



# IDEA DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO SEGUN POSADA HERRERA

POR

SABINO ALVAREZ GENDIN

(Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo)

(Conclusión)

## 3.—EL PROBLEMA DEL ENJUICIAMIENTO DE LA ADMINISTRACION

I.—Son razones de técnica y de oportunidad, por lo que se decide nuestro autor más a sostener que los Tribunales, de suyo lentos, no puedan entender en asuntos que requieran resoluciones rápidas y expeditivas, a menos que la Administración suspendiera y paralizase su actividad (1) y competencia técnicas.

Entiende que el Poder judicial separado de los negocios administrativos, sin los datos que la Administración tiene a la vista, sin los medios para enterarse de los hechos y conocer de las necesi-

---

(1) V. id. Lecciones... I, pág. 270.

dades de la sociedad, habrá de poder fallar sobre estas necesidades mismas y resolver todas las dificultades que para hacerlo era necesario tener en cuenta.

No está exento Posada Herrera, sin embargo, del prejuicio francés de creer que el Poder judicial está más presto a atender el Derecho privado, el derecho de tercero, que el de la sociedad y que no siempre tendrá el tino y conocimientos necesarios para juzgar los litigios administrativos, ni para ejercer sus atribuciones, recalando siempre el temor a la impericia administrativa en punto a la utilidad común (1). Sin embargo, no califica el juicio administrativo, o contencioso - administrativo, de decisión administrativa como hace Silvela.

No aboga por un organismo contencioso para cada materia, o rama de la Administración lo cual trata de abstraerlo a las propias organizaciones puramente administrativas, Diputaciones, Ayuntamientos (2), Ministerios, sino por un órgano general «para conocer de los negocios particulares que abarquen en su seno todos los asuntos contencioso-administrativos y aquéllos en que así la Administración superior, como la de provincia necesiten Consejo». En estas últimas palabras apunta el Consejo de Estado.

Sin embargo, los Tribunales administrativos especializados, no podrán detener la ejecutoriedad de los actos y de las decisiones administrativas, ya que ello, originaría, por salvaguardar intereses individuales legítimos ante otros más superiores que entrasen en juego, idéntica dificultad que proporcionarían los Tribunales judiciales.

A veces, sin embargo, sigue el espíritu o la forma, sino la letra de la argumentación del preámbulo del proyecto de Silvela, sin observar que el juez no debe apreciar la bondad o la oportunidad del acto administrativo, sino su legalidad, y en ésto puede tener

---

(1) Lecciones I, pág. 271.

(2) Lecciones I, págs. 251-256.

tanto o más preparación si es juez especializado, y sobre todo siempre será más imparcial.

Silvela decía: «Querer que la justicia administrativa deje de estar bajo la influencia del Gobierno, comparada con la judicial para deducir que una y otra han de ofrecer garantías colectivas al interés individual es desconocer la índole, el fin y los medios de la primera; no debe perderse de vista la naturaleza singularísima de estos juicios, siendo su nombre propio el de decisiones administrativas. La justicia administrativa no es más que la perfección y complemento indispensable de la acción administrativa» (1).

Las palabras de Posada Herrera, asimilables a las transcritas, no son despreciativas del Poder judicial, pero sí perplejas y dubitativas sobre el perjuicio en la paralización de la acción administrativa (2).

Así dice:

¿Y qué sería de la administración de un país, si cada vez que se viene en lucha con el interés individual, tuviese que decir a éste: «espera, hay un juez común de los dos, aquél resolverá la contienda que tenemos; mientras tanto yo dejo de proteger la sociedad que me está encomendada y abandono la vigilancia de los intereses que tengo a mi cuidado»? (3)

Posada Herrera considera que el juicio administrativo tiene que recaer sobre un hecho y un derecho; el hecho será el acto de la autoridad administrativa contra quien reclama el individuo, y el derecho será el que el particular pide ante la misma autoridad administrativa para que se le conserve. De manera que para que haya contencioso-administrativo, ha de fundarse la parte que reclama en la existencia de un hecho de Administración que ataca derechos preexistentes. Si funda ésta su derecho en razones de utilidad y mejora, la acción no entrará dentro del número de las que

---

(1) Silvela: «Estudios jurídicos de Administración», 1839, pág. 187.

