de l'Europe* (trad. francesa), París, 1990; R. MORODO, «Reformismo y regeneracionismo en el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona», en *Revista de Estudios Políticos*, 83, 1994, págs. 29 y ss.

una nueva técnica de organización que hace pasar la línea de mando sobre órganos monocráticos o unipersonales, en tanto que se desplazan los órganos colegiales, que resumían el saber organizativo de siglos y siglos de vida política, hacia la deliberación o hacia la función consultiva, trenzando una estructura jerárquica entre los primeros⁴³. Prolongando esta técnica, pone en marcha por vez primera la moderna organización ministerial⁴⁴. Articula el territorio en el cuadro de los Prefectos, Subprefectos y las municipalidades, gran instrumento de centralización, organiza la carrera administrativa como una posibilidad ofrecida a los más aptos, que sustituirán a los anteriores notables del Antiguo Régimen, instituye y despliega la enseñanza en todos sus grados, la sanidad, los servicios de desarrollo y de fomento, etc.⁴⁵.

Más que exponer el contenido de esta magna creación de una Administración organizada, articulada, eficiente, prestadora de servicios y de utilidades a los ciudadanos, habilitadora para éstos de un espacio seguro de «libertad de los modernos», junto con los demás principios de Derecho Público que ya conocemos, lo que nos interesa precisar ahora es si esa gran Administración podía ser ordenada y dirigida por el sistema de la arbitrariedad o de decisiones individuales

⁴³ Es el principio «obra de uno es la acción: la deliberación y el consejo obra de muchos», que parece proceder del fértil cerebro de SIEYÈS, pero que sólo Napoleón articula sistemáticamente. Vid. el estudio «Estructura orgánica y Administración consultiva», en mi libro *La Administración española*, 4.ª ed., Madrid, 1985, págs. 41 y ss. De este principio dijo TOCQUEVILLE que era «el único gran descubrimiento» de la Administración moderna sobre la del Antiguo Régimen (*L'Ancien Régime et la Révolution*, III, 8).

⁴⁴ Cfr. Otto HINTZE, «Die Entstehung der modernen Staatsministerien», en su obra recopilativa *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Gotinga, 1962; HAUSHERR, «Die Entstehung der modernen Staatsministerien in der Französischen Revolution», en su libro *Verwaltungseinheit und Ressorttrennung von Ende des 17. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Berlín, 1954, págs. 174 y ss.

⁴⁵ De nuevo remito a mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, y allí citados. Véase también sobre esto el libro de S. WOOLF, *Napoleon et la conquête de l'Europe*, cit., especialmente págs. 123 y ss.

no vinculadas a norma previa, sistema insólitamente reaparecido en el régimen jacobino, a través de una concepción de la voluntad general heterodoxa (por relación a Rousseau, obviamente, y aun a la Declaración de derechos de 1789, que sólo admitía el «reino de la Ley» como base de la obediencia y de una Ley general e igualitaria y no creadora de privilegios y reglas singulares), además de inadmisibles desde el principio de división de los poderes. O más bien, si su propia complejidad y su papel central en la política de facilitar y apoyar la libertad civil «de los modernos» exigía ser articulada precisamente a través de Leyes generales, de las cuales los funcionarios fuesen agentes y servidores, y no dueños o dispensadores soberanos.

Parece evidente que sólo la opción segunda era posible, desde el punto de vista organizativo por razones que hemos recordado en el capítulo anterior bajo la autoridad de Max Weber, la conexión entre legalidad y organización, y legalidad, justamente, como una técnica de mensurabilidad y distribución de competencias en un aparato complejo y racionalizado. Pero a estas razones se unieron las propias de la idea de la libertad civil, que apoyaba una concepción estricta del principio de obediencia limitada a una Ley previa y determinada.

Vivien, que será uno de los primeros teorizadores de ese nuevo Derecho de la Administración que se llamará Derecho Administrativo⁴⁶, lo dirá sin ambigüedades, «El legislador dispone y, en las cosas que la conciernen, la Administración aplica: a uno la declaración, a otra la ejecución... La Administración es, pues, el servidor de la Ley; ésta es la fuerza viva que hace a aquélla viva y sensible, el instrumento organizado que le da el poder exterior y que, en su nombre, impone el movimiento a los asuntos públicos».

