

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**24**

(1995)



**giuffrè editore milano**

BARTOLOMÉ CLAVERO

## TUTELA ADMINISTRATIVA O DIALOGOS CON TOCQUEVILLE

(a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni,  
*Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío) <sup>(1)</sup>

Sicut enim minores sunt sub curatoribus, sic respublica  
sub administratoribus... Economi etiam vicem obtinent  
tutorum, ergo ecclesia pupillorum.

*Glossa al Corpus Iuris*

Les libertés provinciales peuvent subsister quelque  
temps sans que la liberté nationale existe, quand ces  
libertés sont anciennes, mêlées aux habitudes, aux  
moeurs, aux souvenirs, et que le despotisme au con-  
traire est nouveau; mais il est déraisonnable de croire  
qu'on puisse, à volonté, créer des libertés locales, ou  
même les maintenir longtemps, quand on supprime la  
liberté générale.

Alexis de Tocqueville

1. Clásico avalado y curso suspenso. — 2. Una concepción medieval: la autotutela corporativa. — 3. Novedad presunta: tutor soberano como nación una. — 4. Más antiguallas: gobierno del pueblo y justicia del rey. — 5. Compatibilidad moderna: derecho público y tutela civil. — 6. Campo de juego: costumbre, familia, municipio. — 7. Tutela colonial y contraste del *selfgovernment*. — 8. La nación una del *droit administratif*. — 9. Cambio de imagen entre Inglaterra y Francia. — 10. Unas conclusiones: poder de derecho y engaño de historia.»

1. En un capítulo de *El Antiguo Régimen y la Revolución* Tocqueville se ocupa de explicarnos cómo eso que llamamos tras la revolución *tutela administrativa* sería, no una criatura exactamente

---

(1) Stefano MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, volumen I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milán 1994; Luca MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milán 1994. De mi más modesto curso dire pronto.

revolucionaria, sino una institución procedente del antiguo régimen (2). El asunto le parecía importante, todo un signo y una cifra del *derecho administrativo* en el que se inscribía. Por el siglo y la nación de Tocqueville, en la Francia del XIX, *la tutela* de derecho público constituye la categoría en la que se cimienta y mediante la cual se alza un régimen de sometimiento y sujeción de las corporaciones locales a una administración centralizada. Presume incapacidad de las unas y capacidad de la otra como si fueran connaturales ambas. Como si de menores de edad se tratara, unas, las corporaciones locales, deben situarse y operar bajo la tutela literal de la otra, la administración central.

Tocqueville exponía que, antes de la revolución, el régimen de los pueblos de Francia variaba enormemente de unos casos a otros, pero que presentaba un fondo común de orden comunitario y, más modernamente, de intervención monárquica. Sin ésta, por unos tiempos postreros del antiguo régimen, los pueblos no podían disponer de sus bienes y finanzas. Y más aún, por entonces, « el gobierno central se introduce en la administración de los pueblos en bastante mayor medida de lo que acusa un ordenamiento: su poder llega más lejos que su derecho », según siempre Tocqueville (3).

El derecho sería de un fondo comunitario desde unos tiempos medievales. En documentos de comunidades rurales francesas Tocqueville todavía detecta autarquía local en un grado que había encontrado con sorpresa en América pues creía impensable desde Europa. Pero uno y otro caso ya se semejan « lo que un vivo puede semejarse a un muerto » (4). En este caso de Francia, el fallecimiento lo habría provocado la monarquía, la de antiguo régimen. Que algunas comunidades todavía guardaran constancia y sentido de la libertad local, no remediaría la pérdida. A fines del antiguo régimen, concluye Tocqueville, no

---

(2) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, ed. J.P. Mayer (André Jardin y otros), vol. II.1, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), París 1953, libro 2, capítulo 3: « Comment ce qu'on appelle aujourd'hui la tutelle administrative est une institution de l'ancien régime » (pp. 115-122).

(3) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 118: « Les villes ne peuvent ni établir un octroi, ni lever une contribution, ni hypothéquer, ni vendre, ni plaider, ni affermer leurs biens, ni les administrer, ni faire emploi de l'excédent de leurs recettes, sans qu'il intervienne un arrêt du conseil sur le rapport de l'intendant... Mais le gouvernement central entre bien plus avant encore dans la administration des villes que cette règle même ne l'indique; son pouvoir y est bien plus étendu que son droit ».

(4) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 119-120: « Je me souviens que, quand je recherchais pour la première fois, dans les archives d'une intendance, ce que c'était qu'une paroisse de l'ancien régime, j'étais surpris de retrouver, dans cette communauté si pauvre et si asservie, plusieurs des traits qui m'avaient frappé jadis dans les communes rurales d'Amérique, et que j'avais jugés alors à tort devoir être une singularité particulière au nouveau monde », pero ya esto y aquello « se ressemblent, en un mot, autant qu'un vivant peut ressembler à un mort ».

habría corporación en Francia « que pudiera formarse una voluntad independiente respecto a sus asuntos propios y a la administración de sus bienes; entonces, como hoy, la Administración tenía a todos los franceses bajo tutela, y si la insolencia de la palabra no se había aún dado, la cosa al menos ya existía » (5). Es *la tutela administrativa* que Tocqueville ve afianzarse definitivamente a las mismas vísperas de la revolución (6).

De *la tutela administrativa*, antes de la revolución, existiría *la cosa*, mas no *la palabra*; la realidad, mas no la fórmula. ¿Significa esto que, tras la revolución, sólo se produjo la imposición del nombre, este bautismo? Tocqueville ha dicho más incluso: *su poder*, el de la monarquía de antiguo régimen, llegaba donde no lo hacía *su derecho*. La ausencia de *palabra* podría significar una deficiencia de *cosa* y más concretamente de *derecho*, de algo que entonces no se reduciría a las leyes de una monarquía. La invención del sintagma pudo entonces significar la generación del derecho. Pero interésemos por ahora tan sólo en el primer momento: ¿había o no había *tutela administrativa*, este principio de apoderamiento político, ese signo de todo un *derecho administrativo*, antes de la revolución?

La historiografía, incluso la mejor historiografía que es en este caso la más reciente, recentísima, le da en esto la razón a Tocqueville y se la da además con creces: la tutela existiría a todos los efectos. La idea central de dicho capítulo de *El Antiguo Régimen y la Revolución* se sostendría en pie tanto que perdería sus propios distingos. La *tutela administrativa* estaría completamente establecida a finales del antiguo régimen pudiéndose encontrar acto seguido la revolución con el hallazgo redondo. Ya estaría, perfecta, *la cosa*; concebida, *la palabra*. Tocqueville tendría a la postre más razón de la que él mismo se imaginara.

Con dicha idea ratificada por la última historiografía, comencé a impartir en octubre de 1994 un curso cuatrimestral de *Historia del Derecho Público* propio de un plan sevillano de estudios en trance hoy

(5) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 120-122, concluyendo el capítulo: « Sous l'ancien régime comme des nous jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses propres biens. Alors, comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle, et si l'insolence du mot ne s'était pas encore produit, on avait du moins déjà la chose ».

(6) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 3, cap. 7: « Comment une grande révolution administrative avait précédé la révolution politique, et des conséquences que cela eut », con el afianzamiento de la tutela entre ellas: p. 239; *Oeuvres Complètes*, vol. II.2, *Fragments et notes inédites sur la Révolution*, 1953, apéndice cuarto: « Notes sur Turgot », nota duodécima: « Tutelle administrative croissante à mesure qu'on approche de la Révolution malgré le souffle de liberté qui commence à s'élever: produit du perfectionnement de l'art administratif et de l'égalité ».

de extinción (7). Tomo como base de partida la obra de Tocqueville, no sólo *El Antiguo Régimen y la Revolución* sino también *De la Democracia en América* (8), conjunto que ofrece a mi juicio buena introducción al capítulo constitucional e histórico del *derecho administrativo* por sí mismo y por la problemática comparativa que suscitara. A medida que avanzaba el curso con sus repasos de clásicos y sus lecturas de historiografía, me asaltaban dudas, la mayor en el capítulo dicho de *la tutela administrativa*. Había cosas de fondo que no regían.

Basé directamente mis explicaciones sobre dicha *tutela* en el repaso de Tocqueville y en la lectura de estudios recién aparecidos, quedándome con la sensación de haberme movido y haber conducido por terrenos que no acababan de ser firmes. Sentía sobre todo que, por centrarme en tal forma de tutela, había dejado perder toda una problemática histórica de un interés quizá también constitucional. De tales repasos, de tales lecturas y de tal frustración proceden estas páginas. Son, intentan ser, de diálogo. Desconfiando de mi propia voz tras la experiencia del curso, opto por un estilo polifónico que mantenga, en lo que cabe, el máximo de voces. De aquí proviene la literalidad de unas citas que ya habrá comenzado a advertirse en notas. No es que quiera ser ventrílocuo. Es que intento entablar diálogo por encima no sólo del espacio, sino incluso del tiempo. Vamos a dialogar con Tocqueville y entre nosotros.

2. Cuando hablo de la mejor y más reciente historiografía, estoy ante todo pensando en las obras de Stefano Mannoni y de Luca Mannori, *Una e indivisible y Soberano tutor* (9). La primera trata el caso

---

(7) Carlos PETIT, *Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial en la Universidad española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 789-803; Bartolomé CLAVERO, *Reforma de las enseñanzas universitarias en España*, en Paolo Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Florencia 1993, pp. 357-400.

(8) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vols. I.1 y I.2, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), 1951. Se contaba ahora también con una edición trabajadísima en castellano: A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América. Edición crítica* y traducción de Eduardo Nolla, Madrid 1989, pero el mismo uso docente mostró su inutilidad práctica: «edición crítica» se entiende tortura de texto y destrucción de estilo con interferencias continuas que aclaran poco y confunden bastante, las más incluso descartadas en su momento por el propio Tocqueville, y las cuales resultan además de dudosa utilidad ni siquiera indagatoria por cuanto que se trata de traducción y los materiales originales vienen publicándose.

(9) No hará falta decir lo que se desprende de estos mismos *Quaderni* y *Biblioteca*, de estas series gemelas *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*: que estamos con autores que comparten escuela y una escuela caracterizada por su atención al pensamiento jurídico pretérito en sí mismo y como medio de acceso a la experiencia histórica del derecho. O no estará realmente de más decirlo puesto que define un criterio que intento por mi parte también compartir y aquí ahora aplicar.

paradigmático de Francia y lo hace además en diálogo con Tocqueville. Ofrece el estudio más pormenorizado y a un tiempo construido de la *centralización administrativa* en Francia desde mediados del siglo XVII. La segunda se ocupa de un caso que, a la misma luz que la investigación arroja y como el propio autor justamente subraya <sup>(10)</sup>, resulta sumamente significativo. Se trata de la Toscana, de su base de *pluralismo institucional* y su evolución de *centralización administrativa* entre los siglos XVI y XVIII, caso italiano que se estudia con virtudes y habilidades semejantes al pormenor y al pormayor. Son estudios que transcienden sus propios casos. Es una mina en la que ahora me asomo tan sólo a una veta aun sin perder de vista el yacimiento.

Mannori, como se ve, eleva a título de todo el libro, *el soberano tutor*, el asunto en cuestión, mas éste no es menos cardinal en el texto de Mannoni. Su escenario es similar, asignando a un apartado introductorio el título de *Un pluralismo que coordinar: la tutela como técnica de gobierno del territorio* <sup>(11)</sup>. El calificativo clave del príncipe *soberano* sería ahora ese de *tutor* y el mismo monarca francés no permanecería ajeno a la calificación. Los capítulos centrales de la visión que Mannoni nos ofrece respecto a Francia llevan *la tutela* como epígrafe. Y un capítulo de la exposición de Mannori respecto a la Toscana aún concreta más: *La invención de la tutela administrativa* <sup>(12)</sup>. La sugerencia de Tocqueville de que hubiera *cosa sin palabra* o de que esto supusiera que pudiese incluso haber *poder sin derecho*, parece que ha caído en saco roto.

El asunto de la tutela viene acompañado en nuestros estudios por otros capítulos de motivo conexo: el príncipe como *padre* de toda la república y así también con una potestad superior sobre sus pueblos <sup>(13)</sup>. Todo esto habría cuajado durante el antiguo régimen y particularmente en sus últimos tiempos. La perspectiva es común en ambos estudios, para una y otra exposición. Son obras que se construyen sobre los resultados de la investigación concienzuda de unos fenómenos de *centralización administrativa* o de unos casos que así ambas denominan y conceptúan, y obras que intentan además no perder de vista el *pensamiento jurídico* o las construcciones técnicas que parecen concurrir en su momento al objetivo.

<sup>(10)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, conclusión: «Toscana medicea e Stato moderno».

<sup>(11)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, vol. I, parte I, tít. 1, cap. 1, apartado 3: «Un pluralismo da coordinare: la tutela como tecnica di governo del territorio».

<sup>(12)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte I, tít. 1, caps. 3-5: «La tutela sulle comunità rurali» y «La tutela sulle città»; L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, parte II, cap. 5: «L'invenzione della tutela amministrativa».

<sup>(13)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte I, tít. 1, cap. 6: «Padre dei suoi sudditi»; L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, parte II, cap. 5: «Stato paterno e patrimoni comunali».

La importancia tanto de la tutela como de la paternidad conexas ya provendría de su aparición en un cuadro dibujado, no por los propios trabajos, sino por unas concepciones ajenas, las de aquella época, las de verdad entonces propias. Resulta un planteamiento que, frente a lo que es todavía usual en la historiografía administrativa e incluso en la jurídica renovada <sup>(14)</sup>, ambos adoptan decididamente. El propio Luca Mannori ya había ofrecido un diseño precioso del cuadro <sup>(15)</sup>. A fin de situarnos, tracemos por nuestra cuenta un esbozo, aunque sea muy sucinto. Miremos la posición de partida del príncipe o soberano equivalente para ver también nosotros de apreciar la novedad que en su caso supondría la tutela flanqueada por una potestad patria de definición igualmente familiar.

La posición del príncipe venía identificada desde tiempos medievales como *iurisdictio*, como una jurisdicción en grado de regir otras jurisdicciones por sus medios específicos, esto es, mediante procedimientos sustancialmente judiciales y ante intereses por regla general de parte. La misma actividad legislativa no escapaba a unos requerimientos de este carácter jurisdiccional. Es posición persistente durante siglos respondiendo y ajustándose realmente a una situación de pluralismo jurídico y más en especial corporativo. Múltiples y variopintas jurisdicciones coexisten y alguna puede representar por excelencia la justicia que deba componerlas. Esta, la soberana que acabaría diciéndose, no crea propiamente derecho, sino que declara y garantiza uno común. Todas las partes pueden contar con un derecho propio indisponible para todo el resto, príncipe soberano por supuesto inclusive a ambos efectos <sup>(16)</sup>.

La corporación tiene derecho y puede tener también jurisdicción, dependiendo de la justicia del príncipe en medida variable, según especies y casos. El derecho de la corporación suponía en cualquier supuesto autonomía en lo que no fuera jurisdicción, en lo que pudo llamarse tanto su *gubernatio* o *administratio* como su *oeconomia*. Era un tipo de autonomía que no correspondía directamente a la colectividad en sí, sino a la corporación formada, a sus rectores o representantes según procedimientos reglados y no necesariamente electorales. Había un modo de decirse esto entonces: la corporación es menor y sus rectores son sus tutores, aplicándosele el régimen que se decía de *privilegia* de los menores de edad. Así entra la idea de tutela respecto a

---

<sup>(14)</sup> Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, París 1985.

<sup>(15)</sup> L. MANNORI, *Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1990, pp. 323-504.

<sup>(16)</sup> Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992.

las corporaciones en el derecho de formación medieval <sup>(17)</sup>, en el *ius civile* vigente a todo lo largo del antiguo régimen.

El texto antiguo ofrece la base de la asimilación con el menor y la lectura medieval extrae la consecuencia de la tutela de la corporación. Esta forma corporativa y no la política es la que así figura desde el siglo XIII en el *Corpus Iuris* <sup>(18)</sup>. Es un punto adquirido para la historiografía de derecho dicho *privado* <sup>(19)</sup>. Para la del que se considera *político*, como si históricamente fuera de un orden distinto, el tópico se descontextualiza transmutándose exactamente en un contrario: la tutela no corporativa, la política <sup>(20)</sup>.

A nuestros autores les consta el concepto de derecho civil que no era sólo privado. Y toman el contexto en cuenta. Pero también asumen la idea propia de tutela, la de su forma no corporativa, solapando la de época <sup>(21)</sup>. Tienden a dejar en la penumbra, como operativo que se fuera neutralizando, precisamente nuestro punto: dicha base más específica de la tutela propia de entonces, de esta concreta secuela de la asimilación entre menores y corporaciones, de lo que podemos llamar *autotutela*. Me arriesgo con el nombrecito a algún malentendido, pero no creo correr mucho peligro respecto al lector o lectora previsible. Como aquella doctrina comenzaba por inhabilitar a la colectividad en sí

<sup>(17)</sup> Otto VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1868-1913, reprint Graz 1954, vol. III, *Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, pp. 397-401 y 483-485; Walter ULLMANN, *Juristic Obstacles to the Emergence of the Concept of the State in the Middle Ages*, pp. 48-63, en *Annali di Storia del Diritto*, 12-13, 1968-1969, pp. 43-64; Gigliola VILLATA DI RENZO, *La tutela. Indagini sulla scuola dei glossatori*, Milán 1975, pp. 134-136; Joseph P. CANNING, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries*, pp. 24-27, en *History of Political Thought*, 1, 1980, pp. 9-32. No concede tratamiento al asunto Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Age latin*, París 1970, p. 305 para alusión en sede de representación.

<sup>(18)</sup> Nuestra primera cita de encabezamiento al inicio de estas páginas: Mario Viora (ed.), *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. X, *Accursii Glossa in Codicem*, facsímil de Venecia 1488, f. 62r (p. 121), glosa *Solet a C. 2, 54 (53), 4*: « Res publica minorum iure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest », cuya glosa, su parte reproducida al inicio, conoce variantes meramente sintácticas, como *subsunt por sunt sub y vicem tutorum obtinent por vicem obtinent tutorum*, o alguna ortográfica, como *oeconomi por economi*.

<sup>(19)</sup> Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I, *Aelteres Gemeines Recht, 1500-1800*, Munich 1985, p. 264: « Jede universitas wird jedoch einem Mündel (*pupillus*) gleich geachtet. Der *syndicus* wird wie ein *tutor* behandelt ».

<sup>(20)</sup> J.H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Political Thought, 1450-1700*, Cambridge 1991, cap. 9: Howell A. Lloyd, « Constitutionalism », p. 263: « The significance of the term *tutela* was unmistakable. The concept of the ruler as guardian of the realm and of his people's well-being had for centuries been a commonplace of juristic thought ».