(2) «Lecciones» I, pág. 270.

(3) «Lecciones» I, pág. 101.

forman la vasta materia contencioso-administrativa, sino dentro del círculo de las puramente administrativas. El acto administrativo es, entonces, para él inimpugnable, a reserva, si procede, de indemnización de daños y perjuicios, declarada judicialmente.

Lo reconoce así Posada Herrera, si bien nos alumbró la teoría de la responsabilidad de la Administración, que nos parece un descubrimiento poco menos que de nuestros días, al menos por lo que a España se refiere, y aun así la jurisprudencia no acepta categóricamente la doctrina, pese al magnífico trabajo publicado sobre el particular de nuestro compañero Royo y Fernández Cavada.

Pues bien, Posada Herrera, opina que ante un estado de necesidad, inundación, guerra, en el que es necesario inutilizar o destruir una propiedad o un objeto, no se puede suspender la resolución administrativa; no puede por tanto suspenderlos ningún Tribunal. ¿Deberá—se pregunta—la Administración retroceder ante los obstáculos que oponga el interés individual, esperar la resolución del Tribunal, porque una persona diga que se respeten sus derechos? La resolución la ofrece consagrando la doctrina de la responsabilidad de la Administración. Vedla ahí: A su tiempo la persona agraviada tendrá donde reclamar sus derechos, donde hacerlos valer; las leyes deberán proveer en eso y en otros casos, para que el individuo no sea sacrificado al interés de la sociedad, sin la recompensa o la indemnización a que es acreedor (1).

Y en otro lugar de sus «Lecciones», consagra la misma doctrina de la responsabilidad de la Administración con estas palabras que copiamos textualmente (2). «Los derechos de la sociedad son muy importantes y muy dignos de respeto y ante ellos desaparece el interés privado de un particular; pero si bien es lícito obligarle a que renuncie a sus derechos privados en beneficio del procomún, también ese particular tiene derecho a que estos sacrificios se legitimen, a que estas usurpaciones se justifiquen, y se le resarza del

---

(1) «Lecciones» I, pág. 284.

(2) Ob. y tom. cit., pág. 251.

modo que sea posible». Primero ejecutar y luego en su caso indemnizar.

II.—En su trabajo sobre lo contencioso-administrativo alaba Posada Herrera el que no esté confundido el Poder administrativo con el judicial y el que en los Gobiernos constitucionales se imponga al rey la obligación de delegar en jueces inamovibles la posibilidad de aplicar las leyes civiles y criminales.

Pero no estaban los abusos del llamado Poder ejecutivo en decidir las contiendas entre particulares, sino entre la Administración y el particular, al socaire o ante las invocaciones del interés público, es decir en convertirse en juez y parte.

En dicho artículo en cuestión, se insiste en retirar el enjuiciamiento de la Administración a los jueces ordinarios, y se basa—más que en las «Lecciones de la Administración»—en el problema político, para nosotros harto equivocado, de la separación de Poderes, que lo están, separadas que fuesen o que sean las funciones, ya que objetivamente siendo actividades distintas, pueden estar en órganos distintos, y así lo será el administrativo del judicial cualesquiera que sea el negocio jurídico que juzgue el último llevado a cabo entre particulares, entre administraciones públicas o entre aquéllos y éstas.

