

JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN ENTRE ANTIGUO Y NUEVO RÉGIMEN*

LUCA MANNORI**

SUMARIO: I. LOS «CONFINES» DE LO JUDICIAL; II. JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN EN LA PERSPECTIVA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO LIBERAL; III. PRIMACÍA DE LO JUDICIAL Y GOBIERNO «POR MAGISTRATURAS» EN LA EUROPA DEL ANTIGUO RÉGIMEN; IV. CONSTITUCIÓN Y CRISIS DEL EQUILIBRIO DECIMONÓNICO.

I. LOS «CONFINES» DE LO JUDICIAL

Numerosos motivos aconsejan volver hoy sobre un tema que podría considerarse ya sustancialmente agotado en el plano historiográfico, el de los orígenes de la separación entre función judicial y función administrativa en el ámbito de la experiencia iuspolítica occidental.

Aun cuando frecuentemente se define como una actividad dirigida a aplicar o a ejecutar la ley, el ejercicio de la jurisdicción no agota, por sí solo, este deber fundamental en ninguno de los Estados contemporáneos. Junto a los aparatos compuestos por «jueces» y destinados

* El presente artículo fue publicado en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 39-65. La traducción al castellano ha sido realizada por Alejandro Agüero y M^a Julia Solla, que son miembros del proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia «Cultura jurisdiccional y orden constitucional: justicia y ley España e Iberoamérica», con referencia SEJ2004-06696-c02-02.

** El autor es catedrático de Historia de las Instituciones Políticas de la Universidad de Florencia (Italia).

a aplicar el derecho según los ritos altamente formalizados propios del sistema procesal, existen por doquier otros aparatos, compuestos por aquellos personajes que comúnmente llamamos «administradores» o «funcionarios». A éstos, los ordenamientos les confían la ejecución de una masa de prescripciones cada vez más imponente y conforme a métodos totalmente distintos de los que son característicos del mundo judicial. Para expresarnos en el lenguaje de los revolucionarios del '89, es como si en nuestros sistemas institucionales la voluntad general de la nación, después de haberse traducido en norma legal siguiendo el canal unitario de la representación política, en el momento de descender sobre la cabeza de cada ciudadano bajo la forma de una cascada de prescripciones concretas, se bifurcase en dos caminos diferentes: según se confíe su ejecución a una autoridad con carácter judicial o con carácter administrativo. Los aparatos judiciales encuentran, pues, en la existencia de los administrativos el límite principal a su capacidad operativa, y viceversa.

Los motivos que están detrás de este «desdoblamiento» de las burocracias públicas se pueden detectar siguiendo dos perspectivas fundamentales. La primera es la propia del pensamiento jurídico-constitucional, que se ha ocupado de dar cuenta del fenómeno en términos funcionales. Asumida la existencia del dualismo justicia-administración como un hecho positivo, los juristas se dedicaron a la búsqueda de las razones objetivas que justificaban su existencia en el plano de los principios organizativos del Estado moderno, para concluir, en general, que jueces y administradores desempeñan unas actividades intrínsecamente diferentes y no recíprocamente compatibles, de modo que la separación orgánica entre ambos grupos de operadores públicos responde a una exigencia organizativa imprescindible. La segunda perspectiva es, en cambio, aquella propia de la investigación historiográfica, que asumió el deber de reconstruir las vicisitudes a través de las cuales esta bipartición se produjo efectivamente a lo largo de los siglos. Sobre todo a partir de finales del siglo XIX, este tema se impuso como una de las cuestiones cruciales de la historiografía institucional europea, que detectó en el proceso de especialización de los aparatos uno de los pasajes decisivos para la construcción del Estado. Incluso hoy, basta con recorrer los manuales más difundidos o cualquier repertorio bibliográfico para darse cuenta de cómo la cuestión de las relaciones entre autoridades ejecutivas y judiciales está entre las más presentes en la conciencia de los historiadores de las instituciones, y entre las más profundamente investigadas.

Aun así, a pesar de la riqueza y la precisión de la información, parece que el verdadero problema de la separación continúa sustrayéndose a una comprensión histórica realmente satisfactoria. Quien se asoma hoy sin prejuicios a este tema advierte enseguida cómo casi toda la investigación historiográfica en esta materia está fuertemente condicionada por la representación que el Estado contemporáneo ofrece de sí mismo, y más en concreto por las respuestas que la cultura jurídica ha dado desde el inicio al problema de las relaciones justicia-administración. En efecto, el constitucionalismo continental ha hipostasiado hasta tal punto la teoría de los «tres poderes del Estado» que legislación, jurisdicción y administración se presentan como las funciones necesarias y «naturales» de cada Estado digno de

ese nombre, asignando al historiador mucho antes la misión de avalar este diseño teórico a través del propio bagaje erudito que la de explicar sus orígenes y su economía interna. De esta subordinación de la reflexión historiográfica con respecto a la jurídica nació un modelo explicativo en apariencia muy sólido, pero en realidad fundado, en gran medida, sobre premisas que poco tienen que ver con la investigación histórica.

En el presente trabajo se pretende, por tanto, reconsiderar la problemática de las relaciones entre jurisdicción y administración partiendo justamente de una crítica al pensamiento jurídico constitucional contemporáneo en lo relativo a este tema, para después proponer una reconstrucción histórica un poco diferente a la que, aún hoy, comúnmente se mantiene.

II. JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN EN LA PERSPECTIVA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO LIBERAL CLÁSICO

Como es sabido, la imagen formal del Estado que todavía hoy –nos guste o no– continúa dominando en gran parte nuestra cultura continental se determina entre finales del XIX y principios del XX. Esta imagen es, en esencia, la de un Estado administrativo; y son precisamente los administrativistas los que fijarán sus trazos fundamentales en un período de años bastante breve, que podríamos localizar orientativamente entre 1892 (primera edición del *Précis de droit public et administratif* de Maurice Hauriou), 1895 (publicación del *Deutsches Verwaltungsrecht* de Otto Mayer) y 1901 (cuando vieron la luz los *Principii di diritto amministrativo* de Santi Romano).

Esta literatura –que, como veremos recoge y formaliza al más alto nivel una larga tradición precedente– presenta un núcleo conceptual fuertemente común, constituido por el proyecto de exaltar sin reservas la vocación administrativa del Estado, atemperándolo, sin embargo, al mismo tiempo, con el principio de legalidad. La economía elemental de este discurso es simple y consiste en subrayar el hecho de que el Estado contemporáneo está llamado a desempeñar un papel protagonista en el ámbito de la vida social, si bien conservando intacta la propia naturaleza de «Estado de derecho» sometido a la soberanía de la ley en todo momento de su actuación. Conque, el modo más eficaz que se encontró para enfatizar este doble carácter fue el de contraponer el Estado liberal al modelo de organización política que lo había precedido inmediatamente en el curso del desarrollo histórico, o sea, al llamado Estado absoluto, construyendo para ello, arteramente, una imagen de este último estrictamente funcional para iluminar los perfiles de la estatalidad contemporánea que más interesaban a los juristas. La operación (desarrollada de un modo que quizá no se haya superado en la primera parte del gran tratado de Mayer) consistió sustancialmente en presentar al absolutismo como un régimen en el que la autoridad pública había alcanzado más o menos la misma consistencia y concentración típicas de la edad contemporánea; con la diferencia, sin embargo, de que todo poder estaba entonces monopolizado por el monarca

y por sus agentes. La relación entre edad moderna y contemporánea se movía, por ello, sobre dos elementos, uno de continuidad y uno de ruptura. La continuidad venía dada por el hecho de que el Estado absoluto se presentaba como un Estado a todos los efectos ya «moderno», en cuanto Estado burocrático, Estado de funcionarios y de administradores, Estado de bienestar portador de un gran proyecto de manipulación social; en una palabra, un *Polizeistaat* cuyo avanzado perfil asumía toda su importancia en contraste con el viejo «Estado de justicia» tardo-medieval, que veía, por el contrario, limitado su propio rol a un simple arbitraje entre los intereses de diversos grupos sociales. La discontinuidad se hacía patente, en cambio, en aquella total ausencia de garantías constitucionales que habría caracterizado la vida pública del Seis-Setecientos. Es más, el carácter profundamente viciado del absolutismo se encontraba, precisamente, en la contradicción entre la enorme amplitud de los poderes que el soberano controlaba gracias a su imponente maquinaria administrativa y la inexistencia de un límite legal a su ejercicio, de tal manera que la crisis final de este tipo de Estado era reconducida no a una carencia, sino acaso a un exceso de estatalidad, al que el liberalismo se habría encargado de poner remedio a través de los propios documentos constitucionales, de la propia ideología legalista y de la teoría de los derechos subjetivos.