<sup>(21)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, pp. 29-35, 64-65 y 109-122; L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, pp. 109-110, 137-139, 162, 172-179 y 192.



y como consideraba además sujeto primario de derecho a la corporación misma y en ningún caso al individuo <sup>(22)</sup>, por lo primero y más aún por lo segundo, se habrá ya entendido que no podía encerrar ningún sentido ni democrático ni constitucional. Estamos en un mundo radicalmente corporativo donde se comprendía y significaba la autotutela dicha.

3. La forma corporativa de tutela parece que fuera algo medieval. No suele considerarse como un elemento vivo para la edad dicha moderna. Ocurre en la mejor historiografía. Sigamos con la nuestra. En el caso más franco del estudio de Mannori, la misma elevación de *la tutela administrativa* a epígrafe que anuncia un hallazgo de la época, parece bloquear la posibilidad de consideración. El título del libro, *el soberano tutor*, puede ser sobrevenido <sup>(23)</sup>, mas la idea rige en su concepción y el efecto opera en su confección. Los avances de un *centro* desde el mismo siglo XVI se contemplan por Mannori como indicios y pruebas de dicha otra tutela, la no corporativa, pese a que su propia exposición se muestra bastante avara en testimonios que fundamenten la evolución de un modo expreso en ella, estrictamente en ella <sup>(24)</sup>.

Aunque sin realzar ni remontar el motivo tanto, el caso de Francia, el del estudio de Mannori, no se presenta de forma muy distinta. Cuenta con la construcción de Mannori y con sus propios testimonios, los más claros de parte y el más tajante, curiosamente, de parte no monárquica <sup>(25)</sup>. También ocurre que la idea podía expresarse en Francia de un modo más nítido por parte de sus detractores que de sus paladines, cobrando además con esto un sentido más bien figurado o no técnico: « La nación entera ha sido incapacitada, por así decirlo, y se le han impuesto tutores », reprochaba a éstos, a los monarcas que a su entender así obraban, el bisabuelo de Tocqueville <sup>(26)</sup>. Y el uso

<sup>(22)</sup> B. CLAVERO, *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milán 1990, pp. 153-171.

<sup>(23)</sup> *Il sovrano tutore* había sido objeto de edición provisional: *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Florencia 1988.

<sup>(24)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, pp. 210 y 431, de la formulación de Giuseppe Maria Casaregi respecto a Siena en 1717: « Magistratus vel officiales, quamvis fuissent simpliciter electi pro administratione bonorum ac negotiorum communitatum, de iure intelliguntur habere administrationem cum libera, quia utpote a Principe dati assimilentur legalibus administratoribus, nempe tutoribus, curatoribus et oeconomi »; p. 161, de expresiones de Pompeo Neri respecto a Milán en 1750: « ...quel diritto di tutore, e di padre, che il principe ha sopra il patrimonio delle comunità sue suddite ».

<sup>(25)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, p. 110, de la alegación de una comunidad en 1778: « Les communautés d'habitants sont dans une perpetuelle tutelle » por la que no pueden disponer « sans une autorisation du Commissaire départi pour l'exécution des ordres de Sa Majesté ».

<sup>(26)</sup> Expresión de Malesherbes, de 1775: « On a pour ainsi dire interdit la nation

inespecífico podía darse entre los mismos juristas. Baldo pudo dejar sentada mucho antes, en pleno siglo XIV, esta afirmación: *Rex debet esse tutor regni*, mas añadiendo enseguida: *non depopulator nec dilapidator* (27). Tutor no es entonces técnicamente *tutor*. No es de extrañar que el aserto no generase doctrina. Esto es quizá lo significativo. Advirtamos también que un estudio cercanísimo al de Mannori, el de Bernardo Sordi sobre la Toscana ilustrada, no encuentra razones para resaltar *la tutela* centralizada e incluso halla alguna para postergarla, dado el giro corporativo de una reforma (28).

Una lectura apresurada de los libros de Mannoni y Mannori podría entender que vienen a abonar en nuestro punto las bases de la visión más continuista (29), lo que sería injusto. Creo que estos estudios no se hacen justicia a sí mismos al elevar de tal forma la cuestión de la tutela, al solapar su aportación propia de esta forma. Bajo el rubro se encuentran a mi entender el panorama más amplio y el análisis más detallado hasta ahora conseguidos de las relaciones entre jurisdicción no local ni eclesiástica y corporaciones locales para sus respectivas latitudes y los más ilustrativos para otras vecinas durante aquellos tiempos tenidos por modernos y en realidad tan distantes (30). Haber organizado la masa de datos y el procesamiento de resultados bajo dicha categoría de *la tutela* entendida como factor de *centralización*, me parece que imprime un sentido unidireccional que puede desvirtuar conceptos pretéritos y distanciar con ello, en vez de acercar, experiencias históricas.

Y el hecho es que no se nos muestran formulaciones concluyentes de la época a favor de *la tutela*, de su atribución centralizada. No digo que no las haya, sino que no se nos ofrecen suficientes y que a las ofrecidas les falta contraste. Digo que no se demuestran una inspiración y una cobertura jurídicas con dicha precisa fórmula de tutela por parte del príncipe o sus oficiales y no de los propios rectores o representantes

---

entière et on lui a donné des tuteurs», recordada con orgullo por su bisnieto: A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, p. 447, que es nota. Para otras manifestaciones del bisabuelo, S. MANNONI, *Une et indivisible*, mediante índice onomástico.

(27) J.P. CANNING, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists*, p. 25, y *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge 1987, pp. 193-197 y 219-220.

(28) Bernardo SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldica*, Milán 1991, cap. 3, ap. 2: « Verso un nuovo rapporto di soggezione: le funzioni del potere centrale », en especial pp. 187-188.

(29) J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, p. 113: « Elle (la tutelle royale) deviendra jusqu'à l'époque actuelle le fondement de la condition juridique des collectivités locales », en parte I: « Les fondements des règles administratives », tít. 2: « L'apport des droits savants », ap. 69: « L'assimilation des communautés d'habitants aux mineurs ».

(30) L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, p. 468, en la conclusión citada, que abunda en ello.

de unas corporaciones ya locales, ya también regionales. Y así además me parece que no siempre se atiende la lógica compleja de una concurrencia constitutiva sobre la que estos mismos estudios arrojan luz intensa. Ante prácticas de control, se prefiere ver tutela a jurisdicción; ante referencias tutelares expresas, se ve la política antes que la corporativa. El papel de unos organismos regionales tiende también a derivarse, por una parte, de la jurisdicción a la tutela, y por otra, ya en ésta, de la corporativa a la política. Mas en el caso toscano, que es donde se ha visto expresamente *la invención de la tutela*, ha de acabar significativamente considerándose una administración mediante jurisdicción y una constitución corporativa sin tutela centralizada <sup>(31)</sup>.

La impresión que nuestros estudios nos ofrecen tampoco es que sea la de una carencia de inspiración y cobertura jurídicas de unas operaciones políticas. Se tienen aparte de la tutela. Vemos cómo en efecto se aprovecha la *iurisdictio* del príncipe, la contenciosa y la voluntaria, para introducirse en el ámbito de las corporaciones. Vemos también alegrarse una *potestas absoluta* como título de una *gubernatio politica*, por encima de *iurisdictio*, de un carácter extraordinario hacia el interior del territorio. Vemos además, que más nos pueda interesar, la afirmación del príncipe como *pater* y la añadidura así, como *patria potestas* distinta también a *iurisdictio*, de una *gubernatio oeconomica*, vía de entrada en una economía y en una política o *policía* de los pueblos, en un gobierno corporativo que se entendía cosa doméstica por asimilación al familiar. Familia sería toda la república, y padre, el soberano. Aparecen posiciones doctrinales más concluyentes en este sentido paternal que en el tutelar, aunque posiciones, también hay que decirlo, sin desarrollo por parte sistemático y con aplicaciones más bien incidentales incluso por parte de la propia doctrina interesada <sup>(32)</sup>. La autotutela corporativa tampoco parece que tuviera mucho desarrollo *político*, pero tenía posición *civil*: se sustentaba en el *ius civile*.

El cuadro es siempre jurisdiccionalista. Constituye el contexto en el que se plantean otras cosas. Esto era lo común entonces por Europa sin excepciones como ni siquiera la del caso inglés <sup>(33)</sup>, un caso que se singularizará precisamente por mantener el planteamiento jurisdiccio-

<sup>(31)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, cap. 13, ap. 2: « Profili di un'amministrazione giustiziale », y ap. 3: « *Economia e giurisdizione* negli anni delle riforme », que ya es la materia de *L'amministrazione illuminata* de B. Sordi.

<sup>(32)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, pp. 207-210 en especial dentro del conjunto citado de capítulos, suyos y de Mannoni, sobre tutela y paternidad, con testimonios además no sólo ni primordialmente toscanos; el principal, Christophorus CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae Decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii Sanctae Cruciatæ et Regiæ Audientiae Valentinae*, Lyon 1662, vol. I, observación III: « De usu et exercitio oeconomicae et politicae potestatis ».

<sup>(33)</sup> Esther G. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Cambridge 1963.

nalista incluso en tiempo constitucional. Y tal es el contexto en el que se sitúan nuestros estudios. Pero lo hacen procesando la batería de mecanismos menos jurisdiccionales, o menos también aparentemente tales, como manifestaciones sin más de *la tutela*, de una tutela centralizada que los hechos estarían verificando, pero que la jurisprudencia no acabaría así de avalar en sus propios términos, de acuñar como tal entonces.

El motivo más cercano parece desde luego el de la paternidad. Tanta importancia pudo alcanzar la posición del príncipe como padre de la república y su consiguiente apoderamiento para actuaciones expeditas, sin los requerimientos competenciales y procedimentales de la *iurisdictio*, que llega hoy a sugerirse la identificación del *derecho administrativo* o *público* e incluso *constitucional* de entonces con tal *oeconomia* <sup>(34)</sup>. Hay desde luego visos <sup>(35)</sup>, siempre que no adoptemos y proyectemos lo que así se denomina desde el siglo XIX y siempre también que así nos situemos y mantengamos en el escenario de la época, en aquel mundo de corporaciones y jurisdicciones.

En un orden jurisdiccional e intercorporativo, el mismo problema de la cobertura jurídica constituye siempre un punto esencial. La cuestión de la intervención de jurisdicción no local en corporación local, esto en lo que tiende luego a verse unos orígenes de la actividad administrativa, era ante todo cuestión del derecho que habilitaba. Sobre este título hay que conducir atentísimamente el escrutinio para poderse apreciar dónde y hasta qué punto va planteándose un *poder* ajeno a *derecho* y en qué medida también y de qué forma logra operar y establecerse bajo un orden que seguía siendo sustancialmente jurisdiccional y así requiriendo la cobertura dicha <sup>(36)</sup>. Preguntémonos por ejemplo si una tutela superior a la local no podía plantearse por vía intercorporativa o de corporación territorial compuesta y así entenderse todavía, no a disposición de un poder central, sino bajo el régimen de

---

<sup>(34)</sup> Daniela FRIGO, *Il Padre di Famiglia. Governo della Casa e governo civile nella tradizione dell'«Economica» tra Cinque e Seicento*, Roma 1985, cap. 6: «L'economica, scienza costituzionale d'antico regime», y *Disciplina rei familiaris: a Economia como modelo administrativo de Ancien Régime*, en *Penélope. Fazer e desfazer a história*, 6, 1991, pp. 47-62.

<sup>(35)</sup> L. MANNORI, *Per una preistoria*, pp. 415-433, e *Il sovrano tutore*, parte IV, cap. 13: «Economico e giurisdizionale», ap. 1: «Le due funzioni dell'apparato», y su otro par de apartados ya citados; B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, cap. 1, ap. 2: «Il primato dell'economico: un modelo di riforma per le magistrature centrali».

<sup>(36)</sup> Es el punto que, puesto que no se ha perdido luego la concepción jurisdiccional, mantiene más a la vista la historiografía de matriz inglesa: E.G. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law*, cap. 2: «Mandamus: Origins», la formación judicial en el siglo XVII de esta acción de *mandamus*, que ya supone intervención de jurisdicción no local en corporación local, como acción de *restitution* en base a una de *privilege* de cobertura legal o estatutaria que sólo interesaba en principio a la jurisdicción no local.

un derecho común. Hay posibilidades que nuestros estudios no exploran.

Prosigo sólo con *la tutela*, intentando plantear la reversión a la época. Sigo con ella solamente, pero entendiéndola como elemento clave, igual que lo entendiera Tocqueville o lo mismo también que lo entienden Mannori y Mannoni. Merece la distinción. Me parece motivo todavía distinto incluso al de la paternidad económica. Tanto Mannori como Mannoni tienden a asimilar o subsumir especialmente ambas cosas, tutela administrativa y parentesco político, como mecanismos no jurisdiccionales, pero parece que conviene todavía cuestionarlos diferenciadamente pese a toda su cercanía.

Tutela es más que filiación a nuestros efectos al menos de incapacitación institucional. Como bien advirtiera Tocqueville, añade el factor más humillante, por más insolente, de una minoría perpetua. Con esta degradación de una parte, la local, la tutela es el motivo que más pudiera apoderar a la otra, la central. Desde este punto de vista, es justo resaltar el tema. La cuestión es entonces para cuándo. ¿Cuándo realmente tenemos *tutor* el soberano y *una* la nación?

4. Vengamos a España, lugar de mi curso. Voy a hacer algo que, fiado en otros, no hice durante el mismo: leer sencillamente a unos juristas que, abandonando el latín por el castellano, hubieran sido además de manejo tan fácil como provechoso para los mismos alumnos y alumnas. Si la asignatura de *Historia del Derecho Público* o similar se renueva en la Universidad de Sevilla aunque, como ya dije, el plan de estudios actual vaya a extinguirse, espero que la experiencia no sólo me escarmiente sino que también les aproveche en un futuro <sup>(37)</sup>.

Vamos por tanto a mirar la doctrina de unas juristas, la más específica y típica de unos tiempos postrimeros, de unos tiempos que nosotros, pero no ellos, sabemos tales <sup>(38)</sup>. Estamos en la España del siglo XVIII, centuria de política institucional de una inspiración exterior sustancialmente francesa <sup>(39)</sup>. Estamos por unas décadas de

<sup>(37)</sup> Mi informe en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, podría ya tener todo un largo apéndice que, por sumar avatares, no despejaría incertidumbres.

<sup>(38)</sup> Mariano BAENA, *Los estudios sobre Administración en la España del siglo XVIII. Con el Discurso sobre el Gobierno municipal de José Agustín Ibáñez de la Rentería*, Madrid 1968 es introducción elemental. Los textos que vamos a considerar tiende a incluirlos Evaristo CORREA, *Registro de arbitristas, economistas y reformadores españoles, 1500-1936*, Madrid 1982, tan generoso como inseguro. Es catálogo más fiable Francisco AGUILAR PINAL, *Bibliografía de Autores Españoles del Siglo XVIII*, Madrid desde 1981. Y todavía por sí interesa, siendo más que un registro, Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una Biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid 1785-1789, facsímil 1969.

<sup>(39)</sup> Jean SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (1954), México 1957; José Antonio MARAVALL, *Estudios de la historia del pensamiento español*.

apoderamiento interior de la monarquía española <sup>(40)</sup>. Y contamos desde luego con bibliografía <sup>(41)</sup>, aunque ninguna que ensaye para nuestro asunto la vía de acceso de la doctrina jurídica o jurisprudencia de entonces; toda quizá con ello discretamente anacrónica. Y pongo el signo de duda porque alguna salvedad en justicia habría de hacerse <sup>(42)</sup>. Lo usual es que se trate *la Administración* como estructura ya centralizada y que, de mirarse la local, sea entonces como dependencia más o menos poderosa <sup>(43)</sup>. Nuestro capítulo en concreto no se aborda salvo lateralmente y, sobre todo, sin cuestionarse. He aquí pues el camino libre y expedito para mirar directamente la cuestión: para verla, si no tal y como entonces se mirara, más cerca al menos de como se viera. Entro así por mi parte en una razón cuyo descuido ha podido reprochárseme <sup>(44)</sup>.

Arranquemos de mediados de siglo, del siglo XVIII, de cuando data el manual de *Gobierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos* de Lorenzo Santayana <sup>(45)</sup>. Su mirada

*Siglo XVIII* (1955-1989), Madrid 1991; Antonio ELORZA, *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid 1970; Francisco SANCHEZ BLANCO, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid 1991, cap. 13: « La reflexión política en vísperas de la revolución ». Es historiografía que rige la evolución de la especialidad publicista en una línea de acentuar y agravar el anacronismo que advertiremos.

<sup>(40)</sup> José Luis BERMEJO, *Estudios sobre la Administración central española (siglos XVII y XVIII)*, Madrid 1982; Santos M. CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid 1992; María Isabel CABRERA, *El Consejo Real de Castilla y la Ley*, Madrid 1993.

<sup>(41)</sup> Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO, *Spagna*, en Cesare Mozzarelli, Piero Aimo y Roberto Ruffilli (introdutores), *L'Amministrazione nella Storia Moderna*, Milán 1985, vol. II, pp. 2309-2364. La relación posterior sobre materia pública de Benjamín GONZALEZ ALONSO en B. Clavero, P. Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Florencia 1990, vol. I, pp. 78-133, no alcanza al siglo XVIII. Para información en dirección inversa, José María PORTILLO, *La Administración en la reciente historiografía italiana*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 633-674 », concluyendo además precisamente con Tocqueville.

<sup>(42)</sup> J.M<sup>a</sup> PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las Provincias Vascas, 1760-1808*, Madrid 1991; P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *Fragments de Monarquía. Trabajos de historia política* (1982-1992), Madrid 1992.

<sup>(43)</sup> Pere MOLAS RIBALTA, *El Estado y la Administración en la España de Carlos III*, en *Coloquio Internacional Carlos III y su Siglo. Actas*, Madrid 1988, pp. 521-556, que es otra reseña bibliográfica.

<sup>(44)</sup> Marta LORENTE, *Poesía como Constitución: las razones de Clavero*, p. 663, en *Quaderni Fiorentini*, 22, 1993, pp. 645-663, invocando además oportunamente a Tocqueville.

<sup>(45)</sup> Lorenzo DE SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos*, Zaragoza 1742 y Madrid 1769, que es nueva impresión con una misma paginación, para aprovecharse el índice de materias, y sin los prolegómenos de dedicatorias, aprobaciones y censuras; segunda edición que es la seguida por la actual, Madrid 1979, con « Estudio preliminar » de F. Tomás y Valiente.



parece transparente. Sus pronunciamientos resultan categóricos: « La obligación del Regidor para con su República es la misma que la del Tutor y Curador para con el menor y el pupilo »; « a los Regidores toca la economía y Gobierno de los Pueblos tan privatibamente que, no habiendo instancia de parte o del Fiscal del Rey, no pueden entrometerse en ellos los Tribunales Superiores ». El cometido regio es de jurisdicción; el corporativo, de gobierno <sup>(46)</sup>.

