

EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN EN EL SIGLO XIX: 1. *La agonía del sistema tradicional*. 2. *Despotismo sin ilustración: la "ominosa década"*. 3. *La "década moderada" y la nueva Administración pública*. 4. *Desde la "Vicalvarada" a la "Gloriosa"*. 5. *La Revolución de 1868 y su legado jurídico*.—III. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA: 1. *Administración de justicia y poder judicial*. 2. *Lo contencioso-administrativo*. 3. *La unidad de fueros y la jurisdicción contencioso-administrativa*. 4. *Finalidad de la reforma*. 5. *La opinión pública como fundamento de la nueva organización*. 6. *Sentido y significado de la concepción judicialista*. A) Subsistencia de lo contencioso-administrativo; su naturaleza problemática; B) Judicialización. 7. *Consecuencias procesales*. a) Representación y defensa de los litigantes. b) Incidente previo acerca de la admisibilidad de la demanda. c) La actividad probatoria. d) La resolución definitiva. 8. *La reforma vista por sus contemporáneos*. 9. *Conclusión*.

I

INTRODUCCIÓN.

En estos días se ha cumplido el centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgada con carácter provisional el 15 de septiembre de 1870. Tan insólito acontecimiento invita a la meditación. El hecho de que las normas básicas de la justicia española hayan resistido los embates de un siglo y mantengan inalteradas sus paredes maestras, en un período histórico de dramáticas tensiones, pone de manifiesto, ante todo, la solidez de una obra bien hecha. Ello no implica un juicio de valor sobre su contenido, ni menos aún que éste resulte adecuado a nuestra época. Significa sólo el reconocimiento del carácter ejemplar de la Ley, cuya notoria vitalidad es el gran obstáculo que paradójicamente se opone a su perfeccionamiento y actualización.

Dentro del extenso e intenso movimiento divulgador que la conmemoración del centenario ha suscitado en torno a los más variados aspectos de la Ley Orgánica, el presente trabajo tiene por objeto exponer la configuración de lo contencioso-administrativo desde la perspectiva del principio de unidad jurisdiccional, fundamento de la estructura judicial implantada hace justamente un siglo. Este planteamiento anticipa ya el criterio metodológico, si bien convenga perfilar aquí, y ahora con más precisión, el marco estricto en el que ha de encuadrarse.

Toda labor científica implica una autolimitación, y es, por ello, un saludable ejercicio de humildad. En efecto, el exacto deslinde del objeto sobre el que ha de actuarse mutila toda tentación de abordar cuestiones conexas, muchas veces más importantes en una panorámica general o más atractivas en un plano personal. Señalar límites es siempre difícil y penoso, pero insoslayable para potenciar en intensidad, ya que no en hondura, lo que se pierda en extensión.

Un primer límite del tema protagonista aparece marcado por la técnica fundamentalmente narrativa que se utilizará. La descripción de lo contencioso-administrativo, en sus facetas orgánica y procesal, indisolublemente unidas, pretende reflejar como un espejo la imagen contemplada, con la máxima objetividad y sin introducir, por tanto, opiniones personales ni incurrir tampoco en el pedante anacronismo de juzgar conductas pretéritas con criterios actuales. No ha resultado fácil, sin embargo, zafarse de la polémica que juristas y profanos en Derecho mantuvieron incansables durante casi un siglo sobre la justicia administrativa. El eco de sus voces llega hasta nosotros, cargadas aún de apasionamiento, y sólo un deliberado esfuerzo de la voluntad ha permitido mantenerse al margen de un debate hoy superado, aun cuando los rescoldos no se hayan apagado todavía.

El otro límite es necesariamente temporal. Se ha escogido para su estudio una concreta situación en un período determinado: los años 1868 al 1874. Se trata, pues, de una investigación histórica, aun cuando la tensión que implica en sí misma la Historia del Derecho, ciencia bifronte, se venza aquí por su vertiente jurídica (1). En efecto, la prospección histórica se maneja como instrumento de comprensión, con un talante dinámico y constructivo, ajeno a cualquier evasión erudita. Toda historia se hace siempre desde hoy, porque hoy es también historia, con sus problemas específicos cuyas soluciones puedan quizá encontrarse mejor si volvemos la vista atrás y sabemos obtener la enseñanza de nuestros propios errores, que en ellos consiste la experiencia.

En tal sentido, este trabajo se encauza deliberadamente dentro del método histórico de investigación jurídica. Las instituciones —explica GARCÍA DE ENTERRÍA— no son especies lógicas, sino precisamente arbitrios políticos (y, por ende, contruidos, eventuales, artificiosos) con los que una comunidad atiende a sus singulares exigencias de justicia. Por ello, sólo el campo totalizador de la Historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones. La conexión entre una sociedad y su Derecho, y, más en concreto, la relación estructura-función y sus cambios constantes, referidas a cada una de las instituciones en particular, sólo por la Historia son reveladas (2).

(1) LALINDE ABADÍA (Jesús), *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, página 2.

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1955, págs. 7-9.

Si el método histórico es fecundo en general, su utilidad aumenta respecto del tema objeto de esta investigación. Por una parte, ya señaló CABALLERO, hace medio siglo, que “lo contencioso-administrativo, tal como actualmente se le conoce, con su esfera de acción propia, sus Tribunales y procedimientos, aparece en el siglo XIX”; por tratarse de un problema politizado y cuyas dos soluciones alternativas se incluían en los programas de los partidos “moderado” y “progresista”, quedó ligado a las incidencias de las luchas políticas con el apasionamiento consiguiente, más acentuado en esta materia que en cualquier otra institución jurídica; en consecuencia, la “reseña de las vicisitudes por que ha atravesado arroja provechosas enseñanzas” (3). Por otra parte, la evolución de lo contencioso-administrativo, desde el sistema de jurisdicción retenida al de jurisdicción delegada, es nada más y nada menos que “toda la historia del Derecho administrativo, que no debe volatilizarse alegremente”, como en nuestros días ha cuidado de recordar GARCÍA DE ENTERRÍA (4).

En definitiva, la Ley Orgánica del Poder Judicial, obra de unos hombres y de una época, coronamiento de una evolución política que se inicia en 1808, difícilmente podría ser entendida fuera del contexto histórico en que apareció. Exponer éste con sus acaecimientos políticos más significativos y el trasfondo socio-económico, las implicaciones en la fisonomía de la Administración pública y en la organización judicial, así como su reflejo en la ciencia jurídica, siempre comprometida, no constituye así una estéril nostalgia o la enfermiza busca del tiempo perdido, sino una positiva introspección. Dentro de ese contexto general se enmarca luego el análisis de lo contencioso-administrativo en una coyuntura concreta, para cuya comprensión la trayectoria histórica antecedente se utiliza con una finalidad instrumental, sin que tampoco interesen demasiado las vicisitudes posteriores, aun cuando se aluda a aquélla y a éstas cuando así resulta necesario para situar el tema en el tiempo. En consecuencia, no se pretende recorrer una vez más el accidentado itinerario de esta jurisdicción especial a partir de la Ley Orgánica, sino tan sólo expresar cómo fue configurada en aquel preciso instante, qué motivos impulsaron su planteamiento y qué fines se propuso, con indicación de los resultados obtenidos según el testimonio de sus contemporáneos. Se intenta sorprender así, en su estimulante intimidad, la actitud y el gesto de unos hombres, como si su imagen hubiera quedado apresada para siempre en un desvaído daguerrotipo.

(3) CABALLERO Y MONTES (José María), *Lo contencioso-administrativo*, I, Zaragoza, 1902, págs. 13 y 14.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *La configuración del recurso de lesividad*, número 15 de esta REVISTA, pág. 110, nota 1.

II

POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN EN EL SIGLO XIX.

1. *La agonía del sistema tradicional.*

Es difícil que en la vida colectiva, como en la individual, se produzca la coincidencia absoluta del tiempo oficial y del vital, de la edad cronológica y de la real. Así el siglo XIX *español* (y es conveniente subrayar este condicionamiento espacial) comienza en 1808, con el motín de Aranjuez y la inmediata invasión francesa, para concluir en 1923, año en el que aparece en nuestro país el primer experimento de tipo autoritario, fenómeno característico de la época. Destruído en Trafalgar el poderío naval español (5), como antes lo fuera en Rocroy el de los legendarios tercios, el nuevo siglo hace acto de presencia. En él actuarán fuerzas casi primitivas, con cincuenta años de guerra civil, que moverán como marionetas a dos dinastías, cinco reyes y dos regencias, una república democrática y una insensata proliferación de grupos fundados en personas y no en convicciones, en palabras y no en obras. Nuestro siglo XIX fue, por ello, cualquier cosa menos un siglo tranquilo (6), pero conviene añadir que su historia, tan lamentable como ejemplar, es en definitiva y entrañablemente nuestra propia historia actual. La España del siglo XIX es la madre de la España contemporánea (7). Por eso quizá nos acerquemos a esta época con inevitables prejuicios, con simpatía por unos y hostilidad hacia otros, sin estricta objetividad, pero apasionadamente interesados en sus problemas, que son todavía, en gran parte, los nuestros, y en sus frustraciones, cuyo valor paradigmático no cabe desconocer (8).

El 19 de marzo de 1808 comienza el reinado de Fernando VII, único desde el advenimiento de Felipe V, un siglo atrás, que necesita la violencia para instaurarse y que, significativamente, supone el enfrentamiento de un padre que abdica y un hijo que le traiciona. Veinte días después parte el joven Rey para Francia, de donde no regresará hasta 1814, y deja una Junta Suprema de Gobierno, compuesta por el Infante don Antonio y cuatro secretarios de Despacho. Estos miembros, cuya flaqueza de espíritu no estaba a la altura de las dramáticas circunstancias, reconocen poco después como su presidente a Murat, Gran

(5) MENDIZÁBAL GARCÍA-LAVÍN (Federico), *España en Trafalgar*, Ediciones Patria, Barcelona, sin fecha (¿1940?).

(6) LÓPEZ RODÓ (Laureano), *La Administración Pública y las transformaciones socio-económicas*, Madrid, 1963, págs. 15 y 16.

(7) TUÑÓN DE LARA (Manuel), *La España del siglo XIX*, París, 1961, pág. 333.

(8) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *La crisis del "antiguo régimen" y la jurisdicción contable*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", enero de 1967, págs. 12-74. Existe edición separada: Reus, S. A., Madrid, 1967.

Duque de Berg, Mariscal del Imperio y comandante en jefe de las fuerzas francesas en España; la Junta se amplía, por otra parte, mediante la adscripción de los presidentes o decanos de los Consejos de Castilla, Indias, Guerra, Hacienda y Ordenes. En Bayona, Carlos IV y Fernando VII habían cedido la corona en favor de Napoleón, que el 6 de junio proclama allí a su hermano José como Rey de España. En la misma ciudad se promulga, el 6 de julio, una Constitución para el régimen recién instaurado (9).

Se produce entonces un doble movimiento de disgregación e integración, centrifugo y centrípeto. En un corte vertical, la escisión social de las clases dirigentes y del pueblo se completa mediante la fragmentación geográfica que suponen las Juntas Supremas que en las distintas provincias peninsulares y americanas se constituyen frente al invasor. En ambos casos se trata de fenómenos de autodefensa instintiva y espontánea, surgidos como consecuencia del vacío dejado por las instituciones claudicantes. Estas fuerzas contradictorias quedan encauzadas por un factor de integración, el sentimiento incontenible de solidaridad colectiva que será el aglutinante y la fuerza dinámica del nuevo orden. España queda dividida en dos: la ocupada por las tropas napoleónicas, bajo la égida del Rey intruso con la colaboración de los "afrancesados", y la que permanece aún libre, más libre de lo que nunca lo fuera hasta entonces, guiada por una mítica devoción al "Deseado" ausente. Entre ambas, el campo de batalla y la guerra sin cuartel, en la que aparecen los guerrilleros, flor de heroísmo y semilla de posteriores violencias fratricidas.

Las Juntas provinciales dejan paso el 25 de septiembre de 1808 a la Junta Suprema Central Gubernativa del Reino, integrada por treinta y cinco representantes de aquéllas, bajo la presidencia del conde de Floridablanca. Se dividía en cinco secciones (Estado, Gracia y Justicia, Guerra, Marina y Hacienda) más una secretaría general, de la que fue encargado Martín de Garay. Un Decreto de 25 de junio de 1809 refunde en el Consejo de España e Indias los de Castilla, Indias, Ordenes y Hacienda, primer embate contra el régimen sinodiarquico. El 27 de enero de 1810 queda establecida la Regencia, compuesta de cinco miembros,

(9) Para el relato del acontecer histórico transcrito en el texto, se han utilizado fundamentalmente las siguientes fuentes: BALLESTEROS y BERETTA (A.) y BALLESTEROS-GAI-BROIS (A.). *Historia de España y su influencia en la Historia Universal*, vols. X, XI y XII, 2.ª ed., Barcelona, 1956; CARR (Raymond), *España 1808-1939*, Ariel, Barcelona, 1969; MARX (Karl) y ENGELS (Friedrich), *Revolución en España*, traducción, prólogo y notas por Manuel SACRISTÁN, 2.ª ed., corregida, Barcelona, 1960; PALACIO ATARD (Vicente), *Manual de Historia Universal*, Espasa-Calpe, Madrid, 1960; PIRENNE (Jacques), *Historia Universal* ("Las grandes corrientes de la Historia"), vol. VI, "El siglo XIX progresivo y colonialista", 4.ª ed., Barcelona, 1963; SÁNCHEZ AGESTA (Luis), *Derecho constitucional comparado*, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1965, como también *Historia del constitucionalismo español*, 2.ª ed., IEP, Madrid, 1964; VICENS VIVES, *Historia de España y América*, vol. V, Barcelona, 1961; ZABALA y LERA (Pío), *Historia de España, Edad contemporánea*, volúmenes I y II, Barcelona, 1930.

que convoca unas Cortes generales y extraordinarias, cuya apertura se verifica el 24 de septiembre siguiente en la isla de León, aunque luego prosigan las sesiones en Cádiz. Otra regencia de tres miembros sucede ese mismo año a la anterior; es a su vez sustituida por una tercera, la del "quintillo", en 1812, y deja paso a una última de tres, en 1813, que permanecerá hasta el regreso del Rey el año siguiente. El día 11 de marzo de 1812 es aprobada la primera Constitución que el pueblo español se da a sí mismo, el 18 queda sancionada y al siguiente día se realiza el juramento. Las Cortes ordinarias comienzan sus sesiones el 1.º de octubre de 1813; se reúnen hasta el 29 de noviembre en Cádiz y desde el 15 de enero de 1814 en Madrid.

Sin embargo, es curioso comprobar que en ambos bandos se maneja la misma ideología burguesa y "liberal", palabra ésta acuñada en España e incorporada al vocabulario político universal. La Constitución de Cádiz, modelada por los patriotas al alcance de la metralla de los cañones enemigos, introduce en su originaria pureza el espíritu de la Revolución francesa, en cuya Constitución de 1791 se inspira. El andamiaje político y administrativo se monta, verticalmente, sobre los dogmas de la soberanía nacional, consagrada expresamente en el art. 2.º, y de la división de poderes, que implica la delimitación precisa de las funciones administrativas y de las judiciales: el Rey, cuya persona es sagrada e inviolable, aparece asistido de los Secretarios de Despacho, responsables, y de un Consejo de Estado; las Cortes, elegidas mediante sufragio restringido, comparten con el monarca la potestad legislativa; el Tribunal Supremo, las Audiencias, y los Jueces de Primera Instancia, letrados, administran justicia con explícito reconocimiento de su independencia. Desaparece, pues, el arcaico sistema polisindial.

Horizontalmente, el fundamento de esta construcción son los principios de libertad y de igualdad: unidad de códigos y de jurisdicción, supresión de privilegios, acceso a la función pública según el mérito y la capacidad, no en virtud del rango o el nacimiento, etc.; por ello, y con carácter instrumental, se articula una ordenación racional y uniforme del territorio nacional (10). La estructura estamental del "antiguo régimen" se quebranta con distintas medidas complementarias. Unas, de signo negativo, consisten en la supresión de los señoríos, mayorazgos y vinculaciones, que proporcionaban la base económica del estamento nobiliario, así como en la "desamortización", dirigida contra el poder secular de la Iglesia. Desde una perspectiva positiva, se establece la libertad contractual, de comercio y de trabajo, núcleo y fundamento de los demás derechos individuales de carácter político, que implica el triunfo del "tercer brazo", la burguesía, en detrimento de los otros dos tradicionales y con absoluto olvido del "cuarto estado", entonces soterrado (11).

(10) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *Origen y significado del "partido judicial"*, BIMJ número 709, 5 de junio de 1966, págs. 3-15.

(11) Los derechos individuales garantizados por la Constitución eran los de seguridad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio, petición y libertad de

En tales coordenadas se inserta el esquema napoleónico, con un prodigioso sentido del equilibrio, aun cuando signifique el predominio del poder ejecutivo, compensado mediante garantías para el ciudadano, incipientes entonces, pero que llevan insita una tremenda fuerza expansiva. Por una parte, distingue claramente la función política de la administrativa y, dentro de ésta, clasifica rigurosamente sus órganos en activos, consultivos y deliberantes; el principio centralizador se refleja en el haz de líneas jerárquicas monocráticas (ministro, prefecto, subprefecto, alcaide), que unifica, desde la perspectiva de la igualdad, la dispersa pluralidad local. La Administración pública, por otra parte, es autosuficiente y reproduce en su seno la trilogía de los poderes, aunque degradados: no sólo administra, sino que ejerce la potestad reglamentaria y es juez de sus propios actos (jurisdicciones contencioso-administrativas y contable) (12).

