

# LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PREVIA PARA PROCESAR A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS (Administración Pública y tribunales a mediados del siglo XIX)

POR

JUAN MANUEL OLARIETA ALBERDI

«Hay dos clases de corrupción: una se produce cuando el pueblo no observa las leyes; la otra, cuando las leyes le corrompen: mal incurable, ya que está en el propio remedio.»

(MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, VI-XII)

*SUMARIO:* 1. Responsabilidad penal y responsabilidad política.—2. Orígenes legislativos de la autorización previa en Francia.—3. Las avocaciones en España.—4. Las leyes administrativas de los moderados.—5. El bienio progresista.—6. El debate en el Senado en 1860.—7. El debate de 1862.—8. Balance cuantitativo de las autorizaciones previas.—9. El fondo de las resoluciones del Consejo de Estado.—10. La derogación del requisito de autorización previa.

En el liberalismo europeo continental posterior a las guerras napoleónicas, predomina el doctrinarismo, donde el principio de separación de poderes pierde su sentido originario, reduciéndose a un mero fundamento teórico para preservar a la Administración (tanto a los actos administrativos como a los funcionarios) fuera del radio de acción jurisdiccional de los tribunales comunes. Esto es tanto más perceptible en aquellos países en los que no se perfila un modelo judicialista mínimo desde el principio, caso de Francia, o en aquellos otros, como España, que lo van abandonando progresivamente (1). En el reparto inicial de competencias entre los tres poderes que se produjo en la misma revolución burguesa, los tribunales acarrearon la peor parte, mermadas sus atribuciones por un complejo sistema de inviolabilidades, inmunidades y aforamientos que comenzaron ceñidos al rey y sus ministros, y a los parlamentarios, para luego extenderse progresivamente hacia otros cargos político-administrativos de orden secundario.

En España los moderados, redactores del Estatuto Real, diseñaron un sistema de inmunidades políticas y administrativas frente a los tribunales, que garantizaba la impunidad por la práctica generalizada de corrupción que caracterizó a sus gobiernos. Los progresistas secundaron e incluso reforzaron este sistema en los momentos

---

(1) J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, p. 147.

intermitentes en que dispusieron del aparato del Estado (2). Esa impunidad no era, ciertamente, algo gratuito, sino estrechamente ligado a la situación socio-económica española (3). Como tenemos expuesto en un trabajo anterior (4), ese sistema tenía dos objetivos principales: legalizar el fraude electoral, por un lado, verdadera plaga histórica en España (5), y por el otro, no cabe duda de que la corrupción era también una forma de desarrollo económico, una variante de la acumulación originaria de capital de tipo especulativo y estrechamente relacionada con el erario público. Junto con esto, debemos remarcar las detenciones ilegales, uno de los delitos más imputados a los funcionarios públicos, indicativo de que se practicaban muy frecuentemente, y de la inobservancia de los derechos fundamentales consignados en las constituciones.

La revolución burguesa en España se intenta al tiempo que se pierde la parte sustancial del patrimonio colonial, importante fuente de financiación del tesoro público (ente el 10 y el 15 por 100 del

---

(2) «Progresistas y moderados compartieron el botín, tanto en los niveles más altos de la administración como en los más bajos, tanto en Madrid como en provincias. Esta fusión fue llevada a extremos tales que llegó a darse el caso de que en una cierta provincia el gobernador era progresista, el secretario moderado y el capitán general vicalvarista» [NELSON DURÁN: *La Unión Liberal y la modernización de la España isabelina. Una convivencia frustrada (1854-1868)*], Akal, Madrid, 1979, pp. 97-98.

(3) Vid. JORGE DE ESTEBAN y LUIS LÓPEZ GUERRA: *La crisis del Estado franquista*, Labor, Barcelona, 1977, p. 150.

(4) «Injerencias político-administrativas en el proceso penal (1812-1978)», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, septiembre-diciembre de 1988.

(5) El fraude electoral es uno de los rasgos característicos de la España del siglo XIX. Para RICO AMAT «esa costumbre de intervenir directa y ostensiblemente el poder ejecutivo en la práctica de las elecciones, anula la esencia misma del gobierno representativo; pues en vez de ser los Congresos los que de acuerdo con el trono formen los ministros, son por el contrario los ministros quienes por su propia voluntad y por sus malas artes, forman los Congresos» (*Historia política y parlamentaria de España*, Madrid, 1861, tomo II, p. 30).