Este modelo del Estado absoluto ha desempeñado y desempeña todavía (quizás bajo la apariencia de una mera premisa implícita) un papel fundamental en el seno del discurso jurídico, y lo hace bajo un doble punto de vista. Por un lado, sirve para presentar el poder burocrático-administrativo como un dato originario e indisponible del Estado moderno, que el Ochocientos simplemente ha *encontrado* y de cuya existencia no es responsable ni para bien ni para mal. Por otro lado, permite ofrecer una imagen íntegramente liberal-garantista del derecho público, ubicándose en él el conjunto de las normas y de los institutos encaminados a contener el poder excesivo del Estado, que en esencia se sustrae de cualquier crítica en tanto que producto de una evolución histórica.

En el plano de las representaciones historiográficas, la consecuencia más importante de esta construcción ha sido la de dar por descontado que durante la fase histórica inmediatamente precedente al Estado liberal –y coincidente en su mayor parte con los siglos de la edad moderna– el poder público se presentase en formas globalmente homólogas a las observables hoy en día. La diferencia entre el Estado del Seis-Setecientos y el posrevolucionario no consiste tanto en la *calidad* de los poderes, sino en el modo en el que son organizados, distribuidos y limitados. La expresión misma «separación de poderes», que expresa la fórmula a través de la cual el constitucionalismo liberal hace prácticamente controlable la autoridad, reenvía implícitamente a un pasado en el que los poderes legislativo, judicial y administrativo tenían ya su propia identidad distintiva, a pesar de que no fueran todavía atribuidos a titulares diferentes.

Más aún, al evocar esta antigua «confusión de poderes» la doctrina constitucional clásica incitaba naturalmente a atribuir una neta preeminencia retrospectiva a la administración, en la medida en que toda su ideología veía en ella una función mucho más indispensable que las otras para la existencia de cualquier sociedad organizada. La actividad administrativa

–constataba, por ejemplo, conforme a la doctrina común de la época, Oreste Ranalletti, una de las principales figuras de la edad giolittiana y fascista– «ocupa en la vida del Estado la misma posición y función que [...] tiene en la vida de cualquier otra persona física o jurídica su actividad [...] para la satisfacción de sus necesidades y la consecución de sus fines»¹. Esa es «la actividad más amplia, la actividad fundamental, esencial, continua», porque consiste en la realización «práctica y directa» de las necesidades colectivas. Por el contrario, «la jurisdicción y la legislación son actividades intermitentes, que se despliegan cada vez que surge la necesidad, es decir, la exigencia social de la norma o la cuestión que hay que decidir; la administración en cambio es y debe ser continua». «Un Estado –entonces– puede existir sin legislación; y ha habido de hecho largas épocas en la historia en las cuales todo el derecho venía dado por las costumbres [...]». Así también «un Estado se puede imaginar sin jurisdicción. Pero no puede existir y no se puede imaginar sin administración. Un Estado así no podría realizar sus fines y acabaría disolviéndose»². «Se puede concebir un déspota que gobierne sin leyes y sin jueces, pero un Estado sin administración sería anarquía» había ya revelado años atrás Georg Jellinek, fundando sobre esta constatación la llamada definición «residualista» de la administración, según la cual ésta constituiría precisamente toda aquella parte del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción³. En consecuencia, es obvio que «también históricamente la administración fue la función primera de la vida del Estado, a la cual sólo más tarde se le agregaron, o de la cual se separaron la legislación y la jurisdicción»⁴. El evidente predominio actual de la administración, como «actividad práctica que el Estado despliega para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que están naturalmente entre sus fines»⁵, se traduce inmediatamente en su también evidente predominio cronológico.

Naturalmente se trata de una retrospectión «ingenua» que ningún historiador profesional ha suscrito nunca en los términos sugeridos por Ranalletti. Y sin embargo, en alguna medida, toda la historiografía institucional ha terminado por compartir esta idea: que si el Estado de la edad moderna no era todavía a todos los efectos un Estado administrativo, sí es cierto que todo su drama se resume en el esfuerzo por convertirse en ello y en la lucha durísima que libró contra un complejo de fuerzas retrógradas decididas a interrumpir esta marcha. La misma enorme expansión que va a experimentar la actividad pública a partir del

¹ O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 30 (la obra había aparecido por primera vez bajo el título *Le guarentigie della legalità nella pubblica amministrazione*, en 1921).

² *Ibidem*.

³ *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914 (pero la primera edición es de 1900), p. 612 (N. de los TT.: Existen diversas traducciones al castellano de esta obra de Jellinek; entre las más recientes: *Teoría general del Estado*, traducida de la 2ª edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Montevideo/Buenos Aires, 2005). Se trata, de todos modos, de un concepto ya comúnmente en circulación desde la primera mitad del Ochocientos (cfr. por ejemplo L. M. A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1848, vol. I, p. 13: «l'administration c'est le gouvernement du pays moins la confection des lois et l'action de la justice entre particuliers»).

⁴ Así, de nuevo, RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit.

⁵ Así todavía, entre tantos otros, G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica. Nozione e caratteri generali*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, vol. II, p. 233.

Quinientos en los campos de la *finance* y de la *police*, para expresarnos en el lenguaje de la antigua doctrina francesa (es decir, en el doble frente de la fiscalidad y de la regulación social), es la prueba palpable de que una actividad administrativa de tipo moderno ya existía mucho antes de la edad contemporánea. ¿Cómo negar que Estados capaces de recaudar y de gestionar enormes cantidades de metálico, de armar grandes ejércitos y flotas, de reglamentar minuciosamente la vida económica, religiosa y cultural de los súbditos, no tuvieran ya una pujante vocación administrativa?

Es cierto: hasta la observación más superficial mostraba que los antiguos aparatos se diferenciaban de los contemporáneos en muchos aspectos. En el plano funcional, en particular, era evidente que los titulares de estos nuevos deberes administrativos conservaban casi siempre también amplias atribuciones de carácter judicial, inextricablemente entrelazadas con sus más modernas responsabilidades. Pero esta grave incongruencia con respecto a los modelos organizativos del Ocho-Novecientos era atribuida al carácter notoriamente caótico y no planificado del desarrollo institucional del antiguo régimen, así como a un régimen constitucional como el absolutista que negaba radicalmente el principio de la separación de poderes.

En definitiva, de este modo, tras la ruptura iluminista y revolucionaria se venía a delinear una permanencia decisiva, la de un Estado moderno concebido antes que nada como aparato administrativo. El «Estado de Policía» de los siglos XVII y XVIII era ya el Estado contemporáneo al que sólo le faltaba el legislador liberal para quedar limitado en la extensión indefinida de sus poderes y liberarse de aquellas incrustaciones que la historia había sedimentado sobre su superficie y que le impedían por el momento alcanzar a simple vista la sustancial modernidad.

Si bien en grandísimas líneas, creemos que este rápido balance historiográfico logra representar con bastante acierto la actitud hasta ayer dominante entre los historiadores de las instituciones políticas con relación al problema de las funciones públicas. Actitud, entiéndase bien, que recoge un perfil esencial y absolutamente auténtico del proceso de estatalización, como es la tendencia de todas las organizaciones políticas de la edad moderna a «disciplinar» de manera cada vez más minuciosa y penetrante su espacio de gobierno a través de instrumentos de tipo burocrático. Hoy, sin embargo, la profunda revisión historiográfica que ha embestido la noción misma de «Estado moderno» nos invita a considerar esta sistematización con mayor cautela: poniéndonos en guardia, en todo caso, de sacar conclusiones demasiado apresuradas a partir de las observaciones de aquellas experiencias del Seis-Setecientos que parecen anticipar de modo más explícito los modelos organizativos del siglo XIX. Si es posible extraer alguna lección de las tendencias que han caracterizado la historia institucional de los últimos años, ésta no puede ser otra que la de tener cada vez más en cuenta la profunda divergencia existente entre la concepción de la política propia de la «vieja Europa» y la que, en cambio, se fue consolidando a partir del final del Sete-

cientos⁶. Tal divergencia, por otra parte, es hoy tanto más perceptible en cuanto que en el curso del siglo XX el modelo de Estado administrativo formalizado por nuestros juristas se ha mostrado ampliamente incapaz de contener la complejidad del crecimiento institucional contemporáneo, desvelándose, más bien, en buena medida, como un gran mito cultural⁷. Su ahora ya cumplida historización empuja al estudioso a mirar las formas de Estado que lo precedieron no ya como simples premisas de su realización, sino como experiencias merecedoras de ser comprendidas en sí y para sí, en toda su especificidad y alteridad con respecto al hoy, e incluso capaces de estimular nuestra imaginación en la búsqueda de futuros dispositivos institucionales⁸.