La Constitución de Bayona, carta otorgada que prescinde del sentimiento popular y no alude en ningún momento a la soberanía nacional, estaba lógicamente en la misma línea y, paradójicamente, se mostró más tímida y circunspecta que la obra de los doceañistas. El Rey conserva una serie de atribuciones trascendentales que desvirtúan

imprensa, que había sido ya regulado por el Decreto de las Cortes de 10 de noviembre de 1810. La incorporación de los señoríos a la Nación se estableció por las Cortes el 6 de agosto de 1811. La extinción de la Inquisición, por ser contraria a la Constitución, el 22 de febrero de 1813. El 8 de julio siguiente las Cortes declaran que "todos los españoles, extranjeros o avecindados o que se avecinen en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas y que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos; también podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil, sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte". La desamortización se articuló mediante los Decretos de 13 de septiembre de 1813, 9 de agosto y 11 de octubre de 1820; en esta última fecha se abolieron también los mayorazgos y las vinculaciones. Cf. MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, "Revista de Derecho Judicial", núm. 22, abril-junio de 1965, pág. 15.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Problemas actuales de régimen local*, Sevilla, 1958, págs. 6 y 12. El legado jurídico de la Revolución francesa y la Administración napoleónica han sido objeto reiteradamente de agudo análisis por el mismo profesor, entre cuyos estudios monográficos cabe citar, como orientación: *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*, núm. 33 de esta REVISTA, págs. 7-107; *La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración*, en "Estudios en homenaje a Jordana de Pozas", tomo III, vol. II, I. E. P., Madrid, 1962, págs. 23-45; *Aspectos de la Administración consultiva*, núm. 24 de esta REVISTA, págs. 163-184; *Prefectos y gobernadores civiles. El problema de la Administración periférica en España*, estudio preliminar inserto en la obra de BRIAN CHAPMAN, *Los prefectos y la Francia provincial*, I. E. P., Madrid, 1959; *Administración local y Administración periférica del Estado: problemas de articulación y La organización y sus agentes: revisión de estructuras*, recogidas con los antes mencionados en su libro *La Administración española*, I. E. P., Madrid, 1961. Es muy interesante, en este sentido el ensayo de MARTÍN-RETORTILLO (Sebastián): *Presupuestos políticos del Régimen local*, núm. 43 de esta REVISTA, págs. 9-35. También el libro de BOURDON (Jean), *Napoleón au Conseil d'Etat*, París, 1963.

la teórica división de los poderes, aunque se reconozca la independencia del judicial (Consejo Real, Audiencias, Jueces de Primera Instancia) y se establezca un parlamento bicameral (Senado y Cortes, compuestas aún por los tres estamentos); el Ministerio, responsable, queda encargado de la Administración activa, mientras el Consejo de Estado participa de la función legislativas y de la potestad reglamentaria mediante la redacción de los oportunos proyectos, resuelve las competencias de jurisdicción y conoce de “la parte contenciosa de la Administración pública”. La unidad de Códigos civiles, criminales y de comercio quiebra con el reconocimiento explícito de los fueros particulares de las provincias de Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya y Alava. En definitiva, el contenido del texto constitucional impuesto era mucho más moderado que el propio; sin su vicio de origen hubiera ofrecido más garantías de viabilidad para el futuro, ya que nuestro liberalismo carecía de una burguesía suficientemente extensa y fuerte y, por tanto, de la imprescindible base social y económica (13).

Con el regreso de Fernando VII a España surge el que cabría denominar “complejo de Penélope”, que se refleja en una vida política convulsiva y espasmódica, ensangrentadas por las “purificaciones”, los pronunciamientos y las guerras civiles. Alternan los periodos liberales o progresistas con las épocas reaccionarias o moderadas, aquéllos medidos por “bienios” o “trienios” y éstas por “décadas”. Cuanto construyen unos los destruirán hasta la raíz los otros, y en este tejer y destejer se consume la energía, la vitalidad y, sobre todo, la ilusión de un país, vasallo digno de mejores señores. Fernando VII, que tuvo en sus manos los destinos de España y el amor de su pueblo, pudo haber conducido la vida nacional por un cauce europeo, canalizando con prudencia las necesarias reformas. Sin embargo, en esta histórica encrucijada su indecisión, hija del miedo, la mediocridad y la incompreensión, consiguió —paradójicamente— invertir los sentimientos de los españoles y polarizar la hostilidad de todos, revolucionarios y reaccionarios.

El Manifiesto real suscrito en Valencia el 4 de mayo de 1814, y publicado días más tarde, una vez consumado el golpe de Estado que eliminó del poder a los liberales, deroga la Constitución de Cádiz y las demás leyes emanadas de las Cortes, “como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo”. A continuación, mediante una serie de Reales Decretos iniciada con el de 27 de mayo, que restablece el Consejo Real, se pone en pie nuevamente el renqueante sistema polisinodial y se suprimen todas las instituciones nacidas al amparo de la norma constitucional derogada.

Como consecuencia de estas y otras muchas medidas políticas, tan incongruentes con el ritmo de los tiempos nuevos y con las coetáneas

(13) Para la comprensión de la época y del ambiente, en su intimidad, es muy interesante la monografía de Solís (Ramón), *El Cádiz de las Cortes*, I. E. P., Madrid, 1958. También SCHUMPETER (Josep Alois), *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, New York, 1954, pág. 394, donde se analiza agudamente el liberalismo político español.

circunstancias sociales, la situación económica amenazaba bancarota, hasta el extremo de que los oficiales del Ejército y los funcionarios no cobraban sus sueldos. Para superar tan catastrófica coyuntura el Rey encargó del Ministerio de Hacienda, el 23 de diciembre de 1816, a Martín de Garay, no obstante su filiación inequívocamente liberal; falto del apoyo regio, hostilizado por la "camarilla" e impopular por las reformas proyectadas, el Ministro fue destituido y desterrado el 14 de septiembre de 1818 (14).

El día primero de enero de 1820 don Rafael Riego, comandante del batallón de Asturias, proclama ante sus hombres, en Cabezas de San Juan, la Constitución de 1812. La sublevación del ejército expedicionario, cuyo destino eran las provincias americanas en plena marea emancipadora, no produce el efecto fulminante que se esperaba; pero después de algunas semanas la situación indecisa va cobrando forma hasta que el movimiento constitucional es secundado por varias ciudades importantes (La Coruña, El Ferrol, Vigo, Zaragoza, Pamplona y, finalmente, Madrid). En la mañana del 7 de marzo Fernando VII firma un Decreto donde hace pública su decisión de aceptar la Constitución, cuyo acatamiento jura esa misma noche por imposición del nuevo Ayuntamiento de la capital del reino. Tres días después aparece el Manifiesto regio en el que consta la famosa frase: "Marchemos francamente, y Yo el primero, por la senda constitucional". La revolución española de 1820 trascendió nuestras fronteras y tuvo repercusiones internacionales que más tarde se volverían contra ella (15).

Entre marzo y abril se constituye el primer Gobierno liberal, presidido por Pérez de Castro, en el que figura como Ministro de Hacienda don José Canga Argüelles, cuya gestión durará hasta el primero de marzo de 1821. Los liberales triunfadores se escinden en dos grupos: los "doceañistas" o moderados y los "exaltados". Inmediatamente se restablecen las instituciones previstas en la Constitución y se desguazan las del "antiguo régimen". La reaparición del Tribunal Supremo de Justicia provoca, simultáneamente, la supresión de todos los Consejos y, en consecuencia, del esquema polisindial (Reales Decretos de 12 de marzo de 1820). Se vuelven a erigir las Audiencias, los Jueces de Primera Instancia, las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos, con separación absoluta de las funciones judiciales y administrativas de unos y otros (Reales Decretos de 14 y 15 de marzo). Una de las aportaciones más importantes de este período constitucional, desde una perspectiva

(14) BALLESTEROS, ob. cit., págs. 161-162 y 674.

(15) El 20 de junio de ese mismo año de 1820 un alzamiento militar obligó a Fernando IV de Nápoles a sancionar una Constitución calcada de la española de 1812. que copian también los liberales de Lisboa, triunfantes en agosto. En Piamonte la revolución estalla en 1821 con la abdicación de Víctor Manuel en su hermano Carlos Félix, la regencia de Carlos Alberto y una Constitución inspirada en la gaditana, modelo universal de su época. Muy posteriormente, el 12 de enero de 1848, en Sicilia otra revolución proclamará una nueva Constitución, copia también de la española. Cf. PALACIO ATARD (Vicente). *Manual de Historia Universal*, t. IV, "Edad Contemporánea", págs. 106 y 168.

jurídica, fue la promulgación de un Código penal, el primero de nuestra historia (16).

Finalmente, no es ésta una coyuntura propicia para la elaboración científica, necesitada de serenidad de espíritu y de un ambiente menos turbulento. Sin embargo, en el yunque político (unos al servicio del Rey intruso, como Javier de Burgos; otros en el campo constitucional, como Canga Argüelles) se van formando personalidades que fructificarán durante la década siguiente, por efecto del forzado reposo de la emigración o del destierro. La doble personalidad de todo cultivador del Derecho público, su faceta investigadora y su vocación política, recíprocamente fecundadas, se vence por imperio de las circunstancias en favor de la acción. La sombra protectora de Melchor GASPARD DE JOVELLANOS, ya en el ocaso de su vida, inspira muchas soluciones de los doceañistas. Los más jóvenes viven y se forman a golpes de entusiasmo e infortunios, en distintas misiones y cargos.

2. *Despotismo sin ilustración: la "ominosa década".*

La intervención de los "Cien Mil Hijos de San Luis", patrocinada por Austria, Francia, Inglaterra y Rusia en el Congreso de Verona (1822), pone un dramático fin al segundo período constitucional. Apenas recobrada por Fernando VII su libertad de acción, un Real Decreto de 1.º de octubre de 1823 declara nulos todos los actos de gobierno desde el 7 de marzo de 1820. Son suprimidas otra vez las nuevas instituciones de origen e inspiración liberal y se restablecen las del "antiguo régimen". La represión política mediante las "purificaciones" y la creación de la "policía secreta" es implacable y opera siempre al margen de los Tribunales de Justicia. Los "realistas", partidarios del absolutismo monárquico, una vez triunfantes, aparecen divididos en dos fracciones, una que agrupa a los "moderados" y otra, extremista, en la que militan quienes adoptan para su agresiva actuación el incongruente nombre de "apostólicos".

Frustrado el "romanticismo político" del experimento constitucional, proscritos tanto los liberales como los afrancesados, restaurado el "absolutismo oscurantista" y emancipadas las provincias americanas (1824), la vida del país aparece desgarrada por una íntima tensión. Fuerzas sociales y económicas contradictorias convierten estos años en una etapa de transición, en la que ciertas aspiraciones progresivas

(16) El 22 de agosto de 1820 se nombró una comisión que no llegó a reunirse, y después otra—compuesta por los señores Calatrava, Martínez Marina, Rey, Paúl, Victoria y Vadillo—que prepara el proyecto, presentado por el ministro Calatrava, y discutido en las Cortes del 23 de noviembre de 1821 al 15 de febrero de 1822, promulgándose el 9 de julio siguiente. Inspirado en el utilitarismo de Bentham, que paradójicamente hizo una crítica demolidora del Código, ofrece grandes contrastes entre ciertas anticipaciones y residuos anacrónicos. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis). *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 2.ª ed., Buenos Aires, 1956, págs. 706-708.

ganan terreno lenta y gradualmente por su propia dinámica interna. Sin variación aparente de la circunstancia política, y dentro, por tanto, del llamado sistema polisindial, redivivo y hasta radicalizado por obra y gracia de Fernando VII, se abren paso, sin embargo, ciertas reformas parciales y se inicia un lento proceso de apertura al liberalismo. Las tendencias renovadoras se introducen, embozadas y un poco de contrabando, por el camino de la técnica y socavan progresivamente (en cualquiera de los sentidos de la expresión) el soporte, carcomido en parte y en parte petrificado, de las vetustas instituciones.

Fernando VII y las fuerzas sociales residuarias, claudicantes, en que se apoya, pretenden detener la marcha del tiempo y aislar al país del concierto europeo. Sin embargo, sus esfuerzos serán inútiles; nada puede impedir el impacto y la difusión de las nuevas ideas (aunque se clausuren Universidades y periódicos), ni frenar la fuerza atractiva de las aspiraciones burguesas, que están en el ambiente de la época como el pólen en la primavera. Por ello, a pesar de la real alergia a cualquier innovación, la realidad se impone. Esta "ominosa década", según el calificativo de sus contemporáneos, es protagonista y víctima, simultáneamente, de una profunda crisis social e ideológica; coexisten en ella anacrónicos residuos medievales con las carcomidas instituciones del régimen sinodiárquico, peculiar de la Edad Moderna, y con la borrosa silueta de una Administración pública contemporánea.

En 1824 ocupa la Secretaría del Despacho de Hacienda un hombre de criterio liberal: don Luis LÓPEZ BALLESTEROS, el mejor Ministro de Fernando VII, cuya gestión económica fue fecunda y constructiva; incorruptible y tenaz, acometió la ingente tarea de reorganizar la Hacienda pública española, y en conjunto consiguió un cierto equilibrio financiero, que eliminó el déficit crónico (17); también se ocupó de la jurisdicción contable, cuyo ejercicio encomienda al Tribunal Mayor de Cuentas (18). En otros aspectos, la tendencia codificadora, muy arraigada en el pensamiento ilustrado, sigue latente y vigorosa: abortado el Código civil de 1821 (que contenía además una extensa y completa regulación del Derecho público en su segunda parte) y derogado el Penal

(17) La Instrucción de 3 de julio de 1824 vuelve al sistema anticuado de rentas provinciales, estancos y frutos civiles, si bien mantiene algunas innovaciones constitucionales (derechos de puertas y patentes). Las Instrucciones de 16 de febrero y 14 de noviembre de 1825 y 11 de diciembre de 1826 constituyen una ordenación racional de la contabilidad pública; el R. D. de 8 de febrero de 1824 organiza la Caja de Amortización para la Deuda (Vales reales); otro R. D. de 7 de febrero de 1827 regula ciertos aspectos del estatuto de los empleados; en 1828 se inicia el régimen de presupuestos generales de gastos e ingresos del Estado; también se crea el "Banco español de San Fernando" (R. Cédula de 9 de julio de 1829), en el que se refunde el de "San Carlos"; finalmente, es promulgada en 3 de mayo de 1830 la Ley penal sobre los delitos de fraude contra la Real Hacienda (contrabando y defraudación).

(18) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *El Tribunal Mayor de Cuentas*, "Revista de Legislación y Jurisprudencia", mayo de 1969, págs. 739-809. Existe edición separada, Reus, S. A., Madrid, 1969.

de 1822, se promulga en 1829 el primer Código de Comercio, quizá el mejor de su tiempo (19).

La investigación científica en el ámbito del Derecho público es fomentada paradójicamente por la emigración, donde los políticos liberales, patriotas o afrancesados en la guerra por la independencia, encuentran el tiempo y la serenidad imprescindibles para recapitular sus experiencias y escribirlas. Francisco Javier DE BURGOS, que más adelante tendrá una destacada actuación en el momento fundacional del Derecho administrativo, dirige desde París a Fernando VII una "Exposición sobre los males que aquejan a España y medios que debía aceptar el Gobierno para remediarlos" (1826), informe sincero y duro que, sin embargo, consagró la influencia política de su autor (20). Pedro SAINZ DE ANDINO, autor del Código de Comercio, poseía además una certera concepción administrativa, como también los magistrados Manuel SILVELA y Nicolás María GARELLY, cuya vocación política no debe ser olvidada y constituye un complemento definidor de su personalidad (21).

En la ciencia financiera aparecen igualmente perfiles ilustres. José CANGA ARGÜELLES elabora la primera versión de los *Elementos de la Ciencia de Hacienda*, en el castillo de Peñíscola, donde quedó confinado durante la primera reacción absolutista; posteriormente esta obra se publicará el año 1825, en Londres, y será seguida, en los dos inmediatos, de los cinco volúmenes del *Diccionario de Hacienda para el uso de los encargados de la suprema dirección de ella*, cuya primera edición española verá la luz en 1833-34, con un "suplemento" en 1840. Los *Elementos...* constituyen la expresión máxima de las aportaciones realizadas por los hacendistas españoles hasta 1900 (22). Tan sólo alcanzan su nivel los capítulos dedicados a la materia por Alvaro FLÓREZ ESTRADA (1769-1853) en su justamente célebre *Curso de Economía Política*, publicado también en el destierro (Londres, 1828; París, 1831; Madrid, 1835 a 1852); patriota insigne, doceañista entusiasta y miembro del Estamento de Procuradores, en la oposición, una vez repatriado

(19) DE CASTRO Y BRAVO (Federico). *Derecho civil de España* (Parte general), I, IEP, Madrid, 1955, págs. 206-207; GARRIGUES (Joaquín), *Instituciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Madrid, 1952, pág. X.

(20) MESA SEGURA (Antonio). *Labor administrativa de Javier de Burgos*, IEPV. Madrid, 1946; NIETO (Alejandro), *Influencia extranjera en la evolución de la Ciencia española del Derecho administrativo*, "Anales de la Universidad de La Laguna", Facultad de Derecho, III, 1965-1966, fasc. I, págs. 50-52; SUÁREZ (Federico). *La creación del Ministerio del Interior en España*, "Anuario de Historia del Derecho español", E. XIX, págs. 15-56, donde se pone de relieve la participación que en el hecho tuvo el ministro LÓPEZ BALLESTEROS.

(21) BALLESTEROS. ob. cit., vol. X, págs. 717-719; BENEYTO PÉREZ (Juan). *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Madrid, 1958, págs. 542 y 561; ZABALA, ob. cit., págs. 127-187.

(22) ESTAPÉ (Fabián), *Prólogo* a la reproducción del original del libro de Canga Argüelles. "Elementos de la Ciencia de la Hacienda" ya reseñado anteriormente, págs. 5, 7 y 9 (aunque aparecen sin numerar) de la obra citada.

es el mejor de los economistas españoles de la primera mitad del siglo XIX; fue muy famosa también su monografía sobre *La cuestión social, origen, latitud y efectos del derecho de propiedad* (1839), donde propugnaba que la tierra perteneciera a quien la trabajara, como precursor del colectivismo agrario. Más adelante aparecen el *Tratado de la Hacienda de España* (1838) y el *Examen económico-histórico-político de la Hacienda y Deuda del Estado* (1840), obras de PEÑA Y AGUAYO (23).

3. La "década moderada" y la nueva Administración pública.

El 29 de septiembre de 1833 muere Fernando VII y la Reina María Cristina asume la regencia por la menor edad de Isabel II. Los dos decenios siguientes se presentan en un interno desasosiego. La crisis dinástica, simple reflejo de la escisión del país, desencadena la primera guerra carlista (1833-1840), en la que cada uno de los bandos aparece a su vez dividido en otros dos (apostólicos y moderados, moderados y progresistas). Las posiciones se radicalizan y cualquier intento de compromiso aparece como "traición" para los fanáticos del progreso o de la reacción. El día 10 de abril de 1834 es promulgado en Aranjuez el Estatuto Real, obra de JAVIER DE BURGOS Y MARTÍNEZ DE LA ROSA (24). Un año después forma Gobierno Juan ALVAREZ MENDIZÁBAL (14 de septiembre de 1835), que pone en marcha la discutida "desamortización" con el propósito deliberado de modificar la estructura económica y social existente y crear una burguesía liberal (Decretos de 16 y 19 de febrero y 8 de marzo de 1836). Los progresistas consiguen implantar una nueva Constitución el 17 de junio de 1837. Tres años después se producirá la abdicación de la Reina Gobernadora, cuyo puesto ocupa el general don Baldomero ESPARTERO, aureolado por su victoria contra el carlismo. Exonerado en 1843 por otro compañero de armas, el general Narváez, se adelanta la mayoría de edad de Isabel II, que es proclamada en 1844. Comienza la "década moderada" y se instaura otra Constitución en 1845, solución doctrinaria. En 1848, el año de las revoluciones, asume NARVAEZ la "dictadura legal". El Concordato con la Santa Sede (1851) constituye, quizá, el coronamiento de este período conservador, que concluirá en 1854 con la "Vicalvarada".

