



IDEA DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO SEGUN POSADA HERRERA

POR

SABINO ALVAREZ GENDIN

(Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo)

I

BIOGRAFIA DE D. JOSE POSADA HERRERA

Posada Herrera nació en Llanes el año de 1814, siguiendo las primeras letras en Celorio, y las superiores y universitarias en Oviedo, habiendo recibido enseñanzas del gran Cardenal Inguanzo (1), a quien le acompañó en Toledo cuando ocupó la sede primada.

Fué matemático, político y jurista.

(1) He dedicado a esta gran figura española un trabajo intitulado «El Cardenal Inguanzo,» su vida y su obra, 1943.

Como matemático desempeñó una cátedra de «Matemáticas y Dibujo» organizada en la Universidad de Oviedo, en colaboración con la Sociedad Económica de Amigos del País de Asturias (1), en 1836, de la que fué Secretario.

A la política dedicó su mejor y mayor tiempo. Representó a Asturias en el Congreso de los Diputados en 1839, hasta 1846, a Astorga desde 1850 a 1854 y a Torrelavega desde 1857 a 1859 y en 1863. Años después representó en la Cámara de diputados a Lorca. En 1869, representó la circunscripción de Oviedo en las Cortes Constituyentes, y en las ordinarias a Llanes desde 1879 a 1884, en que pasó al Senado por derecho propio.

En estos 35 años de vida parlamentaria hubo de desempeñar importantes cargos en el Congreso de los Diputados. Así fué Secretario en 1843, Vicepresidente en 1853 y Presidente elegido por unanimidad en 1876 y 1881.

Fué colaborador de Moyano cuando desempeñó el cargo de Director general de Instrucción pública en la ley de este nombre de 9 de septiembre de 1857, no derogada aun totalmente, a pesar de la promulgación de la ley Ordenación universitaria española de 29 de julio de 1943.

Fué ministro de la Gobernación con Isturiz y con el General O'Donnell, desempeñando en 1866, las carteras de Gracia y Justicia y Fomento, siendo entonces como dice Canella Secades (2) la verdadera cabeza y espíritu de la Unión liberal.

En 1869 representó como Embajador a España en Roma, y culminó su carrera política con la presidencia del Consejo de ministros en 1883, en una edad madura y tras de una experiencia política, que tan en desuso estamos en el día, y que no es desdeñable este libro de la vida práctica para gobernar y sobre todo para *gobernar bien*, como lo hizo nuestro ilustre biografiado, que además

(1) Canella Secades, «Historia de la Universidad de Oviedo», 1903-1904, página 13.

(2) «Historia de Llanes y su concejo», 1896, página 238.

fué un gran jurista, y hombre de Ciencia, pues de otra suerte no hubiera alcanzado las medallas de número de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, la de correspondiente de la Española, y la presidencia del Ateneo y de la Academia de Jurisprudencia. Releva su prestigiosa figura, sus magníficos discursos, y multitud de trabajos inéditos, además de sus conocidas «Lecciones de la Administración», a las que dedicaremos una mayor atención, en aspecto tan interesante, singular, y de innovación en su época, como lo contencioso-administrativo, sobre lo que también escribió dos artículos en la *Revista de España y del Extranjero* (1).

La tercera faceta de la personalidad científica de Posada Herrera, es la de jurista; publicístico. Así pudo alcanzar los más altos grados en el Consejo de Estado, donde ocupó la Fiscalía (1858) y la Presidencia.

La obra cumbre de Posada Herrera, por la que se puede calificar del excelso jurista son sus «Lecciones de Administración» (2), pronunciadas en la Escuela especial de Administración que por Decreto de 29 de diciembre de 1842 se establecía en Madrid (3), donde se estudiaban entre otras asignaturas la «Política de la Administración» y el «Derecho Administrativo», con un criterio bien avanzado en una época en que el Derecho Administrativo estaba en mantillas y no se tenía, ni en Italia—donde luego más tarde se desenvolvió—un claro concepto de la Ciencia de la Administración.

Con dicha Escuela se pretendió preparar un funcionariado administrativo técnico, especializado, competente, cosa que se deja hoy sentir, fuera de la Escuela de Estudio Administración local, para los altos cargos directivos de las Diputaciones y Ayuntamientos.

Se exigía entonces seguir dos cursos en dicha Escuela para

(1) Ved. tomo VIII, 1845, páginas 57 a 76 y 201 a 222.

(2) Famosas las llama Canella «Historia de la Universidad de Oviedo», cit. página 220.

(3) V. Mi «Manual de Derecho Administrativo», 1941, páginas 100 y 101.

desempeñar cargos en la capital española, en el Ministerio de la Gobernación.