Unos índices pueden ofrecer la radiografía de una publicación no sólo registrando posiciones, sino también identificando conceptos. En la « Tabla de las materias más principales de esta obra », la de Santayana, figura una entrada, « Gobierno de los Pueblos a quién pertenezca por derecho », remitiendo al apartado de dichos pronunciamientos que se lo atribuyen al Regimiento municipal, a la corporación local. Este sería dicho « Gobierno Político » o el « Gobierno Político y Económico » como categorías distintas a la justicia correspondiente en cambio al monarca, a los dichos tribunales superiores y corregidores locales que le representan. Unos prolegómenos de una primera edición encomian la obra por haber « reducido la economía universal del Gobierno Político de los Pueblos de España » y se refieren a ella como « Gobierno y Justicia de los Pueblos de España » dirigida a « Ecónomos y Jueces », los primeros los regidores corporativos y los segundos los corregidores regios <sup>(47)</sup>.

Localmente, los unos, los regidores corporativos, son los gobernadores y los otros, los corregidores regios, los jueces. No toda la justicia es realmente del corregidor, pues hay alcaldes o jueces comunales, pero él la representa y garantiza en nombre del rey, de quien se considera que toda ella procede. Mantegámonos en unos términos simplificados de regimiento y corregimiento, aunque la realidad municipal fuera todavía mucho más rica, pues bastan a nuestros efectos. Así tenemos que al segundo, al corregimiento, le corresponde la justicia mientras que al primero, al regimiento, el gobierno. Lo significativo a estas alturas resulta que el planteamiento de la justicia no se extienda al ámbito del gobierno y la economía, lo cual puede además redundar en el del derecho.

La imagen que se ofrece es la de un « Gobierno Político y Económico » en manos de los mismos pueblos y a unos efectos no sólo ejecutivos, sino también normativos. Los pueblos tienen sus costumbres que constituyen derecho y tienen sus ordenanzas cuya vigencia no pende de la aprobación regia, aunque hayan de instarla según su ley, la del monarca, y no deban ejecutarse sin ella ante oposición de parte.

<sup>(46)</sup> L. SANTAYANA, *Gobierno Político*, tratado I, cap. 4, n. 9.

<sup>(47)</sup> Preliminares sin paginar de la primera edición como he dicho y en concreto « Carta al Autor » del duque de Frías (27-VIII-1742) y « Aprobación » del fiscal Francisco Carrasco (11-VIII-1742).

Esta, *la ley*, intenta imponerse, pero entre salvedades cruciales de *uso* y *costumbre*, de *prescripción inmemorial*, de *privilegio*, de *tolerancia* o de *derecho natural* (48). La justicia es del rey, y así también se subraya, mas la tutela es de los propios pueblos y con ella lo es un gobierno e incluso un derecho. Esta es la afirmación de apertura de la obra: « El Gobierno de los Pueblos por Derecho natural, pertenece a los Pueblos mismos » (49).

El *Gobierno Político de los Pueblos de España* es una obra práctica basada en la ley del monarca y con contados pronunciamientos de doctrina. Y ésta no es en ella gratuita. Tiene su efecto. No es un adorno. El propio Santayana no deja de abundar. En su obra poco posterior sobre *Los Magistrados y Tribunales de España*, en su primera y para algunas cosas única edición (50), encontramos un capítulo acerca « De los Ayuntamientos, Regidores, Jurados y demás Ministros de ellos » con idéntico pronunciamiento de principio: « Digamos algo de los Ayuntamientos de los mismos Pueblos, y personas de que se componían, tanto con más razón quanto que a cargo de éstos ha corrido y corre aún todo el Gobierno Político y Económico de los Pueblos mismos » o toda « la Policía y Economía », una policía y economía de tal significación y alcance (51). Y recuerdo que Santayana era un magistrado de la Nueva Planta, esto es, de la política monárquica que había comenzado a principios del XVIII por abolir fueros y reducir derechos de territorios enteros, política con la cual se muestra más que conforme (52). Ello no le impide sentar tales principios.

Declinando el siglo, llega otro manual que sitúa la figura regia del corregidor en primer término y que le atribuye aparentemente todo el gobierno local. Me refiero a *El Corregidor Perfecto, y Juez dotado para la recta administración de Justicia, y buen Gobierno Económico y Político de los Pueblos* de Lorenzo Guardiola (53). Mas el segundo término, el del

(48) L. SANTAYANA, *Gobierno Político*, tr. I, cap. 2, nn. 1-5, y cap. 4, nn. 1-6.

(49) L. SANTAYANA, *Gobierno Político*, tr. I, cap. 1, n. 1.

(50) L. SANTAYANA, *Los Magistrados y Tribunales de España. Su origen, instituto, jurisdicción y gobierno*, Zaragoza 1745 y, en dos volúmenes, 1751, segunda publicación del título que, no siendo ni segunda edición ni segunda parte, no se deja catalogar bien: F. AGUILAR PINAL, *Bibliografía del Siglo XVIII*, vol. VII, 1993, pp. 533-534. La primera (1745) se anuncia como *Primera parte* prometiendo tres partes más, hasta cuatro; el primer volumen de la segunda (1751) también se presenta como *Primera parte* ofreciendo una reducción de la edición anterior; su segundo volumen se subtitula *Segunda parte* conteniendo también una *tercera* y ya última de materia nueva ambas. La segunda edición no hace referencia a la existencia de la primera.

(51) L. SANTAYANA, *Los Magistrados y Tribunales de España*, libro 3, cap. 5 y último, pp. 304-305 de ed. 1745, única en la que aparece este capítulo.

(52) F. TOMAS Y VALIENTE, *Estudio Preliminar*, reproducido en su *Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, cap. 5: « Un ministro castellano en la Corona de Aragón: Lorenzo de Santayana y Bustillo ».

(53) Lorenzo GUARDIOLA Y SAEZ, *El Corregidor Perfecto, y Juez dotado de las*



gobierno como distinto a la justicia, resulta en ella vacilante e incógnito. Ya se dice sólo « Gobierno », ya « Gobierno Político y Económico » o con los calificativos a la inversa, alternándose unas expresiones sin que ni siquiera se identifique y asigne el sustantivo, no digo ya los adjetivos.

Ocurre en los mismos títulos entre las dos ediciones que tuvo la obra: donde la primera hemos visto que anuncia « Gobierno Económico y Político », la segunda reza « gobierno político y económico », además así sin las iniciales mayúsculas. En el título de una *Parte segunda*, « En que se trata de los Jueces, sus clases, causas de que conocen, y calidades que han de tener para el buen gobierno de los Pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos », la segunda edición altera el orden y califica al gobierno: « para la recta administración de Justicia, y buen gobierno Económico y Político de los Pueblos ». En el epígrafe del capítulo cuarto de esta segunda parte, la segunda edición sustrae en cambio tanto calificativos como sustantivos. Esta dice: « Donde se manifiestan y autorizan con textos de la Sagrada Escritura, Leyes del Reyno, y doctrinas seguras y nada opinables otras muchas qualidades no menos importantes, y necesarias o convenientes en estos Magistrados », mientras que la primera decía de importancia, necesidad y conveniencia « en los Corregidores, y Alcaldes Mayores, para el buen gobierno Económico y Político de los Pueblos, y recta administración de Justicia en ellos ».

Las vacilaciones son indicios. Y se ofrecen pistas. Estamos ante una obra de planteamiento y desarrollo también muy apegados a la ley del monarca, mas la encontramos a ésta emparedada entre autoridades religiosas y doctrinales: « Sagrada Escritura, Leyes del Reyno, y doctrinas », como acabamos de ver. En su largo título ya se antepone, no exactamente religión a derecho, sino derecho de tradición religiosa a derecho de producción política. En él se nos anuncia que el objeto se trata « conforme todo a las Leyes divinas, Derecho Real de España y Reales resoluciones ». Y por la vía de cultura tradicional no viene un principio de tutela de los pueblos por parte del monarca. Aquí tampoco aparece.

La *Parte primera* de esta obra es « Sobre la Justicia » y su primer capítulo « Donde se define la Justicia ». No hay nada parecido para el gobierno y menos para el político y económico. Estos otros son términos que adornan unos epígrafes sin entrar en un texto. Las doctrinas que se anuncian pudiéndose remontar a la Biblia son acerca de la justicia y de los jueces. Entre ellas no aparecen de economía y ecónomos ni de política y políticos. No la hay aquí sobre la tutela en

---

*calidades necesarias y convenientes para la recta administración de Justicia, y buen Gobierno Económico y Político de los Pueblos*, Madrid 1785 y 1796, segunda edición ampliada de la que existe facsimilar, Madrid 1986. El título es todavía más extenso y, como ahora vemos, presenta variantes.

ningún sentido. El corregidor es juez y se hace presente por la justicia, por una justicia del rey.

El resto serían palabras que habían venido poniéndose de moda durante el siglo XVIII<sup>(54)</sup>. Aquí, en este caso, están hueras. Es un vacío doble. A estas alturas, una obra que se dedica a la presencia local del poder del rey no dice así tampoco nada respecto al gobierno político y económico ni más en concreto a la tutela en lo que pudiera interesar precisamente al propio monarca. Es silencio no menos significativo. Significar, no sólo lo hacen las palabras.

5. Y llegamos al final del siglo, tras la acentuación por la monarquía española de una política de intervención en el universo municipal<sup>(55)</sup>. No deja de registrar el tratado mayor que abarca y aborda el asunto cuando cambia el siglo. Me refiero a las *Instituciones del Derecho Público general de España y de las principales reglas de Gobierno en qualquier Estado* de Ramón Lázaro de Dou<sup>(56)</sup>. No es mero manual. Es obra de género mayor en comparación con las anteriores y en sí misma. Ofrece una buena visión de dicha política de intervención y puede también ofrecernos un buen broche cronológico en nuestro punto concreto.

Trata de la economía y de la tutela, teniendo ésta su ingreso en el índice por sus términos entonces propios de derecho familiar y así económico: *Libro primero*: « De las personas », *Título VIII (=IX)*: « De las personas públicas y particulares », *Capítulo XII*: « De las personas destinadas para el cuidado de la economía », *Sección I*: « De la economía en general », *Artículo II*: « De los tutores ». Llegados éstos, llegada la tutela, se anuncia una extensión: « Trato de estas personas antes que de todas las otras », como sin ir más lejos de los jueces, pues vendrán más tarde, « porque las reglas que deben observar estas personas y sus obligaciones se han acomodado en todos los estados, y con justísima razón, a todos los demás administradores y personas

<sup>(54)</sup> Pedro ALVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana en España, 1680-1760*, Madrid 1992, cap. 7: « El concepto de cultura y los antecedentes de civilización », ap. 3: « Policía, política, urbanidad », incluyendo el giro « gobierno, policía y economía de los pueblos ».

<sup>(55)</sup> Javier GUILLAMON, *Las reformas de la administración local durante el reinado de Carlos III*, Madrid 1980; Josep Maria TORRAS, *Els municipis catalans de l'Antic Règim, 1453-1808*, Barcelona 1983; Josep Maria GAY, *La culminación de las reformas de la administración municipal durante la Ilustración*, en *Información Jurídica*, 60, 1988, pp. 107-229; Christian WINDLER, *Lokale Eliten, seigneurialer Adel und Reformabsolutismus in Spanien, 1760-1808. Das Beispiel Niederandalusien*, Stuttgart 1992; Enrique ORDUNA, *Democracia directa municipal. Concejos y cabildos abiertos*, Madrid 1994, pp. 164-168.

<sup>(56)</sup> Ramón Lázaro de Dou y Bassols, *Instituciones del Derecho Público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en qualquier Estado*, Madrid 1800-1803, ocho volúmenes más uno noveno de índices, y facsímil, Barcelona 1975.

encargadas del manejo, dirección y cuidado de qualquiera cosa pública » (57).

La extensión se concreta pronto. El *Artículo IIII* (=IV) de dichos mismos libro, título, capítulo y sección es « De los administradores o con qualquiera otro nombre encargados de negocios y cosas públicas ». Y es así como se entra en materia: « Las personas representadas por muchos individuos formando un cuerpo gozan de los privilegios de pupilos y menores; es consiguiente a esto que las personas que forman algún cuerpo y están encargadas de la administración y distribución de sus bienes, sea con el nombre que se fuese, se entiendan por lo que pertenece al cuerpo de que son miembros tutores o curadores », correspondiéndoles así la tutela, y esto « aunque no se les de este nombre (de tutor), sino el de regidor, diputado, senador, administrador, tesorero, mayordomo o depositario, testamentario o albacea, o sea el que fuere el que se atribuya a la persona comisionada ». En lo que respecta al municipio, la tutela es indudablemente del regimiento y no del corregimiento ni de figura alguna exterior a las corporaciones mismas (58).

Escúchese también el silencio. En esta obra más sistemática y completa de *Derecho Público*, y de un derecho público en el que se comprende tanto la economía como la tutela, no se plantea en ningún momento la posibilidad de adjudicársela al monarca, a ministros u oficiales suyos. Pese a todas las ocasiones que se ofrecen para el desplazamiento, la tutela sigue siendo cuestión familiar y corporativa, sólo así entonces pública. Porque hubiera ya apartados como el del *Artículo VI* de los dichos libro, título, capítulo y sección, « De las personas destinadas para la administración de los propios y arbitrios de los pueblos, el Supremo Consejo de Castilla, sus Señores Fiscales, el Contador General de Propios y Arbitrios, intendentes, contadores de provincia, oficiales de contaduría, y juntas municipales de propios y arbitrios, contadores y mayordomos municipales de propios y arbitrios », con toda su batería primera de instituciones monárquicas respecto al patrimonio y las finanzas municipales, no por ello se plantea ni insinúa la tutela en otra cabeza que la del municipio (59).

Dou es un jurista significado de una línea monárquica contenida en su propio objeto y método de construir todo un *Derecho Público* y además *general de España* (60). Y sus *Instituciones* no dejan de ofrecer la concepción más imperativa de la ley del monarca como « fuente del

(57) R.L. DE DOU, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, pp. 219-220.

(58) R.L. DE DOU, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, p. 236.

(59) R.L. DE DOU, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, pp. 256-267.

(60) B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, pp. 313-319, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1978, pp. 307-334.

derecho público »<sup>(61)</sup>. Mas a la hora de la verdad, en momentos claves, los principios tampoco traen dicha causa, sino la de una cultura tradicional, la que establecía cosas como la autotutela corporativa. Un *derecho civil* de alcance todavía político puede seguir privando sobre un *derecho público*. Siguen prevaleciendo sus fuentes. No es contradicción, pues de ahí viene la consecuencia. En la dirección diametralmente opuesta a la de Mannori y Mannoni, dichas *Instituciones* mayores del *Derecho Público* español ni siquiera se planteaban la posibilidad de que una tutela de los pueblos pudiera corresponderle al soberano

También, como hemos visto, Dou nos ha indicado que la doctrina dicha de tutela es general, que se da y practica « en todos los estados ». El título de la obra ya anunciaba tratamiento no sólo del *Derecho Público de España*, sino también de *reglas de Gobierno en cualquier Estado*. En nuestro punto, pues es de *ius civile*, parece ello ciertamente presumible, pero no vamos a darlo sin más por bueno. Me permito hacer un solo apunte respecto a la posibilidad de que a sus alturas, en el mismo gozne entre los siglos XVIII y XIX, el español y catalán Dou no esté siendo un mal intérprete de unos principios de validez más bien todavía europea, con la salvedad reciente, mas sólo reciente, de la Francia revolucionaria.

Comenzó Dou su trabajo como recepción de Jean Domat, mas no acabó de atreverse con las *Loix Civiles*, su obra mayor, ni de convenirse con el *Droit Public*, su prosecución<sup>(62)</sup>, el cual además se tradujo y publicó a continuación por otros<sup>(63)</sup>. Para España, la doctrina de la

(61) R.L. DE DOU, *Instituciones del Derecho Público*, vol. I, pp. 29-83.

(62) R.L. DE DOU, *Instituciones del Derecho Público*, vol. I, pp. V-XIII, con todo esto y más: la idea inicial de traducción latina, con añadido del « derecho real de España », de *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) del « grande Domat », la insatisfacción con su *Le Droit Public* (póstumo, 1697) por juzgar Dou que comete « inversión del orden natural » y el estrambote de llamar a M(onsieur) Domat siempre Luís. Entre la concepción en latín y la realización en romance de la empresa de Dou, otras sugerencias similares respecto a *Les Loix civiles* ya sólo piensan en traducción castellana: Gaspar Melchor DE JOVELLANOS, *Obras Completas*, ed. José Miguel Caso, vol. III, *Correspondencia (julio 1794 - marzo 1801)*, Oviedo 1986, carta de 17-XII-1795 a Antonio FERNANDEZ DE PRADO. Las primeras publicaciones de Dou, hasta sus *Instituciones del Derecho Público*, son en latín: J. SEMPERE Y GUARINOS, *Biblioteca del reinado de Carlos III*, vol. II, 1785, pp. 246-249; F. AGUILAR PINAL, *Bibliografía del Siglo XVIII*, vol. III, 1984, pp. 115-117.

(63) (Jean) DOMAT, *Derecho Público*, traducción de Juan Antonio Trespalacios, Madrid 1788 e, impresión nueva sin aparato editorial alguno, Madrid 1985, traducción que agrega el *Traité des Loix* y otros prolegómenos de *Les Loix Civiles* sobre fuentes, prescinde de unas partes últimas del *Droit Public*, la penal y la judicial, y adapta a España las referencias a Francia. *Las leyes criminales de España en su orden natural*, Barcelona 1785, ya contienen la parte penal del mismo *Droit Public* de Domat, trad. de Antonio Francisco Puig y Gelabert, con notas e igualmente adaptaciones. La obra principal no se tradujo y editó hasta entrado el XIX: J. DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de Félix Vilarubias y José Sardá, Barcelona 1841, 1844 y 1861.

tutela en cualquiera de sus formas no procede de Domat ni de otros textos traducidos y publicados por entonces de *derecho político* o similar <sup>(64)</sup>, *policía* <sup>(65)</sup>, *economía* original o derivada, pues seguía existiendo la una y llegaba la otra que no era ya doméstica ni por tanto *administrativa* <sup>(66)</sup>, pero resulta que Mannoni tiene entre sus autoridades respecto a *la tutela* en forma centralizada exactamente a Domat. Como ya se hiciera en el siglo XIX, infiere la idea de pasajes del *Droit Public* que no hacen uso expreso del concepto <sup>(67)</sup>, mas en las *Loix Civiles*, en el *derecho civil* antecedente, los municipios aparecen tratados precisamente junto a los tutores. Esto es para Domat *orden natural* del derecho, no muy distinto en esto efectivamente al entendido por Dou <sup>(68)</sup>.