Esta preocupación política que no es sino consecuencia del influjo francés que sobre Posada Herrera se ejerce, aunque no tanto como en Silvela, se observa cuando dice (1) que no invada la jurisdicción de los Tribunales—la de la Administración—para resolver las dificultades que se opongan a la ejecución de las leyes, ni menos para interpretar sus propios actos, aunque su conocimiento e interpretación haya de resolver sobre los derechos de los particulares, y si otro fuera el sistema—añade—que se adoptase llevando tales asuntos al fallo de los *Tribunales ordinarios*, «haríamos a éstos superiores a la Administración contra el espíritu de nuestra ley

---

(1) Lec. cit. pág. 213.

política que deslinda las atribuciones del Poder judicial y administrativo».

No sería el juez el superior, sino la ley que infringiese el Poder administrativo, sin que por eso creyésemos que el Poder legislativo sería superior, porque éste no podría dejar sin efecto una sentencia ajustada a la ley, o un acto administrativo ajustado a Derecho, mientras la ley no fuese previamente derogada, para lo cual un Poder de garantías constitucionales o un Poder tradicional y moderador, el Monarca, el Jefe de Estado, al ejecutar funciones políticas, distintas, no superiores a las legislativas, judiciales y administrativas, con derecho de sanción o de veto, negaría aquélla u opondría ésta, para impedir el incumplimiento o la vulneración de una ley constitucional o de una ley tradicional, básica, o costumbre consagrada por el tiempo inveterado, como norma fundamental del país.

Así concibiría yo un régimen jurídico-administrativo y político en momentos de normalización de la vida pública española, en relación con la normalidad del mundo, por lo menos del europeo.

#### 4.—MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Discierne Posada Herrera el acto de la Administración enjuiciable del que no lo es, o mejor del acto de imperio, de autoridad, como más tarde lo van a calificar Laferrière y Berthélémy, y del político o de ejecución inmediata de la Constitución, y de leyes políticas, como la convocatoria de elecciones, y actos que no son propiamente hablando administrativos, actos de gestión, como la literatura jurídica-administrativa hasta Berthélémy calificó, actos subordinados, no solo a la ley, sino al reglamento, reglado pues, y ceñidos a un interés particularizado, pormenorizado, concreto.

Distingue (1) pues, los actos estrictos administrativos de los actos con referencia: 1.º a la naturaleza de la ley que la Administra-

(1) Lecciones I, pág. 102.

ción—*más correctamente diríamos el Gobierno*—trata de aplicar las leyes políticas no entendiendo solo por éstas las constitucionales; 2.º a la naturaleza de la resolución administrativa que haya de aplicarse, así, pues altos asuntos o asuntos nacionales que conciernen al orden público, a la industria, a la agricultura y al comercio.

Por tanto, las medidas políticas y administrativas de carácter nacional tomadas por alguno de estos motivos deben ser incontrolables jurisdiccionalmente, a juicio de nuestro biografiado. Por ejemplo, la prohibición de exportar trigo del país, aun no dictada por ley, a juicio del autor que comentamos no podría impugnarse en vía contencioso-administrativa. No así, sin duda, si se prohibiese a un industrial exportar productos contraviniendo la ley, y vulnerando el derecho preexistente, *erga omnes*, del ejercicio de una profesión mediante el pago de matrícula industrial en régimen de libertad industrial, o el de licencia especial otorgada, como en la época gremial existía, o como para la manufactura industrial hoy existe.

Había una tercera categoría de actos de la Administración, para Posada Herrera no controlables en vía contencioso-administrativa, según la naturaleza de los derechos que se reclaman; sin duda se refiere a los civiles, y desde luego aunque se trate de los que requieren la intervención administrativa para su contratación o declaración, como en lo relativo a la propiedad intelectual; o porque haya intervenido en materia de su competencia, sin prejuzgar cuestiones de propiedad o en general de tercero, ejemplo, licencia de construcción.

