

Festschrift für Karl Loewenstein

Herausgegeben von
HENRY STEELE COMMAGER,
GÜNTHER DOEKER,
ERNST FRAENKEL u.a.

Mohr Siebeck

FESTSCHRIFT FÜR KARL LOEWENSTEIN



J. Kase Laarenta

FESTSCHRIFT
FÜR
KARL LOEWENSTEIN

AUS ANLASS
SEINES
ACHTZIGSTEN GEBURTSTAGES

Herausgegeben
von

Henry Steele Commager, Günther Doeker, Ernst Fraenkel,
Ferdinand Hermes, William C. Havard,
Theodor Maunz



1971

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1971

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet,
auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen

Printed in Germany

Satz und Druck: Gulde-Druck, Tübingen

Einband: Heinrich Koch, Großbuchbinderei, Tübingen

ISBN 3 16 633302 9

eISBN 978-3-16-163055-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

ZUM GELEIT

Die Herausgeber dieser Festschrift überbringen Ihnen in Verehrung und Dankbarkeit herzliche Wünsche zur Vollendung Ihres 80. Lebensjahres. Sie wissen sich darin mit allen Mitarbeitern der Festschrift und darüber hinaus mit zahlreichen Wissenschaftlern und Praktikern rechtswissenschaftlicher, soziologischer, politologischer und historischer Fächer einig, die Ihre Werke kennen und bewundern.

In diesem Abschnitt Ihres reichen Lebens gedenken sie des Beginns Ihrer Laufbahn als Gelehrter, die Sie in den zwanziger Jahren an der Universität München beschritten haben. Mit Ihrer ersten Untersuchung „Zur Soziologie der parlamentarischen Repräsentation in England nach der großen Reform: das Zeitalter der Parlamentssoveränität“ vor fast einem halben Jahrhundert haben Sie mehrere Ihrer späteren Interessengebiete bereits deutlich vorgezeichnet. Sie begannen mit einer Erforschung des Verfassungsrechts von Großbritannien und des Britischen Weltreichs in einer über die rechtliche Betrachtung hinausreichenden Sicht, deren Ergebnisse Sie später in bedeutungsvollen Schriften veröffentlicht haben. Einen großartigen Abschluß fanden diese fruchtbaren Untersuchungen vierzig Jahre nachher in dem zweibändigen Werk „Staatsrecht und Staatspraxis in Großbritannien“. Mit dem in den Endjahren der Weimarer Republik brisanten Thema „Erscheinungen der Verfassungsänderungen“ haben Sie eine neuartige Aufhellung des Verfassungsgesetzes begonnen, die auch heute das unverminderte Interesse der Wissenschaft findet. In den USA, die Ihnen nach 1933 bereitwillig ein neues Wirkungsfeld geboten haben, wandten Sie sich den Grundfragen des amerikanischen Verfassungsrechts zu, ohne Ihre lebhafteste Anteilnahme an den Wandlungen des Staatslebens in Deutschland sowohl vor wie nach 1945 zu verringern. In ihren Veröffentlichungen über Staatstypen und Regie-

rungsformen in vergangenen und gegenwärtigen Staaten, zurück bis zum Augusteischen Rom und herauf bis in die akutesten Vorgänge moderner Staaten, haben Sie die allgemeine Staatslehre mit entscheidenden Erkenntnissen bereichert. Die Lehre von der Souveränität des Staates hat Sie ebenso gefesselt wie der politische Symbolismus, die Wirklichkeit der westeuropäischen Union ebenso wie die Wandlungen der Parteistrukturen, der Kampf um den Wehrbeitrag nicht minder als die Rechtsstellung des Staatspräsidenten. In neuester Zeit verdankt Ihnen die Wissenschaft, wiederum als eine Krönung vieler Arbeiten, Ihre „Verfassungslehre“, mit der Sie das moderne Staatsdenken kritisch und aufbauend durchleuchtet und sowohl Zwiespalt wie Harmonie von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit offengelegt haben.

Es ist nicht möglich, die Fülle Ihrer Werke auch nur in Andeutungen hier wiederzugeben, und ebenso nicht Ihre zahlreichen Gastprofessuren in den USA, in Japan, in Brasilien, in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland aufzuführen; sie erweisen Ihre unverminderte Kraft zu geistigen Schöpfungen und Ihre weltweite Anerkennung als Gelehrter. Doch sei mit besonderer Befriedigung vermerkt, daß Sie in den fünfziger und sechziger Jahren in mehreren Lehrveranstaltungen an der Universität München Ihre Anhänglichkeit an den Ausgangspunkt Ihrer Tätigkeit bekundet haben, an dem Sie 1957 Professor für Politische Wissenschaften und Rechtspolitik der Juristischen Fakultät geworden sind. Die Vollendung Ihres 80. Lebensjahres veranlaßt zu einer dankbaren Rückschau auf Ihre großen Leistungen und zu einer unbeirrbaren Hoffnung auf die Zukunft Ihres Forschungsgebietes, dem Sie die Tore zu anderen Wissenschaftszweigen weit geöffnet haben. In diese Zukunft begleiten Sie unsere herzlichen Glückwünsche in das neue Jahrzehnt Ihres Lebens.