Es tiempo, pues, de que también la historia de las funciones públicas sea repensada desde esta nueva perspectiva, tratando en primer lugar de recuperar en todo su sentido la originaria lógica interna que presidía el funcionamiento de los aparatos del antiguo régimen, y, por tanto, planteándose críticamente el problema de cómo ha nacido la nueva concepción funcional decimonónica, destinada a resistir de un modo tan firme hasta nuestros días.

III. PRIMACÍA DE LO JUDICIAL Y GOBIERNO «POR MAGISTRATURAS» EN LA EUROPA DEL ANTIGUO RÉGIMEN

El dato fundamental del que hay que partir es que prácticamente en toda la Europa preiluminista aquella también voluminosa actividad materialmente administrativa, a la que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, se desarrollaba todavía esencialmente bajo la forma de una gestión judicial del poder⁹. Y ello en continuidad con una experiencia medieval en la que la justicia era la única función jurídicamente «visible», hasta el grado de que, en el lenguaje legal, la noción misma de *potestas publica* se expresaba a través

⁶ Una bella reseña de la historiografía reciente sobre el tema del «Estado moderno» es la ofrecida por L. BLANCO, «Tra «genesi», «crisi», e «fantasmi storiografici»: note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»», en *Storia, amministrazione, costituzione*, II (1994), pp. 259 y ss.

⁷ En lo que respecta a Italia, baste aquí reenviar al conocido trabajo de P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

⁸ Para un testimonio ejemplar de esta nueva sensibilidad historiográfica véase por todos la introducción de A. M. HESPANHA, «Storia delle istituzioni politiche», en AA. VV., *Politica. Enciclopedia tematica aperta*, Milano, 1993, pp. 69 y ss.

⁹ Sobre este carácter tiende a insistir, aunque con diversidad de acentos, toda una parte de la historiografía, sobre todo ibérica: cfr., por ejemplo, una vez más A. M. HESPANHA «Para una teoría de historia institucional do Antigo Regime», en AA. VV., *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, pp. 7 y ss. e *Id.*, «Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução», en AA. VV., *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, 1990, t. I, pp. 135 y ss.; A. DE BENEDICTIS, «Introduzione» a AA. VV., *Giustizia, società e corpi in età moderna*, Bologna, 1994, pp. 11 y ss.; por último, véase también B. CLAVERO, «Amministrazione e costituzione: storiografie a confronto. La lettura spagnola», en *Storia, Amministrazione, Costituzione. Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica* 5 (1997), pp. 263-293.

del término *iurisdictio*¹⁰. Esto no significa, naturalmente, que el cuadro funcional de una monarquía del antiguo régimen fuese lo mismo que un reino feudal o una comuna libre del Doscientos. Es indudable, por ejemplo, que al menos a partir del inicio del Quinientos la actividad del soberano había alcanzado, en el plano teórico, una marcada autonomía con respecto a la esfera del *ius dicere*, configurándose no ya como la «lectura» de un orden jurídico precedente, sino más bien como una libre modificación del mismo, fundada en la voluntad imperativa del príncipe. Y sin embargo, ya esta potestad suprema en apariencia tan cercana a la legislativa de hoy, hasta finales del Setecientos se utiliza normalmente mucho más para satisfacer intereses particulares (asumiendo la forma del rescripto o del *private act*, emanado a instancias del súbdito) que para reformular las reglas generales del ordenamiento; de tal modo que, de hecho, la distancia real entre el poder del soberano y el del juez tiende a reducirse sensiblemente. En definitiva, más «dispensador» que legislador¹¹, el monarca premoderno todavía se presenta como el administrador de una «gracia» que no es otra cosa que una forma superior de justicia.

Pero es sobre todo en el plano de las funciones subalternas donde las grandes novedades del Estado posrenacentista descienden al ámbito de prácticas y de formas de ejercicio del poder manifestamente adheridas a la tradición. La expansión de los deberes públicos durante la edad moderna, de hecho, en vez de dar lugar a la emersión de un nuevo tipo de función ejecutiva distinta de la judicial, provocó más bien una especialización progresiva en el ejercicio de la jurisdicción. El modelo administrativo más o menos común a todos los aparatos centrales del antiguo régimen era el de un gobierno «por magistraturas», caracterizado por el desarrollo de organismos judiciales con competencia específica en cada sector del interés público que se iba agregando a la administración de justicia en sentido propio. Fisco, abastos, sanidad pública, caminos, reglamentación de los oficios, del comercio, de la vida en sociedad y así sucesivamente: para cada uno de estos campos se creaban, a medida que las necesidades lo exigían, uno o más jueces-administradores, más o menos subordinados a las cortes de última instancia o a la jurisdicción de algún consejo soberano, pero todos recíprocamente autónomos. En la periferia, en cambio, donde una sectorialización de competencias de este tipo no hubiera resultado económica, las nuevas atribuciones fueron en su mayoría asumidas por aquellos iusdicentes locales –ya fueran magistrados regios, ciudadanos o comoquiera que fuesen llamados por las organizaciones estamentales– que desde el bajo medioevo tenían jurisdicción general sobre todas las controversias de un territorio dado y que se convirtieron en los agentes responsables de la ejecución de todas las distintas políticas centrales. La longevidad de este modelo de administración jurisdiccional,

¹⁰ Sobre su significado es obligatoria la remisión a P. COSTA, *Iurisdictio. Semántica del potere político nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969; pero véase también ahora P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano, 1995, sobre todo las pp. 130 y ss., con la literatura más reciente allí citada. Hay edición castellana de la obra de Grossi: *El orden jurídico medieval*, Madrid 1996; en este caso, pp. 140 y ss. (N. de los TT.).

¹¹ Tomo prestada esta expresión de A. GUERY, «Le roi dépressieux. Le don, la contrainte, et l'origine du système financier de la monarchie française d'Ancien Régime», en *Annales E.S.C.*, 38, n. 6, novembre-décembre 1984, pp. 1241-1269.

perfeccionado en sus grandes líneas entre el Cuatrocientos y el Quinientos, es verdaderamente asombrosa. En la Península Itálica, en particular, exceptuando en alguna medida el Piamonte de Vittorio Amadeo, que siguiendo el ejemplo francés comenzó a desarrollar a finales del Seiscientos una organización burocrática de tipo protoejecutivo¹², aquel modelo domina todavía sin alternativas el panorama institucional de todos los Estados hasta la mitad del siglo XVIII. Y si bien es cierto que gran parte del debate de los años setenta-ochenta del Setecientos se centró en la necesidad de reestructurar radicalmente los aparatos públicos, en la práctica sólo la Lombardía de José II logró crear en 1786 una maquinaria administrativa de tipo realmente moderno antes de la llegada de los ejércitos franceses y del advenimiento del modelo napoleónico¹³.

Ahora bien, a pesar de que ya en el pensamiento reformador esta endémica conmixción institucional fuese asumida como símbolo de la irracionalidad y de la improvisación del viejo edificio público¹⁴, respondía en realidad a una rigurosa lógica interna, tal como nos lo muestra puntualmente toda la cultura jurídica tradicional de la edad moderna, que fue durante largos siglos la auto-asumida conciencia y la principal garante de aquel edificio.

Según esta literatura¹⁵, la organización de cualquier aparato de gobierno debe necesariamente adecuarse a un principio basilar: aquel según el cual es inconcebible que cualquier súbdito sea obligado a hacer o a soportar alguna cosa en contra de su propia voluntad (aunque sea en nombre del interés público) sin haber sido sometido previamente a un proceso regular, o al menos sin que se le haya reconocido la posibilidad de abrir un debate contencioso ante la autoridad que pretende lesionar sus derechos. Contrariamente a la feroz *silhouette* que el liberalismo del Ochocientos hizo del soberano absoluto, éste casi nunca

¹² De tales organizaciones no se tienen aún reconstrucciones comprensivas satisfactorias. Por lo que se refiere a la figura del intendente, que constituye en alguna medida su prototipo más significativo, cfr. GHISALBERTI, «Dall'intendente al Prefetto», en *Id.*, *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, 1963, pp. 8-17; H. COSTAMAGNA, «Pour une histoire de l'«Intendenza» dans les états de terre ferme de la Maison de Savoie à l'époque moderne», en *Bollettino bibliografico subalpino*, LXXXIII (1985), pp. 373 y ss.; *Id.*, «Communautés et pouvoir central: du Comté de Nice au Département des Alpes Maritimes», en AA. VV., *Dal trono all'albero della libertà*, Roma, 1991, vol. I, pp. 421 y ss.