Bosquejado mediante sus trazos esenciales, así aparece ante nuestra curiosidad el marco político de los veinte años comprendidos entre el derrumbamiento definitivo del "antiguo régimen" y la mitad del siglo XIX. España es, según gráficamente diría Galdós, "un país que anda buscando la mejor de las Constituciones posibles y no parece dispuesto a dejarse gobernar hasta que la encuentre". El proceso evolutivo de la Administración pública se presenta como un fenómeno paralelo del

(23) TUÑÓN, ob. cit., págs. 77-78. ZABALA, ob. cit., pág. 243.

(24) VILLARROYA (Joaquín Tomás), *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, IFP., Madrid, 1968.

desarrollo político. En esta época se produce una transformación radical de su estructura y de sus funciones. El momento inicial de tal metamorfosis puede fecharse en 1832, con la creación del Ministerio de Fomento; un año después, Javier DE BURGOS —su inspirador— redacta la célebre *Instrucción para los Subdelegados de Fomento*. Simultáneamente se implanta, también en 1833, la nueva división provincial, seguida casi de inmediato —1834— por la demarcación judicial en 15 Audiencias Territoriales (incluidos el Consejo Real de Navarra) y los correspondientes “partidos”. Seis Reales Decretos, dictados el 24 de marzo de 1834, ponen fin al sistema polisindial mediante la supresión del Consejo de Estado, la extinción de los Consejos de Castilla e Indias, Supremo de Guerra y de Hacienda, la reorganización del de las Ordenes y la creación del Consejo Real de España e Indias, así como de los Tribunales Supremos de España e Indias, de Guerra y Marina y de Hacienda; se deslindan de tal forma las funciones administrativas y las judiciales, hasta entonces confundidas en unas mismas instituciones. Aparecen también los Subsecretarios (25).

En la siguiente década se suceden las reformas. En 1844 se crea la Guardia Civil. Un año después son promulgadas las Leyes municipal y provincial, inspiradas en un rígido principio centralizador; se implanta un nuevo sistema tributario (obra de don Alejandro MON, Ministro de Hacienda), cuya estructura perdurará durante más de un siglo, y se instaura la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuida a los Consejos provinciales en primera instancia y al Consejo Real como órgano supremo, aun cuando con carácter “retenido”. En 1848 es promulgado el Código penal y dejan por fin de aplicarse en este sector jurídico las leyes recopiladas (26). Finalmente, BRAVO MURILLO, Ministro de Hacienda desde 1849, reorganiza los servicios de su departamento, elabora un año después la Ley de Contabilidad y configura la jurisdicción contable sobre el modelo francés, estableciendo el Tribunal de Cuentas (27); presidente del Consejo durante el bienio 1851-1852, conserva la anterior cartera y su gestión consigue poner en orden la Deuda pública, así como sentar los bases del estatuto de los funcionarios públicos. Un nuevo Código civil está entonces también en gestación, sin resultado positivo. Toda la vida jurídica y administrativa del país aparece sometida en esta época a una permanente remodelación.

Aunque el liberalismo burgués, apoyado por las fuerzas sociales y económicas en auge, suministre la partitura, la instrumentación que hace posible técnicamente tan ingente obra corre a cargo de un escogido grupo de juristas. Sus siluetas se perfilan con nitidez por la doble imagen de su vocación política y su preparación científica, difícilmente

(25) LÓPEZ RODÓ (Laurcano), ob. cit., págs. 48-50; también BENEYTO PÉREZ (Juan), ob. cit., págs. 522-524, 540-542 y 562-563.

(26) DíEZ DEL CORRAL (Luis), *Pensamiento político de Joaquín Francisco Pacheco*, en “De Historia y Política”, IEP., Madrid, 1956, págs. 277-302.

(27) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, núm. 49 de esta REVISTA, enero-abril 1966, págs. 101-141.

separables. En este quinto decenio del siglo XIX nace en España la ciencia del Derecho administrativo: incluso ha llegado a concretarse el feliz acontecimiento en el año 1843 (28). El magistrado don Francisco Agustín SILVELA publica en 1839 sus *Estudios prácticos de Administración*. El año 1841 aparecen en un diario granadino las *Ideas de Administración*, de Francisco Javier DE BURCOS (29). Entre 1842 y 1844 salen de las prensas los *Elementos de Derecho administrativo*, de ORTIZ DE ZÚÑIGA, que muestra plena conciencia de ser un adelantado en la exploración científica de esta parcela jurídica y al que se califica habitualmente como fundador del Derecho administrativo español (30).

Sin embargo, el primer tratado sistemático en el que se ofrece una visión de conjunto de la ciencia administrativa realmente única en su tiempo, dentro y fuera de nuestras fronteras (31), es el libro *De la Administración pública con relación a España*, de Alejandro OLIVÁN (1843). El mismo año comienza la publicación de las *Lecciones de Administración*, de POSADA HERRERA (32), y aparecen las *Instituciones de Derecho Administrativo español*, de GÓMEZ DE LA SERNA. Algún tiempo después entra en escena COLMEIRO, la gran figura de este siglo, que en su *Derecho administrativo* (1850) introduce una sistemática más científica de la materia, construye una síntesis original de Derecho administrativo y Ciencia de la Administración e influirá en diversos e importantes autores extranjeros (33). Un año más tarde verá la luz la *Historia de*

(28) Una síntesis expresiva de esta primera ola de administrativistas puede encontrarse no sólo en las obras que luego se citarán de GARCÍA DE ENTERRÍA y de GARRIDO FALLA, sino además en el tomo I, págs. 471-474 del *Derecho procesal administrativo*, de GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Madrid, 1955, 1.ª ed. Es interesante la visión retrospectiva que ofrece GASCÓN Y MARÍN (José) en *La evolución de la ciencia jurídico-administrativa española durante mi vida académica*, Madrid, 1944. V. también ENTRENA CUESTA (Rafael), *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, págs. 25-26. Finalmente, una exposición panorámica y exhaustiva se encontrará en *Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídica administrativa española*, IEP, Madrid, 1944.

(29) MESA-MOLES SECURA (A.), *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946. También *De Javier de Burgos a Ortiz de Zúñiga*, en *Centenario...*

(30) GASCÓN HERNÁNDEZ (Juan), *Evolución y panorama actual del Derecho administrativo en España*, "Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", IX, 2.º sem., 1954; PI Y SÚÑER (José M.ª), *La obra de Ortiz de Zúñiga y sus influjos*, "Revista de Estudios de la Vida Local", 3, 1944.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración española contemporánea*, prólogo a la edición del libro de Oliván realizada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954; figura incluido en *La Administración española*, págs. 23, 24 y 25. También GASCÓN Y MARÍN (José), *Oliván y la Ciencia de la Administración*, en *Centenario...*

(32) ALVAREZ GENDÍN (Sabino), *El régimen administrativo según Posada Herrera*, en *Centenario...*

(33) GARRIDO FALLA (Fernando). *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1961, pág. 151. Son de obligada consulta en este aspecto los *Estudios en honor de Colmeiro*, editados por la Universidad de Compostela con ocasión del centenario de la aparición del libro; entre ellos pueden citarse los siguientes: GUAITA

la *Administración pública en España*, obra de COS-GAYÓN. Y junto a estas figuras señeras abundan también otros cultivadores más modestos de esta parcela jurídica (34).

4. Desde la "Vicalvarada" a la "Gloriosa".

La "década moderada" es un período social y económicamente complejo, en un clima de cierta rigidez política, que oscila entre lo bochornoso y lo pintoresco. Dentro de su inmovilismo se produjeron, sin embargo, planteamientos certeros, cuya fecundidad pudo haber sido mayor en circunstancias distintas y con hombres diferentes. En la periferia (Cataluña y el país vasco) surge un pujante espíritu de empresa que pone en marcha la incipiente industrialización, mientras que en el centro de la Península este capitalismo balbuciente asume un carácter financiero y especulador, en franca complicidad con el Poder público. La ineficacia de la recién estrenada organización administrativa, carente de un equipo humano honesto y técnicamente preparado, se potencia por la inmoralidad de los personajes políticos prominentes, los "prohombres" en el retórico lenguaje de la época (35).

Contra este ambiente de corrupción, el único en el que según parece nuestra burguesía decimonónica podía respirar satisfecha, se produce el pronunciamiento militar conocido por la "Vicalvarada". Una coalición de "progresistas" y "moderados", encabezada por los generales ESPARTERO, O'DONNELL, NARVÁEZ y SERRANO, unidos contra BRAVO MURILLO, triunfa en 1854, después de unas escaramuzas de resultado indeciso y como consecuencia del apoyo popular, que la habilidad política de CÁNOVAS DEL CASTILLO supo atraer mediante el "Manifiesto de Manzanares". Con la entrada de ESPARTERO en Madrid el 29 de julio.

(Aurelio). *La teoría de lo contencioso-administrativo en Colmeiro*, págs. 49-71; ALVAREZ GENDÍN (Sabino), *Colmeiro, historiador*, págs. 11 y ss.; GASCÓN Y MARÍN (José), *Colmeiro, profesor y académico*.

(34) BENEYTO (Juan). ob. cit., págs. 518-519. Fermín ABELLA, Manuel ALEU, Pelayo CABEZA DE VACA, Juan CLEMENTE CAVERO, FRANCISCO FREIXAS, ANTONIO GIL DE ZÁRATE, EDUARDO GÓMEZ SANTAMARÍA, MIGUEL PUCHE, PEDRO MARIANO RAMÍREZ, MARIANO MIGUEL DE REINOSO, ELÍAS ROMERA, BARTOLOMÉ VERA Y CASADO son algunos de los nombres que pueden citarse dignamente. Los nuevos conceptos, como el de fomento, motivan las "Investigaciones filosófico-políticas" que sobre tal materia escribe Pedro Juan MORELL en 1834; la creación del Ministerio del Interior hace surgir las "Consideraciones", que le dedica en 1835 Luis RODRÍGUEZ CAMALEÑO. Nacen publicaciones como el "Boletín administrativo", de Manuel BELTRÁN DE LIS, y aparecen en las diversas revistas artículos sobre temas de Administración. ALBERTO LISTA, GIL DE ZÁRATE, ESCOSURA Y PACHECO se ocupan de estas cuestiones en la "Revista de Madrid"; Fermín GONZÁLEZ MORÓN lo hace en la "Revista de España"; DONOSO CORTÉS, en la "Gaceta", y el marqués de Pontejos, en el "Semanario pintoresco"...

(35) MARTÍN-RETORTILLO (Sebastián), *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Madrid, 1966, pág. 25; también ARANGUREN (José Luis L.), *Moral y sociedad* ("Introducción a la moral social española del siglo XIX"), Madrid, 1965, págs. 101-103.

se inicia el llamado "bienio progresista", regido por un "consulado" que forman el Duque de la Victoria y O'DONNELL. Derogada la Constitución de 1854 se elabora otra nueva en 1856 que no llegó a promulgarse.

Este movimiento revolucionario, claro antecedente del que se produciría en 1868, recibe el apoyo, todavía débil, del partido "democrático", que, con cierta tendencia republicana, se había desgajado de la extrema izquierda del progresismo en 1847, bajo la inspiración de Nicolás María RIVERO; en las Cortes de 1851 hizo sus primeras armas parlamentarias, con una plana mayor constituida por el fundador, ALBAIDA y Estanislao FIGUERAS. Frente a este grupo aparece en las elecciones de 1854 la "Unión Liberal", integrada por la izquierda del partido moderado y los progresistas templados, bajo la jefatura de O'DONNELL; su apogeo lo alcanzará en 1858. Bajo esta superficie burguesa se agita el "cuarto estado" y surgen los primeros conflictos sociales el año 1855 en las ciudades más populares (Barcelona, Zaragoza, Valencia, Burgos, Valladolid, etc.).

El "consulado" que preside el "bienio progresista" se deshace mediante una maniobra de O'DONNELL, en complicidad con Isabel II. Así, el 14 de julio de 1856 es eliminado del Poder el General ESPARTERO y su forzada dimisión origina una protesta armada del progresismo y una situación claramente revolucionaria, en la que la propia víctima del golpe de Estado se abstuvo de intervenir. Existe un evidente paralelismo entre esta coyuntura histórica y la de 1843, aun cuando con ligeras variaciones. Su efecto más ostensible consistió en separar definitivamente a la burguesía liberal y al proletariado, que hasta entonces habían luchado juntos. Por otra parte, el partido progresista ya no tendrá la oportunidad de gobernar y se retraerá definitivamente de toda actividad legal en 1863, al ser privado del derecho de reunión para la propaganda electoral, pasando así a la clandestinidad y la acción directa. Se restablece la Constitución de 1845, con un Acta adicional de la que es autor RÍOS ROSAS (Real Decreto de 15 de septiembre).

En los doce años siguientes se aprecia una gradual inestabilidad política, cuyo reflejo más ostensible es la sucesión de Gobiernos de efímera duración. Ya el 12 de octubre, despechado por un desaire público de la reina, se ve obligado a dimitir el general O'DONNELL, al que sucede en la presidencia del Consejo el general NARVÁEZ; suspendida la desamortización, se deroga toda la legislación del bienio, se anula el acta adicional mediante el R. D. de 14 de octubre y se modifica la Constitución de 1845 por la Ley de 17 de julio de 1857, obra de CÁNDIDO NOCEDAL. Este mismo año nace el Príncipe Alfonso. ARMERO reemplaza un año después a NARVÁEZ y es a su vez sustituido por ISTÚRIZ, que, pocos meses después, deja paso nuevamente a O'DONNELL y la Unión Liberal (30 de junio de 1858); durante los cinco años de su mandato se plantean numerosos conflictos sociales, estalla la guerra con Marruecos, la República de Santo Domingo solicita espontáneamente su anexión a España y se envía una expedición militar a Méjico, que manda PRIM. Diversas crisis del Gabinete se resuelven mediante sucesivas reor-

ganizaciones, sin que ello pueda impedir finalmente su caída definitiva.

El 2 de marzo de 1863 es nombrado Presidente del Consejo el Marqués de Miraflores para dejar paso el 16 de enero de 1864 al Gobierno formado por ARRAZOLA, que en seguida tendrá que ceder el puesto al hacendista MON. Este deroga la reforma constitucional de 1857 por medio de la Ley de 20 de abril de 1864. El mismo año se constituye un nuevo Gabinete bajo la jefatura de NARVÁEZ, y al siguiente aparece en escena otra vez O'DONNELL, que es sustituido el 10 de julio de 1867 por su rival. Ambos desaparecen de la escena política, y de este gran teatro del mundo, con un intervalo de pocos meses, entre diciembre de 1867 y abril de 1868. Ocupa entonces la presidencia del Consejo GONZÁLEZ BRAVO, el personaje más corrompido del país.

Mientras tanto, diversos movimientos revolucionarios han ido minando el subsuelo del sistema. Un alzamiento republicano en Olivenza (1859), otro socialista en Loja (1860), el motín de la noche de San Daniel, como consecuencia de la protesta por la destitución de CASTELLAR de su cátedra (1865); una sublevación de PRIM, otra de los sargentos del Cuartel de San Gil (1866) y un alzamiento de progresistas y moderados (1867). Diversas reuniones en el extranjero culminan en el pacto de Ostende, el 16 de agosto de 1866, en el que participan progresistas y demócratas, bajo la jefatura de PRIM y al que se adhieren no sólo O'DONNELL, sino incluso los Duques de MONTPENSIER, hermanos de la Reina. Tal hostilidad, planteada desde todos los frentes contra el Trono, estallará con carácter definitivo e irrevocable el 18 de septiembre de 1868 en la bahía de Cádiz, cuando, por orden de PRIM, los veintiún cañonazos de la fragata "Zaragoza" anuncian el destronamiento de Isabel II. GONZÁLEZ BRAVO dimite inmediatamente y es sustituido por José GUTIÉRREZ DE LA CONCHA. Derrotadas en Alcolea las tropas gubernamentales el 28 de septiembre, dos días después la Reina cruza la frontera francesa hacia el destierro. El 3 de octubre entra en Madrid el Duque de la Torre, ministro universal, y constituye un Gobierno provisional, convertido en "Poder ejecutivo" el 25 de febrero del año siguiente.

La estructura de la Administración central sufre escasas modificaciones durante este largo y reptante período; en cambio, la organización de las Corporaciones locales es uno de los caballos de batalla de los distintos partidos políticos: los progresistas implantan el 5 de julio de 1856 una nueva Ley municipal, que derogan inmediatamente los "unionistas" y es restablecida en todo su vigor por Decreto de 21 de octubre de 1868. En el aspecto funcional se observa un aumento creciente de la intervención del Estado, no obstante el liberalismo económico, mediante la técnica de las concesiones; debe resaltarse la construcción de la infraestructura ferroviaria, iniciada en 1848 con la línea Barcelona-Mataró, y la promoción de las "obras públicas". La actividad legislativa en los doce años de gobierno de la Unión Liberal es parca y mediocre. Sólo cabe citar la Ley de 28 de enero de 1856, primera ordeñación bancaria, que creó el Banco de España, absorbiendo

al de San Fernando. con el que se había fusionado en 1847 el de Isabel II, establecido mediante R. D. de 25 de enero de 1844; también son dignas de mención las Leyes de Instrucción pública (9 de septiembre de 1857), la Hipotecaria (8 de febrero de 1861), la de Aguas, aún vigente (3 de agosto de 1866) y la del Notariado (28 de mayo de 1862 (36). En materia financiera, el impuesto de consumos polariza también las discrepancias partidistas: suprimido en 1854, restablecido después, desaparece nuevamente en 1868; diversas figuras tributarias surgen en esta época como consecuencia del incipiente desarrollo económico (37).