Die Herausgeber

INHALT

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, Administracion y jueces: Gubernativo y contencioso	1
KLAUS VON BEYME, Party systems and cabinet stability in European parliamentary systems	51
GERARD BRAUNTHAL, Emergency legislation in the Federal Republic of Germany	71
HENRY STEELE COMMAGER, The American enlightenment and the ancient world: A study in paradox	87
GÜNTHER DOEKER, Foreign relations and federal states	99
CARL J. FRIEDRICH, Some reflections on the meaning and significance of constitution-making in our time	119
J. A. GONZALEZ-CASANOVA, Las asociaciones de accion política en la Espana contemporanea	131
HEINZ GURADZE, Schweigerecht und Unschuldsvermutung im eng- lisch-amerikanischen und bundesdeutschen Strafprozeß	151
WILLIAM C. HAVARD, The philosophical underpinnings of the contemporary controversy in American political science	167
JOHN N. HAZARD, Constitutions and revolutionary socialism	191
FERDINAND A. HERMENS, Rassenkonflikt und politisch-wirtschaft- liches System in den Vereinigten Staaten	205
HARTMUT JÄCKEL, Die politische Bedeutung der Wahlsysteme	241

HANS KLINGHOFER, Der Ombudsman in Israel	261
HEINZ LAUFER, Föderatives System und Finanzordnung	279
GERHARD LEIBHOLZ, Constitutional law and constitutional reality	305
SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, Control Judicial de los gobiernos de facto	311
GERHARD LOEWENBERG, The patterns of political opposition in Germany	327
THEODOR MAUNZ, Die innere Neutralität des Staates	343
EDWARD MCWHINNEY, The crisis of parliamentary government in the contemporary federal state	357
PABLO A. RAMELLA, El contralor constitucional en la Argentina .	369
VICTORIA SCHUCK, Anatomy of change: Reorganization plan No. 2 of 1970	391
MARTIN SELIGER, Locke and Marcuse — Intermittent and millennial revolutionism	427
WERNER VON SIMSON, Zur Theorie der Legitimität	459
WILLARD L. THORP, Intragovernmental conflict and foreign affairs	475
HECTOR FIX-ZAMUDIO, La proteccion procesal de los derechos humanos en America Latina	485
Verzeichnis der Schriften von Karl Loewenstein	509

ADMINISTRACION Y JUECES: GUBERNATIVO Y CONTENCIOSO

Reflexiones sobre el Ancien Régime y
el Estado constitucional

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

I. Gubernaculum y jurisdictio, categorías de Bracton

Creo que la mejor manera de empezar es recordando con cierta extensión el tema central de la obra del profesor McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised edition 1947). Este libro, que en mi opinión es discutible en muchos puntos, con un rasgo fundamentalmente „local“, es decir, anglosajón, dada la limitación del material trabajado — quizá aquí radica la razón de su poca resonancia en Europa —, tiene, sin embargo, entre varios méritos, el haber querido contar la Historia del Constitucionalismo, desde un ángulo nuevo: no con el tópico de la „separación de poderes“, sino con las categorías medievales „gubernaculum“ y „jurisdictio“, que encuentra en Bracton (loc. cit. pag. 67 y ss. 77 *passim*). En absoluto es mi intención discutir la veracidad del análisis de McIlwain, sino tan sólo hacerlo de nuevo presente. Y para ello lo mejor es citar lo mas fielmente.

Interpretando un texto del jurista ingles, McIlwain, escribe:

„the king has in his hand the government (*gubernaculum*) of the realm. The significant fact is that acts of government strictly defined are in the hands of the king alone. There he „has no peer, much less a superior“. No one, not even a judge, can question a specifically royal act so as to bring its legitimacy into doubt. There is here a separation far sharper than we make in our modern times between government and law, between *gubernaculum* and *jurisdictio*. And in government thus more narrowly defined the king not only is the sole administrator, but he has of right and must have all powers needed for an effective administration; he has „in his hand“ all things incidental or „annexed“ to government“.

Esto, no es „in fact nothing but a commonplace of late thirteenth century European political theory“, y probablemente este sea el „most fundamental constitutional statement“ de Bracton, justamente,

„the clear-cut separation he makes between *gubernaculum* and *jurisdictio*, allowing the king an autocratic and irresponsible authority within the former, but never beyond

it. It is also the one important feature of our medieval constitution which above all others modern political developments have tended most to obscure“.