Así cita estos dos casos (1): Uno se presenta a la Administración suponiendo que ha inventado cualquiera cosa; y la Administración resolviendo este asunto con no bastante detenimiento, le concede la patente de invención. Se presenta otro a los Tribunales reclamando su derecho a la invención e impugnando el derecho exclusivo que creía tener el otro particular, como inventor de

(1) Lecciones I, págs. 105 y 106.





un producto o máquina cualquiera. Se pregunta ahora ¿deberá el poder judicial remitir este asunto al administrativo para que lo resuelva, o deberá decidir de la cuestión que existe entre estos dos particulares? El Poder judicial debe resolverlo, porque la Administración al hacerlo no tuvo presente ninguno de los datos que eran necesarios, ni necesitó tomar informes de ninguna especie, sino que concedió esa patente así como *pró fórmula*, inmediatamente que se le presentó el artefacto que se suponía de nuevo inventado.

Un particular se presenta ante la Administración de su pueblo con el plano de una casa que trata de construir, y la Administración le dice que el plano está arreglado a las disposiciones de policía urbana, y por consiguiente que puede levantar la casa. Pero otro particular, que se cree herido en su derecho de propiedad o servidumbre por la construcción de este edificio, se presenta ante el Tribunal de justicia, y pide que el edificio no se construya. ¿Será necesaria que se anule el permiso del Ayuntamiento para la construcción de este edificio, antes que el Tribunal resuelva sobre la cuestión de propiedad o servidumbre, o deberá desentenderse del acto de la Administración y proceder a dar su fallo con arreglo a derecho? La Administración al conceder la facultad de hacer el edificio, para nada se mezcló en el asunto de los particulares que le era indiferente; resolvió lo que la pertenecía, y sabiendo otra cosa después el Poder judicial, puede ejercer con libertad sus atribuciones sin necesidad de anular el acto administrativo.

No solo por exclusión llega Posada a la formación del concepto sobre la materia administrativa y jurisdiccional, sino que sienta un concepto positivo y enunciativo, cuando dice (1) que «las materias contenciosas abrazan todos aquellos asuntos contencioso-administrativos, en que un particular entra en litigio con la sociedad, o con otros particulares, sobre materias administrativas», comprendiendo también entre las materias contenciosas, «todas las que han nacido de quejas promovidas contra algún empleado,

---

(1) Lecciones I, pág. 306.



por exceso de poder o abuso de las atribuciones que la ley le concede».

Y más ceñidamente en el artículo primero sobre lo contencioso-administrativo publicado en la *Revista de España* (1) distingue el contrato administrativo—o público, diríamos nosotros—del civil, respecto del cual se trasluce el privilegio de acción de oficio para la anulabilidad—mejor diría revocación o revisión tratándose de actos regulares—modificabilidad o suspensión de sus efectos, cuando «el *servicio común*», la razón pública o la necesidad «lo requiriesen sin intervencion de los Tribunales, puesto que el *servicio público* no puede ponerse a su merced».

Deja como punto oscuro si a *posteriori*, los Tribunales administrativos pueden anular esos actos de revocación o modificación, en régimen de control jurisdiccional y de estimación del fin determinante de la Administración para llevarlos a cabo; pero lo aclara en la síntesis doctrinal que expondremos.

Hay algunas imprecisiones, sin embargo, en el artículo mencionado sobre «La contencioso-administrativo»(2), respecto de la competencia en la rescisión—no dice anulación—de los contratos suscritos con la Administración, cuando no se funda en el interés público, sino en que falta alguna de las solemnidades que las leyes civiles prescriben—las que se referirá sin duda a la escritura pública, pues que ya se exigían formalidades de subastas en los contratos administrativos,—y agrega, «o bien si se duda de la aptitud legal de las personas, examinada con arreglo a las mismas leyes», desde luego—de las particulares que contrataren con la Administración—entonces, dice Posada Herrera, los Tribunales deberán sentenciar sobre el asunto como propios de su competencia.

Sitúa Posada Herrera, en su afán pragmático de resolver los problemas jurídicos, el uno u otro lado en que puede colocarse los actos y negocios jurídicos de la Administración: administrati-

---

(1) *Revista*, cit., pág. 62.

