

**PRESENTACIÓN DEL LIBRO
FORMACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO
PÚBLICO EN ESPAÑA (1769-2000).
UN ENSAYO CRÍTICO
EN EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID**

Por
ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

El 19 de noviembre del año 2003 tuve el privilegio de presentar mi libro *Formación y Enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Pons, 2002, bajo la presidencia del Excmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, D. Luis MARTÍ, y del Excmo. Prof. Dr. VILLAR PALASÍ. Creo que tiene cierto interés publicar las palabras que preparé para este acto. Este fue el texto base, pero en la presentación oral tuve que reducirlo para respetar el plazo que, aunque generoso, me había concedido el Sr. Decano. Agradezco a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA que, después de más de cuarenta años de colaboración, acepte publicar unas palabras de presentación sobre el libro que he elaborado a través de muchos años. Difícilmente puede ser esto un resumen de 400 páginas. Son unas hojas escritas sobre un libro que terminé hace casi un año, y esto lleva consigo cierta curiosa distancia.

ÍNDICE: I. FUENTES ESPIRITUALES: A) *El Derecho natural y de gentes*. B) *La Ciencia de la Policía*. C) *La economía política*. D) *La Administración y su profeta: BONNIN*. E) *El análisis del Derecho positivo*.—II. BREVE SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL ENSAYO: PLANES DE ESTUDIOS Y POLICÍA.—III. RESULTADOS.—IV. DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL ENTRE LA TENSIÓN ESTADO Y SOCIEDAD.—V. RENACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, SIN ESTADO: 1950.—VI. 1978. SIGUE LA SEPARACIÓN ACADÉMICA DEL DERECHO POLÍTICO, AHORA CONSTITUCIONAL, Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

Excmo Sr. Decano
Excmo. Prof. VILLAR PALASÍ

Sras. y Sres.:

Quiero empezar agradeciendo a D. Luis MARTÍ, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, su acogida para presentar este libro. Muy es-

pecialmente, este agradecimiento tiene que ir al Prof. VILLAR PALASÍ. Hace más de treinta años, José Luis VILLAR escribió un gran prólogo lleno de humanismo sobre mi primer libro, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, y ahora ha tenido la bondad de presentar mi último libro. Esto parece un poco el mito del eterno retorno, pero también espero que ambos no estemos en el mismo lugar, sino que hayamos progresado, con referencia a las dos cosmovisiones del hombre en la tierra.

Pero, desde luego, a Uds. también tengo que agradecerles su presencia. La vida profesional en Madrid es tan complicada y absorbente que realmente valoro extraordinariamente su presencia aquí, abandonando por unas horas sus ocupaciones y deberes. Sinceramente, yo no sé si hubiera tenido tiempo para venir.

Derecho público ha existido siempre, sobre todo en nuestra tradición cultural desde ULPIANO, pero cuando pongo como fecha a finales del siglo XVIII hasta nuestros días, me estoy refiriendo a un Derecho público que tiene acceso a la Universidad, ya que en las Facultades de Leyes, como se decía entonces, más tarde de Jurisprudencia y finalmente de Derecho, se ocupaban tan sólo del Derecho romano y del Derecho canónico. El *Derecho público interno*, tal y como lo conocemos, desde hace no más de doscientos años es el conjunto de normas constitucionales y administrativas que regulan la organización del Estado y las relaciones del Estado con los ciudadanos. El Derecho público al que me refiero tiene su núcleo en el *Derecho constitucional y administrativo*, es el Derecho del Estado por excelencia; por eso los alemanes han acuñado la expresión de gran éxito *Staatsrecht*, Derecho del Estado, que, aunque, según los autores, tiene diferentes límites, está formado por la *Constitución y la Administración, que es el conjunto de órganos que ejecutan los fines y objetivos del Estado, previstos en la Constitución*.

I. FUENTES ESPIRITUALES

Las fuentes espirituales de este Derecho público moderno son las siguientes:

A) *El Derecho natural y de gentes*

1. El *Derecho natural y de gentes*, que se formaliza en el siglo XVI y tiene su máximo esplendor en los siglos XVIII-XIX. Aquí hay que hacer una inmediata distinción. El Derecho natural de los teólogos y juristas españoles de la tardía escolástica (siglos XVI y XVII: VITORIA, VÁZQUEZ DE MENCHACA, LAS CASAS, SUÁREZ), que perdura en GROCIO, y después un Derecho natural que se designa de varias maneras: naturalista, racionalista, cuyos nombres más conocidos son LOCKE, PUFENDORF, Christian WOLFF y, por citar a los que fueron más conocidos y traducidos en España, HEINECCIO, BURLAMA-

QUI, el Abate MABLY, VATTEL. Y, sobre todo, ROUSSEAU, cuyo *Contrato social* tenía como subtítulo *Principios de Derecho político*, y gozó de ediciones en español en 1799, 1812, 1814, 1819 y 1821, etc., muchas veces publicadas en otros países pero en español: Londres, París, Filadelfia, Buenos Aires. Todavía en 1921, Fernando DE LOS RÍOS publicó una edición de dicha obra.

2. El Derecho natural racionalista es uno de los fenómenos intelectuales más interesantes y determinantes en la cultura jurídica europea en los últimos tiempos.

Cada uno de estos autores presenta peculiaridades y no es fácil tener un hilo conductor de tal cantidad de publicaciones. El criticismo de KANT, que inauguró el idealismo alemán, supuso una ruptura con todo ese Derecho natural racionalista. Pero un detalle nada más: la *Filosofía del Derecho* de HEGEL, que se publica en 1821, tiene como subtítulo *El Derecho natural y la Ciencia del Estado*, recuperando aparentemente de nuevo una ética material

3. Hablar de Derecho natural es abrir la *caja de Pandora*, dada la diversidad de las exposiciones y puntos de vista sobre la naturaleza y el Derecho, pero si hubiese que sintetizar burdamente la esencia de ese Derecho natural racionalista tendríamos, en primer lugar, la afirmación de la *razón humana* como fundamento del orden social y político y de la correspondiente especulación. El cuadro tradicional de ley eterna, ley natural y ley positiva está en un segundo plano y toma su lugar la razón natural del hombre. En segundo lugar, hay que citar la afirmación de unos *derechos naturales* e inherentes a todo hombre.