⁴⁶ Vid. sus *Études Administratives*, 1845, reimpresión, París, 1974, págs. 6 y ss.

Sobre esas razones, es un hecho que es bajo Napoleón cuando se monta el primer sistema de justicia administrativa, que desde entonces recibirá el nombre de contencioso-administrativo. La Constitución del año VIII estableció el Consejo de Estado y una de las grandes Leyes napoleónicas, la Ley de 28 pluvioso del mismo año, que estableció la organización provincial, estableció el Consejo de Prefectura, y es un lugar común desde los autores de la época que estas dos instituciones fueron organizadas precisamente, aunque no se hubiese precisado así, como órganos de la jurisdicción administrativa⁴⁷, que entonces surgió. Sin una base legal demasiado explícita, pues (aunque en el Reglamento del Consejo de Estado de 5 nivoso del propio año VIII había una precisión procedimental muy genérica y la Ley de 28 pluvioso atribuía a los Consejos de Prefectura cierto tipo de reclamaciones enumeradas), estos dos Consejos, cada uno en un ámbito, y sobre todo por su superioridad y significación el Consejo de Estado, admitieron inmediatamente recursos dirigidos contra los actos de la Administración. Estos recursos, ocasionales primero, se institucionalizan y se afirman enseguida. En 1806 Napoleón crea ya la Sección de lo contencioso-administrativo en el Consejo de Estado⁴⁸, que tiene la virtud de hacer definitiva esta vía de recurso contra los actos administrativos que los jueces, en virtud del principio formal de «separación», como ya vimos, eran incompetentes para conocer. Es verdad que la decisión final no era del Consejo de Estado, órgano formalmente consultivo, sin poder resolutorio, sino del Jefe del Estado (Primer Cónsul, Emperador) sobre la propuesta

⁴⁷ CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation*, cit., págs. 32-33; en pág. 33 cita a los autores del XIX que sostuvieron la misma tesis.

⁴⁸ Excelente el estudio de Ch. DURAND, «La coopération entre le Gouvernement et le Conseil d'État sous le Consulat et le premier Empire», en *Le Conseil d'État Livre jubilaire*, cit., págs. 77 y ss., especialmente sobre el contencioso, págs. 82 y ss.

del Consejo (sistema llamado, usando un tecnicismo del Antiguo Régimen, de «justicia retenida»), pero ocurre que en la práctica el Jefe del Gobierno no se separa nunca de la propuesta que le eleva el Consejo, el cual actúa con toda independencia⁴⁹.

Este contencioso-administrativo primigenio se entendió inicialmente propio para conocer ciertos asuntos en que se dilucidaban derechos patrimoniales de los reclamantes, en sustitución de los jueces ordinarios a quienes el principio de «separación de poderes» había vedado la intervención, pero enseguida se extendió, sin que ninguna Ley diese base para ello, a las cuestiones no «subjetivas» —en el sentido patrimonial— de los reclamantes, sino «objetivas» de la legalidad de los actos administrativos en los que los reclamantes podían tener algún interés (enseguida exigido como condición de admisibilidad), pero no un derecho formal. Comienza el Consejo de Estado a anular actos por los gruesos vicios de incompetencia de la autoridad que había dictado el acto y de «exceso de poder», concepto que inicialmente se aplica a la invasión por las autoridades administrativas de la función de jueces y Tribunales ordinarios. Poco a poco esos motivos de «apertura del recurso», como se les llama, se extienden; el exceso de poder se pronuncia sobre los vicios de forma o infracción de las reglas del procedimiento, más tarde la «desviación de poder» (o utilización de la competencia administrativa concreta para fines

⁴⁹ Que no se separó nunca lo certifica VIVIEN en 1845, *Études administratives*, cit., pág. 23: «La aprobación del Jefe del Estado era de pura forma, y si deben crearse las tradiciones de este tiempo tal aprobación no fue jamás rehusada a las decisiones del Consejo de Estado en estas materias.» DURAND admite que Napoleón pudo «rehusar la aprobación al proyecto del Consejo, pero no adoptar una solución contraria» (*op. cit.*, pág. 82). La expresión «justicia retenida» aludía en el Antiguo Régimen más bien a los supuestos en que personalmente el Rey asumía la decisión de los procesos, excusando la intervención de sus Tribunales o jueces «delegados»; casos, pues, de avocación, *lettres de cachet*, privilegios, etc., lo cual tiene muy poca similitud con este primer contencioso-administrativo.