5. *La Revolución de 1868 y su legado jurídico.*

La Revolución de septiembre de 1868, la "Gloriosa", abre un período de permanente inestabilidad con el paso fugaz de diversos regímenes políticos, reflejo de una profunda crisis en la estructura económica y social del país. Es también uno de los sucesos más complejos de nuestra historia política del siglo XIX. Las elecciones para las Cortes constituyentes ofrecen en 1869 un resultado que prefigura las de 1931; la Asamblea, cuyas sesiones se inauguraron el 11 de febrero, pudo contemplar la apología de la República unitaria y de la federal e incluso la propuesta de que la nación se gobernara "por sí misma" mediante un poder ejecutivo compuesto de cinco individuos designados por las Cortes para un período de tres años (38). Sin embargo, prevalece la solución monárquica, aunque antidinástica, y la Constitución aprobada el 6 de julio de 1869 instaura una Monarquía democrática, enraizada en el principio de soberanía nacional, que se instrumenta mediante el sufragio universal (39). Se trata de una "República coronada" que dará paso, sin dificultad alguna, a la auténtica República cuatro años después.

El 16 de junio las Cortes constituyentes nombran Regente al general SERRANO, y éste, a su vez, encomienda la jefatura del Gobierno al general PRIM, el hombre de la Revolución y una de las personalidades políticas más sugestivas de nuestro siglo XIX por su rectitud, valor y firmeza de convicciones. Como toda Monarquía necesita un Rey para encarnarse, comienza la busca del candidato entre las familias reinantes europeas, una vez que el general Espartero, mito revolucionario y mero fantasma de sí mismo, renuncia a la posibilidad de cambiar su huerta de Logroño por el palacio de la Plaza de Oriente. Algunas incidencias

(36) MARTÍN-RETORTILLO (Sebastián), *La elaboración de la Ley de Aguas*, núm. 32 de esta REVISTA, págs. 11-54.

(37) El impuesto minero (1858), otros sobre viajeros de ferrocarril (1864) y las caballerías y carruajes de lujo (1867-1868), así como el de las cédulas de empadronamiento.

(38) BENEYTO, *ob. cit.*, pág. 510.

(39) Cf. CARRO MARTÍNEZ (Antonio), *Dos notas a la Constitución de 1869*, "Revista de Estudios Políticos", núm. 58. CUADRADO (Miguel M.), *Elecciones y partidos políticos de España (1868-1931)*, Madrid, 1969.

de esta operación política a escala internacional servirán como pretexto para el estallido de la guerra franco-prusiana de 1870, que acabará con el Segundo Imperio francés y catalizará la unidad alemana, coincidiendo con la de Italia bajo el cetro de los Saboya. Uno de éstos, Amadeo, Duque de Aosta, tras no pocas dudas y vacilaciones, acepta la corona que se le ofrece y es elegido Rey de España en la sesión parlamentaria del 16 de noviembre. Su entrada en Madrid el 2 de enero de 1871 aparece cargada de fúnebres presagios: tres días antes ha muerto don Juan PRIM y con él desaparece el más sólido puntal del Trono. Sólo su indudable talento, su extraordinaria capacidad política (demostrada en Puerto Rico, en Méjico y en tantas otras ocasiones), su experiencia y su prestigio hubieran podido conseguir el arraigo de la nueva dinastía.

En la primera etapa de la Revolución de 1868 se produjo una honda transformación jurídica: entre los meses de abril y octubre de 1870 son elaboradas una serie de leyes que permitirán la perduración sustancial de muchos principios revolucionarios aun después de tamizados por la Restauración. Son normas que regulan aspectos trascendentales de la realidad jurídica en múltiples manifestaciones: el orden público (23 de abril), el Registro y el matrimonio civiles, los recursos de casación; criminal y civil y su procedimiento (17 y 18 de junio), la Contabilidad pública y el Tribunal de Cuentas (25 de junio), la extranjería y la abolición de la esclavitud (4 de julio); la Carrera diplomática y la consular (24 de julio), el sistema electoral y el régimen jurídico de municipios y provincias (20 de agosto), el Código penal (30 de agosto), el Poder judicial (15 de septiembre) y el Registro de la propiedad (29 de octubre). De ellas, siete fueron promulgadas con carácter provisional, lo que, por una paradoja frecuente en nuestro país, les proporcionó una tremenda resistencia frente a la habitual volubilidad legislativa: la de Contabilidad rigió hasta 1911; la del Tribunal de Cuentas hasta 1924 y luego durante el período 1930-1934; el Código penal, hasta 1928; la Ley de Orden público, hasta 1933; la del Registro civil, hasta 1957, y la orgánica del Poder judicial, hasta hoy, cumplido ya el siglo (40).

En este largo período, que abarca desde 1851 hasta 1874, la ciencia jurídica ofrece un aspecto poco brillante. En 1853 nace la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", fundada por don JOSÉ REUS y don Ignacio MIQUELL, con la incorporación en 1857 de don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA. Este mismo año se crea la Academia de Ciencias Morales y Políticas. En el sector público van desapareciendo las grandes figuras de la primera mitad del siglo sin dejar discípulos. Pone

(40) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael). *La Revolución de 1868 y el Tribunal de Cuentas*, "Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública", núm. 74, así como *La división en secciones de las Audiencias provinciales*, BIMJ, núm. 751, págs. 3-6. También, *Las reformas legislativas del Ministerio de Gracia y Justicia con notas y observaciones*, por D. M. F. M., abogado del Ilustre Colegio de Madrid, Madrid, 1870, Imprenta de J. A. García, Corredera Baja de San Pablo, 27 (3 pesetas en Madrid y 3,50 en provincias).

de manifiesto claramente tal mediocridad la circunstancia de que el Derecho administrativo se encuentre representado en esta época por Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, autor del conocido *Diccionario de la Administración española*, cuya primera edición data de 1858. COS-GAYÓN publica también un *Diccionario manual de Derecho Administrativo español* (1860), en colaboración con Emiliano CÁNOVAS DEL CASTILLO. En materia financiera surge la figura de Eustaquio TOLEDANO, profesor universitario, que compone el "Curso de Instituciones de Hacienda Pública de España" (1859-1960), tratado omnicompreensivo, carente de un esquema sistemático y, quizá por ello, farragoso, pero cuyo valor no debe ser menospreciado, ya que significa un ingente esfuerzo personal y una aportación científica sin par en su época. Finalmente, conviene mencionar a Laureano FIGUEROLA Y BALLESTER, catedrático de Derecho público y ministro de Hacienda en el Gobierno provisional, que implantó la "peseta" como unidad monetaria. Su fecunda actuación al frente de tan complejo departamento durante diez meses puso de relieve un conocimiento poco habitual de los principios financieros y un menos frecuente sentido de la realidad; es lástima que en su doble personalidad político-científica prevaleciera aquélla y dejara inédita su valiosa experiencia (41).

III

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

1. *Administración de Justicia y Poder judicial.*

La Administración de Justicia, cuya evolución ha quedado sucintamente reflejada en las páginas que anteceden, conserva hasta 1868 las mismas características orgánicas y procesales, según la configuración recibida en 1834, salvo leves retoques que no afectan al conjunto. En el aspecto estructural se perfecciona el estatuto del personal judicial, con una irreversible y clara tendencia hacia su profesionalización, tanto técnica como corporativa, aparecen también ciertos órganos internos (presidencias de sala, juntas gubernativas), y es perfilada la posición del Ministerio fiscal. En el aspecto funcional, aparece el año 1853 la "Instrucción" del magistrado don José de CASTRO, marqués de Gerona,

(41) CASTÁN VÁZQUEZ (José María), *Pequeña historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1853-1953), Reus, S. A.; GARRIDO FALLA (Fernando), *Tratado de Derecho administrativo*, parte general, vol. I, 2.^a ed., IEP, Madrid, 1961, pág. 152; ESTAPÉ (Fabián), Prólogo a los Elementos de la Ciencia de Hacienda, de José CANGA ARGÜELLES, reedición, Madrid, 1961; NIETO (Alejandro), *Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo*, "Anales de la Universidad de La Laguna", Facultad de Derecho, III, 1965-1966, fasc. 1.^o, págs. 43-68; VILLAR PALASÍ (José Luis), *La dinámica del principio de legalidad presupuestaria*, núm. 49 de esta REVISTA, enero-abril de 1966, pág. 14.

derogada poco después, y en 1855 cristaliza la primera codificación del procedimiento civil (42).

En una nueva fase, dentro de esta natural evolución, se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial, único texto hasta ahora en el que se ordenan con un criterio integrador, homogéneo y sistemático la estructura y las funciones de la justicia española (43). Este carácter de auténtico "corpus" ha sido señalado en alguna ocasión, pero sin advertir su significado. En efecto, la reducción a una coherente unidad de la pluralidad anárquica de normas que regulaban el ejercicio de la potestad judicial se encuentra dentro del ambiente codificador de la época. Sin embargo bajo esta superficie de simple técnica legislativa, aparentemente inocua, late la intención política de conseguir la unidad social mediante la igualdad jurídica. En el ámbito judicial tal tendencia aprovecha y fomenta la fuerza expansiva del fuero común o real y aspira a la absorción por él de los fueros privilegiados. Resulta así que la unificación formal, normativa, se constituye en el soporte técnico de la unificación jurisdiccional y que ésta, a su vez, sirve de fundamento a la transmutación efectiva de la simple Administración de Justicia en Poder judicial.

En tal aspecto, conviene aludir a la notoria tensión dialéctica existente entre estos dos conceptos a lo largo del siglo XIX, tensión que reflejan los distintos textos constitucionales en una esgrima verbal. Si el Estatuto de Bayona hablaba del "orden judicial", con una terminología claramente afrancesada, la Constitución de Cádiz se refiere a "los tribunales" y a "la administración de justicia en lo civil y en lo criminal", aun cuando esta actividad se califique como "potestad" y también como "función" (44). El "poder judicial" hace su primera apa-

(42) CARRETERO PÉREZ (Adolfo), *Introducción a la organización judicial, La organización judicial en 1808, La Administración de Justicia de 1808 a 1833..., desde 1833 a 1868..., desde 1868 a 1898; Configuración jurídica de la función judicial en la Ley Orgánica*, publicados todos ellos en la "Revista de Derecho Judicial", núms. 19 (págs. 121 y ss.), 20 (págs. 143 y ss.), 21 (págs. 159 y ss.), 22 y 24 (págs. 117 y ss., y 121 y ss.), 25 y 26 (págs. 83 y ss., y 129 y ss.) y 27 (págs. 120 y ss.), respectivamente; MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *Origen y significado del Partido judicial y Renacimiento y arraigo de la demarcación judicial*, BIMJ. núms. 700, 725 y 726, págs., 3-15, 3-9 y 3-17, respectivamente, así como *Función política y proceso histórico de la demarcación judicial*, en prensa. PRIETO CASTRO (Leonardo), *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, págs. 869 y ss., y 887 y ss.

(43) Hasta entonces la organización judicial se encontraba dispersa en innumerables normas, entre las cuales destacaban, aparte de las que establecieron el Tribunal Supremo, las Audiencias y la demarcación judicial, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria de 26 de septiembre de 1835, el del Tribunal Supremo de 17 de octubre y las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e islas adyacentes de 19 de diciembre, el Reglamento de los Juzgados de 1.ª Instancia de 1.º de mayo de 1844 y el relativo al Ministerio Fiscal de 9 de abril de 1858.

(44) En el párrafo XXXVI del discurso se habla de Administración de Justicia, y en el LXXIII, de ésta y de la potestad judicial, a la que alude el artículo 242 del texto, mientras que el 243 se refiere a las funciones judiciales.

rición en la Constitución progresista de 1837, que, sin embargo, no utilizaba las denominaciones simétricas para los órganos legislativos y ejecutivos (45). En cambio, la carta política “moderada” de 1845 encuadra las instituciones judiciales dentro de la “administración de justicia”. La constitución no promulgada de 1856 insistía en la calificación de “poder”, expresión que retorna en 1869 y se consolidará durante un siglo por obra y gracia de la Ley Orgánica, no obstante la sucesión de sistemas políticos muy diversos, cuyas leyes fundamentales coincidieron en prescindir de aquella denominación (46). Muchos de nosotros desearíamos que perdurase por razones estrictamente sentimentales (las razones que sólo el corazón comprende), vaciada ya de su originario significado y revestida de la serena nobleza que le proporciona el transcurso del tiempo.

La Ley Orgánica del Poder Judicial responde a un doble criterio político, propio del contexto histórico en el que se plantea. Por una parte, tiene su raíz más profunda en el liberalismo, uno de cuyos dogmas es la división de los poderes, dentro de una concepción mecanicista que arranca de NEWTON en las ciencias físicas y recoge ADAM SMITH en la economía. La existencia de distintas funciones es algo que exige la mera racionalización del trabajo, pero la separación de poderes va más allá en sus propósitos y ofrece un fundamento psicológico: todo hombre investido de autoridad tiende a abusar de ella, observación que pone de manifiesto empíricamente la “dimensión demoníaca” del poder, a la que aludía San Agustín. En esta línea, MONTESQUIEU añade a la distribución cuantitativa un ingrediente cualitativo: la limitación del poder por el poder, mediante su disgregación; se establece así con carácter automático un sistema de frenos y contrapesos, *checks and balances*, que actúan como un mecanismo autorregulador.

Por otra parte, a este primer aspecto liberal de la Ley Orgánica se incorpora por obra del acontecer histórico una inspiración democrática, explícita en el texto constitucional de 1869, que instaura el sufragio universal (excluido el voto femenino) y establece el jurado como cauce de la participación del pueblo en la administración de la justicia. En

(45) Tampoco lo hacía la de 1812 ni las posteriores. El proyecto de constitución federal de la República española, presentado a las Cortes Constituyentes el 17 de julio de 1873, es el primer texto político español en el que se declara explícitamente que “el poder de la Federación se divide en poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial y poder de relación entre estos poderes” (art. 45). El otro será el anteproyecto de constitución de la Monarquía española, presentado a la Asamblea Nacional el 6 de julio de 1929, donde se mencionan los tres poderes clásicos, con una “función moderadora” y de “armonía de todos los poderes”, encomendada al Rey (art. 43).

(46) La Constitución de 1876 vuelve de nuevo a la Administración de Justicia. En nuestro siglo, el anteproyecto de 1929 conserva la expresión “poder judicial”. La carta política de la segunda República, en 1931, utiliza el rótulo “justicia”, aunque en el discurso pronunciado ante las Cortes por el presidente de la Comisión redactora del proyecto se hable con reiteración del poder judicial y se aluda también en el texto a la Administración de Justicia (art. 95). “La Justicia” es el nombre que recibe en la Ley Orgánica del Estado de 1967.

el aséptico tronco liberal se injerta así el factor ético que implica el gobierno de la mayoría con el respeto de la minoría, dentro de una tendencia que había surgido imperiosamente a la luz en 1848 y puso en la escena histórica al proletariado. Estas dos directrices de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una liberal y otra democrática, son peculiares de aquella época y por ello su autenticidad histórica ha permitido una insólita perdurabilidad. De ahí su carácter ejemplar como consecuencia de la adecuación a las exigencias de su tiempo. En el nuestro, el planteamiento esencial sigue siendo válido, pero insuficiente, ya que hoy la solidaridad humana reclama un puesto preferente.

La separación de los poderes nunca desconoció la unidad esencial de la soberanía. Por ello no resulta incongruente con tal planteamiento político la declaración solemne de que "la justicia se administrará en nombre del Rey", colocada en el mismo pórtico de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 1.º), fórmula por otra parte tradicional en todas nuestras constituciones, cualquiera que haya sido su matiz ideológico (47). Conviene advertir también que la configuración del orden judicial como "poder" constituye en esta Ley una noble aspiración que, sin embargo, aparece menoscabada en la realidad de su instrumentación técnica. La fuerza institucional que significa la unificación de fueros, conseguida entonces, se debilita quizá deliberadamente mediante el principio organizativo de la colegialidad y el excesivo número de jueces que tal estructura implica. La evolución posterior ha agudizado estos factores negativos y, en cambio, no ha sabido conservar la energía positiva que suponía la concentración jurisdiccional.

2. *Lo contencioso-administrativo.*

Lo contencioso-administrativo es otro de los temas polémicos de nuestro siglo XIX. Progresistas y moderados incluyen en los respectivos programas políticos sus diferentes concepciones de la justicia administrativa (48). La polémica desde posiciones extremas e irreductibles sólo

(47) Cf.: 1808, art. 98; 1812, art. 257; 1837, art. 68; 1845, art. 71; 1856, art. 72; 1869, art. 91; 1876, art. 74. También en el proyecto de 1836, art. 43. y en el anteproyecto de 1929, art. 93. La justicia se administra en nombre del Estado, proclamaba la Constitución de 1931 (art. 94). En nombre del Jefe del Estado, puntualiza la Ley Orgánica de 1967 (art. 29).

(48) Como testimonios significativos, entre tantos otros que podrían aportarse, valgan dos: José de POSADA HERRERA, en la pág. IX del *Prólogo* a "Lo contencioso-administrativo, de GALLOSTRA, escrito en forma epistolar desde Llanes, el 30 de septiembre de 1880, alude al hecho de que "el partido democrático escriba en su bandera la supresión de los Consejos de Estado y provinciales" o "la derogación de la jurisdicción contenciosa que al presente ejercen", mientras que su creación, mantenimiento y restauración como jurisdicción retenida fueron obra del partido conservador, según enfáticamente pone de relieve el Conde de TEJADA DE VALDOSERA en su artículo sobre *El restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Decreto de 20 de enero de 1875*, recogido en el libro *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1892, págs. 63-64.

encontrará solución en 1888 mediante una auténtica concordia, producto en gran parte del cansancio y también del ambiente doctrinario de la época.

El Estatuto de Bayona estableció ya un Consejo de Estado, presidido por el Rey, dentro de cuyas atribuciones meramente consultivas se encontraba el conocimiento “de la parte contenciosa de la Administración”, así como de los conflictos jurisdiccionales y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública (artículos 52, 58 y 59). La Constitución de 1812 creaba también un Consejo de Estado, que habría de ser oído “en los asuntos graves gubernativos” (artículo 236), expresión ambigua que, sin embargo, el párrafo XXX del discurso preliminar configuraba con alguna mayor precisión: “en él se habrá de refundir el conocimiento de los negocios gubernativos que andaban antes repartidos entre los tribunales supremos de la Corte con grande menoscabo del augusto cargo de administrar justicia, de cuyo santo ministerio no deben ser en ningún caso distraídos los magistrados: y porque también conviene determinar con toda escrupulosidad y conservar enteramente separadas las facultades propias y características de la autoridad judicial”. Este criterio hubiera permitido probablemente, dentro de la lógica del sistema, el nacimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, ninguno de ambos textos constitucionales tuvo eficacia real, por lo que la situación en este aspecto permaneció inalterada.