Las «Lecciones» de Posada Herrera de los tres primeros tomos, publicados este año hace un siglo, fueron pronunciadas en la referida escuela en el curso de 1842 a 1843 y tomadas taquígraficamente por D. Francisco de Paula Madrazo, D. Juan Antonio de Rascón y D. Juan Pérez Calvo (1), taquígrafos del Senado.

El 4.º tomo fué redactado por el propio Posada Herrera y constituye un conjunto completo de estudios sobre la Beneficencia pública, con referencias históricas doctrinales, jurídicas y donde desarrolla magníficas ideas de política benéfica y en el que recoge las de publicistas españoles como Luis Vives, Juan P. Medina, don Manuel Giginta—si bien su obra sobre «Tratado del remedio de los pobres», fué publicado en Coimbra en 1579 y Pérez Herrera (2).

II

LA INFLUENCIA DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO FRANCES EN NUESTRO DERECHO Y EL ORIGEN DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO FRANCES

El verdadero régimen administrativo no surge en nuestro continente hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX. En época anterior, con el fetichismo de la ley como expresión única de la voluntad del príncipe, con la glorificación de éste y la concentración en sus manos de todos los poderes éstos se confunden en una masa, sin más moderador que el bien de los pueblos o el Poder de las Cortes donde como en España existían. Sin embargo, aunque realmente no existía una marcada división de poderes, mostrábanse entre sí algunas diferencias apareciendo siempre órganos delegados

(1) Su obra se intitula «Del Amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos», Madrid, 1595.

(2) «Lecciones de Administración», t. IV. 1843, pag. 5.

del Poder ejecutivo del Rey. Por otra parte las funciones administrativas eran escasas, por existir pocos servicios públicos. El régimen administrativo no surge propiamente hasta el siglo XVIII. Höhn (1) lo retrasa a 1830 a la época de Luis Felipe. Es un régimen legal y de garantía que no puede actuar fuera de la ley.

En un régimen político liberal se pueden ejercer todos los derechos que no estén taxativamente prohibidos por la ley; pueden escribirse libremente las ideas propias sin censura previa, etc. En cambio, en un régimen político de policía no pueden ejercer derechos que no estén permitidos por especial autorización.

En el régimen administrativo puede observarse una dualidad semejante si bien fijando nuestras ideas en la Administración, no en el individuo político, como en el régimen liberal. En un régimen administrativo pueden municipalizarse todos los servicios generales que no estén taxativamente prohibidos por la ley. En cambio, en los regímenes no administrativos es necesario que la ley lo autorice expresamente. Tal ocurre por ejemplo en Inglaterra y en Estados Unidos. En un régimen administrativo, la Administración se somete a la legalidad aunque con ciertos privilegios.

El régimen administrativo francés se basa en la teoría de la representación de Poderes.

En una ley francesa de 16-22 de agosto de 1789, se prohíbe que los Tribunales realizasen funciones administrativas, pero no prohibiendo su enjuiciamiento. Otra ley de 10 de septiembre de 1791, tampoco manifestaba que los Tribunales no puedan juzgar a la Administración. Es realmente la ley del 16 Fructidor del año III la que prohibió a los Tribunales conocer en los actos de la Administración de cualquier clase que fuesen. De manera que el Poder judicial no solo no podrá realizar funciones administrativas, sino tampoco juzgar a la Administración.

Mas bien que poner en práctica la doctrina de Montesquieu,

(1) «Wesen, Aufgaben und Stellung der Verwaltung in Frankreich» en «Das ausländische Verwaltungsrecht der Gegenwart» 1940

lo que se ha hecho en Francia es quebrantar esta doctrina de la separación de poderes, puesto que atribuye a los órganos administrativos la función de juzgar.

Al desgajar la función administrativa, entendieron los constituyentes (por lo menos los del año III), que la Administración no podía ser juzgada por la autoridad judicial, en un régimen administrativo.

La Administración ciertamente debe estar sometida a la ley, salvo que volvamos al régimen de policía como era el que regía cuando se implantó esta doctrina en el siglo XVII y XVIII, pero al no discernir que el Poder judicial debe ser quien juzgue a la Administración, confundieron en Francia la función administrativa con la judicial, pues si es evidente que los Tribunales ordinarios con arreglo a esta doctrina no deben realizar funciones administrativas para evitar la tiranía, no comprendemos porqué éstos no pueden ejercer sus propias funciones. Tanto da que juzgue a los particulares como a la Administración. Su función es puramente la judicial no la administrativa.