<sup>(64)</sup> (Henri François D') AGUESSEAU, *Ensayo sobre la Jurisprudencia universal* (c. 1725), trad. de Jaime Alvarez de Abreu, Madrid 1786; de Daguesseau también se tradujeron entonces *Discursos*, por Joseph de Covarrubias, Madrid 1781, y un mayor número por Joseph de Alarcón, Madrid 1804. (Jacob Friedrich VON) BIELFELD, *Instituciones Políticas* (1760), trad. del francés, en el que había aparecido, de Domingo de la Torre, Madrid 1767-1801, y otra, parcial y con notas, de Valentín de Foronda, Burdeos 1781; de Bielfeld se tradujo también entonces, por Gregorio Pérez, un *Curso completo de erudición universal*, Madrid 1802-1803, con *Derecho Político* (vol. I, cap. 15) y *Política de los Estados* (vol. II, cap. 44). Es posterior la traducción con notas, por parte de Juan del Castillo bajo el seudónimo de Justo Linda Calle, de Pierre-Paul LE MERCIER DE LA RIVIERE, *El orden natural y esencial de las sociedades políticas* (1767), Valencia 1820 y 1823, sobre la cual Ernest LLUCH y Lluís ARGEMÍ, *Agronomía y fisiocracia en España, 1750-1820*, Valencia 1985, pp. 83-96. Igual ocurre con otros textos, lo que no quiere decir que estén ausentes con anterioridad: B. CLAVERO, *Del Espíritu de las Leyes: primera traducción truncada*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 767-772.

<sup>(65)</sup> (Johan Heinrich Gottlob von) JUSTI, *Elementos Generales de la Policía* (1756), trad. del francés, con notas, de A.F. Puig y Gelabert, Barcelona 1784; Tomás DE VALERIOLA, *Idea general de la Policía sacada de los mejores autores*, Valencia 1798-1805 y, con « Presentación » de Luís Jordana de Pozas, Madrid 1977, que es versión mayormente del *Traité de la Police* de Nicolas DELAMARE (1705-1719 y, volumen póstumo, 1738).

<sup>(66)</sup> François QUESNAY, *Máximas generales del gobierno económico de un pueblo agricultor* (1767), trad. de Manuel Belgrano, Madrid 1794, sobre cuya versión E. LLUCH y L. ARGEMÍ, *Agronomía y fisiocracia en España*, pp. 56-62 y 107-112; de Quesnay también se tradujeron entonces textos médicos. Adam SMITH, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776), trad. y notas de José Alonso Ortiz, Valladolid 1794 y Madrid 1805-1806; *Compendio de la obra inglesa intitulada Riqueza de las Naciones hecho por el Marqués de Condorcet* (1790), trad. y notas de Carlos Martínez de Irujo, Madrid 1792, 1803 y 1814, sobre cuyas versiones Javier LASARTE, *Economía y Hacienda al final del Antiguo Régimen*, Madrid 1976, cap. 1: « Adam Smith ante la Inquisición y la Academia de la Historia ». El mismo Dou contribuirá traduciendo, suprimiendo, anotando y refutando: *La Riqueza de las Naciones nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, Cervera 1815-1817.

<sup>(67)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, referencias de índice onomástico y muy especialmente pp. 31, 124 y 494.

<sup>(68)</sup> J. DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, le Droit Public, et Legum Delectus*, París 1713, *Loix Civiles*, parte I: « Des Engagemens », libro 2: « Des Engage-

Se repetía una doctrina medieval o el esquema correspondiente. ¿Era simple reiteración mecánica o mero lastre? En un caso como el de Domat, así tenderá a suponerse a la luz de toda una historiografía de orígenes, de unos orígenes propios (69). Desde el siglo pasado y hasta hoy mismo, impera una imagen suya distinta a la que se nos ha manifestado. Le hace precursor e incluso mentor de cosas como *la tutela administrativa*. Es difícil desde luego romper el espejismo de este género de pedigríes, pero también es verdad que ya contamos al propósito con ejemplos metodológicos bien cercanos (70). Aquel pensamiento jurídico debe tratar de reconstruirse en toda su complejidad para que podamos plantearnos la posibilidad de un acceso, no a nuestro mundo, sino al suyo. Es un requisito sin el que tampoco parece que quepa acceder históricamente, por esta determinada vía, a nuestro mundo.

La mera reiteración de conceptos significaría entonces algo. El de la tutela no centralizada cabe suponer que respondía y se ajustaba todavía a una sociedad corporativa. Porque tampoco hay que dar por descontado tal grado de fidelidad doctrinal. En otros campos del derecho podían venir produciéndose desenvolvimientos renovadores e incluso en algún caso subvirtiéndose principios medievales. Esto, que resultaba entonces factible, no era algo para lo que bastase determinación política, sino que precisaba operaciones como la superposición efectiva de autoridades religiosas o culturalmente más que jurídicas, o el desarrollo también de la misma doctrina jurídica con una tratadística monográfica que indujese, condujese y cubriese jurisprudencia y así derecho nuevos (71). Nada de esto parece detectarse respecto a nuestra materia tutelar.

Aunque tampoco, con mis escasos testigos españoles, doy nada por sentenciado. No quito ni pongo tutela, pero ayudo a mis evidencias. Desquitar y contraponer no debo pues no he hecho nada comparable a las investigaciones que comentamos. Dígase que las cosas están todavía por verse. Mas algo tenemos y es algo que bloqueaba la concepción de una tutela no corporativa, de *la tutela administrativa*. Es un algo que con todo no parece exclusivamente interno a la doctrina.

---

mens qui se forment sans conventions », títs. 1-3: « Des tuteurs », « Des curateurs » y « Des Syndics, Directeurs et autres Administrateurs des Corps et Communautés ».

(69) André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París 1969; Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia 1976, con índice onomástico ambos y una prosopografía además el primero.

(70) P. GROSSI, *Il Dominio e le Cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán 1992, cap. 8: « Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà moderna) ».

(71) B. CLAVERO, *Beati Dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 7-131.



6. Tenemos alguna otra pista que guarda relación con *la autotutela*. No dejemos de advertir la parte a la que miramos por resultar visible. Hay otras que lo son menos y cuya presencia no deja de acusarse. No se pasen por alto unos síntomas. En una doctrina que se considera a sí misma al servicio de la legislación regia, ha aparecido la indicación de que el derecho primario a escala local pudiera ser todavía *la costumbre*. Lo ha dejado entender claramente, como hemos visto, Lorenzo Santayana, un jurista de tendencia contraria por monárquica. La ley ya exigía la intervención regia y esto se subrayaba, pero también se traslucía que el valor de un derecho seguía sin depender del principio monárquico. Las corporaciones locales tenían un derecho que podía ser no sólo el de manifestación escrita y texto aprobado <sup>(72)</sup>.

Quienes comenzaban entonces por mirar el dato de la costumbre, lograban menos favores de imprenta de escritos y difusión de ideas <sup>(73)</sup>; pero los mismos que adoptaban e incluso acentuaban dicha posición doctrinal de dependencia legislativa no dejaban de reflejar la situación. Podían considerarla como cuestión de hecho <sup>(74)</sup>, pero lo era que entonces implicaba eficacia de derecho, de un derecho todavía corporativo antes que monárquico. Obtienen favor entonces por lo pretendido y deliberado, pero también comunican hoy por lo inadvertido e inconsciente <sup>(75)</sup>. Pueden hacer observable lo invisible porque lo tienen

<sup>(72)</sup> Esteban CORRAL, *Ordenanzas de los Concejos castellanos. Formación, contenido y manifestaciones (Siglos XIII-XVIII)*, Burgos 1988; Javier INFANTE, *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales durante el tardofeudalismo*, en *Studis*, 19, 1993, pp. 191-232, ap. 2.1: «La importancia de las ordenanzas municipales para el estudio de los concejos y su todavía insuficiente aprovechamiento». Lo habitual sigue siendo recluir el tema del derecho local en tiempos medievales reduciendo los modernos, si acaso, a un escuálido apéndice: Josep Maria FONT RIUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, vol. II, *Estudio*, Barcelona 1983, pp. 645-650 para estos otros tiempos.

<sup>(73)</sup> Rafael DE FLORANES, *Discursos sobre las Costumbres y su preferencia respecto a las Leyes. Con una noticia de los Pueblos y Provincias de Europa que se han regido por Costumbres o Derecho no escrito y de los Sabios que las han comentado*, Biblioteca Nacional de Madrid, manuscrito 11.264/18 (segunda mitad del XVIII), sobre el cual B. CLAVERO, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, pp. 59-60.

<sup>(74)</sup> Joseph BERNÍ y CATALA, *Instrucción de Alcaldes ordinarios que comprehende las obligaciones de éstos y del Almotacén (1741, 1757 y 1763)*, facsímil de la última, Madrid 1988, p. 1: «Como los Alcaldes y Súbditos regularmente son Labradores, se forman una Justicia a su modo, que apenas ay quien les entienda»; Vicente VIZCAÍNO PEREZ, *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los Alcaldes de los Pueblos de España (1781, 1784, 1796, 1802 y 1828)*, Madrid 1979 (junto a Francisco de Paula Miguel Sánchez, *Dirección teórico-práctica de alcaldes constitucionales*, 1821), p. 33: los alcaldes «no tenían más instrucción que la costumbre de ver lo que sus antecesores habían practicado».

<sup>(75)</sup> Pedro NACHER, *El doctor José Berní Catalá. Su vida y su obra*, Valencia 1961; Antonio MEJIDE, *Vicente Vizcaíno. Biografía de un jurista y economista del XVIII*, Coruña 1982, pp. 32-41, sobre los expedientes de impresión del *Tratado de los Alcaldes* de

al alcance de la vista y ésta a veces traiciona.

Había un modo más ilustrado de indicar lo mismo. Lo encontramos en el *Discurso sobre el Gobierno Municipal* de Ibáñez de la Rentería (76). Acusa « el vicio » de « la ignorancia » y « la falta de talento político » de quienes gobiernan y administran los municipios. Así ante todo lo que se registraba era la existencia de un gobierno y una administración que no respondían a las presunciones de una ciencia y de una política. Y el contexto era todavía también el mismo: el de « una Monarquía » formada por una « infinidad de Repúblicas », la una actuando mediante la justicia y las otras ocupadas en su propio gobierno (77).

El rey quería ser más por una vía de familia, con « su incesante paternal desvelo », pero eran también los municipios quienes parecían poder hacerse con una posición de este carácter familiar: « Como el fundamento de una buena policía son las buenas costumbres, y éstas se adquieren en la infancia, uno de los cuidados del paternal celo de los Ayuntamientos debe ser promover los medios conducentes a este importante cuidado », nombrando y sosteniendo « Maestros públicos » que sean « los Directores de las costumbres de sus discípulos, supliéndose de esta manera la ignorancia o la desidia de algunos padres naturales », con estas funciones así suplementariamente tutelares (78).

Hace falta formación para una *economía* pública que ya no es idéntica a la doméstica vista: « Como los primogénitos son ordinariamente los sujetos destinados a vivir en su patria, no bastará con que se hagan a aprender lo necesario para ser padres de familia y unos buenos administradores de su hacienda » por precisar más: « Necesitan, pues, aprender a ser ciudadanos e irse formando en aquella probidad y ciencia que es menester para serlo con utilidad ». Ya no basta la familia: « Será preciso que (los padres) se desprendan de estos hijos (los primogénitos) en los primeros años de su juventud, pues con dificultad

---

Vizcaíno, el cual se presenta « conforme a las Leyes, Pragmáticas y Ordenanzas Militares » en la propia portada que se pierde en la edición actual. La *Instrucción de Alcaldes* de Berní a su vez se anunciaba « conforme a Leyes Reales de Castilla, Estatutos y Fueros Municipales de los Lugares y Villas de España », con la identificación castellana de las leyes que tampoco era inocente, pero también con derecho local de fueros donde Vizcaíno se ha visto que situaría ordenanzas militares. Un panorama de fuentes menos complejo por más legalista y así anacrónico puede verse en cualquier manual de *Historia del Derecho Español*, cualquiera de esta denominación.

(76) José Agustín IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal* (pronunciado en 1780, editado en 1790), en Javier Fernández Sebastián (ed.), *La Ilustración política. Las « Reflexiones sobre las formas de gobierno » de José A. Ibáñez de la Rentería y otros discursos conexos (1767-1790)*, Bilbao 1994, pp. 191-221; también antes reeditado por M. BAENA, *Los estudios sobre Administración*, pp. 113-149.

(77) J.A. IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 193-196.

(78) J.A. IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, p. 217.



lograrán en la casa la corrección de costumbres ni la instrucción que necesitan ». Deberán acudir a « los Seminarios, donde están en una República pequeña » y así aprenden « un método de gobierno ». Y habrán de estudiar materias entre las que figura una « Cartilla Municipal ». Municipales son estos asuntos, como municipal es una finalidad: se trata de « una educación » que « proporcionará a las Ciudades y Villas de estos reinos esforzados y virtuosos ciudadanos que, entrando en su patria, serán el espejo de ella en sus costumbres, combatirán el desorden y el vicio, serán padres de sus ciudadanos... » (79).

El universo político es el municipio y el horizonte cultural es la familia. Obsérvense ambas cosas. La educación traza un puente. Quiere ahora hacerlo. En esto realmente se abunda. Se trata de la promoción de un *conocimiento* para la cancelación de una *ignorancia*. Más en concreto se trata de la enseñanza de *leyes* para la erradicación de *costumbres*. Este es un punto crucial de todo este programa: « Nada hay más perjudicial que un método de gobierno que está por tradición », sabido que « la ley escrita precave olvidos, variaciones y faltas de observancia mejor que los Reglamentos que se conservan sólo de memoria ». Además de la *Cartilla Municipal* de objeto económico, habrá de hacerse unas *Instituciones Municipales* o *Código Municipal* de carácter jurídico: « Convendrá que sea una recopilación de las principales leyes relativas al gobierno municipal de los pueblos, para que los que deben cuidar de su observancia se instruyan en ellas, o a lo menos beban el espíritu de sus disposiciones » (80).

El mismo Ibáñez de la Rentería puede abundar en otro discurso, éste sobre la juventud y su educación (81). Por una parte insiste en la reducción del derecho a ley y a « principios de Jurisprudencia » con miras no sólo a su estudio. Por otra parte vuelve a dibujar sus perspectivas de economía y política, la una de base todavía familiar y la otra de carácter aún municipal: « No solamente son padres de familia los primogénitos; son padres del pueblo donde van a residir, y del cual serán una carga inútil y acaso la peste y el azote si son ignorantes », prosiguiendo: « Debieran los primogénitos dedicarse, según su genio y proporción, a los conocimientos útiles a la patria, v.g. al Derecho, especialmente en la parte de él que abraza la Jurisprudencia municipal para poder ocupar con conocimiento los puestos del gobierno del

(79) J.A. IBANEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 218-219.

(80) J.A. IBANEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 195-197 y 205-206.

(81) J.A. IBANEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre la educación de la juventud en punto a estudios* (pronunciado en 1781, editado en 1790), en J. FERNANDEZ SEBASTIAN, *La Ilustración política*, pp. 223-240.

pueblo » (82). La misma educación y la educación por sí misma podía decirse entonces que era derecho y un derecho familiar: « La educación es legislación paterna encomendada a los Sabios que enseñan la juventud en las escuelas » (83).

Está haciendo su entrada en nuestro capítulo toda una batería de palabras que no son tradicionales o que no han sido hasta ahora tan relevantes dentro de él (84). Entran planteamientos indudablemente nuevos, pero que también se realizan sobre una constancia de base. Parece que suponen una variante pronunciada del paradigma antiguo y no uno inédito. Está hablándose de toda una reforma que alcanza a elementos tan importantes como el de la primacía local de *la costumbre* y el de la conducción subsiguiente de la sociedad no sólo por parte de *la ley*, sino también e incluso antes de *la educación*, una costumbre inducida, pero toda esta serie de movimientos obsérvese que cuenta con el campo de juego existente encerrando sentido dentro del mismo. Es un tablero en el que puede caber todavía perfectamente *la autotutela* corporativa, dado el paradigma, y en el que sigue sin haber una casilla para *la tutela* centralizada, pues no aparece. Aparecer vemos cómo lo hacen unos *padres del pueblo* que no son los monarcas, sino los *tutores* tradicionales, los primogénitos que se nos dice ahora de las oligarquías locales, estos mayorazgos que vienen desde luego de antes.

Cuando este tipo de planteamientos han sido objeto de observación por parte de la historiografía sin los anacronismos constitucionales al uso, sin intentar así forzárseles dentro en particular de la horma del sistema político que fuera producido por la revolución francesa, ha podido apreciarse la adecuación a su tiempo y espacio (85). Responden todavía a una historia presente en Castilla, muy presente entre los vascos, pero que no era sólo vasca ni sólo castellana desde luego (86). Se ha podido sugerir el parangón de planteamientos con los de la reforma

(82) J.A. IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre la educación de la juventud*, pp. 236 y 238.

(83) J. SEMPERE Y GUARINOS, *Biblioteca del reinado de Carlos III*, vol. IV, 1787, voz « Planes de Estudio », p. 224, citando del *Plan de estudios que ha de observar la Universidad de Alcalá de Nares*, Madrid 1772.

(84) P. ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana*, caps. 4 y 8: « La obsesión por la utilidad » y « El papel de la educación »; B. CLAVERO, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones, Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.

(85) J.M<sup>a</sup> PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Provincias Vasvas, 1760-1808*, parte I, cap. 2: « ¿Crítica y crisis? El papel de la Ilustración en el discurso provincial »; parte II, cap. 2: « Juntas y orden corporativo provincial », ap. 3: « Modelos de representación ».

(86) P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO y Julio A. PARDOS, *Castilla, territorio sin Cortes (siglos XV-XVII)*, en *Revista de las Cortes Generales*, 15, 1988, pp. 113-208, parte II: « Comunidad, *persona invisibilis* », de J.A. PARDOS, advirtiendo incluso la autotutela: pp. 154-158.

toscana <sup>(87)</sup>, aquella reforma en la que igualmente al final parecía que *la tutela*, en vez de afirmarse, venía a desaparecer <sup>(88)</sup>. Era un síntoma, todo un síntoma que así se nos ratifica y acentúa.