SÁNCHEZ AGESTA ha hecho referencia a un «falsamiento progresivo de los supuestos representativos del régimen constitucional» como consecuencia de «los pronunciamientos primero, el caciquismo y las manipulaciones del sufragio después», que desembocarían finalmente en una transformación del «sistema representativo en una farsa con que legaliza sus poderes a oligarquía. El régimen constitucional representativo acaba siendo un espectáculo de gran escenografía entre unos grupos políticos que hacen las Cortes y se apoyan en ellas» (*Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, páginas 21 y 22).

En referencia a Cánovas y Sagasta escribió VICENS VIVES que «hicieron de la Constitución una capa destinada a disimular los apetitos de sus respectivas camarillas, y de la vida parlamentaria, una comedia grandilocuente» (*Coyuntura económica y reformismo burgués*, Barcelona, cuarta edición, 1974, p. 168). También TUÑÓN DE LARA, analizando las postrimerías de la Restauración, subraya: «Un hecho notable es el aumento de infracciones al orden constitucional, normado por las mismas fuerzas que ejercen el poder... Algunos defensores de la legitimidad establecida infringen ésta o aquella norma, entonces se disloca éste o aquel engranaje. Para defender la legitimidad se infringe la legalidad» (*Historia y realidad del poder*, Madrid, 1973, p. 110).

Tras la implantación del sufragio universal en 1890 «comenzaba el fraude permanente y más monstruoso de la Restauración —escribe GÓMEZ LLORENTE— pues si el sufragio ya venía siendo manipulado y falsificado anteriormente bajo el sistema censitario, mucho más descaradamente va a ser corrompido desde ahora por el auge que cobra el caciquismo» (*Aproximación a la historia del socialismo español*, Madrid, 1972, p. 104).

total de ingresos); de manera que la deuda pública se dispara, poniendo al débil Estado burgués que se estaba tratando de edificar, al borde de la bancarrota. La Administración del Antiguo Régimen se había empleado frecuentemente como fuente de ingresos a través de la venta de oficios; ahora, por contra, era consustancial a la nueva Administración burguesa su carácter oneroso: para levantar un nuevo aparato burocrático —por reducido que fuese— era imprescindible dinero, y la Hacienda española no disponía de él. Como quiera que, además, España se mantuvo en el siglo XIX, pese a todos los cambios aparentes, en una situación semi-feudal, la Administración fue arrastrando a lo largo de todo el siglo dos vicios esenciales, rémoras del pasado cercano: la confusión de su funcionamiento con la actividad política (6), por una parte y, por la otra, la subsistencia de vestigios de privaticidad o de patrimonialismo (7). Tres soportes mantienen la Administración pública del XIX: prebendalismo, cesantías y venalidad, otras tantas herencias del viejo Estado absolutista. La política en el siglo XIX español se concibe como una «carrera», una profesión (8) donde los candidatos van recorriendo distintas etapas, coincidentes con las distintas escalas administrativas, desde las inferiores hacia las superiores. La falta de profesionalidad burocrática propició que el régimen de impunidad se mantuviera y reforzara hasta límites insospechados, prolongándose en el tiempo durante muchas décadas y contribuyendo de forma muy importante, junto con las sucesivas guerras padecidas, también fuente de importantes ingresos (9), a que el capitalismo se implantara definitivamente como modo de producción dominante. Desde el punto de vista econó-

---

(6) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración española*, Alianza, Madrid, 1985, p. 127; en el mismo sentido, JORGE DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA han sostenido que en España no ha existido un concepto neutro del Estado, siempre instrumentalizado por la oligarquía en provecho de sus intereses particulares (*ob. cit.*, p. 19). CARL SCHMITT subrayó que dicha concepción neutra del Estado es una de las características más relevantes del régimen burgués-constitucional, interesado en deslindar lo público de lo privado, la política de la sociedad: «El concepto del "Estado de derecho" (es decir, del Estado de derecho privado) sirve de palanca para hacer del Estado el instrumento de la "sociedad apolítica"» (*Escritos políticos*, Doncel, Madrid, 1975, página 154).

(7) Que eran propios del orden feudal, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ob. cit.*, pp. 103 y 108; esa situación se perpetuó en España tras la fallida revolución burguesa: «En definitiva —escriben JORGE DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA— se trataba de un Estado-patrimonio, en donde el país no es tomado como fin en sí, sino que se le utiliza como medio en beneficio de un grupo, de una clase, de una dinastía» (*ob. cit.*, p. 18).

(8) J. L. COMELLAS: *Los moderados en el poder*, CSIC, Madrid, 1970, pp. 111 y 112.

(9) «La facultad de imponer confiscaciones —escribió CARL SCHMITT— solamente se dirigía, desde luego, a los enemigos y a los rebeldes, pero ha sido práctica de todas las revoluciones declarar al adversario político enemigo de la patria y quitarle más o menos por completo la protección jurídica a su persona y su propiedad» (*La dictadura*, Alianza, Madrid, 1985, p. 129).