Es difícil en el periodo feudal la distinción, por la interconexión entre derecho público y privado, pero no por eso deja de ser fundamental separar aquello que

„belong to the king alone as a part of the „government“ over which he has *plenam potestatem et liberum regimen* — in the phrase of St. Louis — and on the other hand, those prescriptive rights of tenants or subjects which are wholly outside and beyond the legitimate bounds of royal administration and fall properly under *jurisdictio*, not under *gubernaculum*.“

Cuando el Rey emitía una „royal order“ con la cláusula „binding in his realm *as long as pleases him*“, esto podía ser uno de esos „enactments which the king . . . has in his own discretion (*habet in potestate sua*)“, y porque „its content is administrative only“, se sabía que era muy diferente un „right, or a custom defining such a right“ de una de esas „mere administrative orders“. Si *jurisdictio*, *lex*, continúa el análisis de McIlwain, a veces lo emplea Bracton en un sentido amplio, comprendiendo „the whole of king’s authority“, otras veces

„it is clearly used in distinction to *gubernatio* or *gubernaculum*, the two together constituting the whole of the powers of the crown“.

McIlwain precisa que esta *jurisdictio*, no es una „mere directive force“ (la *vis* directiva de Sto. Tomás, o la *digna vox*) que siempre podía ser desobedecida por el Rey, si no:

„in *jurisdictio*, as contrasted with *gubernaculum*, there are bounds to the king’s discretion established by a law that is positive and coercive, and a royal act beyond these bounds is *ultra vires*. It is in *jurisdictio*, therefore, and not in „government“ that we find the most striking proof that in medieval England the Roman maxim of absolutism was never in force theoretically or actually“ (último subrayado, mio).

El resultado es que los

„two outstanding features that distinguish the medieval constitution from the modern are, then the separation of government and jurisdiction and the difference in legal effect between an administrative order and a definition of right“.

Y más todavía: McIlwain se propone reconstruir la concepción medieval constitucional, y „even some parts of the modern“, sobre „the basis of the distinction between government and law, between Bracton’s *gubernaculum* and his *jurisdictio*“.

Interesa destacar de su posterior análisis su interpretación de la expresión de Fortescue, según la cual „English government“ era un „régimen

men politicum et regale“, es decir, limitado y absoluto, a diferencia de Francia, que no es un „*true regimen politicum*“, donde el adjetivo *politicum* tiene fundamentalmente el mismo sentido, pese a otras diferencias, que el *jurisdictio* de Bracton. Finalmente McIlwain hace dos observaciones: el defecto fundamental del constitucionalismo medieval es „the lack of any effective sanction for these legal limits to arbitrary will“, es decir, que *jurisdictio* no implicaba un „coercive control, but only by the existence beyond it of rights definable by law and not by will“. Por eso, fué necesario una revolución en Inglaterra en el siglo XVII y en Francia en el XVIII, para añadir a este defectuoso constitucionalismo „a modern political control of government“. La otra observación es, que esta institucionalización política de la Edad Media inglesa no es una „monopoly of England or of the Englishmen“, sino que tales afirmaciones deben ser dejadas a propagandistas, pero no a historiadores. Hay muchas pruebas y evidencias de que esta concepción se encuentra en muchos países de la Edad Media, pero las pruebas son „much more rarely, of the persistence of this constitutionalism to modern times“ (loc. cit. 92).

Estoy encantado de poder dar un paso en el camino marcado por McIlwain, y de informar que hay un país en el que ese dualismo entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, que tan agudamente ha destacado el profesor norteamericano, domina todo el derecho público y el orden judicial: España. Los correspondientes términos aquí son: *contencioso* y *gubernativo*, lo que es „contencioso“ frente a lo que es „meramente gubernativo“ o „político“ o „administrativo“. Así en 1800, en su monumental obra: „Instituciones del Derecho Público General de España y de las principales reglas de Gobierno en cualquier Estado“, excepcional panorámica del Derecho del Antiguo Régimen, que le costó quince años escribir, Ramón Lázaro de Dou, construye toda su exposición de los „magistrados“ y la „administración de justicia“, sobre la distinción entre la „jurisdicción contenciosa y gubernativa“ — justamente aquí jurisdicción entendido como concepto amplio — diciendo que en la „diferencia de los asuntos gubernativos y contenciosos . . . muchas veces no deja de ofrecerse grave dificultad“ y mas adelante, al estudiar el realmente mítico Consejo de Castilla y sus dos Salas: de Justicia de Gobierno, y sus posteriores subdivisiones, dirá: „Lo que debe advertirse aquí, es que en quanto a transcendencia a toda la nación por lo relativo a lo contencioso, hay pocas cosas“ pero justamente en la diferencia de lo „gubernativo“, „político“, „económico“ versus „lo contencioso“, se basa „nues-