distintos de los considerados por la Ley para reconocer dicha competencia; por ejemplo, fines personales del titular del órgano), a la infracción de la Ley, genéricamente, más tarde. Más adelante (ya 1872) la jurisdicción dejará de ser «retenida» para delegarse en el propio Consejo de Estado, que dicta ya directamente las sentencias, sin perjuicio de que continúe —aunque en una formación distinta y separada— en su función de órgano consultivo del Gobierno. La garantía jurisdiccional plena del Derecho Administrativo queda así definitivamente asegurada.

El Derecho Administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado en estas decisiones de recursos, cada vez más frecuentes y más elaboradas. Muy pronto, desde la misma época napoleónica, la doctrina jurídica comentará y sistematizará esa jurisprudencia y expondrá sus resultados como una rama específica del Derecho Público, el Derecho Administrativo. Sus principios no son los mismos que los del Derecho Civil, tienen en cuenta la desigualdad propia de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquélla garante y gestora del interés general, pero pueden, en último término, concretarse en una idea básica: la Administración debe actuar dentro de los límites de la legalidad; la obediencia en este campo puede imponerse sólo «en nombre de la Ley»; los actos dictados contra la Ley deben ser anulados, pues ninguna otra razón jurídica que la Ley puede justificarlos. Los juristas desarrollan y exponen sistemáticamente esta nueva rama del Derecho Público, llamada a un brillante desarrollo.

Es verdad que el recurso por «exceso de poder» o de anulación se justificará en Francia, prácticamente hasta hoy mismo, como un recurso «objetivo», que se explicaría en la posición administrativa superior del Consejo de Estado y movido por el interés de éste en conseguir una observancia de la legalidad por la Administración, no como una pro-

tección de derechos de los ciudadanos. Pero esto es una confusión teórica, motivada en la dificultad de aplicar a este tipo de relaciones jurídico-administrativas la técnica del derecho subjetivo ordinario. Nadie tiene, en efecto, un verdadero derecho a que el Ayuntamiento delibere de una determinada manera, o a que una obra pública se sitúe en un lugar determinado y no en otro. Pero este equívoco ha sido resuelto en la doctrina jurídica. recientemente, en Alemania tras la Ley Fundamental de Bonn de 1947, en España a partir de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Nadie tiene un derecho personal, en efecto, a que la Administración actúe de manera que respete la Ley; pero todos tenemos un efectivo e inequívoco derecho a que la actuación de la Administración no afecte a nuestro círculo vital sino a través de competencias y procedimientos legales. Esto lo vieron perfectamente claro los revolucionarios, como vimos en el capítulo anterior, a través de los conceptos de «acto arbitrario», de «derecho de resistencia» —que concluirá así concretándose en un derecho de recurso para eliminar el acto no cubierto por la Ley—, de «responsabilidad» de los agentes. Sólo luego pudo ser enturbiado por el equívoco de la privación inicial de garantía jurisdiccional por parte de los Tribunales ordinarios. Donde está el derecho subjetivo es en la reacción frente a la actuación ilegal, reacción para la cual el Derecho arbitra la acción contencioso-administrativa. Lo cual está justamente en la línea derecha de los grandes principios de la Declaración de Derechos de 1789 que en este momento nos son ya familiares⁵⁰.