En cambio, el Decreto de 13 de septiembre de 1813, aprobado por las Cortes generales y extraordinarias como consecuencia de la supresión del Consejo de Hacienda, encomendaba a la Administración de Justicia el enjuiciamiento de “todos los negocios contenciosos de la Hacienda pública”, incluso “las causas y pleitos sobre contratos generales y particulares”, así como “los asuntos contenciosos que ocurran sobre liquidación de cuentas”. De aquéllos conocerían los jueces letrados y las Audiencias en segunda y tercera instancia, según el artículo 262 de la Constitución; de la “vista y revista” en materia contable se encomendaba a la Audiencia de la Corte, asesorada por “un individuo de la Contaduría mayor o de la Junta Nacional del Crédito Público”. Este sistema quedó sin efecto en el trienio constitucional por el Decreto parlamentario de 25 de junio de 1821 (obra de CANGA-ARGÜELLES), que prohíbe a los Tribunales ordinarios el juicio de tales reclamaciones (artículo 199), atribuido a la propia Administración pública mediante Juntas de agravios provinciales (49).

Tampoco significaron novedad alguna el Consejo de Estado que creó Fernando VII en 1825, ni el Consejo Real establecido por la Reina gobernadora en 1834 y suprimido tres años después. En consecuencia,

(49) MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael), *La crisis del “antiguo régimen” y la jurisdicción contable*, “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, enero 1967, tomo LIV de la segunda época, núm. 1, págs. 12-74. Existe edición separada. Reus, S. A., Madrid, 1967. Cf. págs. 11-12 (especialmente, nota 10), 14 y 38-40.

durante este período no existe la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando, naturalmente, se produjeran algunos conflictos y reclamaciones respecto de los actos de la Administración, que resolvían los ministros de la Corona (50). Por ello, en 1838 se constituye una comisión de notables para organizar esta jurisdicción, sin que el proyecto elaborado llegara a convertirse en Ley. Sin embargo, el dato revela que en esta época se adquiere conocimiento de la necesidad de "una jurisdicción especial de naturaleza difícil y compleja, distinta en la esencia y en la forma de la jurisdicción ordinaria, que pueda conocer de los negocios contencioso-administrativos y decidir definitivamente sobre ellos", según explica la exposición del Decreto de 24 de diciembre de 1843, que establece otra comisión con tal finalidad, en la que figuran nombres ilustres del Derecho administrativo y en la que tuvo una actuación decisiva el magistrado don Francisco AGUSTÍN SILVELA (51).

Obra de esta comisión son las Leyes de 2 de abril y 16 de septiembre de 1845, que establecen por primera vez en España la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter retenido, según el modelo francés. Era la propia Administración, mediante el Consejo de Ministros presidido por el Rey, quien pronunciaba la sentencia en forma de Real Decreto, acorde o no con el dictamen del Consejo Real. Dentro de éste se creó una sección de lo Contencioso, que tramitaba las demandas interpuestas contra los actos de la Administración central y los recursos de apelación contra los fallos de los Consejos Provinciales, así como los de casación y revisión contra las sentencias del Tribunal de Cuentas. Los Consejos Provinciales enjuiciaban en primera instancia las reclamaciones contra las resoluciones de la Administración local y estaban compuestos por tres o cinco vocales, bajo la presidencia del jefe político. Dependía de la propia Administración no sólo la decisión final, sino incluso la admisibilidad de las demandas, acerca de las cuales se pronunciaba, según los casos, el gobernador, el ministro o el Consejo de Ministros. El sistema expuesto era fiel reflejo de su modelo francés, aceptado casi unánimemente sin reservas por los cultivadores del Derecho administrativo de la época (52). Era también el criterio del partido moderado, entonces en el poder.

En el bienio progresista se modifica el anterior sistema, aunque las

(50) BRAVO (Julio), *Comentarios a la Ley de 13 de septiembre de 1838*, Madrid, 1838, pág. 17; GALLOSTRA Y FRAU (José), *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 79.

(51) La comisión estaba formada por los señores don Francisco Javier ISTÚRIZ, Duque de Frías, don Francisco Agustín SILVELA, el Obispo de Zamora, don Manuel Joaquín TARANCÓN, el Teniente General don Antonio REMÓN ZARCO DEL VALLE, don Francisco Javier DE BURGOS, don José POSADA HERRERA, don Alejandro MON, el jefe de escuadra don Francisco BALTASANO, don Alejandro OLIVÁN y el General don Joaquín EZPELETA. Esta comisión elaboró los anteproyectos con base en el proyecto de Ley que había presentado Silvela en las Cortes de 1838.

(52) Entre ellos, SILVELA, OLIVÁN, POSADA HERRERA, GIL DE ZÁRATE y, posteriormente, ABELLA; también PACHECO, con ciertas matizaciones respecto de los contratos administrativos. Cf. NIETO, ob. cit., págs. 35-37.

innovaciones sean más aparentes que sustanciales. Son suprimidos por Decreto de 7 de agosto de 1854 el Consejo Real y los provinciales. Los asuntos contencioso-administrativos se encomiendan más tarde a las Diputaciones Provinciales y a un Tribunal Contencioso-administrativo, que sólo tenía de tal en nombre, pues no obstante su carácter de supremo, el presidente y los doce ministros que lo formaban no estaban amparados por la inamovilidad, y sus acuerdos eran meramente consultivos (Decreto de 10 de enero de 1855). La jurisdicción continuaba siendo retenida y, en consecuencia, difícilmente puede calificarse esta organización como judicialista (53). El Real Decreto de 16 de octubre de 1856 restablece la situación existente dos años antes. Así permanecerá hasta 1868 con ligeras variaciones: en 1860, el Consejo Real se convierte en Consejo de Estado, y en 1863 se reorganizan los Consejos provinciales (54).

En este sistema, que duró cincuenta y seis años, lo contencioso-administrativo constituye una faceta de la potestad jurisdiccional de la Administración pública. Su especialidad se construye en función del objeto y, por lo tanto, se intenta delimitar mediante el acto administrativo, como el de comercio sirve de eje al Derecho Mercantil. Se habla así de la "materia contencioso-administrativa", sin que falte algún intento tímido de convertirla en fuero común de la Administración (55).

(53) ALFARO Y LAFUENTE (Santos), *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág. 31, afirma que este Tribunal no ejercía jurisdicción propia. GALLOSTRA, pág. 81, y BRAVO, pág. 31, coinciden en estimar que con tal sistema continuaba la jurisdicción retenida. SANTAMARÍA DE PAREDES (Vicente), *Curso de Derecho administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1891, pág. 841, se pronuncia en el mismo sentido. "No afectó a la esencia sino a la forma", dice de esta reorganización CABALLERO, I, pág. 27.

(54) Además de las obras de ALFARO, BRAVO, CABALLERO, COLMEIRO, GALLOSTRA y TEJADA DE VALDOSERA, ya citadas, o que se mencionarán más adelante, en todas las cuales puede seguirse el desarrollo histórico de lo contencioso-administrativo, deben consultarse también, ya desde una perspectiva actual, las siguientes: CORDERO TORRES (José María), *El Consejo de Estado*, IEP, Madrid, 1944, págs. 85-102; GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, núm. 20 de esta REVISTA, páginas 69-77; GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), ob. cit., pág. 543; LÓPEZ RODÓ (Laureano), *Evolución y estado actual del recurso contencioso-administrativo*, "Revista del Instituto de Derecho Comparado", núm. 4, enero-junio 1965, págs. 62 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO (Sebastián), *La desviación de poder en el Derecho español*, núm. 22 de esta REVISTA, págs. 129-175; NIETO GARCÍA (Alejandro), *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, núm. 50 de esta REVISTA, mayo-agosto 1966, págs. 43-46; JORDANA DE POZAS (Luis), *Le Conseil d'Etat espagnol et les influences françaises au cours de son evolution*, "Livres jubilaires... du Conseil d'Etat", París, 1952.

(55) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *La configuración del recurso de lesividad*, número 15 de esta REVISTA, pág. 111, final, nota 1. Sobre el significado originario de la jurisdicción contencioso-administrativa es fundamental la polémica de alto bordo intelectual mantenida por dos distinguidos juristas: PARADA (J. R.), *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso administrativo*, núm. 55 de esta REVISTA, págs. 65 y 55. NIETO (Alejandro), *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, número 57 de esta REVISTA, págs. 9-33; PARADA, *Replica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, núm. 59 de esta REVISTA, págs. 41-70.

La concepción doctrinal, como la íntegra estructura de la Administración, es de origen francés y quizá late en la configuración objetiva de lo contencioso-administrativo un prejuicio residual respecto de los fueros privilegiados de carácter personal proscritos por el principio de igualdad ante la Ley. Sin embargo, el trasplante de la superestructura obtuvo resultados muy diferentes a los del modelo, ya que la realidad subyacente, más fuerte que cualquier esquema teórico, provocó una grave distorsión.

3. *La unidad de fueros y la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Una de las preocupaciones permanentes de nuestro liberalismo decimonónico y especialmente de su sector progresista, es la unificación jurisdiccional, corolario del principio de igualdad y conectado también con la tendencia centralizadora. Desde una perspectiva institucional, se convierte en el fundamento sustantivo de la justicia como poder. El Estatuto de Bayona suprimía los Tribunales con atribuciones especiales y todas las justicias de abadengo, órdenes y señoríos (artículo 98). Con mayor precisión proclamaba la Constitución doceañista, que "en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas", si bien se respeten las jurisdicciones eclesiástica y militar (artículos 248, 249 y 250). Esta declaración no vuelve a formularse explícitamente en ningún texto constitucional posterior y sólo es recogida de modo implícito al establecerse en 1837, 1845 y 1856 el carácter "exclusivo" de la potestad judicial (56).

La Ley de Bases de 11 de abril de 1868, en las postrimerías del período isabelino, autorizaba al Gobierno para elaborar una Ley completa y definitiva de ordenación judicial y competencia de los Tribunales del fuero común, así como para introducir mientras tanto las reformas más urgentes. Entre éstas se incluye expresamente la supresión de los fueros de guerra, marina y extranjería en lo respectivo a los negocios civiles (salvo la prevención de los juicios de testamentaria y abintestato) y también la extinción de los Juzgados especiales de Hacienda y Tribunales de Comercio, devolviéndose el conocimiento de todos estos asuntos al fuero común o jurisdicción real y ordinaria (art. 2.º, 1.º y 2.º).

Una vez triunfante la revolución, se radicaliza este criterio del régimen precedente y se pone inmediatamente en marcha la unificación

(56) La unidad de fueros se proclama también en el art. 75 de la Constitución de 1876, en el art. 94 del anteproyecto de 1929, y en el art. 95 de la Constitución de 1931, que es muy explícito a este respecto, ya que encuadra en la Administración de Justicia todas las jurisdicciones existentes, limita la castrense a los delitos militares y prohíbe el establecimiento de fuero alguno por razón de las personas o de los lugares, salvo en estado de guerra, aboliendo todos los Tribunales de honor. La Ley Orgánica de 1957, dentro de esta ininterrumpida tendencia constitucional, reserva con carácter exclusivo a los órganos judiciales comunes la función jurisdiccional, con la salvedad de las jurisdicciones militar y eclesiástica (arts. 31 y 32).

jurisdiccional, que es instrumentada mediante una serie de Decretos del Gobierno provisional. Primero son suprimidos el Consejo Real y los Consejos provinciales (13 de octubre); luego, el Juzgado especial de imprenta (23 de octubre); inmediatamente después, el Tribunal especial de las Ordenes militares (2 de noviembre), y, por fin, los Juzgados de Hacienda y los Tribunales de Comercio, conservándose las jurisdicciones eclesiástica y castrense, aun cuando reducidas a sus estrictos límites naturales (6 de diciembre). Así, la unificación tuvo efecto mucho antes de que fuera solemnemente proclamada en el artículo 91 de la Constitución de 1869. La Ley Orgánica del Poder Judicial partió de este planteamiento y consolida tal realidad, aunque las vicisitudes posteriores hayan hecho naufragar tan noble propósito y permitido la aparición de esas dos docenas de jurisdicciones especiales existentes hoy.

La consagración absoluta del principio de unidad de fueros implicaba, por su propia lógica interna, el triunfo de la tendencia judicialista en orden a la configuración de lo contencioso-administrativo. En efecto, como ya quedó indicado, pocos días después de la constitución del Gobierno provisional, un Decreto de 13 de octubre de 1868 “suprime la jurisdicción contencioso-administrativa... que ejercían el Consejo de Estado y los Consejos provinciales” (artículo 1.º) y, en consecuencia, declara extinguidos éstos y la sección de lo Contencioso de aquél (artículo 2.º) para encomendar el enjuiciamiento de tales asuntos al Tribunal Supremo y a las Audiencias. La competencia del Tribunal Supremo se extiende entonces al conocimiento de “las demandas que según la legislación hasta ahora vigente debían entablarse en primera y última instancia ante el Consejo de Estado” (artículo 5.º) y a “los recursos de alzada y nulidad que en lo sucesivo se incoasen” (artículo 4.º), así como a “los negocios pendientes ante el Consejo de Estado..., sustanciándose según el estado en que se encuentren”. A las Audiencias se les entrega el enjuiciamiento de los encomendados anteriormente a los Consejos provinciales (artículo 3.º).

Conviene observar, ante todo, que este primer Decreto emana del Ministerio de la Gobernación, ya que los Consejos suprimidos le estaban adscritos (57). El trasplante de la jurisdicción contencioso-administrativa desde la Administración pública al Poder judicial implica una primera consecuencia formal: la competencia respecto de aquélla se altera y corresponde desde entonces al Ministerio de Gracia y Justicia, del que procederán las demás normas que instrumenten esta operación (58). Tal planteamiento judicialista se mantiene en sus líneas

(57) COLMEIRO (Manuel). *Derecho administrativo español*, 2.ª ed., I, Madrid, 1858, página 111. “Al [ministerio] de Gobernación del Reino pertenecen: 1.º Las relaciones con el Consejo Real, Consejos provinciales...”.

(58) Los Decretos a que se alude no aparecen firmados por el jefe o presidente del Poder ejecutivo, sino tan sólo por el ministro correspondiente, con la fórmula “en uso de las facultades que me competen, como individuo del Gobierno provisional... de acuerdo con el Consejo de Ministros”. El de la Gobernación era entonces don Práxedes MATO SACASTA y de él procede el Decreto de 13 de octubre, mientras que los dictados el 16 de

esenciales durante esta etapa política, si bien adoptará diversas manifestaciones orgánicas, que revelan plásticamente las dificultades que presentaba la experiencia. La reforma de lo contencioso-administrativo ofrece en este aspecto estructural tres fases muy definidas, que se exponen a continuación:

La *primera fase* está constituida por el Decreto de 16 de octubre, que, para incorporar la jurisdicción suprimida a la Administración de justicia, “crea en el Tribunal Supremo de Justicia y en todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes, una Sala, que decidirá sobre las cuestiones contencioso-administrativas” (artículo 1.º). Esta Sala “la formarán en el Tribunal Supremo el presidente del mismo y los dos de Sala más antiguos, y en las Audiencias, el regente con los dos presidentes también más antiguos” (artículo 2.º). Con tal composición, al más alto nivel orgánico, se reconoce implícitamente la trascendencia de lo contencioso-administrativo. Conviene advertir que, en principio, se excluye del sistema a las Audiencias de Ultramar (La Habana, Puerto Príncipe, Puerto Rico y Manila) (59). Aunque se facultaba al presidente del Tribunal Supremo y a los regentes de las Audiencias para adoptar las disposiciones necesarias que exigiera la ejecución de este Decreto (artículo 4.º), la realidad es que su texto resultaba excesivamente lacónico y en él “no se tuvieron en cuenta muchos detalles indispensables para la efectividad de la reforma, por lo que el Tribunal Supremo se abstuvo por algún tiempo de conocer de los nuevos asuntos que se sometían a su jurisdicción” (60).

ese mismo mes y el 26 de noviembre emanan de don Antonio ROMERO ORTIZ, Ministro de Gracia y Justicia.

(59) La Ley creando los Consejos de provincias no había sido extensiva a nuestras posesiones de ultramar; así es que en éstas las Audiencias decidían en primera instancia los pleitos contencioso-administrativos, constituidas en Acuerdos. Para poner fin a esta confusión de atribuciones entre la Administración y la Justicia se dictaron tres Reales decretos con fecha 4 de julio de 1861: por el primero se privaba a las Audiencias de sus facultades administrativas, mandando que no pudiesen constituirse en Acuerdos para consultar ni fallar en los asuntos de la Administración, y limitando sus funciones a la Administración de justicia; por el segundo se creaba para cada una de las provincias ultramarinas un Consejo de Administración, dividido en tres secciones de las que una, llamada de lo Contencioso, estaba encargada de conocer en los litigios administrativos, y por el tercero se determinaba el reglamento para el modo de proceder en estos asuntos. Posteriormente, en Ultramar se hicieron sentir los mismos cambios que en la Península. Dos Decretos, uno de 7 de febrero y otro de 2 de junio de 1869, habían confiado a las Audiencias territoriales de aquellas provincias la jurisdicción contencioso-administrativa que antes ejercían las secciones de lo Contencioso de los Consejos de Administración, quedando éstos suprimidos. Como era natural, al verificarse en la Península la restauración de los Tribunales administrativos, no podía dejar de hacerse otro tanto respecto a Ultramar, y así se publicó un Decreto en 19 de marzo de 1875, dejando sin efecto los dos que anteriormente hemos citado, volviendo a declarar en vigor las disposiciones que existían en la materia antes de la revolución del 68. Cf. GALLOSTRA, *ob. cit.*, págs. 82, 87 y 88.

(60) ALFARO Y LAFUENTE (Santos), *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág. 36. También, GALLOSTRA, *ob. cit.*, pág. 84.

La *segunda fase* de este proceso evolutivo es el Decreto de 26 de noviembre, consecuencia de la imprecisión de los anteriores. El Gobierno provisional encomendó al presidente del Tribunal Supremo la preparación de las normas complementarias que estimara precisas, tarea que don Joaquín AQUIRRE DE LA PEÑA, canonista, realizó con gran acierto, asesorado por don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (que le sucedería en el cargo pocos meses después) y don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, burgalés de pro. Este Decreto se refiere fundamentalmente al Tribunal Supremo para operar en él la refundición de las jurisdicciones contencioso-administrativa y de las Ordenes militares, aun cuando afecte también a las Audiencias. En realidad, constituye el primer paso de una nueva ordenación del poder judicial, y a causa de su contenido procedimental fue calificado de "reglamento" por los juristas contemporáneos (61).