7. Hubo más. Había comunidades sujetas expresamente a tutela. Se hallaban en América. A la misma doctrina no dejaba de constarle por aquellas postrimerías. Eran las comunidades aborígenes sometidas. Los indígenas se consideraban por el derecho colonial menores de edad permanentes y asimismo sus comunidades, las *repúblicas de indios*, colocadas entonces bajo *la tutela* de la monarquía y de la iglesia sedicentemente ambas católicas. Y ya digo que, sin necesidad de moverse de Europa, a la doctrina podía constarle esto y no sólo además en castellano <sup>(89)</sup>. El monarca español tenía en América respecto a los indígenas tanto la *iurisdictio* como la *gubernatio oeconomica et politica*, una completa *tutela*, la cual « fuit inventa ut liberi homines qui propter aetatem vel iudicii et rationis defectum se commode tueri non possent, ab aliis majoribus et prudentioribus tuerentur et gubernentur », por lo que « ita Regum Regnique prudens et politica administratio in id inducta respicitur », supuesto siempre que « homines barbaros et ignorantibus esse pueros » <sup>(90)</sup>. Establecer la tutela en la metrópolis sería como asimilarse a aquella población colonial de incapacidad permanente tan presunta en su concepción como efectiva en su práctica <sup>(91)</sup>.

Era la forma y la única forma como la monarquía llegaba a ser entonces reconocidamente tutora en sentido no figurado, sino técnico. Podía también ocupar posición de inspiración familiar a otros efectos como fundamentalmente el eclesiástico, dado en concreto el *patronato* sobre la iglesia católica de la monarquía homónima, pero esto no era tampoco *tutela*. Si unas entidades eclesiásticas también la precisaban, como por ejemplo las parroquias, la misma correspondía a las institu-

<sup>(87)</sup> P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de Monarquía*, cap. 3.3: « León de Arroyal: del *sistema de rentas a la buena constitución* », p. 482, a propósito de un autor que, tras 1789, ya hace intento de forzar la forma y respecto al cual tampoco falta la lectura usual que cancela elementos aún entonces básicos como el municipal intercorporativo: José PALLARES, *León de Arroyal o la aventura intelectual de un ilustrado*, Granada 1993, ap. IV.1.3.4: « Hacia un nuevo sistema político ».

<sup>(88)</sup> Y sobre la cual, como ya sabemos, aquí tenemos todo el libro de B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, y el último apartado del de L. Mannori, *Il sovrano tutore*.

<sup>(89)</sup> Juan de SOLORZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1648), Amberes 1703, libro 2, cap. 4, n. 27, y cap. 28; y hay otras ediciones del XVIII, Madrid 1736-1739 y 1776.

<sup>(90)</sup> J. DE SOLORZANO PEREIRA, *De Indiarum Jure sive de justa Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione et Retentione Tomus primus y sive de justa Indiarum Occidentalium Gubernatione Tomus secundus* (1629-1639), Madrid 1777, vol. I, libro 2, cap. 9, nn. 19-21, 39 y 53. La *Política Indiana* era versión aligerada, reelaborada y complementada.

<sup>(91)</sup> B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994, pp. 5-28.

ciones eclesiásticas mismas, como en el caso a los obispados, pues en esto tampoco era centralizado el modelo de una iglesia de planta también monárquica como aquella católica <sup>(92)</sup>. El rey podía ser respecto a ella *el patrono*, pero no era *el tutor*. Había su diferencia por la disminución y dependencia mayores de una parte y la prevalencia y el poder superiores de otra que suponía siempre *la tutela* <sup>(93)</sup>. En un sentido centralizado, tutora podía ser la iglesia y tutor también en efecto el monarca, pero ambos solamente de los indígenas y sus comunidades de allá por las colonias lejanas.

No digo que influyeran hasta el punto de ser decisivas unas cosas en la otra, de una parte el régimen americano en la inhibición europea de *la tutela* monárquica y de otra parte *la autotutela* eclesiástica en la otra autotutela corporativa, la de índole local. Con el *derecho canónico* flanqueando entonces al *civil* e incluso fundido a él en cuestiones como ésta de carácter corporativo, una iglesia como la católica tenía una cobertura propia bien cualificada y muy superior frente a las insinuaciones monárquicas. Y parece que aún había posibilidades menores para una influencia simple y directa respecto a la otra vertiente, la de signo colonial.

La doctrina no le guardaba entonces a *los rústicos* de Europa mucha mayor consideración que a *los indios* de América, pero no les sometía por ello a tutela expresa <sup>(94)</sup>. El argumento de *la rusticidad* como base de intervención no deja de insinuarse para las comunidades rurales europeas <sup>(95)</sup>, pero la doctrina de la correspondiente tutela no parece acabar de cobrar nunca cuerpo. La misma insinuación podría tomarse como un insulto, o como una insolencia que diría Tocqueville, respecto a las comunidades urbanas <sup>(96)</sup>. Que existiendo unas bases

<sup>(92)</sup> Riccardo ORESTANO, *L'assimilazione canonistica degli enti ecclesiastici ai pupilli e la sua derivazione romanistica*, en *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, París 1965, vol. II, pp. 1353-1357; Franco E. ADAMI, *Ecclesia minoribus aequiparatur. Valore della massima e connessi problemi di qualificazione giuridica dei controlli canonici sull'amministrazione degli enti ecclesiastici*, Padua 1970.

<sup>(93)</sup> Christian HERMANN, *L'Eglise d'Espagne sous le Patronage Royal, 1476-1834. Essay d'ecclésiologie politique*, Madrid 1988, aun sin sentir esta eclesiología la necesidad de entrar en conceptos, a los que ya también apuntaba la *glossa* medieval del primer encabezamiento como puede verse. Para textos de nuestro tiempo y espacio, Gregorio MAYANS Y SISCAR, *Obras Completas*, ed. Antonio Mestre, vol. IV, *Regalismo y Jurisprudencia*, Oliva 1985; Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Escritos regalistas*, ed. S.M. Coronas, Oviedo 1993, vol. I, *Tratado de la Regalía de España* (1753), es decir, del *patronato*; no confundir con su *Tratado de la Regalía de Amortización* (1765), facsímil, Madrid 1975.

<sup>(94)</sup> António M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, cap. 1: « Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica ».

<sup>(95)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, pp. 177 y 209, sólo indicios.

<sup>(96)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, p. 143, de un alegato de 1765: « J'ai oublié de parler de la liberté essentielle au corps municipal; je n'ent fixerai point l'étendue. Je

ciertas en la cultura dominante de entonces, el efecto, por lo que parece, no acabe nunca de producirse expresamente durante el antiguo régimen, es señal más que elocuente.

Entre una política de *centralización* y una doctrina de *rusticidad*, entre una cosa y la otra con toda la panoplia *corporativa* de por medio, parece haber tanta base histórica para *la tutela administrativa* que, si no se produce el invento, es tal vez porque no pudiera producirse, porque no existieran condiciones. La misma base política, que es la determinante para nuestros estudios, quizá todavía responda, con todo lo aparente que resulta, más a presunciones que a evidencias. Entre la materia institucional y la forma jurisdiccional, entre los componentes y la composición, en aquel sistema complejo por compuesto, difícilmente cabrían cosas como un *centro* propio de derecho, una *jerarquía* estricta de jurisdicciones o una *administración* común de instituciones <sup>(97)</sup>. Malamente cabía la misma idea de centralización. No cabe allí todo aquello que parece preciso históricamente, y que por ello suele presumirse historiográficamente, para que haga su entrada *la tutela administrativa*. Con razón seguramente no la hizo.

En la obra de Tocqueville, el asunto hizo su ingreso de otra forma, lo que quizá signifique que así, conforme a dichas apariencia y presunción, no fue como entró la cuestión en la historiografía. La entrada puede que fuera constitucional, por problema de esta índole, y no histórica, por evidencia de este carácter. De momento, ya sabemos que el asunto ni siquiera se suscitó mirándose a Francia, ahí donde existía, sino visitándose Angloamérica, allí donde su inexistencia podía contrastar para un observador francés. Tocqueville no fue de los que se recluían en Europa. Había realizado tal viaje americano según hemos visto que nos recordaba en *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Le fue a él de provecho entonces y puede serlo todavía a nosotros ahora.

Antes de *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Tocqueville ya había producido *De la Democracia en América*. Allí encontró el asunto <sup>(98)</sup>. Ahí le chocó lo que le hizo descubrirlo: la autonomía local como rasgo constitucional e incluso como base de un sistema tal <sup>(99)</sup>. La impresión

dirai seulement que si on la gênoit, si on la mettoit dans quelque dépendance particulière, on n'y verroit que des esclaves ».

<sup>(97)</sup> A.M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho*, cap. 4: « Centro y periferia »; J. VALLEJO, *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation*, en *Ius Commune*, 19, 1992, pp. 1-29; José MARTÍNEZ MILLÁN (ed.), *La Corte de Felipe II*, Madrid 1994.

<sup>(98)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. XIII.1, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, 1977, carta suya de 29-VI-1831 desde cerca de Nueva York, con la cuestión municipal entre otras que confrontaba continuamente con Francia y que también se harían preocupaciones típicamente tocquevilianas, como la asunción social del derecho o como la libertad de sucesiones.

<sup>(99)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 5:

se la había ya también deparado a su modo Inglaterra <sup>(100)</sup>. Había descubierto lo que, por contraste con el régimen de *derecho administrativo*, puede resultar un *autogobierno*, un sistema constitucional que conoce un gobierno en manos de las corporaciones. En dicho vocablo en inglés, en el término de *selfgovernment*, podrá cifrarse el contraste <sup>(101)</sup>. Puede representar un desarrollo de la autotutela en tiempo constitucional que se acunará y reducirá en zonas de tutela para favorecerse este mismo asentamiento de un poder estatal <sup>(102)</sup>. Pudiendo redefinirse la *autotuleta* corporativa como *selfgovernment* municipal, un autogobierno que tampoco así corresponde a la colectividad sino a sus rectores, el concepto pudo servir para su contrario, para asegurarse la presencia tutelar de un poder central <sup>(103)</sup>, pero aún con

---

« Nécessité d'étudier ce qui se passe dans les Etats particuliers avant de parler du gouvernement de l'Union. Du système communal en Amérique... »; parte II, cap. 8: « De ce qui tempère aux Etats-Unis la tyrannie de la majorité. Absence de centralisation administrative... ».

<sup>(100)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. V.2, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, 1958, cap. 1: « Voyage en Angleterre de 1833 », ap. 3: « Carnet alphabétique », voz « Centralisation », comunicación de John Bowring: « L'Angleterre est le pays de la décentralisation. Nous avons un gouvernement, mais nous n'avons pas d'administration centrale... Je conçois que rien n'est plus difficile que d'habituer les hommes à se gouverner eux-même. Là, cependant, est le gran problème de votre avenir »; cap. 2: « Voyage en Angleterre et en Irlande de 1835 », anotación de 29 de junio en Birmingham: « Nous marchons (en France) à l'indépendance des provinces ou à leur asservissement complet et à la destruction de la vie municipale. Discussion pratique sur ce sujet. Introduction graduelle du principe anglais et américain qui, à vrai dire, n'est que le principe général des peuples libres ».

<sup>(101)</sup> Gumersindo DE AZCARATE, *El « Self-Government » y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid 1877, ap. 6.4: « Consecuencias perjudiciales de la centralización administrativa », p. 218: « Con este término (*selfgovernment*), tomado en estricto sentido, expresan los ingleses las libertades locales », pero con referencias de otra procedencia, pues viene utilizando precisamente a Tocqueville, tanto *Democracia en América* como *Antiguo Régimen*, y puesto que a continuación a quien cita es a Rudolf von GNEIST, *Darstellung des heutigen englischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes*, vol. II, *Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung oder das System der « Selfgovernment » in seiner heutigen Gestalt*, Berlín 1860. G. DE AZCARATE, *Municipalismo y regionalismo* (1875-1915), Madrid 1979, reúne otros textos y discursos.

<sup>(102)</sup> Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán 1979, cap. 3: « Verso la fondazione del Reich: La dottrina del Stato tra *Organicismo* e *Statualismo* »; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, 1800-1914, Munich 1992, cap. 9: « Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre, 1850-1914 »; Wolfgang POGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte, 1748-1914*, Berlín, 1995, pp. 80-88.

<sup>(103)</sup> R. GNEIST, *L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, Turín 1896, sin indicación de traductor, vol. I, pp. 45-54: Conrad BORNHAK, *Rodolfo Geist* (necrología), p. 52: « L'idea é puramente tedesca, e propriamente prussiana, e non inglese », refiriéndose a ello, al *selfgovernment* sin especificar sentido y realmente en el dicho.



esto el término mantiene su fuerza por el efecto de contraste, aparte así incluso el mismo caso de origen <sup>(104)</sup>.

De la *Democracia en América* tiene un temprano y significado comentarista británico que le atribuye el mérito de captar y valorar el *selfgovernment*. Fue John Stuart Mill, con quien Tocqueville tenía trato y mantenía correspondencia. La reseña del uno identifica como punto esencial de la exposición del otro la percepción y el aprecio del *local selfgovernment* norteamericano frente al *central government francés* <sup>(105)</sup>. Mas Tocqueville no parece que se hiciera con una terminología. Su uso del término de *selfgovernment* resulta sobrevenido y sin la precisión localista, pero es de un signo inequívocamente constitucionalista <sup>(106)</sup>. Tocqueville es también quien advierte de la conexión precisamente constitucional entre libertad local y libertad general <sup>(107)</sup>, quien adquiere así conciencia de este sentido integral del *selfgovernment* menos característico en cambio de la doctrina que elaborara ulteriormente el concepto aplicándolo sólo al municipio y sirviéndose para sus fines del predicamento del constitucionalismo inglés <sup>(108)</sup>. A lo que

<sup>(104)</sup> Pierangelo SCHIERA (ed.), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bologna 1993, con trabajos sobre *Selbstverwaltung*, de Fabio Rugge, *autarchia*, de Giulio CIANFEROTTI, y *fuero*, mío, y sobre los casos francés, de André Roux, e inglés, de Duncan Tanner, más documentación italiana, por Valentina Marchetti, que incluye (pp. 249-259) el apartado de «Sviluppo e carattere del *Selfgovernment*» de la traducción citada del Gneist sin unas notas interesantes algunas precisamente por autorremisivas.

<sup>(105)</sup> John STUART MILL, *On Politics and Society*, ed. Geraint L. Williams, Sussex 1976, cap. 9: «M. de Tocqueville on Democracy in America» (1840), p. 204: Tocqueville «sees the principal source and security of American freedom... in the administration of nearly all the business of society by the people themselves», con lo cual «the question whether the French are to be a free people, depends, in his opinion, upon the possibility of creating a spirit and a habit of local self-government», sabido que en Francia, tras la revolución, «the central government easily drew to itself not only the whole local administration, but much of what, in countries like ours, is performed by associations of individuals».

<sup>(106)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, nota en p. 289: «Le plus léger contact du *self-government* l'aurait profondément modifiée et rapidement transformée ou détruit», refiriéndose a la desigualdad estructural del antiguo régimen. No sé de estudio sobre la aparición del término en Tocqueville, pero veo que suele anticiparse sin base: LUIS DIEZ DEL CORRAL, *El pensamiento político de Tocqueville. Formación intelectual y ambiente histórico*, Madrid 1989, p. 54.

<sup>(107)</sup> Nuestra segunda cita de encabezamiento al inicio de estas páginas: A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 289, que es nota suya; con variantes como las de *locales* por *provinciales* y *générale* por *nationale* en los primeros calificativos de la libertad: vol. II.2, *Fragments et notes inédites sur la Révolution*, p. 347. Valorando entonces menos la autonomía tradicional frente a la heteronomía revolucionaria, la utilicé en *El Código y el Fuero*, pp. 80-81.

<sup>(108)</sup> A falta del estudio que merece el verdadero escamoteo del autogobierno constitucional mediante la construcción doctrinal del *selfgovernment* local, el hecho también es que en Inglaterra no se hizo propia la imagería especularmente forjada por Gneist: Josef REDLICH y Francis W. HIRST, *The History of Local Government in England*

ahora nos interesa, el descubrimiento de la autonomía local en el autogobierno constitucional, de una cosa en la otra, fue de Tocqueville, aunque él no lo bautizara ni tampoco lo desvirtuara.

Descubrió con ello Tocqueville otra cosa, no lo que hallara en su viaje, sino lo que dejara en casa: el *derecho administrativo*, una realidad contraria. La identificación y el reconocimiento ya se produjeron por contraste. Lo que le chocó a Tocqueville fue la carencia en Angloamérica, reparando de este modo en la existencia en Francia. Viniendo de donde venía, experimentó el hallazgo como una falta: la de un *derecho* que en tal caso, no dándose en latitudes primigeniamente constitucionales, podría no merecer el nombre para un sistema de esta clase. Tocqueville se sorprendió incluso de la ignorancia que él traía y de la que sólo entonces fue consciente respecto a la entidad y los mecanismos de tal *derecho administrativo*, derecho no incluido entre los códigos expresos del ordenamiento francés y derecho que apoderaba a gobierno central al margen de justicia y de parlamento. Comenzó por buscar asesoramiento de quienes tenían experiencia política de derecho administrativo, como su propio padre, para tratar de entender cómo la pieza encajaba en un sistema que también se predicaba constitucional (109). La misma perplejidad de unos interlocutores norteamericanos e ingleses ante sus intentos explicativos, le hizo ver que no lo lograba (110).

*De la Democracia en América* trata de Francia como en un espejo. El mismo Tocqueville llegaría a tener la sensación de haber emprendido su viaje para aclararse a sí mismo cobrando una perspectiva y logrando un contraste. Estaba en cuestión *la democracia*, su dimensión constitucional de autogobierno, pero no en América, no para Angloamérica, sino en Europa, para Francia (111). No vamos a decir que giró el viaje

---

(1901-1903), Londres 1958, pp. VII-XV: « Introduction » de Bryan KEITH-LUCAS; W. POGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, pp. 100-106.

(109) James T. SCHLEIFER, *Cómo nació « La Democracia en América » de Tocqueville* (1980), México 1984, parte IV: « La democracia, la centralización y los despotismos democráticos », cap 10: « La centralización y las libertades locales » a cap. 13: « Las concepciones cambiantes de Tocqueville acerca del despotismo democrático », con noticia de todo lo dicho.

(110) A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6: « Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique », concluyendo en una especie de apéndice con el intento de explicar el contrapunto del derecho administrativo: « J'ai souvent essayé de faire comprendre... à des Américains ou à des Anglais, et il m'a toujours été très difficile d'y parvenir ».