⁵⁰ Sobre estos tecnicismos, *vid.*, por todos, mi artículo «Sobre los derechos públicos subjetivos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, págs. 427 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4.^a ed., Madrid, 1993, págs. 37 y ss. Un excursus histórico sobre la aplicación del concepto técnico de derecho subjetivo al Derecho Administrativo, desde como lo entendieron (insuficientemente) los iuspublicistas teóricos antes de la mitad de este siglo hasta su

El Derecho Administrativo no se sustrae así a la gran corriente de creación del Derecho Público postrevolucionario y es una de sus más originales y trascendentes (dado el funcionamiento cotidiano y ordinario de la Administración, en relación constante con la generalidad de los ciudadanos) invenciones, sin paralelo posible con el Derecho del Antiguo Régimen. En su seno, como escribió en 1840 —bajo la Monarquía de Julio, pues—, uno de los primeros administrativistas, Cormenin, está la obra imperecedera de la Asamblea Constituyente. «La Asamblea Constituyente —dice— comenzó por derribar el viejo edificio de la monarquía y enseguida construyó sobre un terreno nuevo con las manos libres. He ahí la fuente del Derecho Administrativo, y aunque se haya después alterado o agrandado en la travesía de su carrera, llevará siempre la huella profunda y reconocible de su origen»⁵¹.

V. La afirmación del nuevo Derecho Público en los regímenes franceses postnapoleónicos

Toda esa magna creación del nuevo Derecho Público, basada entera en los principios de la libertad y la legalidad, que se ha plasmado en grandes cuerpos sistemáticos, codificados o no (los Derechos Tributario, Presupuestario y Administrativo nunca fueron ordenados en códigos unitarios), pasó íntegra a la Restauración, una vez que las potencias europeas vencieron a Napoleón y apoyaron el retorno de su vieja monarquía.

redescubrimiento actual (no ultimado en Francia y en Italia), que renunciamos a exponer aquí para no complicar la exposición, puede seguirse en H. BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre von subjektiven öffentlichen Recht*, Berlín, 1986, y allí referencias.

⁵¹ CORMENIN, *Droit Administratif*, 5.^a ed., tomo I, París, 1840, pág. XXII.

Pero esta monarquía, que en tantas cosas se presentó como la restauración del régimen histórico que la Revolución había desplazado, no lo hizo así, justamente, en el campo del nuevo Derecho que los veinticinco años pasados desde su proclamación habían acertado a configurar. La monarquía y sus servidores apreciaron claramente que un retorno puro y simple a los dogmas del viejo Derecho Público, que tan límpidamente había expuesto el texto de Domat que transcribimos en el capítulo anterior, era absolutamente imposible. La idea de la Ley como regulador supremo, la técnica de la legalidad como imprescindible para establecer, garantizar y permitir el desarrollo de «la libertad de los modernos», en el sentido de una vida regida por las Leyes y no por el arbitrio de algunos hombres; el principio de la igualdad de los franceses y sus enormes beneficios prácticos, que hacía impensable un retorno puro y simple al sistema de los «privilegios» y de las exenciones; el aseguramiento de amplios espacios de libertad civil y de objetividad y simplicidad en terrenos tan sensibles como el sistema represivo, la posición de los Tribunales (nadie pudo pensar jamás en volver a la venalidad de esas funciones, o a la ruda justicia señorial o a los jueces de excepción); el régimen de los impuestos y contribuciones; las relaciones diarias de los ciudadanos con la Administración; en fin, la multiplicación espectacular de la racionalidad, del rendimiento y hasta del control por parte del gobierno respecto a su ejército de funcionarios, que vino a suponer la legalización de las finanzas públicas (Derecho Presupuestario y Tributario, Tribunal de Cuentas) y de toda la enorme organización administrativa (Derecho Administrativo), todo esto, hizo enseguida visible a los nuevos gobernantes las enormes, inesperadas ventajas que suponía mantener íntegro el nuevo y complejo sistema del Derecho Público forjado sobre los principios revolucionarios y en el mismo fuego de la Revolución.

Fouché, el gran oportunista, que pasó de jacobino y agente del Terror a ministro de Napoleón y a continuación a ministro de Luis XVIII, pudo decir con perfecta exactitud: *Les Bourbons se sont couchés dans le lit de Napoleon*, los Borbones se han acostado en la cama de Napoleón⁵². Este aserto no debe referirse únicamente a la gran Administración napoleónica, como ha sido común entender, sino a la totalidad de su obra codificadora, que incluye el Código Penal y los Códigos Procesales y, en particular, al conjunto entero del sistema de Derecho Público que viene de los grandes principios de la Declaración de 1789 y que había alcanzado ya una madurez y una cohesión definitivas. El nuevo sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos hará su entrada definitiva en el futuro, donde casi doscientos años después aún continúa.