¹³ Sobre este fundamental aunque muy aislado momento de cambio, cfr., entre las cosas más recientes, C. CAPRA, «Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano», y G. KLINGENSTEIN, «Riforma e crisi: la monarchia austriaca sotto Maria Teresa e Giuseppe II», ambos en AA. VV., *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, a cargo de P. SCHIERA, Bologna, 1981; C. MOZZARELLI, «Le intendenze politiche della Lombardia austriaca (1786-1791)», en AA. VV., *L'organizzazione dello Stato al tramonto dell'antico regime*, a cargo de L. DE LORENZO, Milano, 1990, pp. 61 y ss.

¹⁴ A este respecto, cfr., por ejemplo, los comportamientos de la clase dirigente lorenese reconstruidos por B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, 1991, pp. 44 y ss.

¹⁵ Que ha sido ya analizada con más detenimiento de lo que es posible hacerlo aquí en nuestros dos trabajos precedentes, a los que se remite para cualquier ulterior profundización: L. MANNORI, «Per una «preistoria» della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990) pp. 323 y ss.; *Id.*, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI - XVIII)*, Milano, 1994, en especial pp. 408-426.

agredió frontalmente los fundamentos del *Justizstaat* bajomedieval. Lo que hizo fue incardinar su nueva autoridad personal en el vetusto edificio heredado de los siglos precedentes, afirmando su derecho a derogar el *ius inventum*, a revisar a su antojo todas las decisiones de los magistrados subordinados y tal vez a interferir libremente en su actividad. Pero esto no incidió a fondo en la cualidad sustancial (por así decir) del poder, que en su esencia permaneció fiel a la propia definición medieval. Poder de juzgar y poder de mandar, así, siguieron siendo inseparables, tanto en la práctica como en la perspectiva teórica. El oficial que hipotéticamente hubiese sido titular de un poder de mando, pero sin jurisdicción alguna, se representaba en la conciencia del antiguo régimen como una verdadera monstruosidad jurídica. Si hubiese existido algo así habría sido, según un célebre jurista lombardo, *potius Executor, et Carnifex, quam Magistratus*¹⁶. Así como al iuspublicista decimonónico le parecerá absolutamente obvio que los aparatos administrativos de su época sean depositarios de una autoridad unilateral de mando y de disposición, para la doctrina del antiguo régimen se daba por descontado que la única potestad civil legítima era aquella *melée de la juridiction e inherente inseparablement de la juridiction* (como se expresa un iurisperito de la talla de Charles Loyseau, al que con razón se considera uno de los grandes teóricos del absolutismo moderno)¹⁷. Se comprende, entonces, cómo desde esta óptica parecía absolutamente normal —e incluso ineludible— que la autoridad para repartir y exigir un impuesto abarcara en primer lugar el derecho de resolver los recursos contra su distribución; que la facultad de ordenar la reparación de las calles se configurase como un corolario de la jurisdicción sobre vialidad y urbanismo; que el poder de reglamentar el uso de las aguas se presentase como un elemento accesorio de la competencia sobre el contencioso correspondiente; que la potestad de dictar ordenanzas de abastos no se pudiese atribuir a otro que al magistrado capaz de juzgar sobre las controversias entre vendedores de provisiones y consumidores, y así sucesivamente. La misma actividad de los magistrados desplegada de oficio con el fin de satisfacer intereses de carácter colectivo estaba integralmente sujeta a los principios del proceso, en el sentido de que, al menos en principio, el oficial no podía forzar al súbdito recalcitrante a obedecer su orden (de pagar la tasa, de conformarse con el precio oficial, de padecer la expropiación, de despejar la calle) sino después de haber verificado en sede procesal que la prestación impuesta era conforme a la ley o a la costumbre, y garantizando, así, al afectado, todas las posibilidades de intervenir que el *ordo iudiciorum* le reservaba para cualquier controversia con otro particular. Sólo cuando la orden se hubiese transformado en una verdadera decisión judicial —es decir, en una declaración auténtica y definitiva de lo que era derecho— podía adquirir fuerza ejecutoria, salvo que, como a menudo acontecía, normas especiales o prácticas consolidadas permitiesen a los magistrados *incipere ab executione* (en cuyo caso, sin embargo, sus medidas extrajudiciales eran totalmente provisionarias, teniendo la misma naturaleza que la de las ordenanzas cautelares que todavía hoy los jueces están habilitados a dictar en ciertos casos, para evitar que el curso de la justicia se torne ineficaz a causa de su propia lentitud). La persona pública, pues, que no tuviese el derecho de juzgar

¹⁶ J. MENOCHIO, *De iurisdictione, imperio et potestate eclesiástica et saeculari*, Venetiis, 1609, p.7.

¹⁷ *Cinq Livres du droit des Offices* (1608), en *Id., Les Oeuvres*, Paris, 1640, pp. 65-72.

no tenía ni siquiera la capacidad de obligar a los súbditos a obedecer sus órdenes. Es decir, no era titular de ninguna porción de poder público en sentido jurídico.

Va de suyo que este esquema no era el producto de una ideología «garantista» o «liberal». La posibilidad de aplicar adjetivos de este tipo a la práctica administrativa del antiguo régimen está excluida de raíz antes que nada por el hecho de que la farragosa, incierta y costosísima maquinaria judicial premoderna tutelaba mal a cualquiera y, en todo caso, no tutelaba en absoluto a quien estuviese privado de las relevantes capacidades sociales y económicas necesarias para ponerla en movimiento. Para la práctica totalidad de los súbditos, que no tenían la posibilidad efectiva de soportar un proceso mediante el cual verificar la legalidad de lo que los aparatos pretendían de ellos, las simples órdenes de los magistrados tenían el mismo carácter definitivo que las propias y verdaderas sentencias. Ni el hecho de que los procedimientos administrativos estuviesen revestidos de una forma judicial era indicio de voluntad específica alguna, por parte del ordenamiento, de proteger los derechos del individuo con respecto a la autoridad pública. Simplemente, en una sociedad pluralista como la del antiguo régimen, que atribuía prioritariamente al poder público el deber de conservar el equilibrio recíproco entre sus diversos componentes corporativos y el de tutelar los derechos originarios de cualquiera de ellos, era inevitable que también la actividad dirigida a satisfacer intereses colectivos asumiera un carácter formalmente contencioso. El encauzamiento de un río, implicando el reparto de las cargas correspondientes entre las familias o los cuerpos cívicos beneficiados con la obra, no podía tener lugar sin dar a cada uno de ellos la posibilidad de defenderse con respecto a los propios vecinos excesivamente favorecidos. La promulgación de un catastro fundiario, con el consiguiente problema del equitativo reparto fiscal entre los contribuyentes, requería que a cada uno de ellos le fuera previamente garantizado el derecho de exponer por vía judicial sus propias reclamaciones contra los otros. Ni siquiera la expropiación de un área para construir una obra de interés público podía tener lugar, en rigor, antes de que el potencial expropiado hubiese tenido modo de objetar la elección del sitio o la existencia de la utilidad pública, llamando eventualmente al proceso a otros propietarios. En suma, desde el momento en que cada elección de gobierno se manifestaba como la distribución de ciertos sacrificios y ventajas entre los coasociados, como la composición de un conflicto horizontal de intereses, para los hombres del antiguo régimen era natural que esta actividad fuese reabsorbida completamente por la jurisdiccional. Más aún, en esencia, todas las instituciones supracorporativas se presentaban no tanto como titulares de poder, cuanto como dispensadoras de justicia; y justamente de ahí –de esta capacidad de declarar de manera auténtica el verdadero tenor del «derecho de la tierra»– obtenían su legitimación.

Esta concepción panjudicial del gobierno bien puede ser considerada como uno de los grandes rasgos comunes de las organizaciones europeas del antiguo régimen, todavía capaz de superar, en concreto, la brecha (que ya es clarísima en otros aspectos) entre el mundo anglosajón y el mundo continental. La diferencia entre un *Podestà* pontificio, lombardo o toscano y un *Justice of Peace* inglés, todo lo abismal que se quiera si se la considera en

función de la naturaleza del oficio o de la relación con sus respectivos contextos sociales, se desvanece en gran medida cuando se observa la calidad del poder y el tipo de funciones que les son asignadas. Desde este punto de vista, todos los personajes mencionados eran, ante todo, titulares de una jurisdicción general dentro de un determinado territorio; y, justamente, esta facultad de «decir» el derecho vigente en ese espacio les confería el poder de proveer a todas las necesidades de esa porción del mundo encomendada a su cuidado, ya se tratase de componer un litigio entre vecinos o de ordenar la reparación de un puente, de castigar al autor de un hurto o de organizar una colecta para obtener una ayuda en favor de los pobres de la villa. En el universo mental premoderno, el proceso lógico que presidía la realización de todas estas actividades seguía siempre las mismas fases: a) descubrimiento de una norma (escrita, consuetudinaria o jurisprudencial, no importa cómo de genérica) que prescribe a los coasociados observar una determinada conducta (respetar a los vecinos, no robar, mantener transitables los puentes, asistir las necesidades de los pobres); b) constatación de una violación de la norma; c) adecuación de los comportamientos de los súbditos a la prescripción normativa por medio de una providencia coactiva idónea. Tal providencia dependía, en todo caso, de la comprobación de una situación de derecho, y como tal, su confección estaba de igual modo sometida a las formalidades procesales.