Apletón en su «*Traité élémentaire du contentieux-administratif*» (1) recoge opiniones de otros autores y hace ver que en países en que los Tribunales hayan podido ejercer un control sobre la Administración, su acción general ha sido desfavorable al progreso de las instituciones mismas del Derecho público, y viceversa, donde han sido invertidas las funciones, o donde lo contencioso-administrativo ha sido practicado por la propia Administración, como sucede en Francia, se destaca el progreso de estas instituciones jurídico-administrativas; de modo que viene a dar a entender que el principio de la doctrina de Montesquieu, aún interpretada equívocamente, ha tenido resultados magníficos.

El éxito radica no tanto en la reparación del contencioso-admi-

(1) Ed. 1927, cap. III, pgs. 85 y sigts. Del mismo autor «*La séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*».

nistrativo del Poder judicial, cuanto en la especialización de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como en la independencia práctica del Consejo de Estado francés, de la propia Administración.

El régimen administrativo francés que va a influir en nuestros juristas de la primera mitad del siglo pasado lo resume la ley de 28 de pluvioso del año VIII, que afirma una poderosa centralización administrativa, la separación o exclusión mejor dicho del Poder judicial en juzgar los negocios administrativos, y la necesidad de autorización para procesar a los funcionarios.

La responsabilidad de la Administración por sus actos de interés público es una doctrina jurisprudencial, que se va a iniciar mucho después.

EL ORIGEN DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

La doctrina de Montesquieu fué recibida en España con motivo del movimiento ocurrido con ocasión de la invasión de los franceses. Así, pues, los legisladores de las Cortes de Cádiz recogen la mencionada doctrina y la incorporan a la Constitución de 1812, la cual marca los límites en que debe encerrarse el Poder judicial, separando las funciones judiciales que pasan a los Tribunales, de las funciones administrativas que quedan reservadas al Poder ejecutivo.

Desde entonces, este principio queda firme en distintas Constituciones. En la de 1837 (artículo 63) se dice que a los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, y no pudiendo hacer otras funciones que juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (1).

Incurren en la misma errónea interpretación que los políticos franceses: creían que la Administración no podía ser objeto de en-

(1) V. Posada Herrera «Lo contencioso-administrativo»; Revista de España y del extranjero», t. VIII, 1845, pág. 208.

juiciamiento. Atribuían al Poder judicial competencia para entender en las cuestiones civiles y criminales y no en las administrativas.

A raíz de la Constitución del año 37 se intentó implantar en España la jurisdicción contencioso-administrativa (en el año 38), con la institución de unos Tribunales a imitación de los Consejos de Prefectura, denominados Consejos provinciales. Esto fué a iniciativa de D. Agustín Silvela, y casi al mismo tiempo una Comisión integrada por varias personalidades, entre ellas Martínez de la Rosa, Sancho, Carelli y Pacheco, presentaron al Ministerio un proyecto referente a la creación de un Consejo de Estado, de suerte que estos organismos dentro del Poder ejecutivo iban a entender no solo en cuestiones gubernativas y administrativas, sino en los problemas jurisdiccionales concernientes a las infracciones ocurridas en el Derecho administrativo del país; pero no es entonces cuando plasma la iniciativa.

En 1845 se dictó la ley de 2 de abril creando los Consejos provinciales con atribuciones contencioso-administrativas en primera instancia, a imitación de los Consejos de Prefectura franceses, incorporados a las Diputaciones órganos eminentemente administrativas; y en 6 de julio del mismo año se promulgó la ley del Consejo real, dotándole de una sección encargada de instruir los expedientes y preparar las resoluciones del Consejo de asuntos contenciosos. La jurisdicción contencioso-administrativa estaba incorporada al Poder ejecutivo; el Consejo de ministros era el que en última instancia resolvía sobre las cuestiones que se planteaban. Las resoluciones del Consejo real en materia contenciosa estaban privadas del carácter de decisivas, eran meramente consultivas. En una palabra, no se avanzaba de la jurisdicción retenida. En 1.º de octubre de 1845 y 30 de octubre de 1846 redactaron los Reglamentos para la ejecución de dichas leyes.

III

EL REGIMEN ADMINISTRATIVO SEGUN POSADA HERRERA

1.—EL INFLUJO FRANCES EN POSADA HERRERA

Las doctrinas y la legislación francesas han influido en nuestra formación del régimen administrativo a través de nuestros doctri-
narios, singularmente en toda la primera mitad del siglo XIX, entre
ellos Posada Herrera (1). Sin embargo, a pesar de reconocer que
Francia tiene para nosotros un modelo, en materia de institucio-
nes administrativas como en materia de instituciones políticas, no
creía que se debiera abandonar, nuestros usos, nuestras costum-
bres, para adoptar los usos y costumbres extrañas, sin que se de-
ba, por otra parte, rechazar principios luminosos y claros del ex-
tranjero, que nos puedan servir de provecho, sin pensar si vienen
de nuestros enemigos, si bien puedan servir de regla sus institucio-
nes políticas en muchos casos (2).

