

LUIS MEDINA ALCOZ

HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

Prólogo de
Manuel Rebollo Puig

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

SUMARIO DETALLADO

	Pág.
PRÓLOGO	11
PRESENTACIÓN	19
1. IDEAS CENTRALES	19
2. OBJETO	24
3. PERIODIZACIÓN	28
4. ESTRUCTURA	30
5. AGRADECIMIENTOS	30

PARTE PRIMERA

DEL ESTADO JURISDICCIONAL AL ESTADO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 1. PREHISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	35
1. LAS VÍAS DE EXPEDIENTE Y GRACIA COMO FORMAS DE DESPACHO DISTINTAS DEL JUICIO	35
2. LA MONARQUÍA «JURISDICCIONAL» DE LOS AUSTRIAS	36
2.1. Tendencia administrativa	36
A) Gobierno o policía en los reinos de Indias	37
B) Gobierno o policía en los reinos peninsulares	38
C) Estructuras orgánicas más ejecutivas	40
2.2. Matriz jurisdiccional	43
A) Lo gubernativo como variante de la justicia	43
B) Pacto social, gobierno por leyes, derechos y garantías	46

	Pág.
3. LA MONARQUÍA «ADMINISTRATIVA» DE LOS BORBONES.....	51
3.1. Intensificación de la tendencia administrativa.....	52
A) Origen trascendental de la soberanía.....	52
B) Paternalismo eudemonista. Concepto de policía.....	53
C) Cierta uniformidad institucional, profesionalización y especialización	56
3.2. Subsistencia de la matriz «jurisdiccional»	58
A) Rechazo generalizado del origen trascendental de la soberanía	59
B) Límites al paternalismo eudemonista.....	61
C) Pluralismo institucional y concentración de funciones	64
3.3. Consideración final.....	65
4. LÓGICA GUBERNATIVA Y DIVISIÓN DE PODERES.....	66
CAPÍTULO 2. PREHISTORIA DE LAS CIENCIAS ADMINISTRATIVAS.....	71
1. ARTE DE GOBERNAR DURANTE LOS AUSTRIAS.....	71
2. ARTE DE GOBERNAR, CIENCIA DE POLICÍA Y ECONOMÍA POLÍTICA DURANTE LOS BORBONES.....	76
CAPÍTULO 3. ESTADO ADMINISTRATIVO.....	83
1. ORIGEN Y RAZÓN DE SER.....	83
2. CONSTRUCCIÓN GRADUAL.....	85
3. ETAPAS DEL PROCESO.....	87
3.1. Iniciación: la administración como idea.....	87
3.2. Planificación: la administración como proyecto	89
3.3. Ejecución: la administración como realidad	91
3.4. Consolidación: la administración como realidad afianzada	93
4. CONSIDERACIÓN FINAL.....	94

PARTE SEGUNDA

DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO AUTORITARIO

CAPÍTULO 4. ESTADO.....	99
1. LIBERALISMO.....	99
1.1. Aproximación	99
1.2. Orígenes	100
1.3. Liberalismo revolucionario	102
1.4. Liberalismo gaditano.....	105
2. REACCIÓN: ABSOLUTISMO Y TRADICIONALISMO.....	111

	Pág.
3. LIBERALISMO CONSERVADOR.....	114
3.1. En general.....	114
3.2. En España.....	117
4. LIBERALISMO ARMÓNICO	121
5. CRISIS DEL LIBERALISMO.....	123
CAPÍTULO 5. ADMINISTRACIÓN	127
1. APROXIMACIÓN	127
2. FUNCIONES	127
2.1. Liberalismo racionalista: Estado mínimo.....	127
2.2. Liberalismo español: Estado amplio	129
2.3. Crisis del liberalismo: Estado nodriza.....	133
3. ORGANIZACIÓN	136
3.1. Liberalismo español: organización administrativa amplia y racionalizada.....	136
A) Unidad nacional y centralización.....	136
B) Administración central y periférica	137
C) Ayuntamientos	140
D) Excepciones a la uniformidad administrativa	142
3.2. Crisis del liberalismo: crecimiento exponencial de la organización administrativa.....	143
4. PODERES Y PRIVILEGIOS.....	146
4.1. Discrecionalidad administrativa y potestad reglamentaria.....	146
A) Liberalismo revolucionario francés: vinculación positiva a la ley ...	146
B) Liberalismo gaditano: vinculación negativa a la ley	147
C) Liberalismo conservador: reforzamiento de la discrecionalidad administrativa y la potestad reglamentaria.....	149
D) Crisis del liberalismo: intensificación del poder gubernamental	155
4.2. Justicia administrativa	157
A) Liberalismo clásico: negación de la justicia administrativa.....	157
B) Liberalismo conservador: afirmación de la justicia administrativa.	162
a) Dualismo jurisdiccional	162
b) Configuración de la vía gubernativa a modo de primera instancia.....	165
c) Consolidación y continuidad del sistema.....	169
d) Lo contencioso-administrativo como segunda instancia: fundamento último, consecuencias y debate historiográfico.....	171
C) Crisis del liberalismo: negación de toda justicia y reafirmación de la administrativa.....	179

	Pág.
4.3. Autotutela administrativa.....	180
4.4. Potestad sancionadora.....	184
4.5. Expropiación forzosa.....	187
CAPÍTULO 6. DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO SUBJETIVO...	195
1. LIBERALISMO CLÁSICO: AFIRMACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO.	195
2. LIBERALISMO CONSERVADOR: NEGACIÓN DEL DERECHO SUBJE- TIVO FRENTE A LA POTESTAD ADMINISTRATIVA	199
2.1. Planteamiento general y contexto europeo.....	200
2.2. El derecho subjetivo de carácter administrativo como derecho «secunda- rio» o «imperfecto»	205
3. CRISIS DEL LIBERALISMO: NEGACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO COMO CATEGORÍA	211
4. CONSIDERACIONES FINALES	215
CAPÍTULO 7. DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO OBJETIVO....	217
1. LIBERALISMO CLÁSICO: MONISMO JURÍDICO	217
2. LIBERALISMO CONSERVADOR: RUPTURA DEL MONISMO JURÍDI- CO Y SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	221
3. ELEMENTOS DE GARANTÍA	226
3.1. El Derecho administrativo como Derecho más autoritario que garantista.	226
3.2. Garantías parajudiciales.....	226
3.3. Garantías procedimentales.....	229
3.4. Garantías resarcitorias	234
4. ESTRUCTURA AUTORITARIA	240
5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO ESPECIAL.....	246
5.1. Afirmación y desarrollo de la especialidad	246
5.2. Totalitarismo: retorno al monismo jurídico.....	252
CAPÍTULO 8. CIENCIAS ADMINISTRATIVAS.....	255
1. PENSANDO LA ADMINISTRACIÓN.....	255
1.1. Entre la ciencia de policía y la ciencia de la administración	255
1.2. Entre la economía política y la ciencia de la administración.....	258
1.3. Nacimiento de la ciencia de la administración.....	263
2. DISEÑANDO LA ADMINISTRACIÓN.....	268
2.1. Primera edad de oro de las ciencias administrativas	268
2.2. Sociedades científicas	270
2.3. Escuelas especiales	275
A) Escuela especial de ingenieros de caminos, canales y puertos	275
B) Escuela especial de Administración	277