tro sistema“ (Dou, loc. cit. pags. 48, 179, 196, *passim*). Y si esto ocurre en pleno Antiguo Régimen, en la supuesta „Monarquía Absoluta“, cuando unos años mas tarde, entre 1808—1814, en época trágica para la nación española, devastada por la guerra popular y nacional contra el invasor Bonaparte, los liberales y patriotas españoles se reunieron en la ancestral ciudad de Cádiz, para redactar la que iba a ser la mas famosa Constitución europea del primer tercio del siglo XIX, traducida y promulgada en otros países, entonces los constitucionalistas españoles montarían el control judicial de los actos del poder público, también sobre la dicotomía *contencioso-gubernativo*, convirtiéndose en la „base de nuestro sistema“ la distinción entre „asuntos gubernativos“ y „asuntos contenciosos“ (Diario de Sesiones de las Cortes, 15 de Diciembre de 1822 pags. 1001, 1002, *passim*; Constitución de Cádiz de 1812, Discurso preliminar XL, XLVI, LXXII, LXXIX), pero admitiendo un control por posibles y futuros „Tribunales especiales“ y no ordinarios, (LVIII, arts. 275, 309 y 261 n° 7 etc.), para determinadas reglas que „pertenecen mas que al derecho privado, al derecho público de las naciones“.

Que este hecho sea desconocido para el lector extranjero, no es sorprendente, dado el tono que ha dominado y sigue dominando las diversas historiografías nacionales y una cierta *communis opinio* internacional. Pero que este fundamental dato institucional de nuestra historia política y derecho público sea poco menos que ignorado, o no valorado debidamente en España, es casi escandaloso. Pero antes de intentar — porque sólo es un intento, como ya se dirá — exponer el juego de lo *contenciosos y gubernativo* en el Antiguo Régimen y su paso al Estado Constitucional, conviene detenerse sobre la imagen tópica y yo creo que falsa en gran parte, que domina estas cuestiones.

II. Crisis estatal y mimetismo, en la construcción del Derecho Público español contemporáneo

En un libro reciente (El Mito del Carácter Nacional. Meditaciones a contrapelo. Madrid 1970) Julio Caro Baroja, un gran etnólogo, humanista e historiador español, ha escrito unas agudas páginas sobre esa „actividad mítica“ — en el sentido de inventada, no probada — que es hablar del „carácter nacional“. En otro lugar de sus sustanciosos ensayos dice: „La mentira es el protagonista principal de la historia, al que no se quiere reconocer su superioridad sobre todo lo demás.“ Al leer esto, no podía por menos de recordar mis años del Liceo Francés donde al simultanear el bachillerato francés y español, era para mi causa de las mayores perplejidades la historia que tenía que leer en los manuales franceses y a continuación en los españo-

les: salvo el nombre de la asignatura, lo demás no tenía nada en común. Pienso, intuyo que la historia de España, y quizá la historia de Europa, ha sido en trascendentales aspectos falseada. Pero como no soy historiador, sino un estudiante del Derecho Público, jamás me atrevería a profundizar en este punto. Sin embargo justamente, lo que si creo poder decir es que la Historia del Derecho Público Español ha sido, cuando no falseada, sencillamente ignorada, no ya por los múltiples extranjeros que mostraron interés por los estudios políticos y sociales españoles (que suelen ser en general admirables, dejando de lado los panfletos vergonzantes) sino por los propios españoles. Cómo es que ha podido ocurrir esto?

Creo que hay una explicación clara y rotunda; ni un sólo país de esta vieja Europa ha sufrido tales conmociones ideológicas, políticas y económicas como España en los últimos 150 años. Esa España que aparece en *The Federalist Papers*, junto a Britain, como uno de „these two powers“ que amenaza la existencia de las colonias independizadas y que „exclude us“ de la navegación por el Mississippi (op. cit. n° 15 y 24), y que por esos años llega a su máxima expansión civilizadora en Norteamérica (establecimientos españoles hasta el grado 60° en la Costa del Pacífico) va a entrar tan sólo veinte años después en una espantosa guerra de independencia nacional (1808—1814), immortalizada artísticamente por Goya, y tras ellos en una larga lucha fratricida entre liberales monárquicos tradicionales unido a una guerra civil dinástica — las dos ramas de la familia real, cristinos y carlistas — y a nuevas luchas políticas, con sucesivas subidas al poder y violentas expulsiones, entre moderados y liberales, demócratas y conservadores, y así hasta tiempo bien recientes. Lo de menos son las calificaciones, y lo demás, es el hecho inconcuso: desaparición del Estado y de toda autoridad, que hace inviable un orden de convivencia pacífica. En España no se perdió una guerra o dos con otros países, sino se estaba perdiendo diariamente la guerra por un propio orden, lo cual es mucho más grave¹.