(111) *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, vol. XIII.1 citado, carta suya sin fechar, de finales de junio de 1835, p. 374: « Les uns trouveront qu'au fond je n'aime pas la démocratie et que je suis sévère envers elle, les autres penseront que je favorise imprudemment son développement... Je sais tout cela, mais voici ma réponse: il y a déjà près de dix ans que je pense une partie des choses que je t'exposais tout à l'heure. Je n'ai été en Amérique que pour m'éclairer sur ce point... Dans



en redondo y que fue una excursión mental aquel turismo constitucional. Por serlo real y además de esta clase, por no ser una operación como la de quienes luego forjaron la sedicente doctrina del *selfgovernment*, aquella incursión rindió un conocimiento no sólo ajeno, sino también propio, lo segundo por lo primero. *De la Democracia en América* puede contener discrepancias y mostrar vacilaciones de juicios y vaticinios <sup>(112)</sup>, pero un dato es firme: el que percibe la autonomía constitucional y la discierne del poder político.

Ya por esto, ya sólo por esto, *De la Democracia en América* interesa al asunto del *derecho administrativo* que vendrá luego a ocupar una posición central en *El Antiguo Régimen y la Revolución* o que ya comenzaba a tenerla en el ánimo del propio autor <sup>(113)</sup>. Importa así, no a las tierras que se visitaran y a las realidades que allí se vieran, sino a cuestión propia de terreno propio.

8. Tocqueville había cursado derecho, había ejercido de juez en Francia, había hecho una cosa y la otra en los años inmediatamente anteriores a su viaje a América, y no había visto tal *derecho*, el *derecho administrativo* <sup>(114)</sup>. Su formación jurídica había sido de códigos: de leyes postrevolucionarias y sólo de leyes sin más historia <sup>(115)</sup>. En vigor

---

ce pays (les Etats-Unis) où je rencontré mille objets en dehors de mon attente, j'en ai aperçu plusieurs sur les questions que je m'étais si souvent faites à moi-même. J'ai découvert des faits dont la connaissance me semblait utile. Je n'allais point là avec l'idée de faire un livre, mais l'idée du livre m'y est venu. Je me suis dit que chaque homme devait compte à la société de ses pensées... ».

<sup>(112)</sup> Seymour DRESCHER, *Tocqueville's Two Democracies*, en *Journal of the History of Ideas*, 25, 1964, pp. 201-216, aps. 4 y 5: « Association and Activity » y « Centralization ».

<sup>(113)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Etat social et politique de la France avant et depuis 1789* (1836), reproducido en la edición de *Oeuvres Complètes* como especie de introducción de *L'Ancien Régime et la Révolution*, II.1, pp. 31-66, interesando la parte II, con la comparación respecto a Inglaterra y con la vacilación entre perspectivas: « que chaque individu, et par extension chaque peuple, a le droit de diriger ses propres actes » (p. 63) o, al contrario, « que la portion démocratique des sociétés éprouve un désir naturel de centraliser l'administration » (p.55), posibilidad que considera más porque más teme.

<sup>(114)</sup> Tocqueville estudia en la Facultad de Derecho de París entre 1823 y 1826, en unos años de supresión, por reacción política de 1822, de la materia de *Droit administratif français* que ya se había planteado en 1819 y que no se reimplanta hasta el de 1828: Catherine LECOMTE, *La Faculté de Droit de Paris dans le tourment politique, 1830-1848*, pp. 62-63, en *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 10-11, 1990, pp. 59-98. El mismo arranque definitivo de una tratadística de derecho administrativo es ulterior al restablecimiento de 1828: Gilles J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration Publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París 1991, pp. 339-356: prosopografía y bibliografía del XIX.

<sup>(115)</sup> Las primeras vicisitudes académicas del derecho administrativo las compartían otras materias también tenidas entonces por no jurídicas y así proclives a especulaciones políticas: Madelaine VENTRE-DENIS, *La première chaire d'Histoire du Droit a la*

no parecía haberlas orgánicas ni procedimentales de materia administrativa <sup>(116)</sup>. Tampoco es que no las hubiera en absoluto, pues toda la administración, inclusive la municipal, había sido constituida y además recientemente por legislación revolucionaria y, sobre todo, napoleónica; pero, de una parte, este cuerpo legislativo, por conservar valor constitutivo, no mantenía capacidad reguladora sin ser por ello además como tal y por entero sustituido y, de otra parte, no se encontraba el mismo a la vista del estudiante en los años de formación jurídica de Tocqueville <sup>(117)</sup>.

Con ello, una administración centralizada ya podía estar discretamente dotándose en un grado superior tanto de una presunción de poder político sobre libertad individual como de *tutela* sobre las administraciones locales. Y una doctrina podía estar ya contribuyendo. Asumía todo ello ofreciéndole la cobertura de unas construcciones propias que no tanto recuperaban planteamientos prerrevolucionarios como los producían nuevos con aprovechamiento de materiales pretéritos que presuntamente añadían una autoridad de cultura. El capítulo de *la tutela* siempre ilustra <sup>(118)</sup>.

Su concepto se está aplicando al municipio por la propia administración desde época napoleónica y empieza a construirse por la doctrina al cabo de un par de décadas con el recurso a la cita de juristas añejos, desde Baldo a Domat, apto para la invención de dicha autoridad más que política y más así que legislativa <sup>(119)</sup>. Son cosas que se inician cuando el nacimiento y durante la infancia de Tocqueville,

---

*Faculté de Droit de Paris, 1819-1822*, pp. 598 y 615, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 53, 1975, pp. 596-622.

<sup>(116)</sup> *Les Six Codes, précédés de la Charte Constitutionnelle et de ses Lois Organiques*, París 1828, siendo estas leyes, para el tiempo de estudio de Tocqueville, las de de prensa de 1814 a 1822, las de reclutamiento militar de 1818 a 1824, las electorales de 1817 a 1824 y diversas de tasas fiscales. Los seis códigos eran, reformados, los cinco napoleónicos (el civil, el de comercio, el penal, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal), más uno forestal.

<sup>(117)</sup> (Joseph-Marie) DE GERANDO, *Institutes du Droit Administratif Français. Elements du Code Administratif réunis et mis en ordre* (1829-1836), París 1842-1846, edición en parte ya póstuma, vol. I, « Prolégomènes », división 4: « Des caractères légaux de l'administration publique ». De Gérando fue el primer catedrático de derecho administrativo en París entre 1819 y 1842 con el paréntesis dicho entre 1822 y 1828 por supresión de la materia: G.J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration Publique, 1789-1889*, pp. 347-348.

<sup>(118)</sup> J.M. DE GERANDO, *Institutes de Droit Administratif Français*, prolegómenos dichos para las cuestiones generales y, para la particular, vol. V, lib. 5, tit. 2, cap. 3, div. 2: « Tutelle des communes », introduciendo y modulando el concepto con la referencia de la *tutela* de menor y con el sustento exclusivo de la propia definición doctrinal en lo que toca a la introducción misma del concepto.

<sup>(119)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, pp. 493-494, registrándose presencias en recopilaciones administrativas, la del término en 1806 y la del concepto, con las citas inventivas de tradición desde Baldo a Domat, en 1823.

que le pasan desapercibidas en su juventud y que se ponen de manifiesto en los años de su madurez, los que transcurren entre sus obras. En la misma cuestión específica de *la tutela administrativa*, repararía *El Antiguo Régimen y la Revolución* y no, años antes, *De la Democracia en América* <sup>(120)</sup>.

Con razón Tocqueville pensaba que podía haber *cosa sin haber palabra*. La cosa misma, *el derecho administrativo*, se le hizo visible donde no existía, donde no se le nombraba porque no se le tenía, en Angloamérica. Para Francia, lo que era desde dentro tan normal como para poder ser incluso imperceptible, se hizo avistable y a la vez anómalo desde fuera. Así le nació a Tocqueville no sólo una curiosidad intelectual, sino también y sobre todo una preocupación moral. De vuelta a casa, licenciada con éxito *De la Democracia en América* y entre empeños constitucionales, embarazos políticos y retiros sociales, la sensibilidad por el asunto no le abandonó <sup>(121)</sup>.

*El derecho administrativo* constituía para él un problema por sí y en sí mismo, ocupándose de la crítica de una primera tratadística en base sustancialmente a que suplantaba constitución y ley para imponer además poder sobre derecho o institución sobre libertad. Con dicha preocupación y con este abordaje, entre el interés intelectual y la labor política, ahora es cuando parece que Tocqueville estudia instituciones administrativas. Lo cual siempre acontece entre *De la Democracia en América* y *El Antiguo Régimen y la Revolución*, libros que así pueden guardar una secuencia más que cronológica. Les comunica el hilo del derecho administrativo, el cable de su cuestión constitucional <sup>(122)</sup>.

---

<sup>(120)</sup> La cuestión que Tocqueville, en el pasaje citado de *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6, intentaba explicar en Angloamérica y no conseguía que se entendiese, no era en concreto la tutela, sino el privilegio judicial de agente público que más tarde tocaremos, el de requerirse para procesamiento autorización de un órgano además administrativo y no judicial como el Consejo de Estado y esto por añadidura sin sustento constitucional ni legal en vigor y sin forma judicial de operarse de otro modo. Todavía al final veremos que *De la Démocratie en Amérique*, su segunda parte, confiere suma importancia a la cuestión de la tutela, pero no concretándose aún como *administrativa*, sino todavía en el sentido más bien de la cita de su bisabuelo que ya hemos visto en la primera parte de *De la Démocratie*. Las fechas ya las he indicado: 1835 (*Démocratie I*), 1840 (*Démocratie II*) y 1856 (*Ancien Régime I* y único).

<sup>(121)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. III.2, *Ecrits et discours politiques*, 1985, parte I: « Le régime représentatif et son fonctionnement », cap. 3: « Structures et jeux des institutions », aps. A.2, C y E: « La centralisation administrative et le système représentatif » (1844), « La place du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs » (1843-1845) y « Les droits de l'administration en matière de recensement » (1841).

<sup>(122)</sup> Anna Maria BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, en sus *Studi su Tocqueville*, Florencia 1989, pp. 271-303; L. MANNORI, *Tocqueville critico de Macarel*, en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 607-615, a propósito éste de la anterior y con referencia ambos a la crítica de Tocqueville en 1846

Para intentar explicar lo que el uno, *De la Democracia en América*, no entendía, dicho encaje constitucional de la pieza formada por el derecho administrativo, el otro, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, se ocupa de su procedencia, radicándola finalmente en un tiempo anterior, en una fase de historia no constitucional, en el régimen dicho antiguo. El mismo Tocqueville protestó por la reducción de su objeto a la materia administrativa <sup>(123)</sup>, pero de esta preocupación provenía la obra y de esa explicación trataba un núcleo <sup>(124)</sup>. De la autovindicación tampoco puede decirse que no haya tenido éxito <sup>(125)</sup>, desafortunadamente desde luego para nuestro asunto. Ni *De la Democracia en América* pasa por una obra de derecho constitucional ni *El Antiguo Régimen y la Revolución* se tiene por historia del derecho administrativo.

Si no son una cosa y la otra, es porque son eso y más. La obra de Tocqueville provoca un cruce vital entre uno y otro elemento. Se halla en el origen de la contraposición clave entre *derecho administrativo* y *derecho constitucional* o todo un sistema que merezca esta última calificación. Está en la raíz de una confrontación fundamental que, por manida un tiempo y por olvidada luego, no deja de guardar sentido. Pudo ser recurrente desde la perspectiva de matriz inglesa. Inglaterra y Angloamérica han mantenido la base jurisdiccionalista en tiempo constitucional asumiendo como principios de la propia justicia unos derechos de carácter individual, aquello que radicalmente faltaba en el mundo jurisdiccional del antiguo régimen <sup>(126)</sup>. Es un contexto consti-

---

al *Cours de Droit Administratif* (1844) de Louis Antoine Macarel, el segundo ocupante de la cátedra parisina de derecho administrativo, entre 1842 y 1849.

<sup>(123)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. IX, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et d'Arthur de Gobineau*, 1959, pp. 295-296, carta suya de 5-VIII-1858: « Mais n'était-il pas permis d'être un peu de mauvaise humeur quand un homme intelligent comme vous, qui a lu ce que je viens d'écrire et qui a pu si bien juger d'avance de qui me reste à faire, transforme une étude générale sur les causes, le mouvement et les effets de cette immense évolution de l'humanité qu'on appelle la révolution française en un ouvrage sur les institutions administratives? ».

<sup>(124)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 2, cap. 2: « Que la centralisation administrative est une institution de l'ancien régime, et non pas l'oeuvre de la Révolution ni de l'Empire, comme on le dit »; cap. 3, el de la tutela visto; cap. 4: « Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime », y otros de títulos ya no tan expresivos.

<sup>(125)</sup> François FURET, *Penser la Révolution française*, París 1978, parte II, cap. 2: « Tocqueville et le problème de la Révolution française »; L. DíEZ DEL CORRAL, *El pensamiento político de Tocqueville*, apéndice: « Los avatares de la fama de Tocqueville ».

<sup>(126)</sup> John Philipp REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. III, *The Authority to Legislate*, Madison 1991; James R. STONER Jr., *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence 1992; B. CLAVERO, *Garantie des Droits: emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en Andrea Romano (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei Diritti nella carte*

tucional en el que así puede también mantenerse una base corporativa y en el que, sobre todo, no tiene en principio un *derecho administrativo* entrada ni cabida.

Así pudieron darse y repetirse la comparación, la contraposición y la confrontación. Así y retomándose a Tocqueville <sup>(127)</sup>, podrá reproducirse un careo desfavorable desde luego para el *derecho administrativo* y virtualmente más aún para un capítulo suyo como el de *la tutela*. A unas alturas como las de finales del XIX en las que todavía no se había fijado una imagen del sistema constitucional inglés <sup>(128)</sup>, podrá mejor hacerlo alguien que, como Albert Venn Dicey, la acuña en su *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución* <sup>(129)</sup>. Lo hace con su invento del *rule of law*, el imperio del derecho <sup>(130)</sup>.

Identifica Dicey un tal derecho, el derecho constitucional, con la impronta definitoria de dicha categoría de *rule of law* como *rule of right*, imperio de derecho de institución o de carácter objetivo como primacía de derecho de libertad o de esta naturaleza subjetiva, y cuadrando el círculo mediante la competencia de la justicia en garantía del propio derecho de libertad <sup>(131)</sup>. Esto puede marcar un contraste que se aborda y trata: *Rule of Law compared with «Droit Administratif»* <sup>(132)</sup>, el principio constitucional de la regla del derecho confrontado con el *derecho administrativo*, es un capítulo clave para su propia exposición, para su introducción al *Derecho de la Constitución* sin locativos ni otros adjetivos. Tocqueville le ayudó con su contraste del *droit administratif*. Es el punto de partida para la confrontación constitucional <sup>(133)</sup>. Dicey

---

*costituzionali europei: Profili storici e comparatistici. In onore di Francisco Tomás y Valiente*, Milán 1994, pp. 19-39.

<sup>(127)</sup> J.P. MAYER, *Histoire de l'influence de L'Ancien Régime*, pp. 252-253, en su edición que venimos citando, II.1, pp. 335-355.

<sup>(128)</sup> B. CLAVERO, *Estudio introductorio*, ap. 1.3: « Constitución de Inglaterra: el derecho », en Jean Louis DE LOLME, *Constitución de Inglaterra* (1771), Madrid 1992, con las referencias, que ahora más interesen, a *The English Constitution* (1867-1872) de Walter BAGEHOT y a *Law and Custom of the Constitution* (1886) de William R. ANSON.

<sup>(129)</sup> Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Londres 1959, reprint 1985.

<sup>(130)</sup> H.W. ARNDT, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, en *The Australian Law Journal*, 31, 1957, pp. 117-123, persiguiendo fuentes, pone en realidad de relieve la invención. La fuente más cercana parece ser W.E. HEARN, *The Government of England*, Londres 1867, quien, como hará Dicey, ya recurría a Tocqueville para la contraposición entre derecho constitucional inglés y régimen administrativo francés.

<sup>(131)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte II: « The Rule of Law », cap. 5: « The Right to Personal Freedom », entre otros derechos más bien contados, pero que así resultan unos *rights*, de lo más definitorio tanto para el mismo *rule of law* como para la propia *Constitution*.

<sup>(132)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte II, cap. 12, que lleva dicho título.

<sup>(133)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, entrada de dicho capítulo del « Rule of Law compared with *Droit Administratif* » con el motivo primero

retoma el asunto donde Tocqueville lo dejara y lo desarrolla mucho más tanto en lo que interesa particularmente al *derecho administrativo* como en lo que importa a la comparación. Y Dicey tuvo un éxito. La invención del *rule of law* es hoy más pacífica que la figura del descubridor <sup>(134)</sup>.

El círculo entre *law*, derecho objetivo, y *right*, derecho subjetivo, precisaba también de encaje en la exposición de Dicey porque el *rule of law* no era en ella principio primero. Le precedía otro: la *sovereignty of Parliament*, soberanía del Parlamento, una soberanía central incluyendo a Monarquía y reduciendo autonomías <sup>(135)</sup>. Por su idea del *rule of law*, Dicey está en buenas condiciones para la percepción del fenómeno contemporáneo del *derecho administrativo* como ordenamiento nacido y crecido sin cobertura jurídica, no sólo sin la judicial, sino también sin una legislativa constante y suficiente, lo que fuera más de esperar conforme al propio planteamiento de su sistema sedicentemente también constitucional. Por la previa de la *sovereignty of Parliament*, está en malas condiciones. No lo está en absoluto para apreciar nuestro asunto local.

Entre los capítulos que confronta, no entra el del *selfgovernment* local, no sólo seguramente porque una doctrina continental lo había desvirtuado, sino también porque el asunto era entonces sensible a escala mayor por los problemas del Imperio y en particular por el de Irlanda, de cuya *home rule* o autonomía particular Dicey fue un notorio opositor <sup>(136)</sup>. Su principio de soberanía del Parlamento también miraba a esto <sup>(137)</sup>. Con ello su introducción constitucional no nos

de la comparación de Tocqueville, el de la responsabilidad de los funcionarios como ya vimos, y a continuación, p. 331: « This absence from the institutions of the American Commonwealth of anything answering to *droit administratif* arrested the observation of de Tocqueville from the first moment when he began his investigations ».

<sup>(134)</sup> Richard A. COSGROVE, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Londres 1980; David SUGARMAN, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, en *The Modern Law Review*, 46, 1983, pp. 102-111, a propósito del anterior.

<sup>(135)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte I: « The Sovereignty of Parliament », cap. 3: « Parliamentary Sovereignty and Federalism », que es también capítulo comparativo, marcando éste con su contraste la naturaleza que entiende no federal del sistema constitucional inglés, p. 139: « Our system of government is (to use a foreign but convenient expression) *unitarianism* ».