	Pág.
2.4. Universidades, tratados	280
2.5. Revistas	282
2.6. Administrativistas, estudios.....	284
2.7. Predominio de la ciencia de la administración.....	287
2.8. Nacimiento de la ciencia del Derecho administrativo. Relación con otras disciplinas y con los estudios políticos previos	289
2.9. Apropiación selectiva del régimen francés e impacto internacional	292
3. CONSTRUYENDO Y EXPLICANDO LA ADMINISTRACIÓN	295
3.1. Continuación de la primera edad de oro de las ciencias administrativas...	295
3.2. Universidades, tratados	296
3.3. Sociedades científicas, escuelas especiales	299
3.4. Revistas	301
3.5. Administrativistas, estudios.....	303
3.6. Juridificación	308
3.7. Entronque con el pasado, apertura (moderada) a ordenamiento foráneos y (amplio) impacto internacional	310
4. ESPECULANDO SOBRE UNA ADMINISTRACIÓN CONSOLIDADA.....	314
4.1. Entre la primera y la segunda edad de oro de la ciencia española del De- recho administrativo.....	314
4.2. Universidades, tratados	315
4.3. Sociedades científicas, escuelas especiales	318
4.4. Revistas	320
4.5. Administrativistas.....	322
4.6. Escuelas	323
4.7. Juridificación	330
4.8. Ruptura con el pasado, apertura (excesiva) a ordenamientos foráneos y (escaso) impacto internacional	332
5. DESCRIBIENDO LA ADMINISTRACIÓN FASCISTIZADA.....	337
5.1. Universidades, sociedades científicas, escuelas especiales, tratados.....	337
5.2. Revistas	338
5.3. Autoritarismo y nacionalismo académico	339

PARTE TERCERA

DEL ESTADO AUTORITARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 9. ESTADO	343
1. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EUROPEO	343
2. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN ESPAÑA	346
2.1. Estado de Derecho administrativo sin libertad política ni derechos fun- damentales.....	346
4.2. Estado social y democrático de Derecho de la Unión Europea.....	349

	Pág.
CAPÍTULO 10. ADMINISTRACIÓN	351
1. FUNCIONES	351
1.1. Estado gestor	351
1.2. Estado garante integrado en el espacio jurídico global	352
2. ORGANIZACIÓN	355
2.1. Del Estado autoritario y centralizado al Estado democrático y autonómico.	355
A) Racionalidad burocrática y lógica política	355
B) Comunidades autónomas.....	357
C) Entidades locales	359
2.2. Del Estado gestor al Estado garante.....	361
3. PODERES Y PRIVILEGIOS	363
3.1. Tendencias generales	363
3.2. Discrecionalidad administrativa y potestad reglamentaria	364
A) Desconfianza en la administración: vinculación positiva a la ley.....	364
B) Confianza en la administración: vinculación negativa a la ley.....	368
3.3. Jurisdicción contencioso-administrativa	374
A) Protección judicial plena del ciudadano.....	374
B) Protección judicial e interés general	378
3.4. Autotutela administrativa	383
3.5. Potestad sancionadora.....	386
3.6. Expropiación forzosa	389
 CAPÍTULO 11. DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO SUBJETIVO.	 395
1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL DERECHO SUBJETIVO COMO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	395
1.1. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo, en general.....	395
1.2. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo en el De- recho administrativo español, en particular.....	401
2. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS: EL DERECHO SUBJETIVO COMO INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO	405
 CAPÍTULO 12. DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO OBJETIVO...	 409
1. UN DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONALMENTE ACÉ- FALO.....	409
2. UNA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVIZADA	413
3. UN DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONALIZADO Y EU- ROPEIZADO	414

	Pág.
4. UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE EQUILIBRIO ENTRE PRIVILEGIOS Y GARANTÍAS	417
5. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	420
5.1. La configuración del nuevo sistema en los años cincuenta	420
5.2. La simplificación del sistema a partir de los años setenta	425
6. UN DERECHO ADMINISTRATIVO MENOS ESPECIAL Y MÁS COMPLEJO	430
7. PRINCIPALES EJEMPLOS DE HIBRIDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	432
 CAPÍTULO 13. CIENCIAS ADMINISTRATIVAS	 439
1. SEGUNDA EDAD DE ORO	439
2. REFUNDACIÓN DE LA CIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	439
2.1. La <i>RAP</i>	439
2.2. La generación de la <i>RAP</i>	441
3. RESURGIMIENTO DE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN	444
4. CONSTITUCIÓN, INTEGRACIÓN EUROPEA, SECTORIALIDAD	448
5. UNIVERSIDADES, REVISTAS, TRATADOS	450
6. SOCIEDADES CIENTÍFICAS, CONGRESOS, PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN, PREMIOS	453
7. ADMINISTRATIVISTAS	456
8. ESCUELAS	458
 BIBLIOGRAFÍA	 463
ÍNDICE ONOMÁSTICO	517

PRÓLOGO

– I –

El lector tiene en sus manos una obra de historia llamada a hacer historia. La historiografía del Derecho administrativo español cuenta con aportaciones muy valiosas pero ninguna con la pretensión general y la ambición de la obra de Luis Medina Alcoz. Y, pese a ser nueva en su género y pese a nacer, según creo, fuera de las preocupaciones dominantes de nuestra época, alcanza ya un elevado grado de madurez.

Su estudio abarca desde lo que llama la prehistoria del Derecho administrativo hasta su presente. Habla de la prehistoria en tanto que se ocupa de momentos en los que solo impropriamente puede hablarse de Derecho administrativo y de administración. Lo hace en la medida necesaria para comprender el nacimiento del Derecho administrativo pero, incluso así, aportando y explicando elementos valiosos en sí mismos y, desde luego, capitales para una cabal comprensión del fenómeno. Además, por otra parte, aunque con perspectiva histórica, se adentra en los momentos actuales. Igual que, aunque parezca contradictorio, ya se ha hecho habitual hablar de «Historia del tiempo presente», Medina ofrece con enfoque histórico la actualidad del Derecho administrativo y sus grandes tendencias. Y, así, incluso, esboza el futuro.

Es abrumador el manejo de las fuentes primarias y sobre todo de las historiográficas. En parte, se sirve de numerosos estudios concretos con los que construye algo mucho más amplio. Pero en muchas ocasiones, cuando no encuentra esa base con la que seguir el hilo, colma las lagunas con investigaciones propias en las que se desenvuelve con prodigiosa soltura y arranca conocimientos provechosos para la comprensión de la evolución y de la actualidad. Pero, aun siendo eso un mérito extraordinario que supone una capacidad y un esfuerzo descomunales al alcance de muy pocos, es su valor menor.