4. Uno de los autores más importantes, PUFENDORF, que se conocía muy bien en España aunque no fue traducido, no contiene unos derechos naturales inherentes al hombre, sino que todo está construido sobre los *deberes del hombre*. Lo mismo se puede decir de HEINECCIO, que fue texto universitario en España, debidamente censurado —*castigationibus ex catholicorum doctrina*— por Joaquín MARÍN Y MENDOZA, el primer Catedrático, en 1774, de Derecho natural y de gentes en la recién creada Cátedra en 1770 en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid. HEINECCIO es libro de texto en las universidades españolas durante todo el siglo XIX, y fue traducido eliminando gran parte del aparato crítico en 1834.

5. En otros autores los derechos fundamentales parecen ambiguos, pero están presentes. Así, por ejemplo, ROUSSEAU, que afirma en varias ocasiones que pese a la alienación total de cada asociado al entrar en la comunidad por el pacto social, sin embargo, distingue entre los derechos respectivos del ciudadano y del Soberano, y el derecho natural del que deben gozar en su «calidad de hombres».

6. Cierta Derecho natural racionalista estuvo muy vinculado al despotismo ilustrado en Prusia y en Austria.

7. En cambio, otro Derecho natural representa la afirmación rotunda de que el hombre ha nacido con un título de gozar, sin control, de todos los derechos y privilegios de la ley de la naturaleza, en igualdad con cualquier otro hombre o grupo de hombres. Y esto es gozar de su libertad, de su vida

y de su propiedad. Así, LOCKE, en sus dos *Tratados sobre el Gobierno Civil*, 1690 (§87, §95, *passim*). Los hitos de los derechos naturales del hombre son bien conocidos: la Declaración de Virginia de 1776 y las Enmiendas a la Constitución Federal norteamericana de 1780. Y unos años más tarde, en 1789, en la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

8. *Dos breves observaciones al respecto*: la afirmación de unos derechos inherentes por naturaleza a los hombres se encuentra en tiempos modernos en la obra de VÁZQUEZ DE MENCHACA; hoy se admite esto en toda la doctrina, si bien siempre queda en segundo lugar. En esta materia hay un claro enfrentamiento nacionalista y religioso: protestantes y católicos no parecen ponerse de acuerdo. Todos quieren tener la paternidad de una visión del hombre dotada de derechos pre-estatales inalienables e inherentes.

Es cierto que VITORIA, en su *Relectio de Indis*, 1538, afirmó que ni la infidelidad ni otros pecados mortales impedían a los indios ser verdaderos dueños o señores, tanto pública como privadamente; y en su *Apología*, LAS CASAS, en 1550, declaraba —en su afán de defender a los indios y negar cualquier título a la Corona de España— que se da una *cierta razón natural* por la cual los hombres pueden ser llevados a inmolar seres humanos a Dios. Pero aquí estaba en juego una conquista de determinados seres humanos, los indios.

Sólo en VÁZQUEZ DE MENCHACA se afirma tajantemente que el hombre es por naturaleza libre e igual, y todas sus *Controversias Fundamentales*, de 1559-1564, parten de la afirmación de que los derechos naturales han sido propuestos como casi inmutables (*iura naturalia quasi inmutabilia*), y su *Prefacio* y toda la obra es frecuentemente una burla a los aduladores que pretenden crear un *Rey legibus solutus*, frente a su afirmación constante de que el Rey está *legibus alligatus*.

9. La segunda observación es algo realmente llamativo. Pese a la evidente declaración de derechos naturales del hombre como la libertad, la igualdad y la propiedad dividida o particular (ésta sería Derecho civil o Derecho natural de segundo grado) de teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, el hecho es que esta trascendental aportación es silenciada en el siglo XVIII, cuando reina soberanamente el Derecho natural secularizado o racionalista. Es revelador que Joaquín MARÍN Y MENDOZA —que, como he dicho, fue el primer Catedrático de esta asignatura en España— en su historia del Derecho natural y de gentes, de 1776, describe la formación de esta Ciencia empezando con GROCIO y siguiendo con HOBBS, PUFENDORF, TOMASIO, HEINECIO, WOLFIO, VATTEL, BURLAMAQUI, MONTESQUIEU, ROUSSEAU. Por lo menos, en un breve párrafo reconoce que GROCIO cita permanentemente a los grandes autores españoles de jurisconsultos y teólogos morales. Naturalmente, MARÍN critica de forma general que todos los creadores de esta Ciencia del Derecho natural tienen el defecto de basarlo todo en la recta razón y desprecian a los Libros Sagrados, los Santos Padres, los teólogos y los escolásticos y jurisconsultos.

10. La gran Escuela española estuvo ausente ante la recepción de este moderno Derecho natural racionalista. Además de ser traducidos, muchos fueron libros de texto en la Universidad española en el siglo XIX en los planes de estudio de 1821 y 1841. Con frecuencia se trataba de libros franceses de segunda categoría, como es el *Derecho de gentes* de RAYNEVAL, o elementos de legislación natural de PERREAU, con otros de indudable valor también traducidos al español, el *Derecho de gentes* de VATTEL y el *Derecho natural* de BURLAMAQUI. Una excepción a esto es la obra de MARTÍNEZ MARINA *Principios naturales de la moral, política y de la legislación*, escrita en la tercera década del siglo XIX y publicada en 1933 por Adolfo POSADA, que dedica un capítulo, el sexto de la segunda parte, a las ideas de los antiguos teólogos y jurisconsultos españoles (VITORIA, MOLINA, pero no SUÁREZ, que es el más importante).