La naturaleza esencialmente judicial del poder, especialmente evidente en las experiencias con más débil vocación administrativa, todavía puede percibirse en el seno de las grandes *monarchies administratives*. Quien observe sin prejuicios estatistas el aparato de la vieja Francia, por ejemplo, encontrará que el endémico conflicto entre la *gens de robe* propietaria de sus oficios y la nueva burocracia comisarial a las órdenes del rey, no se presentaba exactamente como una lucha entre «justicia» y «administración», sino más bien como una lucha entre *justice deleguée* y *justice retenue*¹⁸. Por una parte estaban los detentadores ordinarios y permanentes de la jurisdicción; por la otra, los que la ejercitaban en alguna porción, directamente en nombre del soberano y que podían ser removidos por él en cualquier momento. Pero siempre se trataba de jurisdicción: el intendente derivaba su autoridad en materia fiscal y de policía del propio derecho a conocer de los litigios correspondientes con exclusión de cualquier corte de justicia; el mismo Consejo del Rey era antes que nada la corte de justicia del soberano; y el choque entre el monarca y los Parlamentos se resolvía a golpes de avocaciones, es decir a través de instrumentos de tipo estrictamente procesal. Por lo demás, todavía a finales del antiguo régimen, cuando finalmente el término «administración» usado sin adjetivos comienza a adquirir su especificidad en el léxico iuspolítico¹⁹, éste sigue evocando principalmente una actividad de gestión económica, de dirección y de control desprovista de una verdadera y propia capacidad coercitiva autónoma. La doctrina francesa del Setecientos tardío hace notar que:

¹⁸ En este sentido, S. MANNONI, «*Une et indivisible*». *Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milano, 1994, vol I, cap. I.

¹⁹ Sobre este punto, cfr. por todos J. L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, p. 165.

«L'administration veille, avertit, ordonne, défend, se fait obéir par la seule autorité des règlements qu'elle présente et auxquels on ne fait pas de difficultés d'obéir. La juridiction au contraire juge et contraint. La première n'a de force coactive que dans le cas où le bien public exige que la provision soit accordée à l'exécution de ses ordres ; mais la seconde n'est jamais séparée de la force coactive qui fait son essence»²⁰.

Para atribuir, entonces, a sus «administradores» un poder público autosuficiente, el rey está obligado a conferirles una porción de su autoridad jurisdiccional.

IV. CONSTITUCIÓN Y CRISIS DEL EQUILIBRIO DECIMONÓNICO

De esta manera, la larga crisis institucional que se abre con el período del absolutismo iluminado y que se cierra sólo con la edad napoleónica, no se limitó simplemente a separar entre sí ciertas tipologías funcionales que existían ya de antes. Hizo mucho más, quebrando definitivamente la imagen omnicompreensiva y legalista del poder perpetuada por la tradición e introduciendo en su lugar dos tipos de autoridades totalmente nuevas, la judicial y la administrativa; la primera consistente en aplicar la ley a los casos contenciosos, la otra dirigida a la promoción del interés público bajo las órdenes del gobierno. Por un lado encontramos así formalizada por primera vez la existencia de un poder coercitivo y dispositivo completamente autónomo respecto a la declaración del derecho, e intrínsecamente «político» en tanto que instrumental para la realización de los fines empíricos del Estado. Por otro lado, al prohibir a los tribunales «*de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs*» (según las palabras de la célebre ley revolucionaria de agosto de 1790), los nuevos legisladores declaran efectivamente el fin de todo gobierno de jueces. Como apreciaba Tocqueville, poniéndole voz a un malestar difundido entre sus coetáneos, el nacimiento del poder judicial contemporáneo coincide con la pérdida de su capacidad para gobernar aquellos sectores de las relaciones sociales que poseen una más clara valencia política y que, por lo tanto, en cierto sentido, habrían debido gozar de una tutela más intensa de acuerdo precisamente con el mismo credo liberal²¹.

Los hombres del Ochocientos fueron siempre plenamente conscientes de esta última paradoja y trataron de solucionarla a través de la nueva categoría conceptual constituida por la justicia administrativa. De esta categoría no trataremos ni siquiera remotamente, porque no lo pretende la economía del presente trabajo y porque cualquier examen de los problemas conectados con esa cuestión requeriría un espacio que aquí no tenemos. Baste

²⁰ Así, por ejemplo D. JOUSSE, *Traité de la juridiction des Trésoriers de France, tant en matière de domaine et de voyrie que de finance*, Paris, 1777, vol. I, pp. 214-215.

²¹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, trad. a cargo de Luis R. Cuellar, México-Buenos Aires, 1957, p. 627.

señalar que, al contrario de cuanto todavía hoy la historiografía tiende a sugerir, la justicia administrativa decimonónica es conceptualmente un fenómeno separado totalmente de aquella «administración en forma de justicia» que existía en la época precedente. Aquella es actividad judicial (desarrollada por organismos internos de la administración) que tiene por objeto una actividad administrativa ya en sí perfectamente concluida y autosuficiente; tanto que todavía hoy se puede imaginar muy bien una administración estatal *sin* una justicia administrativa, mientras que, como se ha visto, todo el sistema de gobierno premoderno se basaba en una conmixión estructural entre administración y justicia. La justicia administrativa es, en realidad, el principal correctivo que el Estado liberal ha introducido para poner remedio al divorcio entre la protección de los intereses generales y la justicia; divorcio que él mismo declaró, poniendo fin a la larga tradición precedente. Esto explica la enorme (incluso desproporcionada) relevancia que el tema de la justicia administrativa viene a ocupar en el debate constitucional del Ochocientos, presentándose como el expediente mediante el cual el ordenamiento trata de compensar la pérdida de aquella juridicidad intrínseca que había caracterizado con anterioridad la acción de los aparatos, tranquilizando así la propia «mala conciencia». La justicia administrativa tiene naturaleza accesorio en el nuevo sistema, que encuentra, en cambio, su esencia, en la separación entre administración y justicia ordinaria.

Sobre lo que debemos a lo sumo interrogarnos en este punto es acerca de los motivos que han conducido a esta definitiva y recíproca autonomización de la justicia y la administración después de tan largo connubio.

Entre estos motivos, se adscriben en primer lugar las causas generales que determinaron la crisis de las viejas monarquías continentales, como Estados fundados sobre la base de una cogestión del poder por parte del soberano y de la sociedad corporativa. El gobierno por magistraturas era un componente clásico de este equilibrio. Aun prescindiendo de la extracción aristocrática que caracterizaba en casi todas partes a los viejos magistrados y del enorme grado de independencia del que a menudo gozaban con respecto a sus príncipes, la mera circunstancia de que gobernaran por medio de técnicas de carácter judicial los convertía en los garantes naturales de los derechos adquiridos y de la inmunidad de los cuerpos privilegiados. El abandono del paradigma del juez-administrador se conecta entonces estrechamente con el fin del antiguo pluralismo y el nacimiento de una sociedad civil moderna, compuesta por simples individuos. En este sentido, ello representa sin duda el desenlace de una tensión que es tan antigua como la monarquía absoluta, esta institución eternamente ocupada en ganarse una autonomía frente a los viejos cuerpos con los que también está aliada, intentando por todos los medios crearse aparatos más dóciles que aquellos que la tradición le ofrece²². En segundo lugar, a reducir el diámetro de las competencias judiciales contribuye no sólo la definitiva afirmación de un poder antagonista como el administrativo-

²² Brevemente y por todos, véase el perfil de la monarquía francesa ofrecido por Michel ANTOINE, «La monarchie absolue», en AA. VV., *The political Culture of the Old Regime*, a cargo de K. M. BAKER, Oxford, 1987.