El Tribunal Supremo de Justicia se reorganiza ahora en tres Salas (artículo 1.º), de las cuales corresponde a la "tercera el conocimiento de los negocios contenciosos de la Administración procedentes de la Península, Islas adyacentes y provincias ultramarinas, ya sea en instancia única, ya en apelación o en recurso de nulidad" (párrafo último del artículo 6.º y artículo 19). Cada Sala se componía de un presidente y ocho ministros (artículo 2.º). Con ellos, dice el preámbulo, "bien puede formarse una Sala que entienda en los negocios contenciosos de la Administración. El número de ministros, la circunstancia de ser todos letrados, la práctica y hábito de juzgar de los que están en el término de su carrera, la experiencia que han atesorado, sustituye a la garantía de acierto que respectivamente ofrecían la Sección y la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado".

Sin embargo, ni todos sus componentes, ni sólo ellos formaban siempre la Sala. Esta se constituía de diversa forma, según la índole de los asuntos. En efecto, eran suficientes tres ministros para las providencias de sustanciación que no tuvieran señalado otro número especial y siete para las sentencias definitivas, las providencias sobre la admisibilidad de las demandas, las resolutorias de la reposición de otras y las aclaratorias de todas aquellas que requirieran el mismo número. En cambio, se exigía la presencia de once ministros para los recursos en que hubiera informado el Consejo de Estado en pleno, así como para los de revisión y sus aclaraciones; en tales casos, la Sala se completaba con el presidente del Tribunal y otro de Sala (artículo 5.º). El preámbulo explica que esta composición extraordinaria "será salvaguardia bastante para la garantía de todos los derechos legítimos sin que se rebaje por eso la autoridad de los fallos que el Consejo de Estado proponía en pleno".

Además del personal judicial ya enumerado, se adscribían a la Sala Tercera dos abogados fiscales para ocuparse exclusivamente de los negocios contencioso-administrativos; tres secretarios relatores, todos letrados, para dar cuenta de los asuntos y asistir a las vistas, con fe

(61) Cf. ALFARO, ob. cit., pág. 38.

pública; dos ujieres, cuyas funciones habían de ser las que señalaban a sus colegas las normas reglamentarias hasta entonces vigentes; y los porteros que asignase a su servicio el presidente del Tribunal Supremo (artículos 12, 13, 15 y 16). El preámbulo justifica esta planta de personal y aduce que el número de los subalternos necesarios "es el menor posible", hasta el extremo de que "tal vez habrá necesidad de algún auxiliar más: la experiencia demostrará en su caso la conveniencia del aumento". En la Sala Tercera del Tribunal Supremo no percibirá honorarios ninguno de sus subalternos (artículo 17), expresión esta comprensiva de todos los funcionarios de la Secretaría, retribuidos exclusivamente mediante sueldo (62).

En las Audiencias corresponde ahora a su Sala Primera el conocimiento de los negocios contenciosos de la Administración pendientes o que en lo sucesivo se incoaren, de que conocían antes los Consejos provinciales (art. 18). En el ámbito geográfico se hace regional la anterior competencia provincial, transformación que anticipa la operada en 1956. Las demandas contencioso-administrativas se interpondrán directamente en la Sala Primera de la Audiencia del territorio a la que correspondan las provincias en que debían comenzarse según el sistema anterior (artículos 18 y 23). Los relatores, los escribanos de Cámara y demás subalternos de las Salas correspondientes, según sus respectivos cargos, desempeñarán las funciones que con arreglo a las normas procesales peculiares en la materia, correspondían a los secretarios y ujieres, sujetándose respecto al percibo de derechos a los aranceles establecidos para los negocios comunes (artículo 22).

El mismo preámbulo, tantas veces citado, explica que "en las Audiencias serán escasos los negocios contenciosos de la Administración; así lo hace presumir lo que hasta ahora ha acontecido en los Consejos provinciales; no es necesario, por lo tanto, aumentar subalternos, bastando con los que actualmente tienen las Salas, los cuales podrán muy bien desempeñar funciones análogas a las de los secretarios y ujieres de los Consejos provinciales. No sería tampoco conveniente nombrar nuevos empleados para tan escasos negocios, ni que hubiera en una Sala distinta clase de cargos para llenar funciones de una misma naturaleza, por más que los procedimientos sean diferentes. Como la remuneración de estos subalternos consiste principalmente en los derechos que perciben, se ha establecido que se arregle a los aranceles que rigen para los negocios comunes".

La *tercera fase* en la evolución estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa aparece constituida por la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aun cuando su delimitación del contenido de la potestad de aplicar las Leyes (artículo 2.º) se refiere tan sólo a

(62) Las dotaciones eran: 2.800 escudos anuales los abogados fiscales y los secretarios relatores (más 600 estos últimos para gastos de escritorio), y 1.400 escudos cada ujier.

los juicios civiles y criminales (63), establece, sin embargo, una Sala en el Tribunal Supremo —la Cuarta— para conocer “en única instancia y en revisión de todos los recursos que con arreglo a la Ley entablen contenciosamente los que se sintieran agraviados en sus derechos por resoluciones de la Administración general del Estado que sean definitivas” (art. 282), así como también en única instancia de las recusaciones que se interpusieren contra los magistrados que la integran, a excepción del presidente (art. 283).

Según esta misma Ley, las Audiencias se organizaban en Salas de lo Civil y Salas de lo Criminal (más la de Gobierno y el Pleno), sin que entre las atribuciones de cualquiera de ellas se incluyera en ningún instante el enjuiciamiento de los negocios contencioso-administrativos. Tal silencio está relacionado con la omisión de toda referencia al recurso de apelación y a la Administración local en la delimitación de la competencia del Tribunal Supremo. No obstante, las Audiencias siguieron resolviendo tales asuntos sin estar autorizadas por la nueva Ley, como otra de 1.º de marzo de 1873 confirma (64). Los comentarios de los autores contemporáneos insisten con unanimidad en que tal silencio resulta completamente inexplicable (65). BRAVO achaca la omisión “al olvido a que esta materia había sido condenada” (66), mientras que ALFARO rechaza una serie de hipótesis: “No podemos atribuir tal omisión a error de imprenta, pues no es concebible que se hubiesen cometido dos defectos en dos artículos diferentes y que tenían gran relación entre sí. Tampoco podemos atribuirla a que la mente del legislador acariciara la idea de suprimir esta jurisdicción, pues lo hubiese dicho terminantemente, y mucho menos podemos creer que se le quisiera dar otra forma diferente, pues en este caso se hubieran dictado disposiciones provisionales, como se hizo en 1854 para evitar los perjuicios que pudieran seguirse de la paralización de la justicia administrativa o la anomalía de que entendiesen los Tribunales de ciertos negocios acerca de los cuales no se había concedido jurisdicción por la Ley Orgánica de aquéllos” (67).

Es muy posible que el defecto señalado fuera producto de diversos factores: la excesiva velocidad en la redacción definitiva de la Ley Orgánica, sobre un anteproyecto elaborado con un criterio radicalmente distinto respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa; la inestabilidad de la situación política que polarizaba la atención de todos y favorecía el olvido de problemas secundarios, y también quizá la inde-

(63) Lo contencioso-administrativo, como una de las facetas de la potestad judicial, aparece ya en el proyecto constitucional de 1929 (art. 93, 2) y adquiere consistencia jurídica por primera vez en la Ley Orgánica del Estado (art. 31).

(64) Así lo afirma ALFARO, pág. 42.

(65) “Resulta inexplicable”, afirma ALFARO, pág. 42. “¡Cosa extraña y completamente inexplicable!”, dice GALLOSTRA, pág. 81. “Extraño caso”, comenta BRAVO, pág. 35. CABALLERO, I, pág. 36, anota el hecho sin más.

(66) BRAVO, ob. cit., pág. 35.

(67) ALFARO, ob. cit., pág. 42.

cisión de los redactores de la Ley en orden a la naturaleza compleja de lo contencioso-administrativo, su carácter polémico, según se reconocía en el preámbulo del Decreto de 26 de noviembre. La coyuntura no era propicia para el "examen y detenido estudio" de esta cuestión importantísima, que prometía el Gobierno provisional.

4. *Finalidad de la reforma.*

La finalidad, el fundamento y el significado de la reforma aparecen recogidos "ex post facto" en el extenso preámbulo del Decreto de 26 de noviembre de 1868, que dedica algo más de las dos terceras partes de su contenido total a lo contencioso-administrativo. Allí se encuentran, con cierta encantadora promiscuidad, razones dogmáticas y motivos políticos, principios constitucionales y argumentos polémicos. Unos y otros ofrecen un valor desigual, pero siempre sugestivo y aleccionador.

Observa NIETO que hoy suelen considerarse estas reformas como una medida de exclusiva intención política, pero no es así (68). En realidad, perseguía una finalidad múltiple, algunas de cuyas facetas quedan explícitas mientras otras permanecen en la sombra, si bien no cabe desconocer que el propósito predominante fuera evidentemente de carácter político.

En tal aspecto, la nueva configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un reflejo de la separación de los poderes, que se lleva hasta sus últimas consecuencias, en una interpretación más próxima al modelo anglosajón que al francés, como ya fue observado en su época. La unidad de fueros exige, en esta misma tendencia, que se reintegren al poder judicial las jurisdicciones desgajadas y extravagantes. Los Tribunales, por ello, enjuician lo contencioso-administrativo en virtud de su potestad exclusiva de administrar justicia, sin que esto implique que "sean invadidas las funciones de la Administración activa", según objeción habitual de los partidarios del sistema administrativo. De tal forma se pretende otorgar "a los derechos legítimos toda la protección, toda la garantía que necesiten si no han de ser menoscabados". La "salvaguardia" de estas garantías tiene una faceta orgánica, como es por sí misma la propia judicialización, y otra procesal, que consiste fundamentalmente en la pérdida por la Administración de sus prerrogativas. Tales son las "altas aspiraciones" de la reforma, confesadas en el preámbulo.

También existió una motivación financiera, si bien la nueva organización no tuviera "por único ni por principal objeto hacer una economía en el presupuesto del Estado". No obstante su accesoriedad, se encuentran en el preámbulo varias referencias al propósito de reducir el gasto público. En tal sentido se afirma que la nueva planta del Tribunal Supremo supone una cantidad muy pequeña "si se compara

(68) NIETO, *ob. cit.*, pág. 45.

con la que señalaba el presupuesto de la Sección de lo Contencioso y sus dependencias. Cualquier otra organización sería más gravosa al Erario". También en las Audiencias, la utilización del personal judicial y subalterno propio, sin aumento alguno, permitía prescindir de los secretarios y ujieres de los Consejos provinciales, cuya supresión no dejaba "tras sí ningún gravamen ni en los presupuestos de las provincias, ni en los generales del Estado".

5. *La opinión pública como fundamento de la nueva organización.*

El preámbulo del Decreto de 26 de noviembre explica que "siguió el Gobierno el impulso de la opinión pública que exigía esta reforma", pues "la jurisdicción contencioso-administrativa, importada en nuestra Patria hace más de veinte años, ha sido mirada generalmente con desfavor"; la causa de este veredicto popular adverso se indica más adelante: "No inspiraba cumplida confianza ni a los litigantes ni al país". En tal argumentación se halla latente un cierto casticismo, ya que de una manera sutil se reprocha a lo contencioso-administrativo su innegable origen extranjero y su contradicción respecto de los principios fundamentales de nuestro Derecho público. Una vez más, la revolución se abraza a la tradición, como ya ocurriera en las Cortes de Cádiz, cuya Constitución es más española en el fondo de lo que parece en la forma (69). Lo sugestivo de tal actitud estriba precisamente en que tanto los liberales doceañistas como los demócratas de 1868, son sinceros y no utilizan ese casticismo para enmascarar sus reformas, sino que les nace espontáneamente de un afán de autenticidad. Sólo unas hondas raíces en el pasado, espejo implacable que refleja nuestra personalidad colectiva sin adulación, permiten construir obras perdurables, con propio perfil y vocación de futuro. Las imitaciones carecen de vitalidad. Quizá por haber hallado esas raíces, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha llegado hasta nosotros.

Tampoco la referencia a la opinión pública es una argucia retórica: responde a una realidad que, sin embargo, conviene matizar. En efecto, hay que distinguir los administrativistas y los demás, distinción que recuerda la existencia entre el "mester de clerecía" y el "mester de juglaría". Es el pueblo, la gente, realista y poco propicia a las abstracciones, quien no comprende un sistema en el que la Administración pública actúa como juez y parte en el enjuiciamiento de sus propios actos. Las mentes sencillas desconfían. Son, en cambio, los letrados quienes, con práctica unanimidad, defienden sin reservas el modelo francés de jurisdicción contencioso-administrativa, que no hacía sino completar la estructura también afrancesada de nuestra Administración pública e incluso de nuestra justicia, aun cuando la influencia foránea

(69) VICENS VIVES (Jaime), *Aproximación a la Historia de España*, Madrid, 1970, página 139.

fuera menos visible en ésta. Sin embargo, los mismos juristas partidarios de la jurisdicción retenida reconocen no sólo sus defectos técnicos (toda obra humana los tiene), sino algo más importante: su falta de arraigo en la conciencia colectiva del pueblo español.

GALLOSTRA nos informa que “el Consejo de Estado..., en lo respectivo al ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no ha continuado con bastante fortuna la tradición y las glorias del primitivo Consejo Real, y, por lo tanto, la confianza y el respeto público no le han acompañado en igual grado”, a causa de la excesiva politización de este órgano consultivo. Más adelante, con su autoridad de abogado en ejercicio y remitiéndose también al testimonio de sus compañeros en el foro, alude al hecho frecuente de que muchos clientes rehusaran “intentar la vía contenciosa, que les aconsejaban en defensa de su derecho”, por un explicable recelo. En cuanto a los Consejos provinciales, “apenas nacidos, estuvieron muertos en la opinión, sin gloria ni prestigio alguno, como emponzoñados por los miasmas de la política”; les faltó, “en gran parte, la primera condición necesaria para la existencia de todo Tribunal, que es el respeto y la confianza de los que someten a su decisión la suerte de sus derechos e intereses”. No es extraño, por tanto, que los resultados del sistema no fueran “en verdad ópinos”: “con lentitud y con incertidumbre cada vez mayores en el procedimiento se llega al fallo”, sin que éste responda “a la línea recta de una jurisprudencia sólidamente establecida”. En definitiva, todo ello produjo un sentimiento generalizado de desconfianza y de retraimiento e incluso de temor en ejercitar el procedimiento contencioso, muy poco conocido. En otro lugar, el mismo autor alude al hecho de que desde un principio “empezaron a suscitarse graves oposiciones contra la jurisdicción administrativa por parte de hombres versados única o principalmente en Derecho civil e influyentes en la política. Uno de ellos, hombre de escasa ciencia, pero orador notabilísimo, se hacía órgano de esta tendencia en un congreso de jurisconsultos que se reunió en 1863, declarándose abiertamente contrario a lo contencioso-administrativo y afirmando que mientras existiese no podía un pueblo tener libertad” (70). A este mismo personaje se refiere ALFARO, que cita su sarcástica definición: “¿Qué es lo contencioso-administrativo? Lo contencioso-administrativo es lo contencioso-administrativo” (71).

Confirma tal estado de opinión don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, que alude a la “prevención desfavorable que la rodea”, así como a “la idea que abrigan muchos de que lo contencioso-administrativo es sólo un conjunto indigesto, indefinible e inexplicable, de cuestiones desmembradas del Derecho civil por el capricho de algunos jurisconsultos y de algunos administradores que, aunados en funesto consorcio, han he-

(70) GALLOSTRA, ob. cit., págs. 24 a la 28 y 82-83.

(71) ALFARO, ob. cit., pág. 15: “hombre político notable por su talento y, más aún, por la posición política que ocupó..., notable orador...”.

cho una creación forzada y artificial para rebajar el orden judicial (sic), separar a los ciudadanos de sus jueces naturales, conculcar los derechos privados y servir al despotismo o secundar las miras del espíritu reaccionario" (72). En el mismo sentido se expresa BRAVO: "No hemos de negar —comenta— que antes de esa fecha (1868), los representantes de las ideas más radicales, así en el orden político como en el jurídico y administrativo, habían levantado algún tanto la opinión contra la manera de resolver las cuestiones entre los particulares y la Administración, y que se consideraba por muchos como contrario completamente a los buenos principios de la justicia, el que la Administración fuese juez y parte" (73).

El preámbulo tantas veces utilizado recoge todos estos reproches y declara que en la jurisdicción contencioso-administrativa, "arrancando de los Tribunales muchas cuestiones que debían ser de su exclusiva competencia, según los principios fundamentales de nuestro Derecho público, atribuyendo el conocimiento de pleitos que frecuentemente eran cuestiones de Derecho civil, en el sentido riguroso de la frase, a corporaciones cuyos miembros no tenían carácter de inamovilidad y dejando su resolución definitiva y ejecutoria al Gobierno, árbitro de admitir o desechar los fallos que el Consejo de Estado le consultaba ..., una de las partes en el litigio venía a decidirlo". Ello no impide en otro párrafo la proclamación de que "sería injusto desconocer que el Consejo de Estado dio repetidas pruebas de su amor a la justicia, consultando a favor de las demandas y contra lo que él mismo había consultado anteriormente, rectificando sus apreciaciones en vista de los solemnes debates judiciales; pero es también innegable que la opinión general considera más imparciales a los jueces que no han tenido participación en un dictamen consultado, que a aquellos que en un acto anterior, aunque sea auxiliando a la Administración activa, tienen prejuzgada en cierta manera la cuestión que son llamados a decidir en la vía contenciosa".

6. Sentido y significado de la concepción judicialista.

A) Subsistencia de lo contencioso-administrativo; su naturaleza problemática.

El hecho de suprimir la jurisdicción contencioso-administrativa no significaba el desconocimiento de "la diferencia que existe entre lo contencioso-administrativo y lo contencioso-judicial", según expresión alambicada del preámbulo del Decreto de 26 de noviembre. La postura del Gobierno provisional en tal aspecto es dubitativa y, por ello, promete un "detenido estudio de esta cuestión importantísima" antes de decidir,

(72) CÓMEZ DE LA SERNA (Pedro), artículos de la "Revista de Legislación y Jurisprudencia", recogidos en *Colección*, pág. 319.

(73) BRAVO, pág. 32-33.

ya que la solución se enlaza con la conveniencia de mantener sus peculiaridades procesales. “Estos puntos bien merecen ser estudiados antes de adoptar una disposición definitiva que, respetando todos los derechos, concilie con los altos fines de la Administración los principios eternos de la justicia”; por ello, la reforma tiene en principio un alcance provisional y transitorio.