<sup>(136)</sup> No he visto su *England's Case against Home Rule*, Londres 1886, que sobre todo le valiera esta notoriedad, pero el propio título ya parece expresivo de una posición especialmente negativa respecto a la autonomía en el seno del Imperio: el *caso* es de *Inglaterra*, de derecho inglés y no británico, no de Gran Bretaña, como tampoco de la Corona, del Reino Unido o de alguna entidad que pudiera entenderse común entonces a Irlanda.

<sup>(137)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte I, cap 2: « Parliament and non-sovereign law making bodies », figurando entre éstos legislaturas



ofrecerá nada nuevo respecto a nuestra cuestión concreta de *la tutela*, pero, junto con el debate consiguiente, podrá interesarle sin necesidad además de que nos adentremos y distraigamos por nuevos capítulos. Bastará con asomarse.

9. El contraste ha tendido a olvidarse, pero estaba bien vivo, precisamente por controvertido, hasta mediados al menos de nuestro siglo (138). El mismo Dicey no dió de mano con el asunto ni cejó en la polémica (139). Interesaba ante todo por su alcance constitucional, por esta dimensión que luego menos se aprecia. Comenzó a equipararse pronto acción administrativa de habilitación parlamentaria y competencia judicial, esta evolución constitucional angloamericana, con poder administrativo de derecho propio, este fenómeno de otra matriz. Comenzaron a identificarse ambas cosas y así a confundirse una con otra como *derecho administrativo* sin distingos. La confusión podía empezar a producirse en el mismo campo constitucional, el de matriz inglesa, dentro del cual el hecho de apreciarse una contaminación de la otra parte era cosa que servía a la resistencia frente a cualquier tipo de desarrollo administrativo, no sin base por lo demás en lo que se arriesgaba de competencia judicial (140).

No vamos a revisar de nuevo todo el debate que arranca de Tocqueville y relanza Dicey, ni es ésta la ocasión ni tengo además a mano los debidos materiales, pero creo que interesa recalcar en su clave precisamente constitucional (141). La misma polémica tuvo su vertiente

---

como las coloniales y también, sin relieve alguno, por mención tan sólo, las corporaciones municipales.

(138) Sabino CASSESE, *Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo*, en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1990, pp. 5-82; C. PETIT, *La anécdota americana de Federico Cammeo*, pp. 550-551, en *Quaderni Fiorentini*, 22, 1993, pp. 547-560.

(139) Dicey estuvo retocando el texto de su *Introduction to the Law of the Constitution* y añadiéndole notas hasta la edición de 1908, para la que rehizo nuestro capítulo comparativo; en la de 1915, última que él cuidó, agregó una larga introducción de polémica abundando en el asunto con concesión, preocupación y reafirmación que también al tiempo transmite su breve artículo sobre *The Development of Administrative Law in England*, publicado originalmente en *Law Quarterly Review*, 31, 1915, pp. 148-153, y reproducido como apéndice en ediciones siguientes, así en la que cito.

(140) A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (1905), Londres 1965, caps. 7-9: « The Growth of Collectivism », « Period of Collectivism » y « The Debt of Collectivism to Benthamism ».

(141) S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo*, pp. 60-82, reseña que amplía referencias, pero en la que falta lo que creo tal clave respecto a la misma posición de Dicey: el *rule of law* en el sentido de imperio no de ley, como suele mal traducirse, sino de derecho y de derecho además primariamente de libertad personal, del *right* de este alcance; respecto a Tocqueville, cuya ciencia iusadministrativa reivindica, no diferencia etapas, como tampoco lo cuida, con el mismo efecto a mi entender de pérdida de clave, respecto al crítico del que ahora hablaremos.

interna en el mundo anglo. Por una parte, comenzaba a apreciarse la virtud política del *derecho administrativo*, su capacidad para una intervención social en un grado impensable dentro del constitucionalismo propio y originario. Pero por otra parte, para el mismo aprecio, también podía haber motivaciones jurídicas, las que han de importarnos aquí por ser las que interesan al aspecto constitucional. La cotización de un tal derecho pudo subir por motivos no sólo políticos, sino también jurídicos, y éstos son los que han de interesarnos.

Tanto pesaron un género y otro de motivos que, en un momento aún aligido del debate, Harold Laski pudo acabar descalificando la misma comparación entre *rule of law* y *droit administratif*, la que confrontaba a favor de la una y en detrimento del otro tal regla definitivamente constitucional y tal orden caracterizadamente político. Así nos asegura que, cuando Dicey estaba enseñando a los ingleses que eran libres de las riendas del derecho administrativo, « una verdad a medias en el mejor de los casos que sólo además infundía una complacencia peligrosa », los administrativistas franceses y los alemanes estaban ya depurando sus sistemas « de los aspectos que pudieran resultar sospechosos para un jurista de *common law* », de esta matriz inglesa <sup>(142)</sup>. Parece que cambian las tornas. Laski tenía sus razones para creerlo, unas razones antes jurídicas que políticas.

El *rule of law*, el régimen del derecho, sería una verdad a medias porque, según Laski, conocía cortocircuitos precisamente en el terreno público, en el mismo terreno del derecho administrativo y no en forma muy distinta a la que se creía característica de éste. En el sistema inglés resistía un principio de irresponsabilidad de la monarquía con prerrogativa o poder propio del que podía valerse el gobierno permitiendo así a los agentes públicos escapar en casos de la justicia, mientras que, como observaba también Laski, los regímenes de derecho administrativo podían haber evolucionado generando mecanismos de justicia propia y superando así una situación parecida. El problema igual se daba en Angloamérica. Laski tampoco deja de observarlo. Allí, cada uno de los Estados, y no sólo el conjunto de los Estados Unidos, gozaban de dicha especie de privilegio soberano. No respondían como tales ante la justicia. A ello se unía, tanto en la Europa como en la América inglesas, el desarrollo de unas agencias públicas que no siempre se sujetaban a competencia judicial sin contarse con la alter-

---

<sup>(142)</sup> Harold J. LASKI, *Studies in Law and Politics*, Londres 1932, cap. 7: « The Technique of Judicial Appointment », de un par de años antes, p. 179: « When Professor Dicey was instructing Englishmen that they were free from the trammels of administrative law, at best a halftruth which ministered only to a dangerous complacency, French teachers and German teachers of law were purging their administrative systems of what features a common lawyer might regard as dubious ».



nativa de una justicia propia administrativa como la que ya se había creado en otras latitudes <sup>(143)</sup>.

La situación jurídica de un ámbito público podía parecer así mejor en unas latitudes ajenas que en las propias. Este es pronunciamiento del mismo Laski: « Derecho administrativo equivale a ausencia de derecho », pero es conclusión que ya no se refiere al *droit administratif*, sino que lo hace al *administrative law*, al derecho administrativo propio, aquel que se estaba desarrollando en casa, en la británica, sin adoptarse unos mecanismos de control interno ya ideados fuera. Así podía Laski agregar algo que, tras todo lo visto y en alguien de sensibilidad jurídica, pudiera resultar sorprendente: « Lo que se necesita es más bien la admisión franca de la justicia especial administrativa del Continente », aunque también añadiendo: « o algún procedimiento por el que los derechos del ciudadano privado encuentren la debida protección » <sup>(144)</sup>. Laski parece realmente sobrado de razones para mostrarse siempre escéptico y finalmente descreído con la contraposición de Dicey entre *rule of law* y *droit administratif*.

Pero obsérvese cómo se concreta la comparación por parte de Laski. A los efectos comparativos, ahora se presume que el requisito de atención a derecho de libertad resulta satisfecho por el *derecho administrativo*, por este régimen ya ducho en el establecimiento de controles propios sin consideración real de principio a un tal derecho del individuo <sup>(145)</sup>. La presunción realmente no se sostiene <sup>(146)</sup>, pero, rigiendo la comparación, importa siempre el caso propio y sirve en ocasiones el ajeno tan sólo de espejo. Obsérvese además que ahora se comparan, no *rule of law* y *droit administratif* como sistemas virtuales, sino piezas sueltas de los mismos. El propio Laski se muestra más considerado con Dicey y ofrece otra perspectiva cuando mira las cosas más sistemáticamente o cuando él mismo se eleva a principios <sup>(147)</sup>. Las

<sup>(143)</sup> H.J. LASKI, *Authority in the Modern State*, New Haven 1919, pp. 64 y 99, con la reserva; *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, Londres 1921, cap. 3: « The Responsibility of the State in England » (1919), con los detalles.

<sup>(144)</sup> H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, dicho capítulo tercero, p. 125: « Administrative law, in such an aspect (the irresponsibility of officials), implies the absence of law... What is needed is rather the frank admission that special administrative courts, as on the Continent, are needed, or the requirement of a procedure in which the rights of the private citizen have their due protection ».

<sup>(145)</sup> Rodolphe DARESTE, *La justice administrative en France*, París 1862 y, puesto al día por Pierre Dareste, 1898; Edouard Louis LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París 1887, 1896 y, actual, 1989, bastando el planteamiento de unos índices para advertirlo.

<sup>(146)</sup> A.M. BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale*, pp. 291-303.

<sup>(147)</sup> H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, « Preface » (1921), cap. 2: « The Problem of Administrative Areas » (c. 1915), y cap. 7: « The Pluratic State » (1919); en el prefacio, p. VI: « A state in which sovereignty is unified is morally inadequate and administratively inefficient ».

corporaciones locales inglesas arrastran sus propios problemas, pero ni siquiera unas tendencias intervencionistas, como la que pudiera representar el mismo Laski, ven el régimen francés como un modelo <sup>(148)</sup>. Prologando posteriormente *De la Democracia en América*, quizá no sea de extrañar que repare en nuestras cuestiones al tiempo que las priva de relieve <sup>(149)</sup>.

Entre una cosa y la otra, entre este prólogo y esas consideraciones, se sitúa la crítica descalificatoria del planteamiento de Dicey. En este interín, Laski, socialista notorio, se había radicalizado políticamente, lo que guarda sin duda relación con dicho juicio final respecto a su *Rule of Law compared with «Droit Administratif»* <sup>(150)</sup>. Pero aquí nos importa la dimensión jurídica y más estrictamente la constitucional, a cuyo propósito habrá de recordarse que el capítulo de Dicey, pues alcanzaba a principios, era de bastante mayor alcance a lo supuesto finalmente por el crítico. Mas la misma crítica puede que a otro nivel valga. Cuando Dicey escribía no sólo podría ocurrir, como dijera Laski, que el *droit administratif* estuviera más evolucionado de lo que él creyera, sino que también ocurría, según hemos visto indicar al mismo crítico, que el sistema propio no respondía al *rule of law* en la medida que Dicey presumiera y de que a su vez no lo hacía no sólo por el fenómeno sobvenido del desarrollo administrativo, sino también por defectos genuinos <sup>(151)</sup>. Con esto Laski pone el dedo en la llaga.

Como Laski también hemos visto que observó, el caso en teoría más constitucional, el angloamericano, era en esto el más llamativo. Allí la irresponsabilidad, la exención del *rule of law*, alcanzaba a cada Estado. Es un capítulo en el que suele verse continuidad histórica por mantenimiento en tal forma de un principio de soberanía proveniente y heredada de la monarquía británica, pero parece distar de esto. El establecimiento constitucional propio de los Estados Unidos implicaba

<sup>(148)</sup> H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, cap. 2 citado, ap. 2, sobre la cuestión local inglesa, p. 45: «The traditional opinion in favor of some active and quasi-independent local powers was sufficient to prevent the adoption of the rigorous bureaucratic methods which prevail so largely upon the continent of Europe».

<sup>(149)</sup> De LASKI es precisamente la «Introduction» de la edición de las *Oeuvres Compètes de De la Démocratie en Amérique*, I.1, p. XVIII: «La décentralisation du pouvoir devient ainsi le secret de la liberté», pero, concretando antes lo que entiende como apreciación fundamental de Tocqueville y privando así de entidad propia al asunto local, p. XVI: «Leur décentralisation profonde (des Etat-Units) permettait au gouvernement local de servir de terrain d'entraînement à la politique nationale».

<sup>(150)</sup> La radicalización de Laski se anuncia a mediados de los años veinte: *A Grammar of Politics*, Londres 1925, y se pronuncia al cabo de un lustro: *Democracy in Crisis*, Londres 1933, editando conferencias de 1931.

<sup>(151)</sup> H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, cap. 3 citado, p. 107: «It (is) easy to doubt whether the protection the English constitutional system affords to its citizens is in fact as great as the formal claims of the *rule of law* would suggest», mostrándolo.

una entronización del *rule of law* y de la competencia judicial correspondiente que enseguida se cortocircuitó por una enmienda constitucional <sup>(152)</sup>. Es algo que se acaba reconociendo como una quiebra de dicho principio definitivamente constitucional del *rule of law* <sup>(153)</sup>.

Cuando Tocqueville viajó por Angloamérica se estaba desarrollando una jurisprudencia constitucional que limitaba los efectos de la irresponsabilidad de los Estados sujetando por regla general la acción de sus agentes a justicia siempre ordinaria e incluso ateniendo al propio Estado a una presunción de admisión de responsabilidad <sup>(154)</sup>. Es cosa que pudo observar Tocqueville, siendo éste el punto que principalmente confrontó entonces con la situación bien diversa de Francia <sup>(155)</sup>. Mas la cuestión también radica en que, cuando Dicey escribía su capítulo de confrontación, su *Rule of Law compared with «Droit Administratif»*, se estaba volviendo en los Estados Unidos al régimen de mayor irresponsabilidad de los Estados, a esta quiebra radical del principio constitucional, con todo el apoyo y respaldo de una producción tanto jurídica como historiográfica que legitimaba por continuidad con el derecho inglés lo que había venido por cortocircuito constitucional propio <sup>(156)</sup>. En el caso matriz, mientras escribía Dicey, podía estar pasando algo similar, con la mayor facilidad que el mismo ofrece

---

<sup>(152)</sup> John V. ORTH, *The Judicial Power of the United States. The Eleventh Amendment in American History*, Nueva York 1987, reforma constitucional de 1794: «The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state».

<sup>(153)</sup> J.V. ORTH, *The Judicial Power of the United States*, cap. 10: «An Epilogue on the Rule of Law and Legal History».

<sup>(154)</sup> David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago 1985, parte II: «Chief Justice Marshall, 1801-1835», caps. 3.3 y 4.1: «Diversity Jurisdiction» y «Review of State Courts».

<sup>(155)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6, epígrafe final, con dicha evidencia americana y cuya confrontación respecto a Francia, en lo que ya también reparamos, por requerirse aquí para procesamiento de agente público autorización de órgano administrativo y no judicial como el Consejo de Estado y esto además sin habilitación constitucional ni sustento legal, trae esta conclusión explícita: «Nous avons donc bien reculé du point où étaient arrivés nos pères, car nous laissons faire sous couleur de justice et consacrer au nom de la loi ce que la violence seule leur imposait», la cual se mantiene y reitera en *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 2, cap. 4 («Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime»), p. 126: «Avant la Révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer les lois». Obsérvese al paso que unos orígenes de la peculiaridad propia así también se plantean, como para la tutela, en términos más de poder que de derecho.

<sup>(156)</sup> J.V. ORTH, *The Judicial Power of the United States*, caps. 4-8, grueso de la obra que así debe dedicarse a estos años y no a los originales de la enmienda constitucional en cuestión.

para la invención de tradición, para este particular encubrimiento de discontinuidades y cortocircuitos <sup>(157)</sup>.

La irresponsabilidad del Estado, esta exención del derecho que resulta superior en algunas fases bajo sistema constitucional que bajo régimen administrativo, es quiebra importante del *rule of law*, del imperio del derecho, pero no la única. Hay una en América que nos puede interesar muy particularmente. En la misma época del viaje de Tocqueville, allá por principios de los años treinta, se estaba consagrando otra excepción de la regla. Por entonces se produjo la adopción explícita de *la tutela colonial*, de la tutela que hemos visto en latín expresada ahora en inglés, por parte de la jurisprudencia angloamericana y así de su sistema constitucional <sup>(158)</sup>. Los pueblos indios quedaban sujetos a los Estados Unidos de América en unos términos literales de tutela y así al margen de los principios del propio derecho de carácter constitucional, sin habilitación alguna de esta clase <sup>(159)</sup>. No puede tampoco decirse que aquel fuera un sistema completamente ajeno a la tutela en el ámbito público. Es una quiebra del *rule of law*, de la regularidad constitucional, que viene finalmente también a reconocerse, aun con dificultades bastante mayores <sup>(160)</sup>.

Hay reconocimientos de unas quiebras. Lo hemos visto también respecto a la que se produce por la irresponsabilidad del Estado. Puede haberlos por haber principios, por estarse éstos así asumiendo, y por resultar entonces tales, unas rupturas sectoriales de los mismos. Contrástese también para esto el otro caso, el de matriz francesa. No suelen en él darse los correspondientes reconocimientos por no haberse asumido de igual forma unos principios. Se prefiere la línea favorecedora de imagen. Por esto es que interesa, de hacerlo, el contraste. Puede seguir primando una historia que encubre rupturas, inventa tradición y no acaba así de romper el cordón umbilical con una matriz no constitucional, con unos orígenes, como decía Laski, sos-

---

<sup>(157)</sup> Eric HOBBSAWM y Terence RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983, no sólo por capítulos más metropolitanos, como el cuarto (David Cannadine, « The Context, Performance and Meaning of Ritual: The British Monarchy and the Invention of Tradition, c. 1820-1977 »), sino también, pues es vertiente esencial para la quiebra en derecho público del *rule of law*, por los coloniales, como los dos siguientes (Bernard S. Cohn, « Representing Authority in Victorian India » y T. Ranger, « The Invention of Tradition in Colonial Africa »), aunque hubiera redondeado desde luego el conjunto un capítulo más estrictamente constitucional.

<sup>(158)</sup> D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court*, misma parte II (1801-1835), aps. 4.3.F y 6.3.B, entre « Other Cases », sin merecerle epígrafe propio.

<sup>(159)</sup> B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 28-35.

<sup>(160)</sup> Irene K. HARVEY, *Constitutional Law: Congressional Plenary Power over Indian Affairs. A Doctrine rooted in Prejudice*, en *American Indian Law Review*, 10, 1982, pp. 117-150; Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990, cap. 7: « The Colonists' War for America ».

pechosos. En lo que toca a este campo, quizás estemos ante un pecado original de descendencia todavía tan afectada que ni siquiera se lo confiesa a sí misma. El hecho es que *el derecho administrativo* no se percibe, aborda y trata como  *cuestión constitucional*, como cuestión radicalmente problemática de tiempo específicamente constitucional, ni siquiera cuando se le ubica <sup>(161)</sup>.