El valor de esta monumental obra, lo que la hace magistral, está en su forma de ensamblar la ingente información, en darle coherencia hasta formar algo así como una teoría de la historia del Derecho administrativo o, mejor, una teoría histórica del Derecho administrativo que sortea rígidos conceptualismos y esquemas formalistas. No es una historia sin rumbo, un mero y erudito relato del pasado, sino en la que todo está seleccionado y ordenado en función de su capacidad explicativa de la realidad actual. También es este objetivo el que justifica su periodización. Para esta obra, lo que merece ser contado y retenido es lo que puede ayudar a explicar el Derecho administrativo actual. Y es mucho lo que por ello debe ser estudiado porque el Derecho, aun mediando revoluciones, se forma por sedimentación de modo que las novedades se superponen a las realidades preexistentes, aunque sea de manera casi inconsciente y aunque formalmente se repudie el pasado.

– II –

El libro es, como indica su propio título, historia del Derecho administrativo. Pero es al mismo tiempo historia de la administración. Lo es y no podría ser de otra forma. El Derecho administrativo es, por mucho que se hayan dicho otras cosas y que esas tesis desorientadas tengan ahora nuevos bríos, el Derecho de la administración. Y, a su vez, la administración es creación del Derecho administrativo. De suerte que hay en la obra prologada una penetrante historia de la administración, de su organización, de sus funciones y de sus poderes y privilegios. Pero, además de historia del Derecho administrativo y de la administración, ocupa papel capital en la obra de Medina la historia de las ciencias administrativas, no solo ni en muchas épocas fundamentalmente de la del Derecho administrativo sino de la llamada Ciencia de la administración, mucho tiempo relativamente distante de las jurídicas y próxima a las económicas o a los más clásicos estudios sobre buen gobierno y arte de gobernar. No se trata de una especie de apéndice complementario sino del estudio metódico y con muchas aportaciones originales de una pieza clave porque desde esa atalaya los autores no se limitaron a dar explicación de la realidad sino que aspiraron y en otras épocas consiguieron influir decisivamente en la configuración de la administración y del Derecho administrativo y dieron unidad y sentido, más allá de los avatares políticos, a la evolución. Y todo ello en conexión permanente con la historia de las ideas políticas dominantes de las que en buena medida el Derecho administrativo es reflejo, algo así como su concreción y tecnificación. Con esas cuatro perspectivas la obra de Luis Medina logra ofrecer una imagen completa y profunda de la realidad.

Pero sobre todo hay que destacar que se trata de la historia del Derecho administrativo español. Precisamente del español. Y esto lo lleva Medina hasta sus últimas consecuencias en cada uno de los periodos y en todas las perspectivas desde la que enfoca su estudio. Es, acaso, lo que lo hace a este libro más original. Hay, desde luego, muchas referencias a los Derechos de otros Estados que resultan imprescindibles para contextualizar el nuestro. Además, por encima de peculiaridades nacionales, todos los Derechos administrativos tienen un sustrato común que aproxima su historia y su configuración presente, y desconocerlo supone ignorar una parte muy

relevante. Como mínimo cabe decir que sin comparar no se conoce nada, que quien observa solo un sistema no conoce ninguno. Medina contextualiza, compara. Pero su objeto es el Derecho administrativo, la administración, las ciencias administrativas y su conexión con las ideas políticas en España. Y con ello, por cierto, aporta muchos más al conocimiento general que las obras, tan frecuentes entre nosotros, que solo miran fuera y solo cuentan por referencias indirectas lo que, naturalmente, alemanes, franceses e italianos (por solo aludir a los más estudiados) conocen de primera mano y mejor. La obra de Medina, al contrario, por paradójico que resulte, al hacer la historia del Derecho administrativo español tiene capacidad para superar el marco español y aportar a los autores extranjeros datos relevantes que no conocen. Y, por supuesto, tiene enorme importancia para nosotros mismos que muchas veces nos aventuramos más en la historia de los Derechos foráneos que en la del propio. Por lo demás, Medina pone de relieve las notables contribuciones españolas y lo avanzado de muchas de sus instituciones no solo en la Edad Moderna (con la influencia de la escolástica española) sino también, lo que puede resultar más sorprendente, en el siglo XIX. Por ejemplo, afirma, que nuestro contencioso-administrativo tuvo una «matriz más garantista» y dispensó una protección que resistía con éxito la comparación con otros sistemas; o que la original regulación española del procedimiento administrativo tuvo una finalidad y un resultado garantista desconocidos en otros ordenamientos. En particular, valora las aportaciones españolas a las ciencias administrativas. Frente a la postura desdeñosa (mezcla de adanismo y complejo de Edipo) asumida una y otra vez por muchos autores españoles respecto a lo que habían hecho sus predecesores, Medina reivindica su valor y la altura de sus estudios, muchas veces y en gran medida innovadores y hasta pioneros. Rescata del olvido, incluso, a autores hoy por completo ignorados que ahora, gracias a Medina, juzgo imprescindibles y en cuyas obras podemos encontrar contribuciones sobresalientes y, en cualquier caso, decisivas para comprender el proceso de formación de nuestra administración. Una de las virtudes de la doctrina jurídica española, no solo de la administrativista pero sí también de ella, es su conocimiento del Derecho y de los autores extranjeros que destaca frente a la tendencia de alemanes, franceses e italianos a encerrarse en lo producido en sus respectivos países. Esa característica de los iusadministrativistas españoles los distingue para bien y ha dado frutos excelentes. Pero como ocurre tantas veces, las virtudes llevadas al extremo se convierten en defectos. Y ese ha sido y sigue siendo en ocasiones el caso de algunos autores españoles dispuestos a estudiar, engrandecer y propagar cualquier aportación extranjera, por menor que sea, al mismo tiempo que ignora por completo o infravalora las nacionales y se desentiende de la evolución y realidad de las propias instituciones y de sus estudiosos. Hacen un uso patológico del Derecho comparado que lo convierte en cauce de importación de cualquier producto sin aduanas ni adaptación sin plantearse siquiera si ya hay aquí los que ya satisfacen las mismas necesidades. No en vano se ha hablado, como recuerda el mismo Medina, de un Derecho administrativo «colonizado» y «ahistórico», lo que, si siempre malo, es especialmente injustificado en el caso de España; y se ha dicho que honramos como genios a los traductores (lo que no estaría mal si los venerásemos solo como geniales traductores). La obra de Medina, que sin ningún chovinismo se sitúa en las antípodas de ese papanatismo malsano, es un antídoto frente a ese género de ignorancia tan injusto y nocivo. Y

si la obra prologada demuestra el peso y la influencia que algunos iuspublicistas españoles tuvieron fuera de nuestras fronteras, ella misma tiene la originalidad, la calidad, la agudeza y la profundidad para aportar un nuevo ejemplo.