La Constitución de Cádiz prohibió las confiscaciones como pena (art. 304) pero la práctica continuó por los mismos derroteros de siempre. España, además de las guerras coloniales, padeció sucesivas guerras civiles; numerosos cambios de gobierno supusieron otros tantos

mico el sistema era claro: el cargo público no sólo cubría el enriquecimiento privado, sino que en realidad lo que pretendía precisamente era fomentarlo. La función pública se ponía al servicio de intereses estrictamente privados (10).

Deben diferenciarse dos niveles en este sistema. En la Administración central la corrupción era más difícil de apreciar para la población. No se fundamentaba necesariamente en infracciones manifiestas de la legalidad que, por lo demás, también fueron muy frecuentes, sino que era algo «normal», muy estrechamente relacionado con la política general del gobierno. La gestión de la cuantiosa y omnipresente deuda pública (11), la ejecución de las desamorti-

---

golpes de Estado. Si no es difícil imaginar lo que políticamente significaba para el bando derrotado la asunción de las riendas del Estado por su oponente, no menos duras eran las repercusiones económicas. Recordemos la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939 que arruinó a tantas familias republicanas en beneficio de los sublevados. Del mismo modo, la Real Orden de 24 de septiembre de 1836 permitía resarcirse de los daños causados por la guerra con bienes de quienes estuviesen en el bando carlista. El Decreto de 29 de junio de 1875 autorizaba el embargo de los bienes de quienes se unieran a los carlistas, ordenaba la expulsión de sus familiares de territorio español (art. 2) así como la toma de rehenes entre los simpatizantes de la causa dinástica (art. 4), etc. García Gallardo recordó al Senado la gan cantidad de fraudes y escándalos que se produjeron al amparo de esta normativa *Diario de Sesiones del Senado*, 17 de febrero de 1868, reproducido en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 32, p. 380).

Para Inglaterra, *vid.* FRANÇOIS GUIZOT: *Historia de la revolución de Inglaterra*, Madrid, 1985, páginas 57-58; y lo mismo puede decirse de Francia, donde la revolución confiscó los bienes de los emigrados.

(10) Comenzando por la misma cumbre, por la Corona. Lo ha expuesto con claridad CARMEN LLORCA aludiendo a la mentalidad de Isabel II que, «acostumbrada a no hacer definiciones, no puede establecer un distinguo especial entre la Realeza y el Estado» (*Isabel II y su tiempo*, Istmo, Madrid, 1984, p. 243). Y también refiere la propensión de la reina a «mezclar su deseo personal con la razón de Estado, pues no hay otra más que la razón soberana... Así, está por encima de las Constituciones, que se resiste a cumplir por los límites que ponen a su real voluntad, que considera debe poderlo todo. La legalidad constitucional, la justicia que predicen los nuevos tiempos se reconocen los oídos sordos... Ni por qué se debe consultar con ministros que después de todo no han nacido en el poder. Para tales reyes, entre un hombre que les llega investido por el pueblo, y ellos, que están investidos por Dios, hay un abismo insalvable que se traduce en la incomprensión, en la no colaboración. Están acostumbrados a elegir los hombres que gobiernan porque el gobierno es un asunto personal que puede ser confiado, pero no compartido, con hombres que les son impuestos. Gobernar no es una cuestión política» (*ibid.*, página 242).

(11) La deuda pública, a la que habría que sumar el déficit de las transacciones exteriores, ponía al Estado español a merced de los grandes banqueros y prestamistas, cuyos intereses podían alcanzar el 35 por 100. Pudo inicialmente enjuagarse mientras las colonias americanas enviaron metales preciosos y otros productos que se reexportaban, es decir, hasta 1814 aproximadamente. Se produjo después una situación deflacionaria que condujo a que el volumen de deuda pública se disparara, obligando a la desamortización [J. FONTANA: *La quiebra de la monarquía absoluta (1814-1820)*, Ariel, Barcelona, 1974, pp. 96 y siguientes].