Y esto lo dice al hablar de la primera instancia de lo contencio-
so-administrativo, y lo reitera al referirse la jurisdicción del Conse-
jo de Estado.

Las ideas a veces resultan contradictorias, y es que pugnan sus
juicios e ideas originales, personales, y la influencia francesa, pues
pensando en una Administración legal, parece como que aquella, a
su juicio, debe ser contenida en los límites legales, por el propio
Poder judicial, cuando atenta los derechos individuales, y otras
veces, más quizás que por los razonamientos políticos franceses,
por otro orden de cosas, no acepta la sumisión del Poder adminis-
trativo como llama Posada a la Administración (o el Poder ejecu-
tivo administrando), al Poder judicial.

Así, pues, dice (3) que los magistrados y jueces, que como des-

(1) «Lecciones de Administración», t. I, páginas 256 y 7.

(2) Lecciones... t. I, página 300.

(3) Lecciones, páginas 71 y 72.

pués veremos, son en principios y según nuestras leyes inamovibles y forman por la constitución uno de los poderes independientes del Estado, debiendo ser siempre muy cautos en obedecer las órdenes que crean que no son conformes a las leyes del país. Así, cuando el Poder administrativo saliéndose fuera del círculo de las leyes, diera disposiciones que alteraran los derechos de individuales, el Poder judicial debería tener energía para resistirse a aplicarlas acatando los derechos del individuo: el Poder judicial debería tener energía para ser protector de las leyes, cuya guardia le está encargada dentro de la esfera de los derechos civiles, así como el Poder administrativo le está encomendada su custodia, en la esfera del Derecho administrativo. En el Poder judicial es un deber obedecer las leyes, pero no siempre lo es obedecer las órdenes y Reglamentos que alteren o modifiquen el espíritu de las leyes establecidas en la nación, y si es un principio de Gobierno el deber de atemperarse a las leyes y las órdenes y reglamentos del Poder ejecutivo también es una regla de justicia el respeto y la protección a los derechos del individuo.

No dice Posada si se repara el Derecho individual hollado o si se sanciona al funcionario que lesionó tales derechos.

2.—LA CENTRALIZACION Y LA DESCENTRALIZACION SEGUN POSADA HERRERA

No acepta Posada Herrera, la concepción francesa de la centralización administrativa, aunque sí de las funciones políticas, y de los actos como él llamaría imperativos, que competen al Jefe de Estado o al Gobierno sobre determinadas materias administrativas de interés nacional.

Si le compete a éste ejecutar y disponer que todas las fuerzas que haya en el país estén prontas a su mando, a fin de que pueda ser temido y defender a la nación, ya de los enemigos interiores, ya de los exteriores; que debe poder recaudar las rentas públicas sin que encuentren el menor obstáculo en su recaudación,

que debe poder llamar los hombres a la guerra dentro del círculo de leyes, sin que los Ayuntamientos o Diputaciones puedan servir de obstáculo, se ve que alude a las quintas o rentas forales, que aún subsistían en Vasconia, durante su época, no admite, en cambio, que el Gobierno pueda disponer de los bienes ni administrar las fortunas de los pueblos o provincias; reservándose únicamente el veto para que estas fortunas, estos bienes puedan dilapidarse. Es decir, que si acepta la centralización política, admite la descentralización administrativa o *es centralización*, como decía (1).

Es centralización dice también Olivan en el «Tratado de Administración pública con relación a España» en *Enciclopedia española del siglo XIX*, t. IV. Ya entonces podía usarse el prefijo *des*, para significar lo contrario de centralización, pues Juan de Valdés en el «Diálogo de la lengua» (V. Colección Austral, Ed. Espasa-Calpe, p. 88) decía que la sílaba *des* en principio de parte hace lo que el *dis* griego, que el vocablo con quien se junta muda la significación de bien en mal.

Denuncia Posada Herrera el mal de la burocracia que radica en la centralización que retarda la marcha administrativa de los asuntos, y hoy observamos que no consiste en el número de funcionarios, si están bien distribuidos territorialmente sino acaso la elefantiásica formación burocrático-central; así decía Posada Herrera que «no deben venir a la capital los expedientes pequeños y que no importan a los intereses generales, porque no podrían resolver con acierto sin servirse de otros expedientes más voluminosos».

Resume sus ideas de la coordinación del régimen administrativo nacional con el administrativo local diciendo: «Gobierno central: Administración central para todos los intereses generales del país; Administración local: Administración confiada a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales en toda la latitud que sea compatible así con el Gobierno de las Naciones, como con la Administración en general» (2).

(Continuará)

(1) Lecciones..., I, págs. 48 y 49.

(2) Lecciones..., I, págs. 48 y 49.