– III –

El profesor Medina opone el decimonónico «Estado administrativo» y el que llama, con término igualmente equívoco, «Estado constitucional», que sería el surgido tras la Segunda Guerra Mundial y en España, aunque con notables avances anteriores, en 1978. Aquel, si se me permite esta burda exageración simplificadora, lo pinta en negro y este en rosa. Aquel Estado administrativo no sería el hijo de la Revolución, del genuino liberalismo y de su enaltecimiento de la persona y sus derechos, sino de un eclecticismo que lo aguló y lo desnaturalizó por completo. Jurídicamente conservó el liberalismo solo en las relaciones entre particulares, en el Derecho privado. Pero no en su visión del Estado y, sobre todo, de su administración. Este sujeto nuevo hegemonizaba todo el Estado con una división de poderes muy inclinada en su favor y al que dotó de una gran organización y de numerosos privilegios para acometer una extensa intervención. El Derecho administrativo del XIX sería su plasmación: un Derecho autoritario sin límites de Derecho natural ni constitucional que, en pos de un supuesto interés general, colocaba a los ciudadanos en neta inferioridad sin verdaderos derechos subjetivos sino con solo un sucedáneo (derechos administrativos debilitados o intereses legítimos) que solo encontraba una pobre tutela mediante un contencioso-administrativo, remedo del verdadero proceso, en el que únicamente se protegía la legalidad objetiva. Hasta tal punto que Medina presenta en parte al Derecho administrativo de los Estados totalitarios del siglo XX como una exacerbación de los caracteres ya ínsitos en ese Estado administrativo. Frente a ello, el Derecho administrativo del llamado Estado constitucional, el surgido en la segunda postguerra mundial, se subjetivó en el sentido de que colocó en el centro del sistema a las personas, a sus derechos fundamentales y al resto de sus variados derechos, y todo lo puso a su servicio, desapareciendo aquellos caracteres de autoritarismo e incondicional hegemonía administrativa. Reconoce Medina que «se vislumbra una tendencia a revalorizar el Derecho objetivo y el interés general» como fruto de las exigencias de eficacia del Estado social. Y hasta detecta «síntomas preocupantes de involución» que «orientan hacia un Derecho administrativo más autoritario». Pero frente a ello se muestra más benévolo y comprensivo. No seré yo quien critique esta actitud, pero tal vez la merezcan también las construcciones decimonónicas que tan radicalmente descalifica Medina. O quizá las cosas, las de un periodo y las de otro, puedan verse de otra manera.

Insiste Medina en que la descripción que se hizo del Antiguo Régimen por los iuspublicistas decimonónicos tiene «mucho de caricatura» y que lo hicieron con el propósito de enaltecer la nueva construcción frente al pasado y de encubrir que, en realidad, se estaba erigiendo una administración y un Derecho administrativo autoritarios, que se estaba creando un aparato de extensión orgánica y funcional sin precedentes que colocaba en situación de postergación al ciudadano. Comparto que se caricaturizó la situación política y jurídica anterior, que se ignoraron su esencia

y los límites al poder que reconocía y que se creó interesadamente una especie de fábula sobre las perversidades del sistema político que pretendía demolerse y así edificar otro de nueva planta. La obra de Medina abunda en las abismales diferencias entre las instituciones y el Derecho de la Edad Moderna y la descripción que de ello hicieron los liberales. Creo, incluso, que esa forma de proceder es una constante histórica: los revolucionarios —y hasta los que propulsan cambios menos drásticos— tienden a mostrarlos como resultado de una historia que, gracias a ellos, acaba bien y en la que, frente a las desgracias del pasado, como en los cuentos, los ciudadanos terminan felices y casi comen perdices o, por lo menos, son más felices (o lo serán en el futuro) que sus antepasados. Hay numerosos ejemplos, unos antiguos y otros muy actuales. Incluso al margen de esa estratagema revolucionaria o reformista, la historia, o más exactamente el falseamiento de la historia, se ha usado como instrumento de transformación social y ha sido la más potente arma política. Los españoles, con nuestra leyenda negra a cuestas o con las leyendas que construyen los nacionalismos periféricos, lo sabemos bien. Podrá decirse que una mentira repetida mil veces no se convierte en verdad; incluso que la verdad resplandece siempre al final. Sí, al final: cuando ya no queda nadie para oír la ni a nadie le importa. Mientras tanto, en cualquier caso, como dijo Duguit, «la creencia en algo erróneo es muy frecuentemente un factor de evolución social tremendamente poderoso». Y el historiador Marc Bloch expuso que no se hace historia sino que se hace política. Incluso cuando no haya un propósito deliberado de falseamiento, se puede tener la impresión de que la historia está imbuida por la ideología dominante en cada momento. Al final, puede decirse, con Jardiel Poncela, que «la historia es, desde luego, exactamente lo que se escribió, pero ignoramos si es exactamente lo que sucedió». Lo tenía claro Churchill cuando afirmó que «la historia será amable conmigo porque tengo la intención de escribirla».

Viene a cuento todo esto, no para adentrarme en especulaciones sobre la historia para las que no estoy capacitado ni para dar rienda suelta a mi pesimismo, sino porque a veces, leyendo a Medina, tengo la sensación, seguramente injustificada, de que quizá se esté haciendo con el Estado decimonónico y su Derecho administrativo algo parecido a lo que los liberales hicieron con el sistema anterior. Acaso se esté caricaturizando al Estado que construyeron los liberales —sobre todo, los liberales moderados— precisamente para engrandecer la evolución posterior y embellecer lo actual. Se ha dicho que cada generación tiene derecho a reescribir la historia. Vale. Pero supongo que también hay el correlativo derecho a no creérsela a pies juntillas o, por lo menos, a albergar reservas. Y hasta para plantear si la historia que nos ofrece Medina no será en parte una proyección histórica sobre el siglo XIX del pensamiento político y jurídico actual. No es malo; es seguramente inevitable. Pero no huelga ser consciente de ello para relativizar sus verdades. Y tal vez, para esa relativización, convenga hacerse algunas preguntas. Por ejemplo, ¿no es más cierto que la igualdad que trajeron las revoluciones liberales llevaba ineludiblemente a la concentración —y hasta al monopolio— del poder político sin que ello, por tanto, suponga apartarse un ápice de los postulados originarios? ¿No lo es que eso exigía una administración con una extensa organización y notables prerrogativas de autoridad que, más allá de apariencias superficiales, se dio también

en la órbita angloamericana? ¿No lo exigía ya la misión de mantener el orden y la seguridad que siempre se le atribuyó y que era esencial a todo liberalismo, incluido el más radical y exaltado? ¿Permite el mero reconocimiento de esa autoridad hablar de autoritarismo? ¿El Estado actual no merece tanto o más el nombre de Estado administrativo como el que construido en el siglo XIX? ¿Es que la división de poderes, aunque se haya avanzado en el sometimiento de la administración a la ley y en el control judicial, no sigue hegemonizada por el Ejecutivo y su administración? ¿No estaba ya al menos en germen ese Ejecutivo potente en los teóricos del liberalismo más puro sin que pueda achacarse a una desviación? ¿El intento de alzar una administración fuerte no resultaba especialmente legítimo cuando, de hecho, el Estado era débil, cuando apenas dominaba el territorio nacional y cuando, por la desaparición de los otros poderes sin el desarrollo todavía de las nuevas fuerzas sociales, se veía obligado a acometer una tarea ingente? No soy capaz de contestar esas preguntas. Solo tengo a lo sumo intuiciones deslavazadas que no es pertinente exponer aquí.