ejecutivo, sino ciertamente también la nueva conciencia de la función jurisdiccional que se extendió en el curso del Setecientos. La antigua *iurisdictio* de derivación medieval podía englobar aquella gran variedad de funciones, recordadas en el párrafo precedente, en la medida en que le resultaba completamente indiferente el modo en el que el juez llegaba a extrapolar del derecho objetivo la norma destinada a regular el caso concreto. El hecho de que aquella norma pudiese ser absolutamente genérica, y que muy a menudo adquiriese un contorno preciso sólo gracias a su declaración por parte del juez no parecía en absoluto incompatible con la naturaleza de la función jurisdiccional. Al contrario, el *ius dicere* era, en su misma definición teórica, una actividad eminentemente creativa, fundada en la natural capacidad del iudicente para investigar libremente la solución más equitativa para los intereses sociales sobre los que debía decidir²³. En un contexto, entonces, en el que la invocación al derecho objetivo funcionaba más como fundamento legitimante de la decisión judicial que como límite real a la discrecionalidad de quien la emitía, nada impedía reincluir también en el ámbito de la jurisdicción la asunción de todas aquellas decisiones que, por su naturaleza, estaban más ligadas a las valoraciones de oportunidad que a la aplicación de normas de algún modo formalizadas. En cambio, en el momento en el que se abrió camino la concepción del *jugement-sillogisme* y el juez se encontró cada vez más vinculado a la ley positiva, su papel resultó cada vez menos compatible con la solución de aquellos conflictos sociales no gobernables por medio de reglas bien definidas –como eran justamente muchos de los relacionados con los intereses colectivos. La gestión de estos conflictos comenzó entonces a presentarse como algo radicalmente extraño al espectro funcional de la jurisdicción, precisamente porque implicaba una potestad discrecional que al nuevo juez *bouche-de-la-loi* ya no se le reconocía y que, en cambio, se consideró típica sólo de los depositarios del poder político y de sus agentes inmediatos.

Tendencias centralizadoras y «neutralización» de la función jurisdiccional –en definitiva, dos facetas de la misma crisis del viejo orden– son los factores más evidentes que están detrás del eclipse de la administración judicial; pero ciertamente no fueron los únicos. Basta pensar que también el mundo anglosajón, que no experimentó ninguno de los fenómenos referidos y que en cierta manera conserva aún hoy los trazos de un «gobierno de jueces», en el curso del Ochocientos vio palidecer poco a poco la figura del juez-administrador de viejo corte. En especial en Inglaterra, a partir de la reforma del gobierno local de 1834-35, poco después de la primera ampliación del sufragio, aquel juez de paz sobre el que se había sustentado durante siglos toda la administración periférica del reino comenzó a perder competencias en favor de una variedad de organismos de naturaleza declaradamente no judicial, hasta que, con la última serie de reformas de los años ochenta y noventa, se encontró

²³ A partir de Irnerio –recordamos– la *iurisdictio* es representada tradicionalmente como la «*potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae*» donde *aequitas* significa «*rerum convenientia quae paribus causis paria iura desiderat*» (cfr. nuevamente Grossi, *El orden jurídico medieval*, cit. p. 180).

prácticamente despojado de toda atribución administrativa²⁴. Personaje emblemático del mundo administrativo premoderno, el *Justice* no fue víctima de ningún furor centralista, sino más bien, por un lado, de la gradual democratización de la vida pública inglesa, que impuso dar mayor espacio a los órganos representativos locales, y por el otro, de la *revolution in government* engendrada por la sociedad industrial²⁵, que hizo ineludible afrontar la marea creciente de las nuevas necesidades colectivas por medio de instituciones más ágiles y mejor equipadas en el aspecto de la *expertise* que los antiguos magistrados honorarios. El Ochocientos británico, pues, da muy bien testimonio de los límites intrínsecos de una administración de tipo judicial, demasiado vinculada con la sociedad arcaica que la había generado como para resistir por mucho tiempo los desafíos de la contemporaneidad.

No hay ninguna duda, por ello, de que el surgimiento de una función propiamente ejecutiva y la paralela reconducción de la actividad judicial dentro de los límites que aún hoy le son propios obedezcan a motivaciones profundas y de larga duración.

Lo que impacta, más bien, es la enorme importancia que el nuevo poder administrativo logró rápidamente adjudicarse en la economía conceptual de los Estados del Continente. Después de haber teorizado y defendido durante tanto tiempo la necesaria implicación recíproca entre el poder de mandar y el poder de juzgar, ya al inicio del siglo XIX encontramos que nuestros juristas se han convertido completamente y proclaman la autonomía de la administración con respecto a la justicia como si se tratase de un dato totalmente obvio. «*L'organisation intérieure de toute société politique repose sur deux bases principales: l'administration et la justice*», —escribe por todos Henrion de Pansey, uno de los más importantes magistrados franceses del período napoleónico y de la Restauración— «[...] *Et ces deux pouvoirs, distincts par leur nature, doivent toujours être séparés*»²⁶. *Administrer c'est agir*, remarcan los primerísimos manuales de derecho administrativo²⁷, o sea, cumplir

²⁴ Para ser precisos, el momento final de este proceso coincide con la aprobación del *Local Government Act* de 1888, que transfirió las competencias de los *Justices* a los nuevos Consejos de condado de carácter electivo. Para una primera orientación sobre este hecho, K. B. SMELLIE, *A History of Local Government*, London, 1946; C. H. WILSON, «The foundations of Local Government», en VV.AA., *Essays on Local Government*, Oxford, 1948, pp. 1 y ss.; J.S. HARRIS, *British Government Inspection as a Dynamic Process. The Local Services and the Central Government*, New York, 1955; B. OSBORNE, *Justice of the Peace for the Counties of England*, Shaftesbury, 1960, pp. 209 y ss.; D. FRASER, *Power and Authority in the Victorian City*, Oxford, 1969.

²⁵ La expresión se ha popularizado gracias a un estudio muy conocido de O. MACDONAGH, «The Nineteenth-century Revolution in Government: a Reappraisal», en *The Historical Journal*, I (1958), pp. 52 y ss.

²⁶ P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Bruxelles, 1830, p. 200 (se trata de la reedición de una obra aparecida por primera vez en 1810 bajo el título *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, título después cambiado por el anterior, a partir de la segunda edición de 1818).

²⁷ Así, en concreto, el de Louis PORTIEZ, *Cours de législation administrative dans l'ordre correspondant à l'harmonie du système social, et à tous les points de l'existence civile et politique des individus*, Paris, 1808, t. I, p. XXXI. Sobre este texto véase en la actualidad J. L. MESTRE, «Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le 'Cours de législation administrative' de Portiez de l'Oise (1808)», en *Revue française de droit administratif*, IX (1993), pp. 239 y ss.

«aquella serie de acciones que interesan a toda una sociedad política»²⁸ «[...] para las cuales el Soberano recoge y difunde la fuerza social según los principios de la constitución»²⁹; mientras, la jurisdicción es reducida al rol de una actividad de naturaleza eminentemente intelectual, consistente en declarar, en los casos particulares, lo que la ley ha previsto en términos generales.

Tocqueville tenía mucha razón al sentirse fuertemente impactado por esta nueva literatura³⁰. Hasta unos pocos años antes la administración pública era un concepto casi extraño al imaginario jurídico, y de pronto se había convertido en «*l'action vitale du gouvernement*», la que «*pourvoit sans cesse à la surété générale, au maintien de l'ordre public et à la satisfaction de tous les autres besoins de la société*»³¹, esto es, en la parte indefectible de la actividad estatal. El Estado, a su vez, se ha convertido en un organismo esencialmente *agissant*, que no se limita a garantizar cierto equilibrio social, sino que es portador de proyectos propios y de propios fines autónomos. Ya en las todavía modestas páginas de estos protoadministrativistas encontramos claramente enunciado el principio según el cual el poder administrativo no es en absoluto «imparcial», «objetivo», «equidistante» con respecto a los diversos intereses sociales, sino que está dirigido únicamente a la satisfacción del interés del Estado como persona jurídica exponente de los intereses de toda la colectividad. El Estado administra la cosa pública con una actitud psicológica que es exactamente la misma que la del particular ocupado en atender sus propios asuntos, con la diferencia de que en el curso de tal actividad este último sólo puede negociar, mientras que el Estado da órdenes. La administración se ha convertido así en algo *ontológicamente* distinto de la justicia, en la medida en que encuentra en la ley antes el límite externo a su facultad de operar que un precepto para actuar positivamente. Al mismo tiempo, desde que resulta equiparada a la potestad judicial, a la administración se le reconocen del modo más natural los mismos poderes de supremacía de los que en el viejo orden sólo habían gozado los titulares de la jurisdicción. De esta equiparación, la praxis decimonónica pronto extraerá *de plano* la consecuencia de que los actos administrativos tienen una fuerza ejecutoria totalmente similar a las sentencias judiciales, pudiendo ser aplicados coactivamente aun cuando los destinatarios se opongan, sin necesidad de ver confirmada su legalidad en sede jurisdiccional (principio que aún no se encuentra formalmente enunciado en la legislación de la edad revolucionaria y napoleónica). Y desde el inicio la jurisprudencia establecerá,

²⁸ G. D. ROMAGNOSI, *Institución di diritto amministrativo*, Milano, 1814, p. 1 (texto después destinado a conocer varias ediciones a partir de 1832 bajo el título de *Principi fondamentali del diritto amministrativo*).