(2) En la *Revista* y tomo cits. pág. 201.

vos propiamente dichos, y civiles, sin que hoy nada se pudiera objetar en esta distinción. Así dice (1).

«Tienen los cuerpos municipales dos *jéneros*—dejo su propia ortografía—de funciones que es preciso discernir para evitar un error que quizás se nos haya atribuído, porque unas veces obran como personas particulares, cuidando, permutando y vendiendo sus bienes con las restricciones que las leyes les imponen; y otras ejercen actos de Gobierno y Administración dentro de los límites que su especial derecho público los señala.» Cuando un Ayuntamiento arrienda los bienes propios, o los vende, o celebra cualquier otro género de contrato como persona privada, si por ventura diese lugar a reclamaciones, casi en todos los casos serán jueces de ellas los Tribunales ordinarios, porque es muy difícil que la resolución de tales contiendas verse solo razones de interés común; pero cuando se trata de pactos celebrados sobre la construcción de obras públicas, admisión de empleados propios de la Administración, correspondiendo, según Posada Herrera, a la «jurisdicción especial administrativa» el resolver las demandas que se intentan.

Sin embargo, como entonces se requería la autorización de la Diputación provincial para vender los Ayuntamientos bienes de propios, a ésta correspondía apreciar si se había verificado la dicha condición para que tenga fuerza de obligar tales contratos de enajenación de propios, y no los jueces ordinarios (2).

#### 5.—PROCEDIMIENTO PREDETERMINADO

Posada Herrera reclama para los Tribunales administrativos no solo la prosecución de un procedimiento semejante al ordinario, sino cierta estabilidad para sus miembros o jueces administrativos,

---

(1) «Lo contencioso-administrativn». Rev. cit. pág. 215.

(2) Art. cit., pág. 216.

apartándose de lo que a la sazón regía en Francia, desde el año VIII de la República (1789 a 1800 Era cristiana).

En la 1.<sup>a</sup> instancia del régimen francés tenían jurisdicción los Consejos de prefectura, cuyos miembros 3, 4 o 5, según la población donde ejercían sus funciones, eran nombrados por el Jefe de Estado, amovibles a su voluntad, y los presidían los prefectos de los departamentos, con voto decisivo en sus deliberaciones.

Estos Tribunales no estaban sujetos a normas procesales. De forma que las pruebas que presentase el reclamante eran o no admisibles, y se practicaban en más o menos tiempo, a juicio del Tribunal (1).

No sucedía así en el Consejo de Estado—que se implantó con jurisdicción contencioso-administrativa en el año VIII—al menos desde la reforma de 1839, en que se daba plazo al reclamado para formular la demanda y a la Administración para contestar, y a ambas partes respectivamente para replicar y duplicar, y aun a terceros cuya intervención se admitiera como opositor o coadyuvante con quien se seguiría también el litigio (2).

No acepta el que órganos de la Administración sean órganos jurisdiccionales, ni las Diputaciones provinciales ni el Ministerio, sino como tales a los Tribunales especiales, si bien no con personal inamovible; no coincide con Silvela, quien cree que éstos tendrán todos los inconvenientes de los Tribunales ordinarios de oponer trabas y embarazos (3) y reconoce como un dogma constitucional que el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, juez

---

(1) V. Lecciones I, pág. 287.

(2) Lecciones I, págs. 304 y 305.

(3) «En cuanto a esos Tribunales administrativos independientes ¿quién duda que a pesar de su título más bien perteneciera al orden judicial que al administrativo? Por más que se intentase abreviar sus trámites y simplificar los procedimientos, el espíritu de cuerpo y la general propensión a hacer sentir su poder, darían a estos Tribunales la misma rigidez que se advierte en los juzgados ordinarios, y al cabo opondrán al Gobierno las mismas trabas y embarazos». Silvela. Estudios..... pág. 188.

superior en la contienda administrativa (1), en una palabra juez y parte, lo que hacía una justicia oportunista, no legal.