De los principios jurídico-públicos revolucionarios, las ramas enteras del Derecho Público, cuyos principios se han expuesto más atrás, pasaron todas al nuevo tiempo. Únicamente dos principios, que no habían alcanzado, por cierto, un desarrollo técnico definitivo y que en los propios años revolucionarios y napoleónicos fueron en sí mismos polémicos, se quedaron fuera de ese traspaso íntegro al nuevo tiempo: el principio democrático y el principio del carácter fundamental y, por tanto, suprallegal, de los derechos fundamentales.

La Restauración se organizó, en efecto, sobre un principio antitético al principio democrático, el llamado justamente «principio monárquico», que proclamó como base del nuevo orden político la propia Acta Final del Congreso de Viena, artículo 57⁵³.

⁵² Cit. por TAINE, *Les Origines de la France contemporaine*, tomo X, París, Hachette, s. d., págs. 247-248.

⁵³ El clásico estudio sobre este principio es el de Erich KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*, 1906, ahora, recogido en sus *Gesammelte Schriften*, Band I, *Autorität und Freiheit. Von der konstitutionellen*

Aunque en la Carta de 1814 el rey Luis XVIII que la otorga declara que su primer deber hacia sus pueblos es conservar en beneficio de éstos «las prerrogativas de nuestra Corona», es lo cierto que no se trató, en modo alguno, en ningún momento, de efectuar una retroacción pura y simple a la situación jurídica prerrevolucionaria⁵⁴. Ese enfáticamente proclamado principio monárquico, a diferencia del propio del Antiguo Régimen, ya no era el *deus ex machina* de todo el orden político, sino que legitimaba sobre todo tres cosas: la cotitularidad del poder con las Cámaras, expresión del principio democrático, al que inmediatamente aludiremos, expresado sobre todo en el poder constituyente, en el monopolio de la iniciativa legislativa y en la discrecionalidad de la sanción regia de las Leyes, en primer término; en segundo lugar, en el poder reglamentario independiente del Rey, que no sólo podía complementar las Leyes, sino jugar en la práctica como un poder normativo alternativo e independiente; y tercero, la atribución del aparato técnico del Estado, especialmente el Ejército y los funcionarios, a la titularidad personal del Rey, a quien los miembros de ese aparato deben jurar fidelidad y obediencia⁵⁵.

Monarchie bis zur Bonner parlamentarische Demokratie. Gotinga, 1960, págs. 1 ss. También O. HINTZE, «Das monarchischen Prinzip und die konstitutionelle Verfassung», en su obra recopilativa, ya citada, *Staat un Recht*, I, págs. 348 y ss.; ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staats-krise*, Múnich. 1954, págs. 217 y ss.

⁵⁴ Cfr. P. BASTID, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française*, París, 1954. GUCHET, *Histoire constitutionnelle française*, Nanterre. 1989, págs. 122 y ss.; R. SZRAMKIEWICZ y J. BOUINEAU, *Histoire des institutions 1750-1914*, cit., págs. 342 y ss.

⁵⁵ Cfr. L. Díez DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, 4.ª ed., Madrid, 1984, excelente. Para algunos aspectos, especialmente el del Reglamento regio independiente, mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 6 y ss. Sobre el propio tema, esencial la obra de Paul LABAND, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., *Estudio preliminar* de A. RODRÍGUEZ BEREJO, Madrid, 1979.

Pero, como ya hemos observado, la monarquía francesa restaurada (y más adelante harán lo mismo todas las monarquías europeas) mantiene, en colaboración con el principio monárquico, alguna efectividad a un principio democrático, al que se reconoce, bien es verdad que extraordinariamente limitado en su formación y en sus poderes (sistema electoral censitario, negación del derecho de iniciativa de las Leyes y de la censura al Gobierno, necesidad de concierto con el Rey en la función legislativa estricta, a través de la facultad de libre sanción real de las Leyes). Por esta articulación de los dos principios este régimen se llamará «monarquía parlamentaria».