El espíritu del tiempo fue demasiado fuerte. En España no se debatieron los nuevos principios naturalistas y racionalistas con el acervo de nuestra tradición teológica y jurídica. Desde luego, esto es un síntoma del principio de la colonización de la cultura española de los tiempos modernos.

11. Por otra parte, los *Derechos Fundamentales* del hombre y del ciudadano, la principal característica de este nuevo Derecho natural, no tuvo una recepción llamativa en el constitucionalismo español; en Cádiz, el artículo 4 tan sólo declara que la Nación está obligada a proteger la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen. En las Constituciones españolas de 1837 y 1845 tan sólo se recogen determinados derechos de los españoles (libertad de imprimir, no detención ilegal, prohibición de confiscación de bienes, etc.); tan sólo en la Constitución de 1869, el título primero se llama «De los españoles y sus derechos», ampliándose algunos de los derechos citados anteriormente, como la libertad de domicilio, lo cual se reitera en 1876. Tampoco la Constitución de la República de 1931 contiene un catálogo de derechos inalienables, derechos y libertades de los hombres y del ciudadano, sino que se formulan estos derechos como garantías individuales referidos casi exclusivamente a los españoles, aunque indudablemente estos derechos están más perfilados (reunión, asociación, inviolabilidad de la correspondencia, etc.).

12. Sólo en 1978 se declarará solemnemente en un texto constitucional español que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10).

13. Además, y esto era común en toda Europa, los derechos y las libertades individuales eran válidos y eficaces en el *marco de las leyes*; pese a la misma formulación constitucional, eran las leyes ordinarias las que establecían y regulaban los derechos individuales. Sólo *después de la Segunda Guerra Mundial se invierten los términos: frente a los Derechos Fundamentales en el marco o según las leyes, ahora se firman las leyes en el marco de los Derechos Fundamentales*.

14. Ahora bien, hay un derecho individual que permanece y se forta-

lece durante todo el siglo XIX y XX: la *propiedad privada*. Es, en verdad, la Constitución española, es el Derecho natural universal: la propiedad individual. Según el *principio de legislación universal*:

«... la naturaleza ordinaria de la propiedad es que sea libre, o lo que es lo mismo, que el dueño pueda aprovecharse sólo y exclusivamente de ella y de sus productos...» (Real Orden de 9 de marzo de 1855).

15. He dirigido un pleito sobre una propiedad de más de 3.000 hectáreas en plena Castilla, que arranca en 1828 (1776), en pleno Antiguo Régimen, y termina en 1883, en plena Restauración; se sustanció administrativamente (censo enfitéutico, redención, división de proindiviso por medio de adjudicación a los comuneros de suertes, o partes alcuotas intelectuales) a lo largo del Régimen de Fernando VII y Régimen Constitucional: 1834, 1837, 1845, 1856 (Constitución no promulgada), 1868 y 1876, y diferentes sistemas administrativos. Pero la propiedad privada se consagró y mantuvo incólume. La Ley de expropiación de 1836 fue una ley constitucional.

16. Por el contrario, la *separación de poderes* (o de potestades de hacer, ejecutar y aplicar las leyes en las causas civiles y criminales) ha sido una constante en el constitucionalismo español desde 1812, aunque con formulaciones diferentes. La más doctrinal se encuentra en el proyecto de Constitución de 1836, cuyo capítulo segundo se llama «De la división de los poderes del Estado», y la Constitución republicana no nata de 1874, artículos 45 ss.: poder legislativo, ejecutivo y judicial. La influencia de MONTESQUIEU fue indudable. Hay traducciones españolas de *El Espíritu de las Leyes* en 1820, 1821 y 1822, pero ya antes, en el siglo XVIII, he visto unas *Observaciones sobre el Espíritu de las Leyes*, traducidas por Joseph GARRIGA en 1787. En cambio, LOCKE debió ser menos conocido; circularía en ediciones francesas o en su original, y se tradujo por primera vez en 1821 por unos ciudadanos «alferes de caballería».

B) *La Ciencia de la Policía*

1. La segunda fuente espiritual del Derecho público español que se forma en el siglo XIX es la *Ciencia de la Policía*; se trata de otro singular saber que va a dominar Europa en los siglos XVII y XVIII, aunque también hay tantos conceptos de Ciencia de la Policía como autores. Es sin duda el precedente inmediato de la Administración. La cabeza más visible en Alemania fue v. JUSTY, uno de cuyos libros, por cierto menos importante, se tradujo en 1784, *Principios generales de Policía*. En Francia el autor más popular fue DELAMARE, y cuya edición francesa es de principios del siglo XVIII, *Tratado de Policía*, traducido al español de forma seleccionada por VALERIOLA en 1798 y 1805.

2. Sinteticemos también, simplificando esta corriente intelectual en

algunos aspectos tan complicada como el moderno Derecho natural. Esta Ciencia de la Policía tenía como fin conseguir la *felicidad* de la Nación y de los súbditos, fortalecer económica y hacendísticamente al Estado y establecer un bello orden del que dependa la felicidad de los Estados. Esta Ciencia de la Policía manejaba estudios sobre la población («populacionismo», que interesó mucho a CAMPOMANES, dada la falta de habitantes en gran parte de España), sobre la industria, la geografía, bosques, ganadería, inundaciones, incendios, etc., todo ello con el fin de mejorar el Estado. Su característica era la legislación detallada, que los fisiócratas llamaban despectivamente «legislación a la forma chinesca». Técnicamente, su expresión más característica era el *regidorismo* (de Regidores), que *tasaba* todo lo tasable. La Ciencia de la Policía estaba unida al mercantilismo.