– IV –

Conecta esa confesión de mi incapacidad para contestar esas preguntas esenciales con mis pocos méritos para tener el honor de redactar este prólogo. Mi legitimación está en que tanto Luis Medina Alcoz como yo somos discípulos del profesor Luis Cosculluela Montaner. Es eso, imagino, lo que le ha llevado al error de pedirme este prólogo. En una obra que tanta atención presta a la evolución y entresijos de la doctrina administrativista no es inoportuno, pienso, que haga un lugar a este dato personal. O sea, que soy, académicamente hablando, el hermano mayor del autor de la obra, aunque el hermano pequeño resulte, como está a la vista, mayor que yo en todos los sentidos menos en el cronológico. Lo cierto es que presumo de mi filiación y de mis hermanos académicos. En especial, por lo que aquí procede confesar, de este benjamín que tan inteligente, perspicaz, trabajador y brillante nos ha salido.

Y, tras ello, lo que puedo y quiero decir es que esta obra magna, que solo podía hacer un administrativista y uno preclaro que descuella por todos sus trabajos anteriores, debe convertirse en imprescindible para cualquiera que pretenda ser profesor de Derecho administrativo. Así se lo trataré de inculcar a quienes yo he adentrado en estas lides, es decir, a los sobrinos académicos del autor, también orgullo del prologuista que, al menos, procura compensar sus deficiencias recomendándoles las grandes obras. Y así se lo aconsejo a todos los demás que quieran seriamente profesar el Derecho administrativo. Lo haría aunque fuese solo una espléndida historia de Derecho administrativo español. Pero, como he dicho, es más que eso, es una teoría histórica del Derecho administrativo que debe convertirse en libro de cabecera para cualquier administrativista español. Sospecho que también podría ser útil para los historiadores del Derecho y hasta para los historiadores generales, aunque, con excelentes excepciones como la de Juan Pro, suelen prestar poca atención a estas facetas. Pero no soy quién para determinar lo que conviene a estos otros estudiosos. Seguro estoy, en cambio, de que los profesores de Derecho administrativo, además

de que deben ser herederos y transmisores de la cultura jurídica, encontrarán aquí elementos preciosos para la comprensión y para la construcción de casi todo, desde luego de todo lo esencial.

Unas veces observarán que Medina, por así decirlo, pinta con brocha gorda y otras con finura minuciosa y exquisita. En aquellas ocasiones comprobarán que es portentosa su fuerza sintética y la brillantez de sus sugerencias. Y en las otras verán que lo hace poniendo la lupa sobre algunas instituciones centrales y descubriendo en su evolución piezas luminosas. Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con la responsabilidad de la administración y el «malentendido» al que dio lugar una errónea interpretación «panobjetivista» de las explicaciones de García de Enterría. Y es lo que hace también con el interés legítimo. Más que lupa, un microscopio potente es lo que coloca sobre el interés legítimo. Está aquí una de las ideas centrales de la obra que Medina ya avanzó en trabajos anteriores. Hace ahí aportaciones certeras y valiosas. Tengo dudas, sin embargo, respecto a parte de sus consideraciones y sus conclusiones finales. No es ocasión de exponerlas. Solo de afirmar que ofrece una descripción de su origen, de su evolución y de su cristalización final que, cuando menos, obliga a reconsiderar lo que venimos aceptando. Son solo dos ejemplos de sus estudios más detenidos de instituciones concretas. Pero en todo logra dar una nueva perspectiva a lo que aborda con su enfoque histórico. Así, cuando afronta las disputas sobre el control judicial de la discrecionalidad y las engarza con «la antiquísima pugna entre *iustitia* y *utilitas*, jurisdicción y gobierno, razón de justicia y razón de estado, ciencia del Derecho y arte de gobernar, jurisconsultos y políticos». Cada uno de los más de 700 párrafos en que se divide el libro está plagado de descubrimientos sugerentes que antes ni siquiera intuía y que abren caminos inexplorados. Entre otros muchos, me ha llamado la atención la modernidad de nuestro Derecho gracias a que en América no encontraba la monarquía los obstáculos que en Europa le impedían acometer tareas de gobernación y que por eso allí pudo desarrollarse una formidable tarea de fundación de colegios y universidades, de cuidado y educación de los indígenas, de cartografía y de ingeniería que sólo mucho después pudo emprenderse en el viejo continente. También, en otro orden, me han sorprendido los preceptos que a la administración dedicaba el proyecto de Código Civil de 1821 o las consideraciones que desde antiguo se hacían sobre la formación de los dedicados a la gobernación para los que se aconsejaba que fuesen «personas sin letras» e «idiotas astutos». Esto me ha dado tranquilidad porque hay que reconocer, dicho sea de paso, que a este respecto hemos alcanzado últimamente cotas de perfección casi insuperables.

– V –

Se ha dicho, y me gusta repetir, que un prólogo es lo que se escribe después de terminar un libro, se coloca antes y no debe leerse ni antes ni después. Aquí, cumplidas las dos primeras partes de la definición, conviene que se cumpla la tercera y que el lector se adentre sin más en la obra del profesor Medina Alcoz y compruebe por sí mismo lo que digo. Además, como dijo Ramón y Cajal, «por la lectura y meditación de las obras maestras todo hombre es dueño de asimilarse una gran parte del ingenio

que las creó, dado que toma de este no solo las doctrinas, sino el criterio, los principios directores y hasta el estilo». Aquí encontrará una ocasión espléndida de asimilar una parte del ingenio, el criterio, los principios y el estilo de un joven gran maestro. Solo puedo añadir que nunca volveré a ver casi nada del Derecho administrativo de la misma forma después de estudiar esta historia del Derecho administrativo que demuestra, como se dijo y recuerda Medina aunque con otro fin, que «no es la historia para passa tiempo, sino para ganar tiempo».

Córdoba, a 8 de diciembre de 2021.

Manuel REBOLLO PUIG

PRESENTACIÓN

1. IDEAS CENTRALES

1. La idea de administración pública era inconcebible en la **Edad Media**, tanto en el sentido objetivo (actividad o función) como en el subjetivo (organización). El monarca encarnaba una suerte de **Estado *jurisdiccional***: «Es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la Justicia e dar a cada uno su derecho» (Partidas 2, 1, 5). No estaba llamado a conformar el orden social, sino a garantizar a través del Derecho el mantenimiento del establecido histórica o naturalmente. Su función quedaba agotada en la defensa del orden jurídico y en la declaración de la norma aplicable.

2. Siendo toda autoridad esencialmente judicial y todo acto de poder tendencialmente declarativo, para afectar legítimamente la posición de los vasallos el rey y sus agentes debían seguir **procedimientos** que ofrecieran la posibilidad de defender los derechos involucrados. La autoridad se ejercía necesariamente a través de juicios, mecanismos que, en un contexto de atomización del poder, permitían la participación de la variedad de instituciones sociales del Antiguo Régimen. La autoridad real era superior justamente por encarnar una función mediadora entre una pluralidad de cuerpos y sujetos. Sus órdenes o mandatos hallaban la legitimidad que brindaba el Derecho y los trámites de alegaciones y pruebas inherentes al proceso¹.