Me permito formular la interpretación de que ese reconocimiento del principio democrático, aun tan condicionado, tuvo en cuenta la enorme importancia que en el sistema de las fuentes había alcanzado —como nunca en el Antiguo Régimen— la legislación y específicamente una legislación ordenada a la garantía de la libertad y de los derechos. La burguesía y las nuevas clases encontraban así garantizado el espacio de libre desenvolvimiento individual que significaba «la libertad de los modernos», supuesto que ellas mismas tenían que intervenir para que las Leyes que prestaban una seguridad civil pudiesen ser aprobadas y modificadas.

También fue desechada la originaria idea revolucionaria de la superioridad sobre las leyes ordinarias de los derechos fundamentales, los que se proclamaron en la Declaración de 1789 u otros. Pero todo el nuevo Derecho Público, cuyas distintas ramas hemos visto surgir, desarrollarse y consolidarse tras la Revolución, se mantuvieron como piezas esenciales del nuevo orden político y alcanzaron su madurez definitiva en las dos Restauraciones (1814 y 1830), en la II República, a lo largo del II Imperio más tarde, en la III República —hasta hoy mismo.

No es nuestro objeto describir ese largo proceso de solidificación definitiva de las nuevas estructuras jurídico-públicas que han articulado desde entonces la sociedad francesa. Nos importaba, sobre todo, acreditar su genuino origen en los grandes principios de la Revolución.

VI. La recepción en Europa del nuevo Derecho Público de impronta revolucionaria

Las largas guerras, con los poderes revolucionarios, primero, con Napoleón después, que todas las potencias de Europa riñeron contra Francia a partir de 1792, concluyeron con la gran victoria de Waterloo, el día 18 de junio de 1815. La ocupación de París por los Ejércitos aliados y el restablecimiento del Rey legítimo dio la sensación a toda Europa del fin de una época y de la reanudación del curso pacífico de las cosas tal como habían marchado hasta 1789. Las monarquías absolutas, vencedoras o restablecidas, habían vencido a la Revolución. El Congreso de Viena, con su proclamación del principio monárquico como nuevo evangelio, la Santa Alianza para evitar nuevas revoluciones populares, parecían asegurar que ninguna de las ideas puestas en pie por la Revolución Francesa tenía la menor posibilidad de mantenerse.

Y, sin embargo, esas ideas habían abierto ya un camino que no se cerraría nunca.

Ya hemos visto que en Francia misma los nuevos poderes, no obstante la gravedad de sus agravios, se apresuraron a mantener una parte trascendental del legado revolucionario, la igualdad, la técnica de la legalidad, el nuevo Derecho Público concebido como garantía de la libertad y creador de un amplio espacio de libertad civil o «de los modernos», el formidable aparato administrativo organizado por la Ley y ejerciente únicamente de poderes legales. Pero aca-

so más singular es que todos los Estados absolutistas iniciaron, seguidamente a su victoria, un apresurado proceso de recepción de ese mismo sistema jurídico, recepción que se desarrolló en un período de tiempo relativamente breve y que está ya culminada enteramente a finales del siglo.

La «recepción» de un sistema jurídico *in complexu* por sociedades distintas de las que le originaron es un fenómeno bien conocido en la historia del Derecho a partir del gran suceso de la recepción del Derecho Romano que tuvo lugar a partir del siglo XI en toda Europa (más tardíamente en Alemania: siglo XVI). La recepción exige una situación de «Derecho de juristas», en el sentido que, sobre conceptos de Beseler, ha precisado Koschaker⁵⁶, esto es, «cuando la formación y elaboración del Derecho se atribuye a un grupo de personas que tienen el Derecho como atribución profesional»⁵⁷, lo cual, a su vez, supone una situación política en que ese estamento de los juristas mantiene una conexión estrecha con el poder central⁵⁸.

El Derecho Público revolucionario y napoleónico se ofrecía a los juristas europeos como una creación deslumbradora: reducido a principios sistemáticos claros y simples, sustituía el caos jurídico precedente por una normación ordenada que, sin afectar gravemente a la titularidad soberana de los monarcas, a cuyo poder legislativo efectivo, en último término, podía conectarse, edificaba a la vez un marco de igualdad social y de libertad civil «de los modernos», en el que la nueva sociedad burguesa podía encontrar satisfacción y desplegar sus potencialidades de desarrollo social y económico. «Todo poder central que sigue sus instintos

⁵⁶ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, cit., págs. 164 y ss.