3. Hay muchas afirmaciones de esta Ciencia de la Policía que justifican la expresión a que dio lugar, esto es, el *Estado de Policía*, al que se enfrentaría el *Estado de Derecho*, cuyo fin no era la felicidad, sino el Derecho. JUSTY, por ejemplo, desarrollando la regla fundamental, que era obligar a los súbditos a adquirir talentos y conocimientos necesarios para los diferentes empleos, llega a proponer como medio de aumentar las poblaciones que:

«Hay que obligar a los hombres a casarse a cierta edad, y obligar a los que desobedecen esta Ley».

En España, las Instrucciones para los Corregidores de 1749 y de 1788 son un buen ejemplo de este espíritu: se puede leer en la de 1788 que las facilidades dadas para aprender Gramática

«... es causa de que muchas gentes que deberían aplicarse a la labranza, artes y oficios, se sustraigan a estos destinos con perjuicio del Estado, [por lo cual] no consentirán los Corregidores que haya estudios de gramática sino en lugares que permite la Ley».

Y asimismo se prohíben estos estudios en los hospitales, donde se crían niños, expósitos y desamparados, ya que estos niños deben estar dirigidos «a otras artes, y particularmente al ejercicio de la marinería, en que serían muy útiles por la falta que hay en el reino de pilotos».

4. He aquí la típica perversión del Estado; bajo la persecución del «aumento y mayor gloria y felicidad de la monarquía» o «mayor aumento y utilidad de estos mis reinos y vasallos», se condiciona radicalmente la libertad y la vida de los súbditos.

Naturalmente, lo primero que hizo la Constitución de Cádiz, en su artículo 366, fue ordenar exactamente lo contrario:

«Se establecerán escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía».

5. Uno de los datos más característicos del ambiente jurídico y político cultural en España a finales del siglo XVIII, principios del XIX, es que esa *Ciencia de la Policía* se llama *Gobierno político y económico* del Reino y de los Pueblos, saber que, aunque profundamente reformador, le falta la ambición teórica de la Ciencia de la Policía alemana y, en menor sentido, francesa. Un representante típico de este espíritu es, sin duda alguna, CAMPOMANES, y lo que se ha venido en llamar despotismo ilustrado, aunque en su obra no se encuentra un enfoque formal desde la Policía (como orden, política), salvo quizá al tratar de los gitanos en un escrito de 1763.

Una de las tres Secretarías de Estado y del Despacho Universal en 1717 se designa con el nombre de *Gobierno político*, y cuando se integra en 1754 en la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia se distingue, por una parte, las materias de *Justicia* y, por otra parte, la *Policía y la economía*, aunque la expresión dominante fue «el buen gobierno político y económico de los pueblos» (Instrucción de 1788).

C) *La economía política*

1. La tercera fuente espiritual del Derecho público moderno es la *economía*.

Esta Ciencia de la Policía o Gobierno político y económico va a sufrir una profunda transformación por un nuevo saber: la *economía política*, en concreto Adam SMITH, que junto con los fisiócratas van a transformar el fin del Estado, que ya no consiste en la *felicidad* de los súbditos, sino tan sólo en «*remover los obstáculos*» a la libre acción de los súbditos. Era el Estado de Derecho frente al Estado de Policía.

2. En efecto, el cambio es doble: por una parte, la Ciencia de la Policía, y en España el Gobierno político y económico, se van a designar con la palabra *Administración*; el documento más claro al respecto es la Exposición a Fernando VII sobre la situación del Reino y medios de su restauración en 1829, por SAINZ DE ANDINO. Sustituye expresamente el *Gobierno político* de los pueblos por la *Administración civil pública* del Reino, como una de las secciones (Secretarías o Departamentos Ministeriales) del Gobierno junto a las de Hacienda, Justicia, Guerra, etc.

3. Y el segundo cambio es la aparición de una nueva ciencia, que es la ciencia económica, la economía política. Estudiosos del Derecho público, como es DOU Y BASSOLS, escriben sobre Derecho público (su colosal obra en 10 volúmenes sobre *El Derecho Público de España*, 1800-1803) y economía política, recreando la obra de Adam SMITH, *Riqueza de las Naciones*, en un singular libro, *La riqueza de las Naciones nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, 1817. Por su parte, JAUMEANDREU, interesante jurista, catalán también, publica en 1820 y en 1836 un *Curso elemental de Derecho Público*, precedido de algunas nociones generales de Derecho natural y de gentes. Y en el mismo año (1836) publicó un *Curso de Economía política* con aplicación a la legislación económica de España.

4. Así pues, en el cambio del siglo XVIII al XIX, a la Ciencia de la Política, en España el Gobierno político y económico, le sustituye la *Administración*, que está íntimamente unida y precedida realmente por una nueva ciencia, la *economía política*. Síntesis de este espíritu es la frase de ORTIZ DE ZÚÑIGA en 1840:

«La economía política fue la que preparó el camino para el grandioso descubrimiento de la otra [ciencia] más importante, aún conocida con el nombre *Administración*».

Es lógico destacar la importancia que tenía la nueva economía política liberal, frente al regidorismo e intervencionismo del antiguo sistema, en la maquinaria y en las funciones del antiguo orden: la libertad económica significaba levantar decenas de prohibiciones, y eliminar tasas y controles que abarcaban toda la vida social, desde el controlado arte de litografiar a la forma de vestir, y evitar el lujo, pasando por el intervenido comercio de los objetos de comer, beber y arder.