3. La teoría política edificada sobre esta base hacía impensable no ya la distinción entre lo judicial, lo legislativo y lo ejecutivo, sino las funciones normativa y administrativa en sí mismas. Ciertamente, el rey y los magnates establecían a veces reglas no reveladas ni recibidas de la tradición. No obstante, eran concebidas formalmente como actos de jurisdicción (*iuris dictio*) consistentes en el hallazgo de la solu-

¹ A. AGÜERO NAZAR (2009), «Herramientas conceptuales de los juristas del Derecho común en el dominio de la Administración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a «La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes»), p. 27.

ción jurídica exigida por la equidad en el marco de un *iudicium* o *consensus*. Algunas decisiones de las magistraturas medievales serían hoy calificadas como administrativas. Se trataba en todo caso de una actividad de *ius dicere* desarrollada en el contexto de un proceso. Ningún problema suscitaba la inclusión dentro de lo jurisdiccional de juicios flexibles no subsuntivos ni limitados a la aplicación formalizada de normas claramente preestablecidas. La invocación del Derecho operaba más como fundamento legitimante que como límite. La idea fundamental de la **visión panjudicial** era que el rey y sus agentes no podían obligar al súbdito a hacer (o a soportar) algo en contra de su voluntad sin un fundamento jurídico y sin la tramitación previa de un proceso contradictorio. Esta concepción no expresaba una ideología «garantista» o «liberal»; era, sencillamente, la consecuencia de una sociedad pluralista, que asignaba al poder público el deber de conservar el equilibrio recíproco entre sus múltiples componentes corporativos, tutelando los derechos originarios de cada uno².

4. Durante la **Edad Moderna**, el creciente intervencionismo monárquico no exigió, en principio, la invención de una función administrativa radicalmente nueva y distinta. Dio lugar más bien a una **especialización en el ejercicio de la jurisdicción**³. El **gobierno polisindial** de los Austrias lo expresaba magníficamente en España⁴. Una variedad de órganos colegiados (consejos) de carácter territorial (Castilla, Aragón, Navarra, Portugal, Italia, Indias, Flandes y Borgoña) o temático (Estado, Guerra, Hacienda, Órdenes Militares, Inquisición, Cruzada), dominados en buena medida por la nobleza y la jerarquía eclesiástica, procuraba conservar la monarquía y el orden establecido actuando como lo hacen los tribunales, con procedimientos, audiencias, alegaciones, pruebas, deliberaciones y disquisiciones en torno a los posibles fundamentos normativos. Ejercía una jurisdicción «retenida» en el sentido de que sus resoluciones se presentaban formalmente como asesoramiento al rey. La monarquía «jurisdiccional» de los Austrias se completaba con **altos tribunales** en las ciudades capitalinas o principales de cada reino (audiencias y chancillerías); y **magistraturas locales**, como los corregidores castellanos: jueces de designación real desplegados en el territorio y auxiliados, en su caso, por especialistas en leyes (alcaldes mayores, tenientes de corregidores); presidían los concejos y actuaban con preeminencia sobre sus regidores o alcaldes ordinarios.

5. No obstante, entre los siglos xv y xviii las monarquías europeas, entre ellas, destacadamente, la española, experimentaron una **tendencia a distinguir funciones no jurisdiccionales** o, al menos, exentas de los criterios jurídicos y trámites propios de la justicia. Al margen de la *iurisdictio* se situaba desde siempre el **poder excepcional** o extraordinario reconocido al rey en casos de necesidad: *necessitas quae non*

² L. MANNORI (2007), «Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, pp. 125-146. En la misma línea: M. GARCÍA-PELAYO (1968), «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de Occidente, pp. 65-140; A. GARCÍA-GALLO (1973), *El origen y la evolución del Derecho*, 5.ª ed., Madrid, pp. 155-157; y, ampliamente, J. VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA (1992), *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, CEPC.

³ L. MANNORI (2007: 132).

⁴ A. M. HESPANHA (1989), *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo xvii)*, Madrid, Taurus, pp. 221-226.

habet legem, salus populi suprema lex. Los juristas medievales justificaban a partir de él actos singulares o *rescriptos*, derogaciones puntuales del Derecho natural o las leyes sin más condición que la «utilidad pública» o «justa causa»: restricciones de orden público, incumplimientos contractuales, apropiaciones de tierras⁵. Esta *potestas absoluta* o *plenitudo potestatis* se extendía a las **tareas militares y diplomáticas**, por un lado, y a la concesión de títulos, oficios y beneficios (dispensas, perdones, salvoconductos, licencias, donaciones de bienes), por otro. Las primeras, denominadas *gubernaculum* en algunas fuentes, correspondían al rey como líder autocrático, que las desarrollaba extramuros de la justicia y, por tanto, sin sujeción a condiciones jurídicas o procesales⁶. El otorgamiento de dispensas o privilegios era, por su parte, una suerte de derogación singular del orden jurídico, asimilable a los *rescriptos praeter* o *contra ius*⁷. Por eso y porque no entrañaba compulsión o coerción directa, pudo configurarse como **derecho de gracia o merced**, ejercido por el monarca de modo espontáneo, sin obligaciones jurídicas, libre de los límites y condiciones que imponían el orden feudal y la cosmovisión jurisdiccional.

6. La lógica expeditiva, sin rigores formales, típica de aquella potestad absoluta excepcional y sus derivaciones (asuntos militares, diplomáticos y graciosos o distributivos) se extendió a todo lo relacionado con la **gestión económica** (administración de bienes y rentas de la corte real, de las casas anejas y de la corona). Se entendía que el rey ejercía cual *pater familias* un poder doméstico o económico (en su sentido etimológico), una autoridad *interior* sustraída a las categorías jurisdiccionales y a las exigencias formales de toda instancia contradictoria. Al desplegarse hacia dentro, faltaban la pluralidad subjetiva y la alteridad características de la justicia⁸. Se consideraban también gubernativas otras tareas no tan domésticas que, en principio, podían entenderse englobadas en el ramo de hacienda o administrarse **sin ejercer coerción** ni limitar derechos subjetivos. Me refiero al fomento o promoción de la agricultura, el comercio o las ciencias, que empieza a desarrollarse de algún modo ya en el siglo XVII, antes de que el despotismo ilustrado construyera en torno a él su ideología reformista.

7. Las monarquías europeas acabarán apoyándose en diferentes expedientes doctrinales (bien común, dominio eminente, razón de estado, origen divino de la soberanía, eudemonismo, *ius politiae*) para **ensanchar el ámbito de lo gubernativo**, superando lo extraordinario, lo interno y lo inocuo, todo ello, naturalmente, con

⁵ A. M. HESPAÑA (1990), «Justiça e administração entre o Antigo Regime e a revolução», en B. CLAVERO SALVADOR, P. GROSSI y F. TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze - Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, pp. 135-140.

⁶ A. GALLEGO ANABITARTE (1971a), *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, pp. 19-21 [estudio recogido con pocos cambios en id. (2009), *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid, Marcial Pons, pp. 31-177].