El preámbulo, por su carácter polémico, entra en el análisis de la naturaleza intrínseca de lo contencioso-administrativo y clasifica los asuntos de que hasta entonces conocía esta jurisdicción especial en dos grupos, perfectamente diferenciados según otros tantos criterios.

a) El primero está constituido por aquellas cuestiones en las que “el Estado, los pueblos, las corporaciones, son personas jurídicas a cuyas contiendas debe aplicarse la Ley civil, puesto que se refieren a la propiedad o a la contratación, materias definidas por la ley común. No es obstáculo para ello que los juzgadores deban tener presentes en su aplicación disposiciones administrativas. Lo mismo sucede en toda clase de obligaciones litigiosas, ya que no sólo se toman en cuenta las prescripciones formuladas en las leyes, sino también las condiciones de los contratos, que son leyes especiales de cada uno por voluntad de los contratantes”. Estas “cuestiones que por su índole corresponden al poder judicial, han salido de su legítima competencia, como no pueden menos de confesar los partidarios más decididos de coexistencia de ambas jurisdicciones, diciendo que esta es una trasmutación y una excepción de los principios”. En consecuencia, resulta indudable que a la jurisdicción ordinaria corresponden por naturaleza, entre otros asuntos, los siguientes:

- 1.º Venta de bienes nacionales (desamortización).
- 2.º Deslinde y amojonamiento de montes pertenecientes al Estado, a pueblos o a establecimientos públicos.
- 3.º Expropiación forzosa por causa de utilidad pública, cuando se trata de la observancia o quebrantamiento de las formas establecidas por las Leyes.
- 4.º Contratos relativos a servicios y obras públicas: cumplimiento, interpretación y daños y perjuicios ocasionados en su ejecución.

b) El segundo grupo aparece constituido por “los negocios que no caen bajo las prescripciones de los Códigos civiles, sino que son leyes puramente administrativas”. En este caso, si se trata de “derechos legítimos... escritos en una ley o en una disposición de carácter general”, que puedan resultar lastimados o perjudicados, “es cuestión muy debatida si deben éstos ser ventilados en forma contenciosa, o, de otra manera, que, reuniendo todas las pruebas de acierto, no saque de su natural terreno lo que por su índole corresponde a la Administración activa, o, si por el contrario, debe atribuirse a lo contencioso-judicial...”

de tal modo que constando los hechos, sólo reste aplicar el texto invocado en apoyo del derecho controvertido”.

B) *Judicialización.*

La judicialización es ahora absoluta y coherente, no simplemente verbal, como en el fugaz experimento progresista de 1854. “La jurisdicción retenida ha desaparecido por completo” —proclama el preámbulo—, y con deliberada precisión terminológica se abstiene de llamar “delegada” a la que ahora se integra en el poder judicial. “Los Tribunales —añade— entran a funcionar en virtud de su misión de administrar justicia; ésta debe ser siempre independiente, libre, exclusiva: otra cosa sería incompatible con nuestras instituciones”. “La jurisdicción del Tribunal Supremo es siempre propia, directa”. La operación de injerto consiste en restituir a la Administración de Justicia “lo que de ella se había desmembrado” y consumir la “devolución de cuantas cuestiones habían salido de su legítima competencia”.

“Es un hecho en España —comentaba por entonces ALFARO— la existencia de Tribunales que entienden con jurisdicción propia en los negocios contencioso-administrativos” (74). Posteriormente, el profesor SANTAMARÍA DE PAREDES, cuya huella en esta materia fue indeleble, incurrió, sin embargo, en la falta de rigor que implicaba identificar la jurisdicción “delegada” y la propia que ejercieron el Tribunal Supremo y las Audiencias desde 1868 a 1874, clasificando tal sistema con su peculiar criterio taxonómico, en el grupo judicial ecléctico, por corresponder a órganos especiales dentro de la Administración de Justicia (75). En nuestros días se reconoce que esta reforma “instaura el sistema judicial en toda su pureza”, según expresión de LÓPEZ RODÓ (76). Su consecuencia inmediata fue la configuración netamente procesal de lo contencioso-administrativo, que conserva, por otra parte, la terminología tradicional. Así, los tres Decretos de 1868 aluden a las “cuestiones”, “demandas”, “asuntos” o “negocios” y sólo una vez son calificados tales conflictos como “recursos” (artículo 5.º del de 26 de noviembre), aun cuando sea precisamente ésta la expresión que recoge luego la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(74) ALFARO, pág. 41.

(75) SANTAMARÍA, ob. cit., págs. 841 y 892 (discurso en el Congreso de los Diputados pronunciado el 14 de diciembre de 1887 sobre la totalidad del proyecto de Ley de lo contencioso-administrativo).

(76) LÓPEZ RODÓ, *Evolución...*, págs. 63 y ss. También, *Le recours contentieux-administratif en Espagne*, “Revue internationale des sciences administratives”, 1953, pág. 168.

7. *Consecuencias procesales.*

Lo contencioso-administrativo, como conjunto de conflictos sometidos a un régimen jurídico especial, permanece. Su diferente naturaleza intrínseca respecto de las cuestiones civiles, reconocida explícitamente, encuentra su reflejo formal en un cauce procesal propio y distinto (77). Por ello se conserva de la manera de proceder en los negocios contenciosos de la Administración de que conozcan tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias (78), si bien se introduzcan algunas “alteraciones absolutamente imprescindibles”, aun cuando muy importantes (artículo 6.º del Decreto de 13 de octubre; 7.º y 20 del de 26 de noviembre). “Esta medida, explica el preámbulo, ha tenido por principal objeto satisfacer a la apremiante necesidad de que no se paralizara la marcha de los pleitos ni se perjudicaran derechos; pero la solución definitiva de este punto se enlaza con la cuestión antes indicada sobre si debe existir o no lo contencioso-administrativo, con la extensión o las limitaciones que pueda tener en adelante. Sería prematuro e inconveniente por ahora hacer alteraciones transitorias que acarrearían, como es de suponer, los perjuicios consiguientes a los cambios en la forma de seguir los pleitos y en particular para los que ya se hallan incoados”.

Las modificaciones que se introducen son una consecuencia ineludible del nuevo planteamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y de su configuración netamente judicial. Todas ellas responden a la finalidad explícita de salvaguardar los derechos legítimos o establecer

(77) Así lo reconocen ALFARO, CALLOSTRA, pág. 83, y BRAVO, págs. 33-34. TEJADA DE VALDOSERA, págs. 61-62, afirma explícitamente que en 1868 no se extinguió “de hecho la jurisdicción contencioso-administrativa”; “perdió aquella alguna de las condiciones con que la venían ejerciendo el Consejo de Estado y los Consejos provinciales”, por la irrevocabilidad de las sentencias y la decisión acerca de la admisibilidad de las demandas. “Sin embargo—añade—conservó en gran parte la condición esencial de toda jurisdicción especial”, la “particularidad del juez o jueces que la constituyen”, sin que se confundieran “los asuntos contencioso-administrativos y contencioso-ordinarios” ni se unificara el procedimiento.

“No cabe demostración práctica más concluyente—comenta en una nota al pie de la página 63—de la imposibilidad que presenta el suprimir en España la jurisdicción contencioso-administrativa. Se la puede *desnaturalizar*, encomendándola a los Tribunales ordinarios; pero no se la puede destruir. Tales raíces ha echado en nuestras costumbres.”

(78) Las normas reguladoras eran, según el mismo art. 7.º del Decreto de 26 de noviembre, la Ley Orgánica del mismo Cuerpo, dada en 17 de enero de 1860, el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 30 de diciembre de 1846, el R. D. de 19 de octubre de 1860, y las demás Leyes y disposiciones que han venido rigiendo hasta aquí en los negocios contencioso-administrativos, con las modificaciones que quedan ya establecidas y las que establecen los artículos siguientes. En el mismo sentido, el art. 20 señala que las Audiencias, en los pleitos contencioso-administrativos, se arreglarán en sus procedimientos, incluso los de prueba, al Reglamento de 1.º de octubre de 1845, sobre el modo de proceder los Consejos Provinciales, y a las demás disposiciones que la completan, sin más excepciones que las que se establecen en esta Ley.

una mayor garantía para los particulares, y se traducen en una pérdida de prerrogativas por parte de la Administración pública, que se sitúa en un plano procesal simétrico del ocupado por el ciudadano. En definitiva, se parte del principio, hoy evidente, de que “la Administración... , por alta importancia que tenga en sus respectivas esferas, en el orden del juicio sólo le corresponde el carácter de litigante”. Las alteraciones procesales, consecuencia de las orgánicas, pueden encuadrarse en el somero esquema sistemático siguiente:

a) *Representación y defensa de los litigantes.*

El preámbulo expresa que “el Ministerio fiscal es parte en todas las demandas en que tiene interés el Estado y en casi todas en que se interesa la Administración provincial y municipal”, por lo que actúa con tal carácter tanto ante el Tribunal Supremo como ante las Audiencias, según recogen los artículos 12 y 21 del texto.

En cuanto a los particulares, la Ley de 1.º de marzo de 1873, proclamada ya la República, estableció que “las partes contrarias a la Administración o coadyuvantes de ella podrán designar por sí mismas, o por medio de los abogados que las representen y defiendan, un procurador bajo cuya responsabilidad y por cuyo conducto se entreguen a los letrados los autos de todos los casos en que, según el procedimiento vigente, se ponen de manifiesto en la Secretaría del Tribunal y a cuyo cargo estarán las cuestiones necesarias para la debida representación de los interesados”.

b) *Incidente previo acerca de la admisibilidad de la demanda.*

La admisión de las demandas contencioso-administrativas se encomienda al Tribunal Supremo y a las Audiencias, suprimiendo este privilegio que se arrogaba la Administración activa. Como aclara el preámbulo, “lo que en el supuesto de existir la jurisdicción suprimida podría ser lógico, cambiando el sistema sería un contrasentido y degeneraría en el absurdo”. “Entre la Administración de Justicia y los litigantes no debe haber intermediario alguno y menos puede serlo la Administración... Separarse de esto equivaldría al restablecimiento de la jurisdicción retenida”. Por otra parte, “no es de temer que la facultad que se atribuye al Tribunal Supremo (y a las Audiencias) de admitir las demandas contencioso-administrativas sin ulterior recurso, dé lugar a que sean invadidas las funciones de la Administración activa. El Ministerio fiscal... saldrá, sin duda, al encuentro de toda extralimitación del Tribunal, acudiendo a la autoridad del orden administrativo a quien corresponda promover la competencia, que en último resultado habrá de dirimir el Gobierno, después de oír en pleno al Consejo de Estado. No se descuidarán tampoco los particulares en los pocos casos en que no sea parte el Ministerio fiscal: el que no lo haga, culpese a sí mismo

y sufra la pena de su negligencia, como sucede en toda clase de actuaciones judiciales”.

En consecuencia, una vez presentada cualquier demanda, se oirá por vía de instrucción, sobre su procedencia al Ministerio fiscal, aunque no deba ser parte en el pleito (79). Si éste no se opusiere, declarará la Sala su admisión cuando lo considere procedente. Si el fiscal hiciera oposición o la Sala considerase que su admisión requiere mayor examen o que es improcedente, se señalará día para la vista, con citación de las partes, debiendo decidirse este punto dentro del tercer día, fundando siempre la resolución, la cual producirá ejecutoria (artículo 8.º). Para comprender el alcance de esta norma, conviene acudir, una vez más, al preámbulo, que dice: “otra innovación se hace en la manera de proceder en estos negocios. La Ley Orgánica del Consejo de Estado estableció que cuando la sección estimase que la procedencia o improcedencia de una demanda necesitaba mayor examen, precediera vista en la Sala de lo Contencioso para preparar la consulta. Hubo un tiempo en que esta regla se aplicó no sólo a los casos expresos en la Ley, sino siempre que la sección opinaba que la vía contenciosa era improcedente. Después se alteró esta práctica, bastando que la sección opinara resultamente que no procedía para que, sin más audiencias, elevara la consulta en sentido negativo, dictamen que, aceptado por el Gobierno, causaba ejecutoria y hacía imposible todo el ulterior recurso. Duro en demasía parece cerrar la entrada al juicio a quien no es oído acerca de los motivos que se oponen a la admisión de la demanda, porque esto equivale a juzgarlo sin defensa. Justo es, pues, señalar un procedimiento brevísimo en que se dé audiencia al que pueda ser perjudicado de una manera irreparable, porque todo fallo que hace imposible el litigio produce los mismos efectos que una sentencia condenatoria”.

Cuando la Audiencia niegue la admisión, quedará expedito, al que se considere agraviado, el recurso de apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia. El fallo de esta Sala, admitiendo o rechazando la demanda, será ejecutorio (artículo 24). Cuando se admita la demanda por la Audiencia, no habrá lugar a apelar, pero podrá alegarse su improcedencia como excepción perentoria, sin que esto impida ni suspenda el curso del pleito (artículo 25). Queda suprimida, por lo tanto, la consulta que antes hacía el Consejo de Estado sobre la admisión o denegación de admisión de las demandas y la resolución del Gobierno sobre su procedencia (art. 8.º).

(79) Es curiosa la contradicción, en este aspecto, del preámbulo y el texto articulado. En aquél se alude a ciertos casos en que puede no ser parte el Ministerio fiscal, mientras en el último—con más precisión técnica—su intervención es obligatoria en el incidente previo, aunque no la tenga en el pleito principal. Existe otro lapsus en el art. 23, que indica equivocadamente el art. 7.º como regulador del procedimiento incidental sobre la admisibilidad, contenido en el art. 8.º.

c) *La actividad probatoria.*

Otra innovación muy importante, consecuencia del propósito de garantizar al máximo los derechos legítimos de los particulares, se opera en esta fase procesal: el artículo 6.º del Decreto de 13 de octubre estableció que la proposición y realización de prueba por los litigantes se efectuaría conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, tal criterio inicial quedó desvirtuado en el Decreto de 26 de noviembre, ya que se conservan los procedimientos contencioso-administrativos existentes, incluso en lo referente a la práctica de las diligencias de prueba o que para el esclarecimiento de los hechos sean necesarias (artículos 7.º y 20). ALFARO comenta que “algún tanto ligeros estuvieron los legisladores en esta disposición al exceptuar o, mejor dicho, borrar del procedimiento todo lo tocante a las pruebas, cuando este punto cabalmente era de lo más científico a la par que práctico de cuantos extremos comprendía este procedimiento. y así lo comprendió, sin duda, el presidente del Tribunal Supremo y los jurisconsultos que le auxiliaban en la confección de este Decreto, cuando en el artículo citado no se contentan con decir en general que la tramitación de los negocios contencioso-administrativos se sujetaban a los procedimientos vigentes hasta la fecha, sino que se recalcan diciendo, incluso la práctica de las diligencias que para el esclarecimiento de los hechos sean necesarias” (80). Sin embargo, parece ser que las normas reglamentarias en esta materia fueron “algún tanto alteradas por... la práctica de los Tribunales ordinarios, en el sentido de la mayor solemnidad y lentitud”, según nos informa TEJADA DE VALDOSERA (81).

d) *La resolución definitiva.*

“Desde el momento en que se llevan al Tribunal más alto de la nación las cuestiones contencioso-administrativas, no es posible conservar la consulta sobre la procedencia o improcedencia de las demandas, ni las que se hacía de las sentencias definitivas”. Esta declaración del preámbulo encuentra su reflejo en el texto del Decreto de 26 de noviembre. No sólo se suprime la consulta que antes hacía el Consejo de Estado sobre la admisión de las demandas y la resolución del Gobierno acerca de su procedencia (artículo 8.º), sino también la que se hacía al Gobierno respecto de las sentencias definitivas (82). Estas “se

(80) ALFARO, ob. cit., pág. 40.

(81) TEJADA DE VALDOSERA, ob. cit., pág. 74.

(82) Con carácter transitorio se establece que, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Gobierno resolverá sobre la procedencia de la vía contenciosa en los casos en que el Consejo hubiere elevado su informe antes del día 13 de octubre de este año (artículo 9.º). También el Gobierno decidirá, según las leyes anteriores, sobre los proyectos de sentencias acordadas por la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, o por este Cuerpo en pleno, antes del 13 de octubre de este año (art. 10).

extenderán en la misma forma que las pronunciadas por las otras Salas; siempre serán fundadas, y sin perjuicio de los recursos de aclaración o revisión en los casos que procedan, causarán ejecutoria y se insertarán en la *Colección Legislativa* (art. 10). El artículo 3.º del Decreto de 16 de octubre había establecido ya que todos los acuerdos, sentencias y resoluciones que dictaren las Salas (tanto en el Tribunal Supremo como en las Audiencias), lo serían por mayoría absoluta de votos.

8. *La reforma vista por sus contemporáneos.*

El testimonio de los hombres de aquella época, cuyas opiniones han llegado hasta nosotros, ha de ser matizado prudentemente según las reglas de la sana crítica, como aconsejan nuestras leyes procesales, y para ello conviene perfilar sus siluetas dentro del contexto real en el que se hallaban situados. Conviene advertir, como corrección óptica de cuanto luego se expondrá, que quienes presenciaron el experimento y nos han legado su criterio en libros ahora amarillentos, eran juristas, cultivadores del Derecho administrativo, partidarios declarados del modelo francés y, finalmente, implicados de modo personal en el sistema que defendían. No es, por tanto, ocioso señalar la vinculación de todos ellos al Consejo de Estado: su presidente, y antes fiscal, fue don José POSADA HERRERA; presidente de la Sección de lo Contencioso, don José GALLOSTRA Y FRAU; consejero, el Conde de TEJADA DE VALDOSERA; teniente fiscal, don Julio BRAVO, y oficial, don Santos ALFARO Y LAFUENTE, que también ocupó el cargo de vicesecretario de Sala del Tribunal Supremo cuando éste ejerció la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los distintos reproches de que fue objeto el sistema judicial pueden reconducirse a un común denominador: improvisación y ligereza, ya que —según POSADA HERRERA— se implantó “de golpe y sin más meditación que la que se usa para escribir un artículo de periódico” (83). GALLOSTRA comenta que “la reforma se hizo con más precipitación que maduro examen”: los Decretos de 13 y 16 de octubre de 1868, insiste más adelante, “llevaban en sí el sello de la precipitación y produjeron las consecuencias que ésta trae siempre consigo”, por lo que “no fue muy acertado el ensayo revolucionario” (84).