D) *La Administración y su profeta: BONNIN*

1. Era realmente una *nueva Policía y buen orden del Estado* el que se imponía con el liberalismo económico y político. Ni la expresión Policía ni la de Gobierno político y económico eran adecuadas para expresar el nuevo estilo de Gobierno, y surge así el nuevo concepto: la *Administración*, que tiene un profeta y propagador perfectamente determinado, autor que se traduce al alemán, al italiano y al español (en 1834). Se trata de C.-J.-B. BONNIN —que vivió a caballo entre los siglos XVIII y XIX— y sus *Principios de Administración*, publicados en 1808. Fue éste un personaje singular, vinculado al Régimen de Bonaparte, funcionario del Departamento del Sena, furibundo anticatólico, naturalmente autor de opúsculos sobre Derecho natural y los derechos del hombre deducidos de su naturaleza, cuyas publicaciones le llevaron a sufrir condenas importantes y varios meses de prisión.

2. La obra de BONNIN es el fundamento ideológico de esta nueva *cosmovisión* de la Administración, cuyos cultivadores españoles la consideran la solución de los problemas políticos y sociales: BURGOS, OLIVÁN, ORTIZ DE ZÚÑIGA. BONNIN es pura ideología y es un propagador del sistema bonapartista centralizado, con estricta separación entre la Administración y la Justicia, incorporando asimismo en toda esta Administración el liberalismo económico, quintaesenciado en la frase *laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*.

3. Pero este liberalismo es en gran parte aparente, porque la Administración no solamente está encargada de ejecutar las leyes, sino de cooperar en todo lo que interesa a los hombres en sociedad. Expresamente, el autor, al dedicar un capítulo a la «Moral en la Administración», subraya

los deberes de la Administración, a diferencia del Juez, que solamente le basta con conocer la Ley.

4. He aquí una gran paradoja. He dicho anteriormente que la frase que explicaba mejor la nueva actitud del Estado ante la sociedad era que lo único que tenía que hacer era «remover los obstáculos» a la libre acción de los súbditos.

La semántica tiene resultados irónicos: la frase «remover los obstáculos», que hace doscientos años era la expresión del liberalismo económico, hoy, en el artículo 9 de la Constitución española de 1978, es un apoyo jurídico positivo del Estado social.

Esta expresión «remover los obstáculos» domina todo el movimiento liberal de principios del siglo XVIII y se repite en toda Europa (*remouvoir les obstacles, Hindernisse räumen*; en cambio, en inglés no he encontrado nada semejante). Como se comprende, esta expresión estaba llena de ambigüedad, porque si el *fin* del Estado es la libertad y lo único que hay que hacer es remover los obstáculos, en esto consiste hacer carreteras para que los súbditos puedan circular con más facilidad, arreglar los canales, crear escuelas para que los súbditos puedan actuar y ser libres con más conocimiento, evitar epidemias y cuidar la sanidad, etc. Era el equívoco juego entre las *fines mediatas e inmediatas* del Estado, en la escuela kantiana de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Pese a estas declaraciones liberales por la puerta trasera, en el siglo XIX se va a introducir toda la vieja acción de la Policía y del Gobierno político y económico del siglo XVIII, que ahora se va a llamar Administración. El marco constitucional es bien diferente, pero la acción o fin de la Administración sigue siendo el mismo: intervención y conformación en y de la sociedad por el Estado.

5. Para Javier DE BURGOS, en 1841 la Administración es *inmensa y omnipresente*, y, siguiéndole, ORTIZ DE ZÚÑIGA en 1842 añade: y *omnipotente*. BURGOS señala que el objeto de la Administración es el hombre antes de nacer y lo es después que ha dejado de existir, y declara que «tal es la misión sublime de ese poder, que se designa en la actualidad con el nombre de Administración», y que antes evidentemente se llamaba Gobierno político y económico, Policía. Y he aquí una de las grandes paradojas de la historia del Derecho del Estado: entre la *Instrucción para los Subdelegados de Fomento* de Javier DE BURGOS, de 1833, y las *Instrucciones para los Corregidores*, de 1749 y 1788, no hay diferencia sustancial: es el mismo Estado protector e intervencionista. Esto ya lo subrayó PI Y SUNYER en 1944, pero curiosamente él establece la analogía entre la Instrucción para Subdelegados en 1833 y el libro de VON JUSTY traducido al español en 1784, cuando lo lógico hubiese sido establecer esta analogía con las Instrucciones españolas para Corregidores del siglo XVIII.

6. Sin esa radical afirmación de la novedad de la Ciencia de la Administración, POSADA HERRERA en 1843-1845 escribió sus *Lecciones de Administración*; COLMEIRO, cinco años más tarde, en su *Derecho Administrativo*, dos tomos, que es la más ambiciosa obra de la época y que va a dominar el programa del Derecho público hasta 1880, subraya la unión entre la Eco-

nomía política y el Derecho Administrativo: «la Economía política es la Ciencia de la Administración pura y la Administración aplicada es el Derecho Administrativo». Recogiendo asimismo el tópico de que la Administración es el «ángel tutelar del hombre», la «verdadera Providencia de los Estados», porque «a cada paso que damos en la sociedad corresponde un acto administrativo que nos ampara o que nos reprime».

7. Este ambicioso programa de acción administrativa encajaba bien con ese moderado liberalismo que se implantó en España, muy diferente del radicalismo liberal de Adam SMITH, imponiéndose en España la enseñanza del *Tratado de economía política*, del francés J. SAY, traducido en 1804 y reeditado varias veces en años posteriores. SAY era de un liberalismo más templado que SMITH. Por otra parte, ese ambicioso programa de la acción administrativa quedaba en el papel, dado que las carencias presupuestarias impedían que la Administración pudiese cumplir su «sublime misión».