⁵⁷ Estos conceptos han sido revisados en una nueva tipología, aunque para nuestro tema con menor interés, por John DAWSON, *The Oracles of the Law*, Westport, 1968, y por R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, legislators and professors. Chapters in european legal history*, Cambridge, 1987.

⁵⁸ KOSCHAKER, *Europa*, pág.-180.

naturales ama la igualdad y la favorece; pues la igualdad facilita singularmente la acción de tal poder, lo extiende y lo asegura»⁵⁹: son palabras de Tocqueville, que escribe, con su acostumbrada lucidez, en medio del propio proceso. Por otra parte, establecer un ámbito de seguridad jurídica en beneficio de la «libertad de los modernos» permitía escamotear más fácilmente el principio democrático en su sentido más radical, como ya había visto Napoleón primero y la Restauración francesa después. La modernización de sus sociedades civiles parecía así una ganancia segura de los monarcas absolutos, que no comprometían en ello gravemente ninguno de sus poderes esenciales —pues no lo eran la facultad de avocar y decidir procesos determinados o de gobernar mediante privilegios o rescriptos singulares, que era, en último extremo, lo único que con el sistema de la legalidad general y abstracta perdían.

Este proceso de recepción se cumplió en muchas partes al hilo de la propia ocupación de los respectivos países por los ejércitos napoleónicos: así, Italia, Bélgica, Holanda, parcialmente España, la orilla derecha del Rin, Suiza. El reflujo de los soldados ocupantes dejó en el suelo muchas de las instituciones que habían llevado en sus mochilas.

Donde más significación tuvo esa recepción fue en los Estados germánicos centrales, dada la singularidad de los mismos y su cerrada oposición a los principios revolucionarios, y su sentido, que conservaron hasta la primera Guerra Mundial de este siglo, de reductos del absolutismo. En Derecho Penal, Derecho de Organización de Tribunales, Derecho Procesal, Derecho Presupuestario, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, todos los Estados alemanes⁶⁰ recogieron, sin embargo, el modelo francés más o menos reelaborado, pero con sus principios esenciales que

⁵⁹ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, IV, 3.

⁶⁰ Pueden verse, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., págs. 464 y ss. La abrumadora obra de Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Ver-*

ya conocemos, como lo habían hecho en el Derecho mercantil y, con el retraso que supuso la polémica de Savigny y el desarrollo de una sofisticada ciencia jurídica privada propia, que potenció las singularidades de un Derecho Germánico especialmente cultivado, en el Derecho Civil. El Derecho Público fue legalizado en toda su extensión, con las mismas dos excepciones que vimos que había introducido la Restauración francesa, el principio democrático en su significación radical (las Asambleas de colaboración hacen su tímida aparición hacia mitad de siglo, aunque en la Alemania unificada, tras el II Imperio, hasta Weimar, 1919, permaneció la sorprendente diferenciación de Cámaras estamentales), y degradación de los derechos fundamentales a materia de simple legalidad, disponibles, por tanto, por los monarcas.

A finales del siglo XIX el Derecho Público del *règne de la loi* ha triunfado en toda Europa continental, también en Iberoamérica, fiel seguidora del sistema francés, y comienza su extensión en otros continentes⁶¹.

Hay que decir que los dos capítulos del Derecho Público revolucionario que fueron dejados en dormición, el prin-

fassungsgeschichte seit 1789, Stuttgart, 1957, y ss., 7 vols.; el tomo VIII es el imponente *Registerband*, 1991. Sobre la materia penal y procesal penal, la clásica obra de Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., Gotinga, 1965. Para el Derecho Administrativo, el vol. 1 del *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, Baden-Baden, 1989, con el título «Formation und Transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland (18/19 Jh.)». MEYER, *Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preussens im XIX Jh.*, Leipzig, 1907, 2 vols.

⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, sobre la recepción en Japón del Derecho penal y procesal francés, Tadaki MATSUKAWA, «Le voyage de Monsieur Boissonade», en la obra colectiva dirigida por Ph. BOUCHER, *La Révolution de la Justice. Des Lois du roi au Droit moderne*, cit., págs. 253 y ss. Los Códigos Penal y Procesal, elaborados por el profesor de París BOISSONADE, se promulgan en Japón en 1880; fracasó, sin embargo, en el Código Civil, en el cual terminaría influyendo más directamente el (proyecto de) Código Alemán.

cipio democrático como único principio de gobierno y el valor supralegal de los derechos fundamentales⁶², serán reconocidos ya en este siglo, tardíamente, tras la segunda Guerra Mundial en las nuevas Constituciones alemana, italiana, española (y francesa de 1958 por lo que hace al segundo tema).

En ese momento el conjunto de los principios del Derecho Público revolucionario se internacionaliza y pasa a los Tratados Internacionales⁶³. Es cierto, no obstante, que en esta última fase los principios de origen francés se conjugan con los procedentes del constitucionalismo anglosajón, los cuales, entre tanto, han superado en buena parte la vieja diferenciación entre *règne de la loi* y *rule of law*, tanto por la normalización de las regulaciones legislativas en el mundo anglosajón, lo que no ocurre hasta este siglo, como por el desarrollo en el mundo europeo de una nueva visión del juez, que supera resueltamente su papel subalterno como simple «boca que pronuncia las palabras de la Ley» y que admite, sin paliativos, al lado de la Ley, la operatividad de unos «principios generales del Derecho», con los que se supera el puro positivismo legalista.

En el momento de la celebración del segundo centenario de la Revolución Francesa los principios de su sistema de Derecho Público se habían impuesto prácticamente en todo el mundo. El hecho de esta generalización, que parece hacer

⁶² Sobre este último, *vid.*, P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en el volumen colectivo, editado por el Servicio Jurídico del Estado, *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, I, págs. 155 y ss.

⁶³ N. S. MARSH, «The rule of Law as a supra-national concept», en la obra colectiva dirigida por A. G. GUEST, *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, cit., págs. 223 y ss. Estudia la recepción del concepto tanto en documentos internacionales (informes de la Comisión Internacional de Juristas) como en Tratados, especialmente en los que consagran la protección internacional de los derechos humanos. Es aún más clara la recepción del sistema general del Derecho Público europeo en el Derecho Comunitario, hoy de la Unión Europea.

de los mismos algo obvio, casi como el aire que respiramos, no puede hacer olvidar la formidable hazaña de su audaz concepción y del rigor y consecuencia en su desarrollo sistemático, mantenidos sin desfallecimientos desde sus fundamentos iniciales.

Frente al viejo *Corpus iuris civilis* legado por la civilización romana a Occidente, comprensivo del Derecho Civil, para regular las relaciones entre las personas, he aquí un *Corpus iuris civitatis* que ha acertado a articular un sistema de relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, un Derecho Público de la libertad, cuya irradiación ha sido aún más extensa, y que fue forjado entre la violencia, la ensoñación y la razón en un momento concreto de la historia del pensamiento humano.

Para la configuración y la articulación de este nuevo sistema jurídico los juristas han debido «encontrar nuevas palabras o dar a las antiguas nuevas significaciones», como advirtió Montesquieu en el proemio de la segunda edición, 1757, de su *De l'esprit des Lois*, aunque con una radicalidad mayor aún que la que hubo de emplear el gran ilustrado. Si después de haber identificado los grandes «significados» de la nueva lengua de los derechos, que habían previsto los espíritus lúcidos en el mismo momento de la eclosión revolucionaria, retornamos ahora al lenguaje del Derecho Público del absolutismo, que expusimos esquemáticamente en el capítulo II de este estudio, comprobamos fácilmente que no resta prácticamente nada de este último. Todo un nuevo discurso ha debido crearse para que el Derecho sirviese de manera efectiva a la libertad, como la Revolución propuso audazmente, todo un nuevo lenguaje, que los juristas han venido afinando y perfeccionando durante dos siglos. Un nuevo universo conceptual, necesariamente servido por un universo léxico también nuevo, ha ocupado así uno de los campos más delicados y apasionantes de la vida de los hombres, el de la articulación de su vida colectiva.