El punto máximo de esta situación producirá con la guerra hispano-norteamericana de 1898, que estalló, según declaración del Senado americano, al ser „herido el sentimiento moral del pueblo americano y ser una tarea para la civilización cristiana“. Desde luego no es nostalgia, sino constatar un hecho: el increíble y simbólico destino del país que descubrió y civilizó América, y no tiene ni un metro de tierra en el nuevo mundo. A partir de tan profunda depresión, surgiría a principios del siglo XX un nuevo impulso artístico y literario, científico en España, con Picasso, Baroja, Ortega,

¹ Quiero decir aquí lo que he expuesto con fuentes y documentos en diversas conferencias y cursos: en España no ha habido, como se dice por ahí, crisis o fracaso del liberalismo o de la democracia, sino sólo una crisis incurable de Estado y de orden. El liberalismo democrático vino a España (1810—1814, 1820—1823, 1836—1843) demasiado pronto (Inglaterra, Francia, Alemania eran regidas de forma cruda, oligárquica o autoritariamente, cuando en España los liberales exaltados estaban en el poder) lo cual desató una fulminante reacción y así en sucesivos movimientos de péndulo, cuya nota esencial era la „banderita Política“ (sobre esto, con fuentes y amplia exposición mi próximo libro „Gobierno interior y político de los Pueblos y las Provincias: 1812—1935). Naturalmente que esto es mucho más complicado y sólo se debe de tomar como el resultado de un análisis hecho desde el Derecho Público y Teoría del Estado, que es a lo que se dedica el autor de estas líneas.

Unamuno, Ramón Y Cajal, y tantos mas excepcionales testimonios de creación humana.

El Estado español constitucional nace en el siglo XIX con una existencia amenazada y así continuará durante muchas décadas. Ante tal experimento de *estatalidad*, *Staatlichkeit*, cuando los profesores españoles en la época relativamente tranquila de la Restauración, bajo la mas duradera de todas las Constituciones españolas (1876—1923), empezaron a construir el Derecho Público Nacional (Constitucional y Administrativo) difícilmente podrán utilizar el inmediato o mas anterior pasado, y se dejarán dominar por el Derecho Público francés y mas tarde alemán. Los españoles construyeron o interpretaron el derecho patrio, con doctrina dogmática y ejemplos (!) franceses y alemanes. Los grandes profesores españoles tuvieron una importantísima imagen pública: por su honestidad, prudencia, humanismo. Baste pensar en Adolfo Posada, en Fernandez de Velasco, Pérez Serrano. Eran ademas muy cultos en lenguas clásicas y modernas, y poseían vastos conocimientos de derecho comparado. Ningún profesor alemán, francés o inglés sabía mas sobre otros países que un profesor español, pero qué paradoja, ningún profesor había en el mundo que supiese tan poco sobre la historia y problemática de su propio derecho, como un profesor español! Y la razón de esta situación la veo ahí: la profunda conciencia de crisis estatal, la visión de las muertes y nacimientos sucesivos de diferentes Estados, la convicción de la inanidad del Derecho Público tradicional español. Todavía hoy, la doctrina iuspublicista española, al plantearse las bases históricas y políticas del Derecho Público español, así como en el manejo de fundamentales categorías jurídicas, sigue, en parte, presa de este enfoque: desconocer la realidad histórico-jurídica española, utilización de conceptualismos extranjeros sin preguntarse si ha habido otros en nuestro país².

Aquí voy a intentar, insisto en esto, aportar materiales para un replanteamiento de un tema central del Derecho Público europeo: la ejecutividad de los actos de la Administración Pública y el origen de la justicia administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *administrative justice*, *jurisdiction administrative*). Me acuerdo de haber leído en la monumental *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* de mitad del siglo

² En dos importantes puntos, creo haber probado esta afirmación: en mi trabajo sobre Clases de Leyes y Actos del Estado, publicado en Actas del I Symposium de Historia de la Administración (Alcalá de Henares 1970 pag. 461 y ss.). He analizado como ese dualismo alemán, que se hizo doctrina dominante en Europa en 1900 hasta nuestros días (y tambien impacto en Estados Unidos de Norteamérica: James Hart, *The Ordinance making powers of the President of the United States*, 1925 pag. 24 y s 40, „formal law“ y „material law“), de ley formal y material, aceptadas por la doctrina española, quedaba invalidado con el análisis profundo de la Constitución de 1876, y sobre todo con el material del primer constitucionalismo español de Cádiz de 1812 a 1840, donde existían *leyes y decretos* de Cortes, en el sentido de *Bill y resolution* de la Constitución de los Estado Unidos (Art. 1, secc. 8) y *Gesetz-Beschluß* de la Constitución Suiza de 1874 (Art. 79 n° 1). Por otro lado, en mi trabajo anteriormente citado, he demostrado, creo, que el regimen local español del 19, no tiene nada que ver ni jurídica ni políticamente con la interpretación usual: el régimen local fué una copia del centralismo francés, sino que fué algo mucho mas complejo; como la Constitución de 1812 que es tan española en relación a la francesa de 1791 como ésta es francesa en relación a la americana de 1787.