Posada Herrera, cree sin embargo, que los Tribunales contencioso-administrativos de 1.<sup>a</sup> instancia los deben presidir los jefes políticos (2).

En cuanto a la suprema instancia opta por el Consejo de Estado.

#### 6.—LA AUTORIZACION PREVIA GUBERNATIVA PARA JUZGAR A LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Queda un último punto de vista interesante a estudiar, entre otros que omitimos, y que no afectan al régimen en general, es el de la autorización previa administrativa para proceder y sancionar a los funcionarios de la Administración, que tuvo como base la absurda interpretación de la separación de poderes; puesto que los miembros del Poder administrativo, o ejecutivo como se llamó tanto tiempo, no pueden ser encausados y enjuiciados por delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, como si ello fuera una extralimitación de la función de juzgar que compete al denominado poder judicial.

Tiene su origen, pues, en la Revolución francesa y en el odio a los Parlamentos judiciales, que sin duda consideraban núcleos cerrados aristocráticos, los constituyentes franceses.

---

(1) «El que suscribe, pues, sin entrar en demostraciones y limitándose a manifestar su humilde, pero meditada opinión, reconoce como un dogma constitucional que el *supremo administrador del Estado debe ser*, al propio tiempo, el juez supremo en las contiendas administrativas bajo la responsabilidad de sus ministros» Silvela cit. pág. 189.

(2) «Hay además otra razón que debe tenerse muy en cuenta, y es que los jefes políticos han de formar parte necesariamente de estos cuerpos, de cualquier manera que se les constituya, y debiendo ser amovibles por naturaleza, sería muy singular que siéndolo la persona más influyente, la que preside, la que tiene voto decisivo, los demás no lo fuesen del mismo modo. Deben, ser amovibles a voluntad del ministerio, los que compongan los Tribunales administrativos». (V. Posada Herrera, pág. 280.)

Los preceptos que al respecto circulaban en Francia a la sazón y posteriormente eran los siguientes:

Los funcionarios municipales no podían ser acusados en juicio por delitos administrativos sin una autorización previa de los administradores del departamento (ley 14 diciembre 1789).

Estaba prohibido a los jueces, bajo pena de multa, citar a los administradores por razón de sus funciones (Ley, 24 de agosto de 1790, artículo 7).

Los agentes del Gobierno, a excepción de los Ministros, no podían ser perseguidos por razón de hechos cometidos en sus funciones, sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado (Constitución del año VIII, artículo 75).

Este último precepto fué abolido por D. L. de 19 de septiembre de 1870. Sin embargo los magistrados judiciales podían informarse y recoger todos los datos relativos a los delitos cometidos por los agentes de Gobierno; pero no podían en ningún caso, librar mandamientos, ni sufrir ningún interrogatorio judicial, sin la autorización previa del Gobierno (1).

Posada Herrera recibe el influjo francés y argumenta por cuenta propia, pretendiendo defender al funcionario administrativo de los prejuicios y apasionamientos de los magistrados, tratando de hacer ver que la responsabilidad debe ser exigida ministerialmente, y si el Ministro no lo hace, cubre su delito, y a él debe exigirse la responsabilidad. Pero, ¡qué difícil es exigir a un Ministro esta responsabilidad, el cual siempre estuvo a cubierto mediante prerrogativas y fuero judicial, siendo de ordinario los órganos legislativos, por lo menos en los países de régimen político parlamentario los encargados de exigir la responsabilidad, aun la de carácter criminal!

Veamos como arguye Posada Herrera (2), desde luego, argu-

---

(1) F. en Henrion de Pansey «Oeuvre judiciaire», 1864, pág. 680, las multas que por infracción de estas disposiciones se exigía en el Código penal vigente (art. 129), al publicarse su obra.