Y no digamos de otras especialidades de derecho público, como la fiscalista o como la procesalista, que siguen por lo común sin enfrentarse con unos orígenes propios y todo un desarrollo particular dudosamente constitucionales, sin principios comunes de este carácter. Podría decirse lo propio incluso, si no resultara un calambur, del constitucionalismo como especialidad. Son especialidades, éstas de derecho público, que nacieron y crecieron valiéndose de la presunción de institución sobre libertad, de poder sobre derecho, de todo aquello que supieron ver tanto Tocqueville como Dicey, y especialidades que no acaban de reconstituirse sobre el principio exactamente inverso porque vengan soltando lastre. No es usual que se comience, ya no por prehistorias, sino por el reconocimiento del dato histórico de una  *cuestión constitucional*, la de la escisión del ordenamiento en ramas y especialidades sin los principios comunes que sólo pueden ya prestar los derechos de libertad. Es raro para el caso del mismo  *derecho administrativo* <sup>(162)</sup>.

Mas no es ocasión de entrar en más confrontaciones ni de provocarlas nuevas. Las tenemos suficientes a nuestro propósito. Está sobre todo, entre nosotros, la planteada por Tocqueville. Criatura de nuestra matriz, vástago en tiempo ya constitucional de madre sólo presuntamente tal, él tuvo la percepción, inició el abordaje y ensayó el tratamiento del  *derecho administrativo* como  *cuestión constitucional*. Ahí están sus obras.  *De la Democracia en América* comienza por situar el asunto en su momento histórico, el propio, aunque  *El Antiguo Régimen* y  *la Revolución* prosigue extrapolándolo y no alcanza a reubicarlo. Mas no pierde nunca la sensibilidad.

10. Tocqueville conoció  *la tutela administrativa* en Francia, la identificó por contraste con Angloamérica e Inglaterra, y quiso enten-

---

<sup>(161)</sup> Albert LANZA,  *L'expression constitutionnelle de l'Administration Française. Contribution à l'étude des constantes constitutionnelles*, París 1984; G.J. GUGLIELMI,  *La notion d'Administration Publique, 1789-1889*; Luciano Vandelli,  *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las Regiones* (1990), Madrid 1992; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA,  *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid 1994. Es reciente la edición en Francia de la obra anterior (1972-1981) de E. GARCÍA DE ENTERRÍA,  *Revolution française et Administration contemporaine*, París 1993.

<sup>(162)</sup> Giorgio REBUFFA,  *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bolonia 1981, pp. 11-14, ayudándose precisamente de Tocqueville. Y no olvidemos a este efecto las páginas citadas de A.M. Battista.

derla y explicarla en su patria. Tocqueville también fue testigo presencial de otra tutela expresa, *la tutela colonial*, y no supo en cambio reconocerla. Un observador como él tan perspicaz y también tan preocupado por estos efectos jurídicos de apoderamiento político, no se percató <sup>(163)</sup>. No pudo hacer la comparación ni ver así la relación. Recluyó el tema en Europa perdiendo perspectiva. Se introdujo con ello en una invasión histórica que arriesgaba la pérdida del contexto propio del asunto, un contexto constitucional. Aunque su misma forma de concluir era un modo de dejar el problema abierto: faltaba *la palabra*. Faltaba *derecho* donde sobraba *poder*. Eran cosas que podían estar conexas. Y que seguían incógnitas.

En nuestros tiempos, quiero decir en los históricos a los que nos hemos asomado, en aquellos del *antiguo régimen* que trata Tocqueville, existían desde luego tutelas, como *la tutela colonial* y como *la tutela corporativa* inclusive en ésta la municipal y la eclesiástica, pero no parece en fin que existiera la tutela con la que empezábamos, *la tutela administrativa*. No había *palabra* quizá porque no había *cosa*. La una como la otra, primero ésta, *la cosa*, y luego aquélla, *la palabra*, pudieron producirse en vida de Tocqueville y no en la de su bisabuelo. Una historia anterior de ambas o de alguna sola, una prehistoria más o menos completa, puede ser espejismo resuntante de la propia visión de la historiografía, algo visible por ella porque ella misma lo asume y proyecta.

Historiadores e historiadoras, por mucho que seriamente nos lo planteemos, con tanto que nos esforzamos, no conseguimos superar de un modo definitivo el paradigma estatal <sup>(164)</sup>. Parafraseando a Luca Mannori, por lo que él dice justamente respecto al Estado <sup>(165)</sup>, podría pensarse que estamos ante *la institución inexistente: la tutela que no hay o que no es*. Es todo el derroche habido de proyección por la historiografía y es toda la invención acumulada de tradición por la doctrina, es ambas cosas para la historia del derecho, lo que ahora está llevándonos a parafrasear realmente a Italo Calvino <sup>(166)</sup>.

Cuando tal tutela, *la tutela administrativa*, cobre existencia, cuando comience a imponerse durante el siglo XIX tanto en Francia, en España

<sup>(163)</sup> B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 156-162, respecto a A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, I, parte II, cap. 10: « Quelques considérations sur l'état actuel et l'avenir probable de trois races qui habitent le territoire des Etats Unis ».

<sup>(164)</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín 1993, cap 1: « Stato: dottrine generali e storiografia ».

<sup>(165)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, parte I, cap. 1: « L'istituzione inesistente », ap. 1: « Lo Stato che non c'è ».

<sup>(166)</sup> C. PETTIT y J. VALLEJO, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, en *Storia di Europa*, vol III, Gherardo ORTALLI (ed.), *Il Medioevo, secoli V-XV*, Turín 1994, cap. 1: « Lo sguardo giuridico del cavaliere inesistente ».



y en Italia como en latitudes latinoamericanas, con el intento por Latinoamérica de solaparse con ella la tutela colonial propia, cuando todo esto pueda hacerse o intentarse sobre la nueva base de identificación entre ordenamiento social y ley del Estado y la supresión consiguiente de cualquier derecho indisponible de comunidades locales o territoriales, cuando se produzca el acontecimiento de toda esta revolución que no acaba de tratar Tocqueville, el impacto habrá de ser muy superior al que suele presumirse. Será la historia más dura. Y *la revolución*, más responsable (167). Se ven indicios desde luego, pero, faltando la perspectiva, apenas se advierten y menos se exploran (168).

Allí donde no se experimenta una revolución de esta clase y sobre todo en este grado, allí donde no se produce tal género de cambio que deja el derecho a disposición literal del poder con pérdida definitiva de la concepción jurisdiccionalista (169), ahí no aparece en cambio *la tutela administrativa*. Para que una *administración central* pueda someter y sujetar de esta forma a otras administraciones, a unas locales y territoriales, se precisa previamente que la ley en singular, una norma de determinación política igualmente central, adquiera el poder de constituir a las correspondientes corporaciones; se requiere que la misma norma constitucional y el mismo sistema que representa se conciban en estos términos de carencia de derecho propio corporativo sin necesidad siquiera de ley específica. A este respecto al menos, las leyes constitutivas de la revolución, aquellas leyes luego invisibles, eran leyes que privaban de derechos. Lo que se requería así para dicho efecto es lo que Paolo Grossi, ayudándonos a recuperar la vista, ha denominado *el absolutismo jurídico* (170). Sin esto, allí donde se mantiene la concepción jurisdiccionalista, tales cosas resultan no sólo infactibles, sino también prácticamente impensables (171).

(167) Roberto MARTUCCI, 1789-1793: *dalle garanzie giuridiche alla supremazia del politico. Sulla Rivoluzione Francese e le sue dinamiche istituzionali*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 20, 1990, pp. 311-365; Paolo COLOMBO, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán 1993, parte III: «Ordine costituzionale e organizzazione del regime politico: *La pensée du gouvernement*».

(168) Concepción DE CASTRO, *La Revolución Liberal y los municipios españoles, 1812-1868*, Madrid 1979; Javier GARCÍA FERNANDEZ, *El origen del Municipio Constitucional*, Madrid 1983; Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Murcia 1989; Manuel SANTANA, *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, Madrid 1989.

(169) B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1992, cap. 2: «Codificación civil, revolución constitucional».

(170) P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 64, 1991, pp. 5-17.

(171) B. CLAVERO, *Diritto debole. Un manifesto moderatamente federale*, en *Filosofia Politica*, 8, 1994, pp. 3-23, versión ampliada en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, 1994, pp. 27-52.

No quiere tampoco decirse que *la tutela*, la heterotutela, sea desconocida por las latitudes que no han conocido el absolutismo jurídico. Su experiencia histórica es más ancha. Lo es casi universal por medio del dominio colonial. En esta forma pudo persistir o aparecer por otras muchas latitudes. Venía del antiguo régimen y no se extingue con la revolución. Ahora se expande. La hemos visto establecerse, pese al punto ciego de Tocqueville, por los pagos de *la democracia* en Angloamérica, por estas otras latitudes jurisdiccionalistas, constitucionales y también así coloniales. La misma tutela, la mismísima, se elevará a derecho internacional aplicándose con idéntica presunción de incapacidad de una parte, la colonizada, que apodera a la otra, la colonalista. Es la misma noción de un sentido siempre vinculado a la tutela infantil <sup>(172)</sup>. Esta no se ha entendido como metáfora, sino como concepto estricto, respecto al sometimiento y sujeción de pueblos, tanto primero en el dominio colonial como luego en el estatal.

Son tiempos distintos, aun con cosas así prestadas y compartidas. De la novedad del nuestro, sabía Tocqueville y saben también unos autores <sup>(173)</sup>. Han partido además éstos de la extrañeza radical del otro tiempo: de la red corporativa y el nudo jurisdiccional que formaban las raíces de un orden político. Han reconstruido con ello el escenario de la obra. El empeño de un protagonista por ocupar el centro, ese exceso soberano, desvirtúa la representación, pero no llega a viciarla pues los otros personajes, esos cuerpos jurídicos, no acaban de hacer mutis. El guión no puede dejar de resentirse, pero la dirección es maestra y los montajes hacen época. En adelante, no creo que se deba entrar en la materia sin tenérseles en cuenta e incluso sin tomárseles como base.

Digo deberse pues poderse es otra cosa. Ya se sabe cómo funciona este oficio de la historiografía. *El Antiguo Régimen y la Revolución* tendría que venir siendo el manual de referencia y mírese una manualística por su patria misma. Sin diálogo real con Tocqueville, puede reducirse a aval de historia inventada por doctrina, convirtiéndose así en *derecho* lo que él pensaba *poder* y legitimándose lo que él descalificaba <sup>(174)</sup>. Se le llega a subvertir en nuestro capítulo teniéndose por

---

<sup>(172)</sup> Russel Lawrence BARSH, *Indigenous North America and Contemporary International Law*, pp. 75-76, en *Oregon Law Review*, 62, 1983, pp. 72-125; B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 53-59.

<sup>(173)</sup> B. SORDI, *Giustizia e Amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milán 1984; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milán 1987; S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte II: « Il tutto e le parti: Il costituzionalismo e il problema dell'autonomia locale », y sólo después parte III: « Il fiume sotterraneo: Il governo del territorio dal 1789 al 1815 », más el vol. II que se anuncia.

<sup>(174)</sup> J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, p. 220: « Après qu'A. de Tocqueville eut montré « que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'Ancien Régime » dans son célèbre ouvrage

pacífico un cuadro inverso al suyo: convirtiéndose en *derecho* lo que él creía *hecho* y viceversa, presentándose como *hecho* lo que él pensaba *derecho*, la tutela administrativa lo uno y la autonomía local lo otro <sup>(175)</sup>. Ahora, a estas alturas, *Una e indivisible* también puede constituir novedad, y novedad saludable, por plantearse en comunicación dialogante con Tocqueville <sup>(176)</sup>. Con intención me repito. De vuelta de ilusiones y espejismos, con escarmiento de invenciones y complicidades, tras un periodo en el que se ha incurrido en los mayores engaños y encubierto los peores excesos desde las pretensiones más científicas, si algo decente y limpio le queda por ser a la historia, es diálogo que venza al tiempo.

Es diálogo que comunique. Dialogar es escuchar voces ajenas en un pie de igualdad, esto es, sin presunción de ciencia por nuestra parte. Dialogar no es mirar realidades extrañas e intentar comprenderlas con nuestras propias ideas e ignorancia de las suyas. Dialogar es encontrar interlocutores y tratarlos como tales. Han de serlo ante todo para nosotros los juristas de antaño: sus producciones y construcciones, las suyas y no las nuestras. El fallo fundamental de mi curso radicó en el defecto de este específico coloquio con los juristas de entonces y los alumnos y alumnas de ahora. Monologar fue mi defecto y dialogar es mi intento.

Tocqueville tampoco entabló dicho diálogo concreto con juristas del pasado, del suyo y el nuestro, y así se le pudo escapar el núcleo básico del sistema de *antiguo régimen* constituido, no por la *tutela administrativa*, sino por la *autotutela corporativa*. Nuestro clásico realmente despreciaba la jurisprudencia tradicional de *ius civile* tanto cuanto la ignoraba <sup>(177)</sup>. Era secuela de la formación jurídica que vimos.

---

*L'Ancien Régime en la Révolution* (livre II, chap. 4), l'histoire de la juridiction administrative a fait l'objet des études magistrales de R. Dareste, *La justice administrative en France...* », etc. Y ya conocemos unas referencias, incluida la del tenor del capítulo citado de Tocqueville, como para entender lo que digo no sólo sobre invención de tradición, sino también sobre conversión de poder en derecho y de descalificación en legitimación.

<sup>(175)</sup> François BURDEAU, *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, París 1989, pp. 33-35: « Les autonomies locales:... il convient de distinguer le droit des faits. En droit,... villes et villages sont soumis à une cõntrole étroit..., réputées mineures..., bridée(s) par la tutelle de l'intendant,... cette tutelle administrative », y lo que escape a esto es mero hecho, ya no derecho: « car il y a fréquemment assez loin des textes à la réalité ». Y tampoco parece que ya haga falta glosa.

<sup>(176)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, por el índice onomástico. También, mediante la respectiva guía de autores, B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, y L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, con otra lectura igualmente y sobre el capítulo de la tutela en concreto.

<sup>(177)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 266, que es nota: « Le droit romain, qui a perfectionné partout la société civile, partout a tendu à dégrader la société politique, parce qu'il a été principalement l'oeuvre d'un peuple

Lo era de la cesura revolucionaria. Ya comenzaba también a ocurrirle lo que no sólo les suele hoy pasar a nuestros alumnos y alumnas, sino también al historiador o historiadora modernista: no dominaba bien el latín, tampoco apreciaba la cultura clásica y, con toda esta falta de motivación, prefería naturalmente no hacer el esfuerzo<sup>(178)</sup>. La historia entonces se hace campo abonado para monólogos y proyecciones de una cultura sola, la propia. Los mayores espectáculos de ficción histórica se han podido montar y sostener presumiéndose ciencia actual e ignorándose jurisprudencia pretérita, aquello que realmente fuera todo un imponente constructo mental de expresión primordialmente latina hasta las mismísimas vísperas revolucionarias<sup>(179)</sup>.

Hablo de diálogo, de un diálogo que así, con tales presunciones e ignorancias, sería imposible. Dialogar en la historia es viajar en el tiempo y no necesariamente en el espacio con la humildad y el bagaje precisos para comunicarse y entenderse. Es viaje para conocer activamente humanidad o quizá mejor humanidades, no para contemplar pasivamente ni monumentos ni restos, ni ruínas ni vestigios. Personalmente dudo si puede realmente accederse a mundos pretéritos ni solo ni acompañado, ni investigando ni enseñando, pero sé que cabe dialogar con ellos, con otros mundos, y que esto puede comunicarnos experiencias ajenas y así situarnos mejor en nuestro mundo propio. Era justo el intento de Tocqueville ante la vivencia misma del cambio.

Nuestro asunto pretérito encierra incógnitas, pero nuestra posición actual, gracias a Tocqueville, la conocemos: todos los franceses, todos, quedamos bajo tutela. Es algo que descubrió tras la primera entrega, la de 1835, de su *Democracia en América*<sup>(180)</sup>. La segunda, la de 1840, hace la advertencia: « Por encima de los ciudadanos se alza un poder

très-civilisé et très-asservi. Les rois l'adoptèrent donc avec ardeur, et l'établirent partout où ils furent les maîtres. Les interprètes de ce droit devinrent dans toute l'Europe leurs ministres ou leurs principaux agents. Les légistes leur fournirent au besoin l'appui du droit contre le droit même ».

<sup>(178)</sup> L. DÍEZ DEL CORRAL, *El pensamiento político de Tocqueville*, cap. 4: « Tocqueville ante la antigüedad clásica ».

<sup>(179)</sup> B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid 1986, caps. 1 y 2: « Institución política y derecho: desvelamiento del Estado Moderno » e « Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno ».

<sup>(180)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. VIII.1, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Gustave de Beaumont*, 1967, carta suya de 8-VII-1838: « Vous voyez que je suis placé bien plus haut que le point de vue de la centralisation administrative qui consiste surtout à remplacer les pouvoirs secondaires par le pouvoir central. Je veux faire voir non seulement cela, mais encore l'Etat s'emparant successivement de toute chose, se mettant de tous côtés à la place de l'individu ou mettant l'individu en tutelle, gouvernant, réglementant, uniformant, toutes choses et tous personnes. C'est assurément un grand tableau et un grand sujet. Mais mes matériaux ne me suffisent point encore; mon imagination et la réalité vont encore plus loin que je ne puis l'exprimer et le faire comprendre ».

inmenso y tutelar », un poder « que se parecería a la potestad paterna si, como ella, tuviera por objeto prepararles para la edad viril, pero el caso es que por el contrario pretende fijarles irremisiblemente en la infancia » <sup>(181)</sup>. Advierte sobre una *tutela política* que, como ya sabemos, pronto comprobará que se estaba encarnando en *la tutela administrativa*.

Nació *el derecho administrativo*. Estaban imponiéndose los nombres, celebrándose unos bautizos. *La palabra* pudo ser lo que trajo vida a *la cosa* y la cosa ser *el derecho* por hacerse tal *el poder*. Todos en fin indios, y los indios, siempre extraños.

---

<sup>(181)</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.2, parte IV, cap. 6: « Quelle espèce de despotisme les nations démocratiques ont à craindre », pp. 323-325: « Je ne crains pas qu'ils (les hommes) rencontrent dans leurs chefs des tyrans, mais plutôt des tuteurs... Au-dessus de ceux-là (les citoyens) s'élève un pouvoir immense et tutélaire... Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril; mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance... Ils (nos contemporains) se consolent d'être en tutelle, en songeant qu'ils ont eux-mêmes choisi leurs tuteurs... », con signos, como *homme, citoyen, contemporain* y *viril*, indicativos de que todos no somos todos y todas, pues de la sujeción de la mujer no había cuestión, otra realidad traidora por punto invisible de una economía y política todavía doméstica, de un derecho civil que no es sólo privado.