E) *El análisis del Derecho positivo*

La última fuente del Derecho público es el estudio de las «leyes y reglamentos establecidos», como decía DOU Y BASSOLS, trabajo que él realizó espléndidamente en los nueve tomos de su *Derecho público de España* en 1803. DOU fue un verdadero albacea testamentario del Antiguo Régimen. Curiosamente, este estudio, que parece elemental en el saber jurídico, fue con frecuencia abandonado en el Derecho público español, que prefirió la especulación teórica al conocimiento de las normas positivas. Y esto es especialmente cierto en el Derecho Constitucional y también, aunque en menor grado, en el Derecho Administrativo, como veremos (*infra*, III, 4).

II. BREVE SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL ENSAYO: PLANES DE ESTUDIOS Y POLICÍA

1. Y con esto debería de terminar la presentación de mi libro, porque todo lo que viene a continuación es el contenido de este libro que he preferido subtítular como un *ensayo crítico*. Se analizan desde el plan de estudios de 1769 de la Universidad de Sevilla, los planes generales de Instrucción de 1807, 1814, 1821, 1836, etc., así hasta nuestros días, centrandó la atención en las asignaturas *Derecho público constitucional*, *Derecho político y Derecho Administrativo*, y también *Derecho natural* y legislación universal.

2. Decía D. Adolfo POSADA, en 1906, que «el plan de estudios en cada Facultad en España es todo lo que en la Facultad cabe hacer, es la expresión cristalizada, concreta del saber oficialmente exigible», y yo he seguido esto *ad pedem literae*. Se comentan los libros recomendados para el Derecho público y para el Derecho natural, y también para la Economía, por el

Ministerio desde 1846 a 1867, época en la que se publicaban unas Reales Órdenes al respecto, así como los manuales y textos que gozaban de más popularidad en épocas posteriores; los libros extranjeros traducidos y recomendados como textos en la Universidad española; las estructuras de las Secretarías de Estado y de los Departamentos ministeriales desde el siglo XVIII, con el predominio del Ministerio de la Gobernación y de Fomento, que recogía todo el castizo *Gobierno político y económico*, hasta la creación de multitud de Departamentos ministeriales a lo largo de los siglos XIX y XX y el renacimiento del vetusto Ministerio de Fomento en 1996.

3. Se analiza la expresión gobierno político y económico, y el *concepto de Policía, punta de lanza del Estado moderno*, en sus diversas acepciones, a través de textos legales y doctrinales en los siglos XIX y XX —sin especular doctrinalmente—, hasta la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986. El término policía parecía abarcar toda la intervención y regulación de los diversos servicios administrativos —menos prestaciones—, la vetusta *policía administrativa* (policía urbana y local), y queda hoy fundamentalmente reducido a la *seguridad pública, seguridad ciudadana*.

III. RESULTADOS

A vuela pluma, se puede decir que los resultados en la investigación son los siguientes:

1. El *Derecho público constitucional* o *Derecho político*, estas dos expresiones aparecen en los textos legales; es el primero que accede a la Universidad en el Plan de Instrucción Pública de 1821 y el arreglo de 1836. El Derecho Constitucional es además el que está en primera línea, como lo demuestran las famosas Lecciones en el Ateneo de Donoso CORTÉS, ALCALÁ GALIANO y PACHECO entre 1836 y 1845. Esto es lógico dada la época de turbulencia constitucional. El Derecho Administrativo se recoge por primera vez en el plan de estudios de 1842 en el tercer curso, como unos humildes *Elementos de Derecho Administrativo*, lo que dio lugar a la publicación inmediata de la obra con el mismo título de ORTIZ DE ZÚÑIGA en dicho año. En el plan de 1845 se unen ambas asignaturas con la expresión *Derecho Político y Administrativo*, y así permanecerán hasta el año 1900, cuando se separan ambas Cátedras.

La expresión *Derecho público* en la primera mitad del siglo XIX abarcaba sólo al Derecho Constitucional [MARTÍNEZ MARINA (1813); R. DE SALAS (1821); RODRÍGUEZ DE CEPEDA (1842)]. Los *Elementos de Derecho público español*, R. DE CEPEDA, Catedrático en Valencia, son un comentario a la Constitución de 1837.

2. Entre 1845 y 1876, el triunfo completo es el del *Derecho Administrativo*, que se corresponde con el *Estado administrativo* de los moderados. En la Facultad de Filosofía, en 1850, se crea una sección de Administra-

ción junto a tres más: lengua, ciencias físicas y ciencias naturales. Esta *sección de Administración*, en la que se estudia Geografía y Estadística, Física, Economía política, etc., pasará a constituir en 1857, con la «Ley Moyano», una carrera propia: *Bachiller, Licenciado y Doctor en Derecho Administrativo*, junto a las Licenciaturas de Derecho Civil y de Derecho Canónico. En 1883 se unieron las dos Licenciaturas de Derecho Administrativo y Derecho Civil, porque la primera era tan fácil que los alumnos las cursaban simultáneamente. Esta es la época de la supremacía del Derecho Administrativo, dominada por la obra de COLMEIRO *Elementos de Derecho político y administrativo*, primera edición de 1858, texto que alcanzó la séptima edición en 1887. Este libro en octavo, y de poco más de 400 páginas, con 30 temas de Derecho político y 90 de Administrativo, era la enseñanza oficial sobre el Derecho público en España.

3. El período de la Restauración, a partir de 1876, se caracteriza en su primera época por un equilibrio entre el Derecho político y el Derecho Administrativo: cada uno ocupa un tomo con más de 800 páginas, y el autor más relevante es SANTA MARÍA DE PAREDES; las tornas cambian a final de siglo, y en el programa de Adolfo POSADA hay 171 temas, de los cuales, 60 son de Derecho Administrativo y 110 de Derecho político. Con este programa tuvo que examinarse GASCÓN Y MARÍN, que fue el último Catedrático de Derecho Administrativo y Político. Después, en 1900, como sabemos, las Cátedras se separaron, siendo impartidas por diferentes Profesores, después de más de medio siglo de estar unidas ambas asignaturas. Esto era consecuencia del poco interés de Adolfo POSADA por el Derecho, y su atención volcada en la Sociología, en la Ciencia Política, etc., para mejorar el destino de una masa «hambrienta y analfabeta». A la Facultad de Derecho se le añadió el nombre «y Ciencias Sociales».