En la misma línea, BRAVO insinúa que las ideas inspiradoras del nuevo sistema “tal vez no eran hijas, en su mayor parte, del convencimiento que el estudio profundo de una materia puede producir”, y continúa algo más allá: “a pesar de que, como vemos, la reforma se había hecho tan tímidamente, mayores que habían sido antes los clamores que contra la jurisdicción retenida se levantaron, fue la masa de opinión que en todas partes se formó contra el ejercicio de esta jurisdicción por el Tribunal Supremo, en la cual, por cierto, para nada ni por nadie se

(83) POSADA HERRERA, ob. cit., pág. IX.

(84) GALLOSTRA, págs. 83, 84 y 86.

atacó al prestigio de los dignísimos Magistrados, que demostraron el mayor celo en la resolución de estos negocios; pero entonces se pronunció la opinión, ayudada por notables escritores de Derecho, por la necesidad de que estos asuntos estuvieran encomendados a la resolución de hombres que al mismo tiempo que muy versados en el Derecho, la práctica en funciones administrativas los hiciera perfectamente conocedores del interés público en que las resoluciones administrativas no pueden por menos de inspirarse y acomodar sus fallos, no sólo al Derecho estricto, sino a la armonía de éste con los principios generales de la equidad y de la conveniencia pública” (85).

Esta visión sintética de los defectos del sistema judicial tiene su antecedente en el minucioso y sistemático análisis que había hecho GALLOSTRA con gran ponderación (86). “Dejando a un lado la autoridad de los actos consumados, y reconociendo el celo con que contribuyeron a hacer viable reforma tan grave como extraordinaria muchos de los dignos Magistrados que hubieron de entender en ella, consignamos aquí, en interés de las buenas doctrinas, que en esa ocasión, como siempre, lo que no está aconsejado por la razón ni por la fuerza, no prospera en el terreno de la práctica. No bastaron, ciertamente, la autoridad y las relevantes dotes de los distinguidos jurisconsultos a quienes se encomendó como tarea obligada la redacción y sucesivas reformas de los Decretos que prescribieron novedad tan importante, para llevar al ánimo de nadie el convencimiento de que era inútil y posible lo que se prescribía”. Después de este solemne preámbulo, las principales deficiencias concretas que imputa al sistema judicial son los siguientes:

a) *Encarecimiento de los litigios*: Faltos los Tribunales ordinarios, sobre todo en la primera instancia, de los auxiliares gratuitos para los clientes, con que contaban los Tribunales contenciosos, y aplicando los aranceles del procedimiento civil, se produjo un aumento en los gastos de los pleitos hasta alcanzar, en algunos casos, proporciones verdaderamente asombrosas, que hubiera acabado por hacerlos imposibles; “reemplazados el oficial de la Sección respectiva del Consejo de Estado o del Consejo Provincial y el ujier, únicos auxiliares del Tribunal que ni llevaban derechos, ni tenían otra ocupación, por el relator o secretario de Sala, el escribano de Cámara, el procurador y demás curiales con sus derechos arancelarios y sus múltiples ocupaciones, no habrían de ganar nada los litigantes en punto a economía de tiempo y de gasto”.

b) *Lentitud*: “Consúltese, si se quiere, sobre eso la estadística que resulta de los registros respectivos y nótese, de paso, si al cabo de seis años volvieron al Consejo de Estado, sin fallarse, pleitos que se habían incoado en el mismo”. En tal retraso influyó, por una parte, el que

(85) BRAVO, págs. 33-34.

(86) GALLOSTRA, págs. 20 a la 22 y 86-87.

“los Tribunales civiles estuvieran “sobrecargados de trabajo”, no obstante el esfuerzo “improbo de sus dignos Magistrados”, y, por otra, el que, como consecuencia de “dirigir el procedimiento contencioso los que habían consagrado su vida entera a la aplicación del civil ordinario, las prácticas y preceptos de éste fueron agregándose a las de aquél por interpretación o ampliación de las del reglamento especial, que seguía, sin embargo, vigente”. En el mismo sentido, TEJADA DE VALDOSERA alude a la mayor solemnidad y lentitud en la práctica de las pruebas (87).

Es curiosa esta acusación de lentitud, con la que pelotean los partidarios de los dos sistemas antagónicos. En efecto, el preámbulo del Decreto de 16 de noviembre impugna este argumento así: “ni podía decirse que la celeridad en la sustanciación y fallo de los pleitos, que es una de las excelencias principales que se atribuyen a la jurisdicción administrativa, recomendaba esta desviación de los principios generales, porque la experiencia tiene bien acreditado que, a pesar de haber sido el Ministerio fiscal parte en el mayor número de ellos, las dilaciones han sido, por regla general, mayores, y más tardías las resoluciones definitivas que en los negocios comunes, si bien necesario es reconocer que a esta tardanza ha contribuido poderosamente la Administración activa, no siempre diligente en sus movimientos cuando se trataba de negocios que a la vía contenciosa se referían”.

La realidad parece dar la razón a ambos bandos, pues si bien el Tribunal Supremo dejó sin resolver asuntos existentes ya en el Consejo de Estado, la posterior transferencia a éste de la jurisdicción contencioso-administrativa no significó una mejora en tal aspecto. BRAVO se refiere al gran atraso de los negocios, en incremento continuo, que se produjo en la Sección de lo Contencioso, fenómeno en el que “la índole de la jurisdicción ha podido influir muy poco” y cuyas causas “tenían una explicación completamente independiente” de aquélla, pues eran fundamentalmente el aumento constante de los asuntos y la escasez del personal (88).

c) *Pérdida de calidad en la jurisprudencia*: con cierta cautela en la expresión y un notorio esnobismo, teñido de sarcasmo, GALLOSTRA deja bien explícito su criterio en este aspecto para concluir el debate sobre “esta cuestión... indígena”. Conviene reproducir sus palabras: “Pero ¿es que la ventaja, la verdadera supremacía de este original invento español se encontró en la elevación, en la independencia, en la ciencia o rectitud de los fallos, comparándolos con los anteriores y posteriores? Librenos Dios de entrar en este examen, que, después de todo, cada cual puede hacer por sí mismo estudiando la jurisprudencia sentada y que se compila en esta propia obra. Lo que sí diremos es que

(87) TEJADA DE VALDOSERA, pág. 74: “No es esto dirigir un cargo a quienes obrando así creían hacer lo mejor. Es, simplemente, la afirmación de un hecho que conviene a nuestro propósito hacer.”

(88) BRAVO, págs. 38-40.

en los libros extranjeros que nos han servido de consulta encontramos más de una vez citada con elogios la jurisprudencia del antiguo Consejo Real: esperemos el parecer de los hombres de ciencia sobre los trabajos de los continuadores de aquella jurisprudencia”.

En tal orden de reflexiones, TEJADA DE VALDOSERA reconocía que las decisiones del Tribunal Supremo y de las Audiencias fueron, “por lo general, dignas de aplauso”; “sus sentencias se atemperaron a la jurisprudencia establecida por el antiguo Consejo Real y por el de Estado”. En este resultado positivo influyeron diversos factores, alguno realmente paradójico: “el interés que tenían los Tribunales expresados en aclimatar el cambio efectuado, su natural deseo de facilitar la nueva tarea y hasta la falta de conocimiento perfecto de la materia que se les encomendaba, les aconsejó, sin duda, acomodarse a los precedentes que se hallaban establecidos por una práctica no interrumpida de más de veinte años”. Sin embargo, “el tiempo de prueba fue escaso y el que las cosas hubieran pasado de tal modo en este período de seis años no significa que hubieran de seguir siempre por el mismo camino”; si el sistema judicial hubiese continuado y “los Tribunales comunes hubiesen llegado a adquirir el conocimiento que da una larga práctica de determinados asuntos, si la autoridad de los precedentes se hubiera debilitado por el transcurso de los años, no lo dudemos, las ideas propias y los hábitos antiguos hubieran prevalecido, y aquellos cuerpos, sin incurrir en injusticia, hubieran caído en los vicios que hemos señalado” (89).

En definitiva, esta crítica apunta en una dirección que ALFARO había analizado ya con prudente objetividad. En el sistema judicial encontraba errores de principio (su contradicción con el dogma constitucional de separación de los poderes) y también inconvenientes prácticos, consistentes éstos fundamentalmente en la *falta de especialización del personal judicial*. Su línea argumental es típica y se hizo tópica, por lo que resulta aleccionador transcribirla íntegramente, si además se observa que sus razones fueron válidas durante mucho tiempo e incluso justificaron el actual sistema implantado en 1956. “En la carrera judicial —dice— se entra por oposición y acuden a ella jóvenes recién salidos de las Universidades, en donde, por desgracia, apenas se estudia el Derecho administrativo; los ejercicios versan principalmente sobre Derecho civil, penal, mercantil y de procedimientos; estos Códigos son los que aplican constantemente durante largos años que permanecen desempeñando el cargo de Juez, sin que puedan dedicarse al Derecho administrativo, aunque alguno tuviese afición a esta clase de estudios. Así es que cuando llegan a las Audiencias, y más principalmente al Tribunal Supremo, están acostumbrados a esta clase de estudios, tienen hábitos de aplicar la justicia estrictamente y sería violento obligarles a dedicarse a estudios enteramente nuevos, y a ellos les repugnaria ajustar sus fallos a la equidad que tan presente debe tenerse en las provincias y sentencias administrativas”. “Afortunadamente, hasta ahora no se han tocado éstas di-

(89) TEJADA DE VALDOSERA. pág. 73.

ficultades prácticas, porque los actuales Magistrados y Ministerio fiscal, con celo incansable, comenzaron la ardua empresa de dedicarse a los estudios administrativos con tal feliz resultado que en nada se diferencian sus fallos de las elevadas consultas del Consejo de Estado. Pero la excepción no es la regla general, y lo natural es que, corriendo el tiempo, prevalezca ésta y se sientan los inconvenientes indicados.”

“Además, hay razones muy poderosas para que en lo sucesivo se presenten con más relieve tales dificultades, pues, según la legislación antigua, podían pasar a la magistratura muchos empleados que se hubiesen distinguido en la Administración y en la política, mientras hoy, según la Ley Orgánica del Poder judicial, sólo pueden ser Magistrados los que por largo tiempo han servido en la carrera judicial y fiscal, los auxiliares de los Tribunales, los Catedráticos de término de la Facultad de Derecho y los Abogados si se encuentran en ciertas circunstancias, no siendo fácil que acepten el cargo los que reúnan las condiciones exigidas. Y, por lo tanto, mientras por la legislación antigua podían adscribirse a las Salas de las Audiencias y del Tribunal Supremo, que entienden de los recursos contra la Administración a los Magistrados que procedían de la carrera administrativa, con lo cual se podría evitar en gran parte, en lo sucesivo, los inconvenientes prácticos de que venimos hablando; ni este remedio quedará, teniendo que resolver las cuestiones más graves de la Administración personas dedicadas toda su vida a una rama del Derecho diferente de aquélla.”

“Por otra parte, la Ley Orgánica ha cerrado la puerta de la carrera judicial a los empleados administrativos, porque siendo los conocimientos de una y otra carrera diferentes, y necesitándose en ambos gran estudio y dilatada práctica, no ha querido improvisar jueces ni magistrados, pues a esto equivaldría trasplantarlos de otra carrera distinta. Y como las mismas razones, y acaso más poderosas, militan para que tampoco se entreguen los negocios administrativos a funcionarios que no procedan de la misma carrera, de aquí que los Tribunales del orden civil no deben conocer de las cuestiones contencioso-administrativas” (90).

9. Conclusión.

El sistema implantado en 1878 no pudo consolidarse por impedirlo la coyuntura histórica. No cabe hablar de éxito o de fracaso, sino más bien de frustración. Duró tan sólo seis años, tiempo de prueba escaso, como reconocía TEJADA DE VALDOSERA (91), y se derrumbó por causas ajenas a sus virtudes o pecados. No son los contemporáneos, ofuscados por sus personales condicionamientos de toda índole, ni tampoco los hombres de hoy, desde una perspectiva distinta, fuera de su tiempo,

(90) ALFARO, ob. cit.; los errores de principios, págs. 50-53; los inconvenientes prácticos, págs. 53-55.

(91) TEJADA DE VALDOSERA, pág. 73.

quienes han de pronunciar el veredicto definitivo sobre la reforma de 1868. Este veredicto le corresponde a la propia dinámica vital de las instituciones, convertida ya en historia. Ella nos muestra que, no obstante la opinión adversa de los juristas, otra más profunda fuerza colectiva, casi telúrica, empujó lo contencioso-administrativo hacia una irreversible judicialización, como pone de manifiesto la serena contemplación del proceso evolutivo de esta jurisdicción especial desde aquella lejana época hasta hoy.

Aun cuando parece que ya en 1874 existía en la Presidencia del Gobierno un expediente, dictaminado por el Consejo de Estado, para que éste recuperara sus atribuciones contenciosas (92), fue la Restauración quien realizó tal "restitutio in integrum", más por una celtibérica reacción pendular respecto del régimen anterior que por auténtica convicción. El Decreto del Ministerio-Regencia de 20 de enero de 1875 devuelve al Consejo de Estado y a unas comisiones provinciales, creadas en sustitución de los antiguos Consejos, la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter retenido, si bien se trataba de una medida urgente y provisoria en un ambiente donde se reconocía la necesidad de una reforma del sistema. Diversas tentativas en tal sentido tuvieron lugar en 1879, 1883 y 1886, año este último en el que un Gobierno liberal, presidido por SAGASTA, presentó un proyecto donde se encomendaba otra vez lo contencioso-administrativo al Tribunal Supremo y a las Audiencias territoriales, si bien el Congreso puso en su lugar un Tribunal especial y otros regionales de composición mixta, mientras que el Senado —cuerpo aún más conservador— sustituía éstos por otros provinciales y encuadraba a aquél en el Consejo de Estado, sin que, por otra parte, llegara a convertirse en Ley (93).

La Ley de 13 de septiembre de 1888, también en el mismo período de administración liberal, consiguió una auténtica concordia entre los partidarios de las dos posturas autagónicas, mediante el establecimiento del llamado sistema "armónico", propugnado por SANTAMARÍA DE PAREDES, y que los demás juristas acogieron como única solución viable, dentro del espíritu transaccional del régimen canovista y favorecida también por el cansancio de una polémica que había empezado con el siglo. Desde este momento, la jurisdicción contencioso-administrativa se ejerce ya en nombre del Rey, pero con carácter delegado, por un Tribunal contencioso-administrativo, que más adelante quedaría encuadrado en el Consejo de Estado (1894), y por Tribunales provinciales constituidos en las Audiencias. El primero se componía de un presidente y diez ministros, de los cuales tres podían serlo quienes reunieran las condiciones exigidas para Magistrado del Tribunal Supremo, con el respaldo de la inamovilidad reconocida a los miembros del Tribunal de Cuentas en 1887, que debilitó las garantías de que gozaban a este respecto en la Ley de 25 de junio de 1870, similares a las establecidas en la coetánea Ley

(92) GALLOSTRA, pág. 87; BRAVO, pág. 35.

(93) SANTAMARÍA DE PAREDES, pág. 842.

orgánica del Poder judicial. Los Tribunales provinciales quedaban integrados por el Presidente de la Audiencia territorial o provincial, dos magistrados de lo civil o de lo criminal, respectivamente, y dos diputados provinciales letrados, vocales que se designaban anualmente por turno de antigüedad en el caso de los judiciales, y por sorteo en el caso de los administrativos.

Tal sistema era una forma sutil de vestir al lobo judicial con la piel de oveja administrativa y, en definitiva, constituía un paso más en el camino de la judicialización. Esta tendencia evolucionaría en el sentido que señalaba su propia lógica intrínseca, al margen de malabarismos conceptuales, tan bien intencionados como desprovistos de arraigo en la realidad. La Ley de 5 de abril de 1904 desgajó el Tribunal del Contencioso del Consejo de Estado para integrarlo en el Tribunal Supremo como la tercera de sus Salas, cuya composición invirtió el planteamiento originario, pues sólo tres de sus magistrados podían ser de procedencia administrativa. No faltaron luego desviaciones circunstanciales, entre las que destaca el recurso de agravios (1944-1957), fenómeno de regresión al sistema de jurisdicción retenida, rechazado una vez más por la opinión pública, que jamás confió en su eficacia. Este ciclo histórico se completará en 1956 con la judicialización absoluta, templada por el necesario ingrediente de la especialización profesional, si bien en el Tribunal Supremo se conserva el reclutamiento mixto y en la configuración jurisdiccional perduren residualmente las huellas de su origen retenido.

La experiencia demuestra así que los hombres de 1868 tenían ideas muy claras y esencialmente exactas sobre el Poder judicial y lo contencioso-administrativo. La razón histórica era suya. La fugacidad del ensayo resultó engañosa y sus enemigos obtuvieron un triunfo pírrico: ganaron aquella batalla, pero perdieron la guerra. La judicialización se impuso por su arraigo en la conciencia colectiva del pueblo español, realista, crítico, nada propicio a las abstracciones, con un cervantino sentido del humor y una apasionada sed de justicia. El sistema judicial, "cuestión indígena", aspiración solamente sostenida y practicada en nuestro país y "original invento español", según GALLOSTRA (94), que observó el hecho pero no supo interpretarlo correctamente, triunfó por su adecuación a la base sociológica, sin un apoyo "científico" y huérfano de defensores, incluso en el debate parlamentario de 1887, mientras consumieron muchos turnos los partidarios del modelo francés (95).

Estamos ahora, en 1970, donde nos dejó la Ley Orgánica del Poder judicial hace un siglo. La Ley de 27 de diciembre de 1956 ha vuelto a los orígenes, con los perfeccionamientos aconsejados por la experiencia. La reforma de 1868 se nos muestra así como una clarividente anticipación del futuro, que no arraigó entonces precisamente por adelan-

(94) GALLOSTRA, págs. 19, 21 y 22.

(95) SANTAMARÍA DE PAREDES, El discurso íntegro figura como apéndice, al final de la obra, págs. 881-914. Cf. sobre el sistema judicial, pág. 896.

tarse a su tiempo, pero que dejó bien plantada la semilla. Su principio rector era muy simple. Si los jueces, como hombres que son, no siempre consiguen hacer justicia, sólo ellos, como institución, deben administrarla (96).

Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE,
Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo.
Audiencia Territorial de Burgos.

(96) No se entienda la palabra "juez" en un sentido estamental, producto de un aberrante "espíritu de cuerpo". Nada más lejos de mi pensamiento. El juez es, en sustancia, una persona colocada en un determinado "status" y que ejerce una función específica, lo cual se traduce psicológicamente una mentalidad peculiar. La formación intelectual, la experiencia profesional y el sistema de reclutamiento son factores secundarios.