pasado, cuando Robert von Mohl se queja de que Alemania no acaba de introducir la justicia administrativa, que ya se ha implantado en casi toda Europa, exclamando en español „Cosas de Alemania“, con lo que aplicaba a su país el título de la obra del inefable Ford „Cosas de España“. La concepción popular que existe sobre estos puntos claves en lo que se suele denominar países con *droit administratif* o mejor con „régimen de derecho administrativo“, frente a los países de common law³, está bien expresado por un autor inglés⁴. Al hablar de los presupuestos políticos e institucionales de la Revolución Francesa y aludir a la oposición entre el Rey de los franceses y los Parlamentos, dice:

„It is moreover, the memory of these struggles and of the detrimental effect on the country's administration which explains the deep distrust with subsequent French Constitution makers viewed all judicial activities, and which resulted at the time of the First Revolution in a complete separation not only of the judicial and administrative functions, but also the judicial and administrative jurisdictions“.

Más tarde, al dedicar un apartado al ejecutivo y a los tribunales de Francia, cita la conocida disposición de 1790, Ley de 16—24 de Agosto:

„a) Les fonctions judiciaires son distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

b) Les tribunaux ne peuvent . . . ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

c) Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient . . .“

Sieghart comenta (loc. cit. pag. 159/60) que como consecuencia de esto principios „administrative Courts, completely separated from the ordinary or Common Law Courts, were set up by the Constituyente“ (Loi 6—11 Septembre 1790, Sieghart dice 7—11). Y aludiendo a la „doctrina de la separación de poderes“ como base de todo el sistema institucional en este respecto, finaliza:

„the judge was restricted to deciding matters of litigation concerning either questions of criminal law (criminal jurisdiction) or private interests between ordinary citizens (civil jurisdiction) and that he was precluded from adjudicating upon any matters concerning the administration (administrative jurisdiction).“

Aparece pues esta gran particularidad del Derecho Público continental europeo (*Verwaltungsgerichtsbarkeit, giustizia amministrativa, jurisdicción contencioso-administra-*

³ Completamente al margen queda la realidad de tal oposición, estudiada una y otra vez desde la curiosa exposición de A. V. Dicey en su „Introduction to the study of the Law of the Constitution, ninth edition, 1952, 329 y ss., por Jennings, Robson, Schwartz, etc.

⁴ Marguerite A. Sieghart, *Government by Decree*, 1950, libro que por otro lado con su planteamiento de desconfianza y oposición entre legislativo y ejecutivo, espectros de dictatoriales gobiernos con *pleins pouvoirs*, etc. se encuentra en las antípodas de mi propio planteamiento (lo mismo que Allen, *Law and Orders*, Londres 1965, cuyo „balance of powers“ aparece como delirio político, obsoleto hoy, e ideológico en el XVIII, bajo el impacto del espíritu mecanicista Newton!), tal como lo expongo en *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, (en prensa) Alcalá de Henares.

tiva, etc.) y que tanto ha escandalizado a los juristas anglosajones durante cierto tiempo, como una creación de la Revolución francesa, un tanto arbitraria y doctrinaria. Tengo para mí, que esta tópica explicación es falsa. Dejando de lado que la Ley 6—11 Septiembre no *creó* ninguna Administrative Courts si no que, pienso, atribuyó a las autoridades administrativas asuntos contenciosos-administrativos usuales, creo, digo, que esta comprensión histórica, es falsa y naturalmente no voy a desarrollar este punto, pero si citar una de las razones que me hacen dudar. Se trata de Tocqueville, que en su *L'Ancien Régime et la Révolution*⁵ titula al capítulo IV „Que la justice administrative et la Garantie des fonctionnaires sont les institutions de L'Ancien Régime“, y en él se aprenda hasta que punto la Administración de la Monarquía tradicional francesa estaba dominada por una jurisdicción de autoridades reales (en especial, les Intendants) para asuntos publicos-administrativos, muy semejante a la posterior diferenciación del XIX, entre tribunales ordinarios y administrativos.

Dejando aparte este punto, me interesa llamar la atención sobre otro dato que se suele destacar en el Derecho Público francés y en los países de su influencia entre los que se suele incluir, no sé porque misterioso fenómeno a España, quizá por haber sido las dos grandes monarquías representativas de la ortodoxia católica. Este dato a que me refiero es la llamada „*décision exécutoire*“ y las „*actions d'office*“ prototipos de la Administración francesa, que no tiene que recurrir a un tribunal de justicia para „realize its aims“ sino que (Sieghart loc. cit. pag. 215):

„The claims of the administration, on the other hand, are realized by their own executive acts (*actions d'office*) and the persons against whom they are enforced cannot contest, but must submit to them“ though they can afterwards, if they think themselves aggrieved, attack the decision which has caused the act by a plaint addressed either to the administration itself (*recours hiérarchique*) or to an administrative Tribunal (*recours contentieux*)“.