⁷ S. DE DIOS (1993), *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474-1530*, Madrid, CEPC, pp. 290-294.

⁸ A. AGÜERO NAZAR (2007), «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, pp. 21-58.

el fin de eludir la negociación con las diferentes corporaciones. Incrementaron algo las actividades directamente gestionadas por el aparato monárquico en sustitución de la sociedad feudal, normalizándose en cierto modo aquella *potestas absoluta*: la protección del orden público dejó de corresponder a los ayuntamientos en algunas ciudades, pasando a agentes especializados del rey (como el lugarteniente general de policía de París o el superintendente general de policía de Madrid), que la desarrollaban expeditivamente y sin posibilidad de recurso; y algunas penas pasaron de imponerse con formalidad de juicio por audiencias o tribunales a decretarse de plano por órganos unipersonales. La ampliación de lo gubernativo se manifestó sobre todo en el desarrollo creciente de las **facultades normativas** del monarca. La tendencia a reglamentar al detalle la vida social, sin audiencias o mecanismos de participación de los vasallos, se incardinará en este ámbito, como manifestación de una actividad *política* o de *gobierno*, expresiva en cuanto tal del arbitrio o voluntad de la autoridad suprema. El *ius politiae* (denominación habitual en Alemania) o el poder regio de aprobar leyes, ordenanzas y decretos de policía o buen gobierno (así llamados en España y Francia) era, en sustancia, una potestad normativa ejercida al margen de la *iurisdictio*. Estas regulaciones no eran ya una interpretación de la idea general de justicia o equidad, sino previsiones mudables que disciplinaban ámbitos de lo más variado (orden público, agricultura, comercio, industria, ciencias, edificaciones, caminos, correos, posadas) conforme a criterios de bien público o utilidad común.

8. Se aisló, en suma, un ámbito más de *arbitrium* (*voluntas*) que de *iudicium* (*ratio*), **una especie de función política o gubernativa**, singularizada por su carácter libre o menos juridificado y procedimentalizado. A la *justicia*, entendida como actividad procedimentalizada de juristas dirigida por las reglas «naturales» de la moral y el Derecho, acabará oponiéndose así la *policía* o *gobierno*, concebido como actividad informal de hombres de experiencia orientada por máximas «artísticas» o «voluntarias», expresivas de *utilitas* o razón de Estado⁹. El desarrollo de lo gubernativo conllevaba nuevas formas de despacho (vías de expediente o gracia) y estructuras organizativas más ágiles, destinadas a canalizar aquella actividad tendencialmente libre o voluntaria (salas de gobierno, cámaras, juntas, virreyes, gobernadores, superintendentes, intendentes). La separación orgánica de la función gubernativa respecto de la justicia fue propuesta tempranamente (pero desarrollada solo en parte o mínimamente) para facilitar la intervención del Estado, exactamente al revés que la división de poderes que propulsaría más adelante el liberalismo político.

9. La tendencia a ampliar el ámbito de lo gubernativo era, en sustancia, la tendencia a reducir los límites jurídicos y procedimentales propios del Estado jurisdiccional o, lo que es lo mismo, a encumbrar un poder monárquico amplio, libre y absoluto. La noción de policía o gobierno, tal como fue madurando desde el siglo xv, está pues estrechamente vinculada al **absolutismo**. Con todo —destacarlo es crucial— hasta el final del Antiguo Régimen sobrevivió el entramado feudocorporativo y la matriz *jurisdiccionalista* como marco de justificación de (y fuente de límites para) los poderes coercitivos del rey y sus agentes. Habrá que esperar a las revoluciones liberales y a la consecuente desaparición de la sociedad corporativa y de la monar-

⁹ En un sentido similar, A. M. HESPANHA (1990: 178).

quía tradicional para asistir a la **transmutación** efectiva de las funciones políticas o gubernativas en la **administración pública contemporánea**, una autoridad *gubernativa* que ocupa el vacío resultante de la liquidación de los cuerpos intermedios y que ejerce amplios poderes coercitivos al margen de la tradicional *iurisdictio*¹⁰.

10. El siglo XIX sublimará lo *gubernativo*, es decir, ampliará enormemente el espacio reservado al Estado para intervenir libremente en pos del interés general. El llamado Estado liberal era, en realidad, un **Estado administrativo** diametralmente opuesto al Estado *jurisdiccional* medieval, que llevaba muy lejos los anuncios del Estado (solo tendencialmente) absoluto del Antiguo Régimen. El **Derecho administrativo** fue el principal instrumento: una disciplina sin límites de Derecho natural o constitucional que asegura esencialmente, no los derechos del individuo, sino la superioridad de la administración y el interés general. Se trataba de un Derecho nuevo, hijo de la **Revolución francesa** sobre todo en cuanto a que, sin la radical transformación social propiciada por ella, no hubiera aflorado la administración contemporánea. En sus contenidos, el Derecho administrativo era directamente tributario de la **tradicción absolutista** y gubernativa, concretada en el desarrollo y exaltación de un ámbito de *arbitrium* y *utilitas* sin condicionamientos jurídicos o procedimentales. El surgimiento del Derecho administrativo evidenció el tránsito del derecho subjetivo al Derecho objetivo, esto es, de un ordenamiento volcado al hombre, eje del pensamiento iusnaturalista, a un orden jurídico volcado a la comunidad, entendida como todo social (el interés general), capital en las nuevas ideologías.

11. La **historiografía y el administrativismo del siglo XIX** presentaban el régimen político del Antiguo Régimen como un Estado imponente que el legislador liberal logró limitar a través de los principios de separación de poderes y legalidad¹¹. Lo caricaturizaron como un Estado paternalista y sin Derecho, esto es, sin límites institucionalizados al ejercicio del poder, ocultando su constitución esencialmente jurisdiccional y, en cuanto tal, mucho menos intervencionista y más jurídica y garantista de lo que se decía. Ello permitía presentar el Derecho administrativo como un hijo del liberalismo que al fin somete a disciplina a poderes históricamente extensos y radicalmente incondicionados. En el sedicente siglo del liberalismo, ello servía en última instancia para ocultar que la nueva administración estaba hegemonizando un Estado dotado de una capacidad de intervención sin precedentes. Ciertamente, los sistemas de justicia administrativa evidenciaban la importancia del principio de

¹⁰ L. MANNORI y B. SORDI (2001: 5-221); *id.* (2004), «Justicia y administración», en M. FIORAVANTI (coord.), *El estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, pp. 65-102. Refiriéndose específicamente a España, en consonancia con las investigaciones de aquellos dos historiadores italianos y del portugués António Manuel Hespanha: B. CLAVERO SALVADOR (1995), «Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 24, pp. 419-468; *id.* (1996), «La Monarquía, el Derecho y la Justicia», en E. MARTÍNEZ RUIZ y M. DE PAZZIS PI CORRALES (coords.), *Instituciones de la España Moderna*, t. 1, *Las jurisdicciones*, Madrid, Actas, pp. 15-38; C. GARRIGA ACOSTA (2007b), «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», en *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, pp. 43-72; *id.* (2009), «Gobierno y justicia: El Gobierno de la justicia», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a «La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes»), pp. 47-113.