²⁹ G. MANNA, *Il diritto amministrativo nel Regno delle Due Sicilie. Saggio teoretico, storico e positivo*, Napoli, 1840, parte I, p. 61, que completa así justamente la definición romagnosiana recién citada. La de Manna es la exposición elemental de derecho administrativo más famosa en el ámbito de la literatura preunitaria: sobre ella, O. ABBAMONTE, *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, 1991.

³⁰ Pensamos en particular en su célebre recensión al *Cours d'administration et de droit administratif* de Louis Marie ANTOINE MACAREL, que fue quizás el más célebre manual del género de la primera mitad del Ochocientos. Sobre este escrito, cfr. en concreto A. M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, Firenze, 1989, pp. 271 y ss.

³¹ De este modo precisamente MACAREL, *Cours de droit administratif*, cit., vol. I, p. 13.

con igual naturalidad, el derecho de la administración a resolver autónomamente, con exclusión de los tribunales, el propio contencioso con los administrados, destacando que «*juger l'administration, c'est encore administrer*» (otro principio probablemente extraño a las intenciones originarias de los hombres de la Revolución)³².

Estos y otros caracteres autoritarios, de origen mucho más doctrinal y jurisprudencial que legislativo, permanecerán por largo tiempo en la base de las administraciones continentales. Sistematizados en su forma más armónica por la cultura jurídica de la tardía edad liberal, estos caracteres proveen aún hoy al jurista las coordenadas fundamentales para la lectura del fenómeno administrativo. Enfatizando al máximo el papel de la administración como poder originario, han contribuido potentemente a reforzar también, en la conciencia civil común, el convencimiento ya evocado más arriba, según el cual la potestad administrativa no sólo tendría un estatuto intrínsecamente distinto de los otros tipos de funciones, sino que constituiría el corazón de la estatalidad. El poder estatal es capacidad de mando, asegura nuestra tradición iuspublicista; y como la orden administrativa es estructuralmente la más simple (¿qué hay más elemental que una orden o una prohibición dirigida a un individuo determinado y orientada a satisfacer el interés de quien la emite?) constituye el arquetipo del poder público. Jurisdicción y legislación son formas de imposición más sofisticadas y en definitiva no tan esenciales para la supervivencia del cuerpo político. De los tres poderes, es el ejecutivo aquel del que el Estado moderno no podría prescindir.

El carácter eminentemente ideológico de esta representación se revela en todo su espesor cuando se lo confronta con la sistematización que ha recibido la actividad administrativa en el mundo anglosajón. Aun habiendo postergado mucho, en comparación con la experiencia continental, la introducción en sus ordenamientos de autoridades administrativas provistas de amplios poderes prescriptivos y sancionadores, tanto Inglaterra como los Estados Unidos se vieron obligados a recurrir a ellas en dosis cada vez más fuertes para hacer frente a la demanda de mayor regulación y control generada por la segunda industrialización y, consecuentemente, por los grandes problemas socioeconómicos de la primera mitad del siglo XX³³. No obstante, la cultura institucional angloamericana, desarrollada sin solución de continuidad con respecto al antiguo modelo del Estado jurisdiccional, siempre ha rechazado conceptualizar la administración según los estándares habituales para nosotros. Al contrario, dicha cultura resultó afectada por una especie de síndrome

³² Sobre esta máxima, que la mayor parte de la historiografía especializada sitúa en la base del sistema de la justicia administrativa francesa, siguen siendo fundamentales los trabajos de P. SANDEVOIR, *Études sur le contentieux de pleine juridiction*, Paris, 1964, y de J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.

³³ En el ámbito de una literatura obviamente vastísima, véase por ejemplo para Inglaterra D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, 1960; H. PARRIS, *Constitucional bureaucracy. The development of British Central Administration since the Eighteen century*, London, 1969; O. MACDONAGH, *Early Victorian Government (1830-1870)*, London, 1977. Para los Estados Unidos una visión de conjunto la ofrece S. SKOWRONEK, *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities 1877-1920*, Cambridge, 1982; siempre en un plano general véase también el volumen compilatorio *A Centennial History of the American Administrative State*, a cargo de R. C. CHANDLER, New York, 1987.

inverso con respecto al que ha sacudido el Continente desde los inicios del Ochocientos; en el sentido de que aun cuando la administración alcanzó una innegable autonomía con respecto a la justicia como consecuencia de las exigencias objetivas de una sociedad que ya no admitía ser gobernada sólo por jueces, los observadores siguieron viendo al Estado, en buena medida, como un espacio de sólo dos dimensiones, la legislativa y la jurisdiccional. Como se sabe, esta negación radical del poder administrativo fue superada gradualmente en el curso de los primeros decenios del Novecientos³⁴, y hoy es sólo un recuerdo histórico. Sin embargo, no hay dudas de que el comportamiento del jurista del *common law* hacia la administración continúa siendo abismalmente distinto con respecto al que es propio de la cultura jurídica continental. Piénsese (sólo por citar una circunstancia emblemática) que todavía hoy en el centro del debate constitucional estadounidense encontramos un tema ante el cual el observador continental debe hacer un esfuerzo para contener la sonrisa: el relativo a la mayor o menor legitimidad del poder administrativo nacional. Por mucho que el gobierno federal aparezca dotado desde hace mucho tiempo de un aparato administrativo que ha alcanzado dimensiones gigantescas, y cuyos poderes de supremacía son más o menos equivalentes a los de nuestras administraciones, los iuspublicistas americanos no dejan de preguntarse angustiosamente por su derecho de ciudadanía en el ordenamiento de los *States*: y ello debido al hecho de que los intérpretes no encuentran rastros de algo así en el texto constitucional de 1787³⁵. La constitución, ciertamente, formaliza la existencia de un «poder ejecutivo» y lo hace netamente autónomo del legislativo y del judicial. Pero mientras que en el Continente es obvio para cualquiera, de doscientos años a esta parte, que el «poder ejecutivo» comprende antes que nada la potestad administrativa –entendida como capacidad del gobierno y de sus agentes de comprimir de diversas maneras la esfera individual para realizar intereses públicos–, la cultura anglosajona lee en dicha expresión algo completamente diferente. Lee lo que leían Locke y Blackstone, Montesquieu y los *Founding Fathers*, es decir, hombres que vivieron *antes* de la afirmación histórica de la administración, y que incluso habían contemplado su proceso de consolidación como una inminente calamidad. Para esos personajes el «poder ejecutivo» era, antes que nada, *la puissance executrice des choses qui dependent du droit des gens* (según la definición del

³⁴ En Inglaterra este proceso coincidió con el progresivo reconocimiento de un derecho administrativo autóctono, cuya existencia había sido no sólo refutada sino también declarada absolutamente incompatible con el sistema constitucional británico por Dicey y por sus numerosos seguidores (para un replanteamiento reciente de la situación, S. CASSESE, «Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990), pp. 5 y ss.). En América el debate legal engendrado por la emersión del Estado administrativo ha sido menos dramático, pero siempre muy vivaz. Una reconstrucción en la actualidad en M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, cap. IV.

³⁵ Cfr., por ejemplo, A. T. VANDERBILT, *The Doctrine of the Separation of Powers and its Present-day Significance*, Nebraska, 1953; J. O. FREEDMAN, *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*, Cambridge 1980; P. L. STRAUSS, «The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch», en *Columbia Law Review*, LXXXIV (1984), pp. 573 y ss.; J. A. ROHR, *To Run a Constitution. The Legitimacy of the Administrative State*, Lawrence 1986; AA.VV., *The American Constitution and the Administrative State: Constitutionalism in the late 20th Century*, a cargo de R. J. STILLMANN, Lanham-New York-London, 1989, en particular estudios n. 2 y n. 8.