Así pues, esto completa las particularidades de la Administración francesa, en lo que aquí interesa, creación de la Revolución francesa y sobre todo del First Empire, aunque la centralización fuese ya un rasgo del ancien regime (loc. cit. pag. 206 *Passim*).

Esta imagen popular aparece recogida en otros trabajos. Pese a ser evidente la revisión hecha por los juristas ingleses y norteamericanos de la exposición que Dicey hizo del sistema de derecho administrativo francés, el gran marco ideológico que explica todos estos fueros y privilegios de la Administración francesa, es el absolutismo, el absolutismo monárquico „... the Anglo-American should realize that the system in a country like France has had a different starting point from that with which he his familiar“; el „French administrative law begins with an administration whose powers are virtually absolute“ y por ello, pese a los grandes avances en limitar esta Administración, siempre se constatan „these vestiges of absolutism“⁶.

Esto es una idea realmente dominante, compartida universalmente. Frente a la supervivencia de la idea constitucional y liberal en Inglaterra, en los siglos XVII y XVIII „French constitutionalism had become even more a shadow than it had been in 1571“ (McIlwain). Historiadores franceses y españoles han descrito este periodo como la „monarchie absolue“, en el que „L'autorité royale est sans limite“⁷.

⁵ Gallimard, *Oeuvres Complètes*, tomo II pag. 123 y ss.

⁶ B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1954, pag. 101 y ss.

⁷ Ellul, *Histoires des Institutions*, I, 401, Paris, 1962.

Esta imagen se ha visto muy fortalecida por la tipología histórico-administrativa de la gran escuela alemana de Derecho público, fundamentalmente a partir de Laband, según la cual, la gran dicotomía estatal administrativa es el *Polizeistaat versus Rechtsstaat*⁸. Estado de policía que domina por lo menos en el siglo XVIII, frente al gran descubrimiento del Estado de Derecho, del Estado Constitucional del XIX y XX. Las recientes „etapas de la evolución histórica“ (O. Mayer) son el periodo denominado „landesherrlichen Hoheitsrechte“ (Mayer op. cit. pag. 25 y ss.; Fleiner op. cit. pag. 29 y ss.) y que también se llama „Justizstaatliche Verwaltung“ (Wolff, op. cit. pag. 34 y ss.) y que se extiende comunmente hasta finales del siglo XVII. Este periodo que también se puede llamar *Patrimonialstaat*, Estado patrimonial, se caracteriza por una serie de conceptos claves: frente a la *jura regalia et magistralia* del Príncipe, Fürst, conjunto (Bündel) de derechos soberanos, se enfrentan a un mismo nivel, los derechos de los estamentos (Stände); de ahí que también se llame a esta constitución *ständische Verfassung*, constitución estamental, cuyo rasgo fundamental es el dualismo político y administrativo entre el Príncipe y los Stände, que en español se puede llamar „estados“ o „estamentos“⁹. Además, el otro baluarte frente al Soberano eran los „jura quæsitæ“ los derechos adquiridos de los súbditos, y que O. Mayer define como „derecho fundado en un especial título jurídico (op. cit. pag. 31).

Además, el súbdito tenía la posibilidad de apelar (Appelation) a los tribunales imperiales, Reichsgerichte, frente a los actos del Príncipe que le hubiesen lesionado en sus derechos. La excepción podía ser que el Príncipe fuese, mejor dicho que el acto del Príncipe fuese debido a los altos intereses de la comunidad, en virtud de su „ius eminens“. El súbdito pues, no estaba, ni mucho menos, desprovisto de protección jurídica, frente a los derechos soberanos, y el más fuerte entre ellos, el *ius politiae*, tampoco podía aniquilar los derechos adquiridos.

Justamente, frente a este orden surgirá, desde mitad del XVII, el *Polizeistaat*, que eleva al Príncipe territorial, eliminando los límites estamentales y transforma su poder en „un poder estatal absoluto“ (Fleiner). Los príncipes territoriales alemanes se liberaron de la jurisdicción imperial por medio de los *privilegia de non appellando seu evocando* y se extendieron en virtud de su *ius eminens* a todos los ámbitos de la vida social, ayudados por una expansiva teoría del *ius politiae* (police) venida de Francia. La ideología estatal se centraba en la tarea que tenía el Príncipe de conseguir la felicidad (*eudamonia!*) de los súbditos.