4. Todo el desarrollo posterior, en virtud de los acontecimientos políticos, muestra un Derecho político cada vez más político, sociológico de ideas y filosofías políticas, y muy poco de Derecho. El Derecho Constitucional prácticamente desaparece. Por el contrario, el Derecho Administrativo se encierra en sí mismo, se hace descriptivo y legalista y, sobre todo, Derecho de doctrina «y teoría», pero en gran parte acéfalo, por no tener Derecho Constitucional, y ahistórico. Un dato muy característico del Derecho Político y Administrativo a finales del siglo XIX y principios del XX es una marcada tendencia a la especulación y acumulación de doctrinas. Una anécdota: *Los Principios de Derecho administrativo*, de S. CUESTA —Catedrático de la disciplina Derecho Político y Administrativo—, publicados en 1894, son más de 300 páginas dedicadas a la organización y jerarquía administrativas, fines de la Administración, etc., *sin citar un solo precepto de derecho positivo*. La separación de las Cátedras era en gran parte una consecuencia de la separación que habían sufrido ya el Derecho Político y el Derecho Administrativo. Aunque COLMEIRO afirmaba en 1858 que «el Derecho político es el fundamento de todo el Derecho así público como privado», el hecho es que el Derecho político se convirtió en una especulativa teoría del Estado y de la sociedad y en una historia política de España,

desde la época primitiva hasta la época constitucional, y para terminar finalmente con una descripción de la legislación política vigente en España. El resultado más determinante es que todo lo que fuese una *teoría jurídica del Estado*, todo análisis técnico-jurídico del Derecho Constitucional, desapareció.

5. Esta situación es muy peculiar frente a la consolidación de un análisis jurídico del Derecho público constitucional a finales del siglo XIX y principios del XX son las obras de LABAND y JELLINEK en Alemania, y CARRÉ DE MALBERG y DUGUIT en Francia. La situación espiritual en España queda reflejada máximamente con una confesión de D. Adolfo POSADA en 1933:

«he aprendido y he enseñado una cátedra durante medio siglo, y nada más que Derecho político, lo que ROUSSEAU llamaba *droit politique —no public—*. Recuérdese que el título de su gran obra dice *Contract Social ou principes de droit politique*».

Dos años antes, el propio POSADA había escrito lúcidamente que, frente a su obra, lo que había elaborado el Profesor León DUGUIT era

«una técnica jurídica del Derecho público constitucional y administrativo francés de modo singular».

6. Esto es lo que faltaba en España, una teoría jurídica del Estado, que tuviese en cuenta los principios constitucionales y administrativos, centrada en el análisis de los conceptos y las instituciones, sin comentarios políticos, ni sociológicos, ni históricos. Esta construcción del Derecho público empezó en Alemania con la obra de VON MOHL, que en 1929 había publicado dos tomos, uno de Derecho Constitucional y otro de Derecho Administrativo, sobre el Derecho público del reino de Württemberg, un pequeño principado alemán de 1.500.000 habitantes y 20.000 metros cuadrados, pero en el que vio la luz la primera exposición interpretada y basada recíprocamente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, y que sería modelo para todo lo que iba a venir posteriormente en Alemania y que se extendió después al resto de Europa.

IV. DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL ENTRE LA TENSIÓN ESTADO Y SOCIEDAD

1. La traumática evolución en España del Derecho Público Constitucional o Político y del Derecho Administrativo, con el sucesivo predominio de uno sobre otro, sólo se explica por la *tremenda tensión entre el Estado y la sociedad española de los últimos dos siglos*. Las fuerzas constitucionales premiaban el Derecho Constitucional y las fuerzas conservadoras su Derecho Administrativo, hasta que, por todo el cúmulo de circunstancias políticas bien conocidas, el Derecho político perdió todo lo que tenía de Dere-

cho y se hizo teoría o historia política institucional o de las ideas, filosofía política.

2. Y además hay que señalar que en el nacimiento del moderno Derecho público español, entre 1836 y 1845, tanto el Derecho político constitucional como el Derecho Administrativo fueron instrumentos ideológicos muy combativos contra el orden constitucional y administrativo existente. Claro ejemplo de esto son las Lecciones del Ateneo de Donoso CORTÉS, ALCALÁ GALIANO y PACHECO.

3. Por su parte, los primeros cultivadores del Derecho Administrativo (SILVELA, sobre todo, en 1837; OLIVÁN, BURGOS) rechazaban, respectivamente, los primeros, la Constitución de 1837 o su espíritu, y los segundos, el orden administrativo vigente, representado por su más importante ley, la *Instrucción de 3 de febrero de 1823 para el Gobierno político y económico de las provincias*. Esta ley fue el símbolo del liberalismo español, que se derogó en 1843, se puso en vigor en 1854, se derogó de nuevo en 1856 y casi estuvo a punto de ponerse en vigor otra vez en 1868 con la Revolución gloriosa.

4. QUINTANA no hizo más que anunciar un futuro político-jurídico muy turbulento cuando en 1824, después de terminarse el segundo período constitucional, es decir, el trienio liberal, escribió a Lord HOLLAND que el cuerpo político en España «*era un Estado que ha fenecido*»; sí, en efecto, había fenecido, volvería a renacer y volvería a fenecer, y así durante décadas futuras.

V. RENACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, SIN ESTADO: 1950

En 1978 se produce un cambio sustancial, como veremos, pero antes es necesario hacer una referencia a un hecho indiscutible: en 1950, con la aparición de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, el Derecho Administrativo sufrió una transformación radical. Empezaron a publicarse artículos, y también monografías, con gran ambición teórica y de investigación histórica. No importa el acierto de estas investigaciones; lo que importa es el estilo y la ambición que dominaba a la nueva generación de cultivadores de Derecho Administrativo, uno de cuyos más dignos representantes me hace el honor de presentar hoy mi libro, el Prof. VILLAR PALASÍ. Pero, ahora bien, con todo el respeto y afecto, y además de sentirme heredero de ese renacimiento cultural jurídico-administrativo, hay que señalar claramente que en este saber no había lugar para el Estado. No existía Estado, ni concepto jurídico de Estado, sino que se produce una cosificación o hipóstasis de la Administración, que todo lo domina, y que, al final, en una afirmación realmente insólita, es la única que tiene personalidad jurídica, y el Estado, y el resto de sus órganos (Cortes, Gobierno, Tribunales), están un poco en un limbo jurídico. Se disuelve el Derecho público.

VI. 1978. SIGUE LA SEPARACIÓN ACADÉMICA DEL DERECHO POLÍTICO, AHORA CONSTITUCIONAL, Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Con la aprobación de la Constitución española en 1978, las cosas cambiaron formalmente; en efecto, en 1984 se aprobaron las nuevas áreas de conocimiento: desapareció finalmente el *Derecho político*, expresión que sin duda alguna ha contribuido a vaciar de contenido jurídico parte del Derecho público, y ahora se introduce el *área de Derecho Constitucional*, pasando a otra área la Ciencia Política, en la que se puede desarrollar todo lo que era el Derecho público tradicional, Teoría del Estado, historia de las ideas políticas, sociologías políticas, etc., y se crea un área independiente del *Derecho Administrativo*.

2. Pero el hecho es que siguen siendo diferentes Profesores los que imparten el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, y aunque todos tenemos como punto central la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional, el hecho es que el estilo, análisis y centros de atención del Derecho Constitucional y Derecho Administrativo siguen siendo en España diferentes. En ningún sitio se elabora una *Teoría Jurídica del Estado* que perfile los conceptos y las relaciones jurídicas, y en primer lugar el *concepto jurídico del Estado*: a mi juicio, el Tribunal Constitucional ha efectuado una labor ingente, de sutileza y profundidad, al analizar recursos de amparo y de inconstitucionalidad, y conflictos de competencia, pero nos ha dejado huérfanos de un *concepto jurídico del Estado*. Decir que el Estado actual es un Estado de las autonomías es decir nada, puesto que esto es un término político y descriptivo, pero no jurídico, y utilizar a veces la expresión de Estado compuesto es un equívoco recurso, puesto que esta expresión proviene del Derecho francés y designa al Estado federal.

3. España está llena de ingenieros de obras acabadas, pero, a mi juicio, si se hubiese manejado un concepto jurídico estricto de Estado, de acuerdo con la teoría jurídica estatal europea, como el que, a mi juicio, hay que aplicar a España, *Estado unitario descentralizado política y administrativamente*, difícilmente hubiese podido surgir en la jurisprudencia constitucional la afirmación de que el Estado, a la hora de regular las bases de las diversas materias que le atribuye la Constitución, solamente pueda regular «el mínimo común denominador normativo». Dejando aparte que la analogía matemática no es muy correcta, se quiere decir que el Estado tiene que regular lo mínimo, cuando regula las bases, para dejar el más amplio desarrollo a la legislación territorial-autonómica. Esto es una consideración política, no jurídica; no se encuentra ningún punto de la Constitución que fundamente esta afirmación. El legislador actual debe regular las bases según su apreciación. En ningún lugar está dicho que la potestad legislativa territorial autonómica tenga que ser lo más amplia posible.

4. Una singular prueba de la falta de una teoría jurídica estatal es la reacción ante la Sentencia de 7 de noviembre de 2000 de la Audiencia Na-

cional, que anuló una decisión sobre el Gobierno que supuestamente violaba un acuerdo contractual entre el Gobierno y las organizaciones sindicales. Decisión que después vino a ser avalada por la Ley de Presupuestos. Tuvimos que leer que esto suponía una invasión de la potestad legislativa por parte de los Tribunales; nada más incierto. Dejando de lado que no hubo tal incumplimiento contractual por parte del Gobierno, analizando debidamente el acuerdo de septiembre de 1994, el hecho es que el Tribunal actuó formalmente con corrección al detectar un posible incumplimiento contractual, aunque una ley posterior viniese a validar tal decisión. Ni el Gobierno, ni la Administración, ni las Cortes son titulares de ningún poder, sino que ejercen determinadas competencias, siendo el *centro final de imputación el Estado*, como *persona jurídica*. Por lo tanto, el supuesto incumplimiento contractual por parte del Gobierno-Administración daba lugar a una responsabilidad que permanecía, aunque una ley posterior hiciese desaparecer la supuesta obligación incumplida. El Gobierno al resolver, y las Cortes al legislar, no son más que órganos transitorios de imputación, porque el centro final de imputación es el Estado, como organización personificada.

5. Todo este ensayo lo he hecho de atrás adelante y de adelante atrás, siguiendo la afirmación de JHERING, en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, que en 1984 escribió:

«es mi convicción que el Derecho del pasado suele comprenderlo quien entienda el Derecho del presente, es decir, quien tenga una concepción práctica y se haya formado un juicio sobre las exigencias de la vida».

Pero también me he dejado llevar por otras obras jurídicas y por mi propia experiencia al analizar el Derecho positivo: la historia de los conceptos e instituciones es con frecuencia muy importante para conocer el Derecho positivo, porque no hay Derecho histórico y Derecho actual, sino Derecho derogado y Derecho vigente, y entre ellos hay una evolución y desarrollo sin solución de continuidad.

Muchas gracias por la atención que me han prestado.