Esprit des Loix), esto es, la facultad de actuar en nombre del Estado en las relaciones exteriores³⁶. A esto luego se le agregaba, por supuesto, la titularidad de las fuerzas materiales para ser también usadas en las relaciones internas cada vez que fuese necesario. Pero ello no autorizaba en absoluto a los representantes del ejecutivo a disponer discrecionalmente de los bienes y de las facultades de sus súbditos; y aún más, la teoría separatista, en su versión originaria, estaba justamente dirigida a conjurar un peligro de ese tipo. Para quien vivía en el ámbito de un Estado jurisdiccional y era bien consciente de sus valores, el derecho de incidir en la esfera subjetiva de los gobernados no podía sino presentarse como propio sólo del poder judicial, debiendo la autoridad ejecutiva únicamente poner su brazo a disposición del juez para garantizar las ejecuciones de sus decisiones³⁷.

Manteniéndose, por tanto, fiel a esta interpretación ortodoxa de la separación de poderes, el mundo anglosajón trató desde el primer momento de superar el obstáculo que le suponía el desarrollo sobrevenido de la administración, sometiendo el ejercicio de su autoridad a las mismas reglas características del mundo judicial. Tal solución, por otra parte, se produjo en cierta medida naturalmente; o quizás deberíamos decir *inevitablemente*, si se piensa precisamente que la cultura jurídica de esta parte del mundo no disponía de un espacio conceptual autónomo en el que colocar la actividad administrativa. Desde el momento en que el poder administrativo tendía a producir efectos análogos a los que son propios de las decisiones judiciales, limitando en diversa medida las libertades de los coasociados, pareció obvio que a esta identidad de eficacia debía corresponder una identidad de calificación y, por lo tanto, de módulos operativos. Por ello los actos imperativos de las autoridades administrativas fueron definidos como *judicial* o *quasi-judicial* y equiparados en distintos aspectos (comenzando por las impugnaciones) a los jurisdiccionales³⁸; el *iter* para emitirlos asumió desde el comienzo una connotación semiprocesal, abriéndose a la

³⁶ Lib. XI, cap. VI (*De la constitution d'Angleterre*). A su vez, el poder judicial viene coherentemente definido como el de ejecutar las cosas que dependen del *droit civil*, entendido no como derecho «privado» (categoría inexistente todavía en la época) sino, mucho más ampliamente, como todo el derecho relativo a las relaciones internas.

³⁷ Este carácter esencialmente «factual» del poder ejecutivo parece compartido también por aquellos constitucionalistas dieciochescos que se separan en otros aspectos de la sistematización montesquiana arriba recordada. Por todos, cfr. el abad GENOVESI, quien aun objetando que el «ejecutar» la ley pudiera coincidir con la política exterior, concluye que por medio de la potestad legislativa «el soberano o el magistrado hace las leyes», mediante la judicial «juzga las acciones de los ciudadanos según estas leyes» y en virtud de la ejecutiva «*ejecuta su sentencia*» (*Spirito delle Leggi del Signore di Montesquieu con le note dell'Abate Antonio Genovesi*, Napoli, 1777, t. I, p. 320).

³⁸ Dicha calificación se hizo común, como es sabido, en la Inglaterra de finales de Ochocientos, cuando, queriendo las cortes centrales continuar ejerciendo un control *casatorio* sobre los actos de las autoridades periféricas que habían heredado las funciones de los jueces de paz, justificaron el mantenimiento de esta competencia suya definiendo precisamente las funciones asumidas por aquellas autoridades como materialmente judiciales, homologándolas, en consecuencia, a unos tribunales de primer grado (como precedentemente habían sido los *justices*) naturalmente sujetos a su elevado control. Este episodio es evocado en muchos tratados de derecho administrativo inglés, como por ejemplo en S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, London, 1980, pp. 381 y ss.; H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1994, pp. 628 y ss.

participación de los interesados³⁹; las autoridades mismas a menudo se caracterizaron por una posición de independencia y de «tercería» bastante similar a la de un tribunal⁴⁰; y el lenguaje legal califica todavía hoy sus funciones mediante una terminología extremadamente indistinta de la usada en el ambiente forense.

Por ello una actividad administrativa incluso ya bien caracterizada ahora por objetivos comunes e instrumentos de intervención se define, en una y otra orilla del Canal de la Mancha, de manera completamente diferente. Aquí goza de una especificidad fundada en la evidencia y en un indiscutido reconocimiento constitucional, mientras que allí continúa siendo una presencia discreta, casi una excrescencia de la misma función jurisdiccional, ciertamente ya muy visible y aceptada por todos, pero en absoluto esencial en el cuadro del diseño constitucional.

Por lo demás, también en otras partes de Europa esta diferencia, otrora tan clara, entre los que juzgan y los que administran tiende a desvanecerse cada vez más como consecuencia del reciente desarrollo de nuestros sistemas políticos. El «Estado monolítico» de la edad napoleónica, donde el gobierno central tenía el monopolio exclusivo de la representación de todos los intereses públicos, ya no es más que un recuerdo histórico. En lugar de esta administración compacta, jerarquizada, casi militar que había sido típica del exordio del Estado contemporáneo, descubrimos hoy un espacio político ocupado por una masa de sujetos institucionales autónomos o semiautónomos, todos titulares de intereses colectivos igualmente legítimos y muchas veces conflictivos entre sí. La imagen misma de un Estado personificado, asimilable a un organismo unitario –aquella imagen sobre la que se fundaba toda la teoría clásica de la función pública– parece cada día menos convincente, mientras gana terreno la figura, desde siempre familiar para los países de lengua inglesa, de un «Estado-teatro» o de un «Estado-arena», contenedor de una pluralidad de otros protagonistas⁴¹. No hay que sorprenderse, entonces, si los teóricos del derecho han comenzado a poner en duda la distinción material entre justicia y administración, y esto ya a partir de los años veinte del siglo pasado, gracias a la contribución pionera de la Escuela de Viena⁴². En un mundo político caracterizado de nuevo por un creciente pluralismo institucional, la actividad de gobierno se nos presenta ahora mucho más como un esfuerzo de composición

³⁹ Y ello, al menos en Inglaterra, por respeto al principio medieval de *natural justice* que obliga al titular del poder a escuchar siempre a quien pueda ser perjudicado por la emisión de un determinado acto, antes de restringir efectivamente sus derechos: P. JACKSON, *Natural Justice*, London, 1979.

⁴⁰ Esto es especialmente evidente en el modelo de las *independent agencies* estadounidenses, cuyo desarrollo es reconstruido analíticamente por el estudio de R. L. RABIN, «Federal Regulation in Historical Perspective», en *Stanford Law Review*, XXXVIII (1986), pp. 1189 y ss.

⁴¹ Para una reflexión recapituladora sobre estas transformaciones, cfr. por último B. SORDI, «Amministrazione: tra pubblico e privato», en AA.VV., *Storia dei concetti e saperi della borghesia*, a cargo de R. GHERARDI y G. GOZZI, Bologna, 1995, pp. 223 y ss.

⁴² Cfr. una vez más B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, sobre todo pp. 186 y ss. En lo que se refiere en concreto al aporte kelseniano, véanse sobre todo los dos ensayos *La teoria dei tre poteri o funzioni dello Stato* y *Amministrazione e giurisdizione*, en H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, trad. it. a cargo de C. Geraci, Milano, 1982, pp. 77 y ss.

entre intereses divergentes que como la realización autoritaria de una voluntad central. Y si esto es verdad, administrar y juzgar no serían más que dos estrategias diversas para conseguir el mismo objetivo, diferenciadas simplemente en función del tipo de procedimiento empleado, respectivamente más garantista en el caso del judicial y más ágil en el terreno administrativo, donde la protección de los intereses generales requiere una prontitud de intervención necesariamente mayor.

Naturalmente no se trata de imaginar una confluencia futurible de justicia y administración, reproduciendo una nueva «confusión de poderes». Simplemente, la contraposición entre jueces y administradores parece encaminada a perder mucho de su relevancia ideológica, difuminándose cada vez más aquel carácter fundante del edificio constitucional que tuvo en el pasado.

A la luz de esta evolución, la relación entre el antiguo régimen y el mundo contemporáneo se abre a una nueva perspectiva de lectura. Hoy es cada vez más difícil considerar la vieja concepción panjudicial del poder como una mera supervivencia medieval, en incurable disidencia con la modernidad. En realidad, en cada sociedad compleja y policéntrica el poder público es, antes que nada, poder de mediación. Y si el Ochocientos nos ofreció una interpretación tan distinta de la autoridad estatal, ello se puede adscribir a la enorme simplificación que realizó de la articulación de las relaciones jurídicas. Una vez que esa simplificación ha revelado su carácter artificial e históricamente determinado, y que en lugar de una sociedad de individuos aflora de nuevo el perfil de una sociedad de grupos, el poder vuelve a mostrar algunos de los caracteres que se habían creído propios de una época para olvidar.