⁸ Me refiero a Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª edición. 1923; Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8ª edición, 1928; y en tiempos recientes H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht* 7ª edición, 1968; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª edición, 1966; el nacimiento de esta tipología es muy anterior, entre 1795 y 1820 y tiene un rotundo sentido especulativo — apocalíptico, como demuestro en un extenso trabajo sobre el origen e historia del *Rechtsstaat*, que espero acabar en un futuro muy próximo en la Universidad de Munich, con el profesor Maunz.

⁹ Aparte de las obras citadas, el tratamiento general se puede estudiar en O. Hintze, la historia constitucional de Hartung (en este momento no me acuerdo si la monumental obra de E. R. Huber trata este periodo). De mis años de seminarios en Munich, recuerdo que esta „*Ständische Verfassung*“ entrañaba muchas dificultades de comprensión.

Frente a este nuevo orden, no valen los *jura quaesita*, y el monarca absoluto se constituye en „creador libre del Derecho“ (Wolff), que puede cambiar el orden recurriendo a la *necessitas o salus publica*. Es a partir de esta situación cuando se explica el horror de los liberales del XIX ante la frase *salus publica suprema lex esto* (est.)

Aquí aparece el temido *Machtspruch*, literalmente, sentencia de poder y no judicial, que utiliza el príncipe, en un proceso en curso para imponer su voluntad¹⁰. Sobre este *Polizeistaat* las claras frases de Otto Mayer se han grabado en la mente de las generaciones posteriores de juristas: „Das Recht hat nichts damit zu tun“ (loc. cit. pag. 39); „el Derecho no tiene nada que ver con esto“ (cfr. Forsthoff loc. cit. pag. 40, igual), y en el *Polizeistaat* „das öffentliche Recht ist kein Recht“ (loc. cit. pag. 47, el Derecho Público no es Derecho).

Sin embargo, ha sido un acierto destacar que el súbdito en el *Polizeistaat* no estaba desprovisto de protección jurídica, (Fleiner loc. cit.) aunque „mit voller Schärfe entwickelte sich nunmehr der Gegensatz zwischen Justiz und Polizei (Regierung)“, esto es, „se desarrolla ahora con toda agudeza la antinomia entre Justicia y Policía“.

Todos los matices se pueden hacer, pero yo creo que *Justiz y Polizei* aquí, son las viejas categorías medievales que están en Bracton, *jurisdictio y gubernaculum*, porque su función es la misma: poner algún límite al poder „absoluto“ del Príncipe. Gönner dice en 1804, que la policía la ejerce el Príncipe según su „libre discrecionalidad“ (Fleiner op. cit. pag. 31), como el *gubernaculum* y por ello (y aquí se entiende la tantas veces repetida, sin saber por qué): „in Polizeisachen gibt es keine Appellation“ en asuntos de Policía no hay apelaciones a los tribunales, en cambio en asuntos de justicia naturalmente que sí, y *Polizeisachen* será sólo „solange nicht auf die Rechte eines benachteiligten Individuums Rücksicht genommen wird, solange ist der Sache nicht Justizsache“, la cuestión no será asunto de Justicia mientras, y sólo mientras no se afecte a los derechos de un individuo perjudicado. Y cuando Fleiner habla de estos „dos polos de la actividad estatal“, entonces aparece con toda claridad hasta que punto aquí resuena el *jurisdictio y gubernaculum* de Bracton y el contencioso y gubernativo-político del secular derecho español.

Pero si bien es cierto que el súbdito de los príncipes alemanes tenía en potencia la posibilidad de paralizar y justiciar un acto real al conseguir hacerlo una „Justizsache“, protegiendo así su propiedad, no sé si la libertad, ocurría que los tribunales del Príncipe no eran competentes para conocer recursos contra el *Fürst* o su Administración, y su camino hacia los tribunales imperiales (todavía hay tribunales en Berlín!), se vió

¹⁰ Esta visión del *Polizeistaat* es general. Wolzendorff ha trabajado mucho sobre el tema señalando la hipocresía del concepto de „Polizei“, donde con aparentes argumentos de felicidad del ciudadano, se encontraba sólo un deseo de poder estatal. Por mi parte, y aunque hace varios años interrumpí este tema, quiero decir que en las lecturas de Justi y otros muchos, me encontré frecuentemente con una clara y consciente limitación del poder estatal ante la libertad privada de los súbditos. Me parece que se han cargado, con un dualismo maniqueísta, bastante las tintas sobre esa concepción „total“ del „Polizeistaat“. Creo poder mostrar en el trabajo anteriormente citado, que el supuesto enfrentamiento de fines, *Zwecke*, del *Polizeistaat* y el *Rechtsstaat*, es en gran parte semántico y no real (en mi trabajo inédito, anteriormente aludido: „Der Rechtsstaat. Zum Ursprung und Geschichte eines Begriffes“).