(2) Lecciones I, págs. 91 y 92.

mentación inadecuada, para hoy día. ¿«Y qué protección se puede dar a los individuos del poder administrativo? Solo una; que no puedan ser encausados sino con el permiso del primer jefe del ramo a que pertenezcan; y no sorprenda esta doctrina que tal vez podrá parecer absurda. Conozco, desde luego, el argumento que se puede hacer en esta cuestión. ¿Y habéis de consentir, se me dirá, que sea juez de la acusación, precisamente el mismo que es responsable de ella? ¿El ministro que es responsable será el juez que ha de fallar en 1.<sup>a</sup> instancia de la justicia o injusticia de la acusación? No, señores, no fallará sobre el asunto principal, si se opone a que se forme causa al empleado que se acusa, lo que hará será cargar con la responsabilidad; dirá «declaro inculpable a este funcionario público, ha cumplido su deber bajo mi mando y si es necesario que haya una víctima, yo seré la víctima que sirva de expiación a la que se ha quebrantado». Esto es lo que haría el ministro en el caso particular de que hablamos, negar la acusación contra el funcionario inferior y cargarse con la responsabilidad, confiando en la justicia de la causa de su gente; hacerse responsable de las faltas que se creía haber otro cometido. Si se admite otra doctrina es más fácil que los tribunales se mezclen en las atribuciones de la administración, impidiendo a sus agentes el libre uso de sus funciones. Si el poder judicial es el juez de la administración, ¿habrá la independencia que debe haber entre ambos poderes? Ciertamente que no. El mismo Henrion de Pansey tratando de las atribuciones del poder judicial que con tanta elocuencia ha desarrollado, prueba de un modo evidente, que no puede ser independiente el poder administrativo, mientras se conceda al judicial la facultad de resolver todas las acusaciones que se presenten contra los administradores, sin que sea preciso el permiso de su jefe superior.»

Como un antecedente remoto de la cuestión en España, tenemos la Partida del T. VII, tit. I, lc. XI que dice. «Los oficiales del Rey destinados a juzgar no pueden ser acusados, pero el Rey tiene el deber de averiguar y sancionar sus faltas».

Exigían la autorización previa del Gobierno para procesar a los gobernadores y de éstos para procesar a los funcionarios de su dependencia la ley de 2 de octubre de 1845, el R. D. de 27 de marzo de 1850 y la ley de 25 de septiembre de 1863.

La Constitución de 1869 juzgaba no ser necesaria la autorización previa para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que fuese el delito que cometieran.

En la Constitución de 1876 (art. 77) se hablaba de una ley especial referente a este extremo, que nunca se dietó.

El art. 666 de la ley de Enjuiciamiento criminal incluye entre los actos de previo procedimiento «la falta de autorización administrativa para procesar, en los casos en que sea necesario con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales». No se conoce introducido este requisito más que en la ley Electoral de 8 de agosto de 1907 (art. 80, párrafo primero) a los efectos de dicha ley, para los delitos electorales, ley que no tiene aplicación práctica.

Entendida a la manera que nosotros hacemos, la doctrina de la separación de funciones, un juez criminal, puede enjuiciar los delitos de los funcionarios públicos, pues que no se entromete en funciones políticas o administrativas. Son las suyas propias, las judiciales. Deberá ser de una alta categoría el juez que juzgue a un funcionario superior del Estado de otro Orden; pero el juez ha de pertenecer al orden judicial.

Aunque Posada Herrera en algunos momentos adoptó posturas originales, en éste, de la autorización previa para juzgar a los funcionarios, la Escuela o mejor dicho la tesis francesa creía como que juzgar a funcionarios públicos, significaba administrar y por tanto entrometimiento del Poder judicial en el ejecutivo, criterio errado, según expresamos en nuestro «Manual de Derecho Administrativo» (páginas 40, 41 y 355).