¹¹ L. MANNORI (2016: 125-131).

legalidad y realizaban algunas garantías, aunque fuera a modo de mero reflejo de la protección principal dispensada al Derecho objetivo o al interés general. No obstante, solo **después de la Segunda Guerra Mundial**, tras la recuperación matizada de los postulados básicos del iusnaturalismo (directamente o a través de una nueva teoría constitucional), el Derecho administrativo se orientará abiertamente hacia las **garantías** tanto en España como en el conjunto de los ordenamientos europeos. Empieza entonces a edificarse un Derecho administrativo *subjetivado*, que coloca en un lugar central, no solo el interés general, sino también la libertad individual.

12. Cabe pues aislar dos **grandes tendencias** en la historia del Derecho administrativo. La primera impulsó el nacimiento mismo del Derecho administrativo en el siglo XIX y culminó con el Derecho administrativo «fascistizado» de los años cuarenta de la centuria siguiente; consistió, muy resumidamente, en un proceso de sublimación de lo gubernativo como ámbito de inmunidad o privilegio, así como, correlativamente, de relativización y rechazo de las garantías liberales que había elaborado el pensamiento iusnaturalista. La segunda empezó durante la década siguiente y halló un renovado impulso en España durante los primeros años del sistema constitucional de 1978; consistió en un proceso de recuperación de los axiomas liberales, pero con múltiples adaptaciones, vinculadas en última instancia a la imposibilidad de desarmar a una administración que tenía encomendada una cantidad enorme y muy variada de tareas para conformar la vida social. Entre finales del siglo XX y principios del siguiente parece estar abriéndose un nuevo ciclo; el Derecho administrativo está sometido a tensiones contradictorias: a la vez que el Estado pierde poder como consecuencia de la globalización y de los espacios devueltos a la sociedad civil en ejecución de políticas liberales, múltiples elementos están impulsando su expansión y la revisión en clave social de las instituciones centrales del Derecho administrativo.

2. OBJETO

13. El presente libro desarrolla la **historia del Derecho administrativo** comprimida en los párrafos anteriores. Se refiere específicamente al Derecho administrativo **español**, enmarcándolo dentro del contexto europeo, sin la pretensión de historiar los de otros países¹². Hará referencia a ordenamientos foráneos cuando sea imprescindible para entender la evolución del nuestro, lo que ocurre con frecuencia: «History involves comparison»¹³. Trata de ofrecer una **visión de conjunto** que no suele hallarse en las introducciones históricas de los manuales de Derecho admi-

¹² Para una visión de conjunto de la evolución histórica del Derecho administrativo en Europa contamos con el magnífico trabajo ya mencionado de L. MANNORI y B. SORDI (2001). Las tesis centrales de la obra han sido generalmente aceptadas, incluso en Francia [lo destaca: M. LORENTE SARIÑENA (2007), «Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, p. 287]. Lamentablemente, no toma en consideración el caso español; incluye valiosas referencias al Estado *jurisdiccional* de los Austrias y a las reformas de los Borbones, pero prescinde en todo momento de nuestro Derecho administrativo tal como surgió y evolucionó a lo largo de los siglos XIX y XX.

¹³ F. W. MAITLAND (1888), *Why the History of English Law Is Not Written*, lección inaugural pronunciada en la Escuela de Artes de Cambridge, London, Clay & Sons, p. 11.

nistrativo español, necesariamente breves, ni en los estudios históricos de iushistoriadores y administrativistas, muy valiosos, pero normalmente centrados en etapas, instituciones o sectores determinados¹⁴.

14. El estudio se hace cargo de que es imposible aprehender la evolución del Derecho administrativo sin historiar al propio tiempo la **administración** y las **ciencias administrativas**. Es evidente que el surgimiento y desarrollo de la administración están indisolublemente unidos al surgimiento y desarrollo del Derecho administrativo, aunque solo sea porque las funciones, la organización y los poderes que conforman la primera son asuntos condicionados o directamente establecidos por el segundo. Igual de intensa, aunque no tan evidente (o, por lo menos, no suficientemente destacada), es la trabazón con las ciencias administrativas. Las llamadas ciencias de la administración y del Derecho administrativo nacieron en España no tanto para describir sistemáticamente la realidad, sino más bien para influir directamente sobre ella; expresaban la ambición de levantar un Estado hegemonizado por la administración. La construcción del Estado administrativo y del ordenamiento jurídico que le daba forma fue pues en gran medida un proyecto político pensado y justificado primero en los estudios doctrinales y llevado a la práctica después, paulatinamente, por gobiernos dentro de los que con frecuencia aquellos intelectuales tenían alguna responsabilidad. Del mismo modo, el proceso de refundación del Derecho administrativo emprendido a mediados del siglo pasado fue en gran medida impulsado por la llamada generación de la *RAP*, que ejerció una extraordinaria influencia, a veces directamente con la redacción de textos legislativos y la selección de magistrados de un orden contencioso-administrativo completamente judicializado. Para historiar el Derecho administrativo es pues preciso tomar también en consideración el modo en que fue enseñado, ordenado y teorizado, pues son elementos que se influyen recíprocamente¹⁵.

15. El **hilo conductor** son las **ideas políticas**. El estudio traba reiteradamente conexiones entre el pensamiento político dominante y el Derecho administrativo

¹⁴ No contamos con historias del Derecho administrativo español equivalentes a las de J.-L. MESTRE (1985), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Presses universitaires de France; M. STOLLEIS (1988-1992), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 vols., München C. H. Beck; *id.* (2017), *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, trad. F. Fernández-Crehuet, Madrid, Marcial Pons; F. BURDEAU (1995), *Histoire du droit administratif de la révolution au début des années 1970*, Paris, PUF; L. MANNORI y B. SORDI (2001), y K. WEIDENFELD (2010), *Histoire du Droit administratif*, Paris, Economica. No obstante, hay trabajos sobre la evolución histórica de la administración española. Por ejemplo, en el siglo XIX: F. COS-GAYÓN (1851), *Historia de la administración pública de España en sus diferentes ramos de derecho político, diplomacia, organización administrativa y hacienda*, Madrid, Imprenta de J. Villetti, reeditada por el Instituto de Estudios Administrativos en 1976 con «introducción» de A. NIETO GARCÍA. En el siglo XX: J. BENEYTO PÉREZ (1958), *Historia de la administración española e hispanoamericana*, Madrid, Aguilar. En el siglo XXI: J. PRO RUIZ (2019), *La construcción del Estado en España*, Madrid, Alianza. Hay también una serie relevante de aproximaciones más o menos generales a la historia del Derecho administrativo, que cito *infra* § 16.

¹⁵ «Son las caras de la misma moneda, ya que se enseña lo que se conoce y, circularmente, se van ampliando los conocimientos con la investigación que acompaña a la docencia»: A. NIETO GARCÍA (2003a), *Reseña de Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000): un ensayo crítico*, de A. GALLEGO ANABITARTE, Madrid, Marcial Pons, 2002, en *RAP*, núm. 161, pp. 545-552.