La deuda pública superaba los 16.000 millones de reales a mediados de siglo [CARLOS MARICHAL: *La revolución liberal y los primeros partidos políticos en España (1834-1844)*, Cátedra, Madrid, 1980, p. 69], esto es, más de catorce veces el presupuesto del Estado. «En aquellos momentos en que se tendía a un Estado fuerte y una Hacienda saneada —escribe COMELLAS— prestar dinero al erario era uno de los negocios más seguros y rentables. Así subían en la Bolsa los valores del crédito, y así se hacían tantos ciudadanos acreedores del Estado» (*Los moderados*, p. 73). Las repercusiones de tan inmensas cantidades de deuda pública sobre la Bolsa no son despreciables, porque la mayor parte de los valores cotizados eran precisamente

zaciones (12), el tendido de vías férreas (13) o el aprovisionamiento del ejército (14), son sólo algunos ejemplos ilustrativos de que en las decisiones gubernamentales primaba por encima de todo el enriquecimiento fácil y rápido de una minoría muy reducida. Carmen Llorca, en su biografía de la reina que coronó toda la etapa central del siglo, Isabel II, ha referido las presiones de la ex regente y madre de la reina María Cristina sobre Bravo Murillo acerca de la cuestión financiera: «Desea enriquecer a los hijos de su segundo matrimonio y no duda en mezclarse en todos los negocios solicitando o exigiendo para ello el apoyo del Estado» (15). Una

deuda pública (A. BAHAMONDE MAGRO y J. TORO MÉRIDA: *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 25). Pezuela dimitió del Gobierno en abril de 1846 a causa de que Narváez no aceptó cerrar la bolsa madrileña o suspender las operaciones a plazo, fuente de innumerables y gigantescas especulaciones que llenaban de escándalo a la capital e integraron la fortuna de capitalistas tan conocidos como Salamanca, que llegó a ser ministro de Hacienda en el gabinete «puritano» de 1847.

(12) Cfr. *Andrés Borrego, periodismo liberal conservador (1830-1846)*, Introducción, selección y notas de CONCEPCIÓN DE CASTRO, Madrid, 1972, p. 114; los bienes desamortizados se adjudicaron por medio de subastas que, en realidad, no fueron tales, admitiéndose desde 1820 el pago con títulos de la deuda por su valor nominal, muy alejado del precio de mercado a causa de la bancarrota de las finanzas públicas: vid. F. TOMÁS Y VALIENTE: *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1983, p. 69; y MARICHAL, *ob. cit.*, p. 100.

(13) E. CHRISTIANSEN ha referido la oposición del Senado a las condiciones de ferrocarriles por decreto: «El financiero Salamanca había podido conseguir la concesión de línea del Norte sólo mediante los buenos oficios del amante de turno de la Reina, el comandante Arana». En 1853 el gobierno Lersundi propuso abandonar este método a cambio de reconocer las concesiones ya efectuadas. No se llegó a un acuerdo y Sartorius sustituyó Lersundi a la cabeza del gobierno [*Los orígenes del poder militar en España (1800-1854)*, Aguilar, Madrid, 1974, página 162]. También el marido de la exregenta María Cristina, Fernando Muñoz, estaba involucrado «en negocios no del todo claros» relacionados con los ferrocarriles (CASIMIR MARTÍ: «Afianzamiento y despliegue del sistema liberal», en la *Historia de España* dirigida por TUÑÓN DE LARA, Barcelona, 1981, tomo VIII, p. 174). Este mismo autor afirma más adelante que para el gobierno Sartorius «la cuestión de los ferrocarriles fue su piedra de tropiezo. El Senado votó el 8 de diciembre de 1853 en contra de la ley propuesta por juzgarla inmoral, fruto del favoritismo, fautora de negocios sucios y dictada por la falta de escrúpulos. Al día siguiente, Sartorius disolvió las Cortes y emprendió una sañuda persecución contra los senadores que habían rechazado el proyecto de ley. Una muestra del sistema represivo establecido por Sartorius puede ser el conjunto de indicaciones que el gobierno mandó a las redacciones de los periódicos. Según ellos, la prensa, bajo pena de secuestro, no podía tratar de los siguientes temas: la cuestión de los ferrocarriles, la última discusión y votación del Senado, los senadores que votaron contra el gobierno, las noticias sobre destituciones y dimisiones de funcionarios, la contrata con la casa "Clavé, Girona y Cía.", para la construcción del puerto de Barcelona, la defensa de las leyes fundamentales contra los ataques de periódicos nacionales o extranjeros, y todas las cuestiones que próxima o remotamente tuvieran relación con la administración» (tomo VIII, p. 241). También M. TUÑÓN DE LARA: «¿Qué fue la década moderada?», en *Estudios sobre el siglo XIX español*, Siglo XXI, Madrid, octava ed., 1984, p. 61, Nelson Duran ha calificado al gobierno Sartorius de «corro de amigos y asociados de negocios» (*ob. cit.*, p. 53).

(14) «La participación en préstamos para el Ministerio de Finanzas, los contratos para el abastecimiento del ejército y la compraventa de las propiedades desamortizadas de la Iglesia, constituyeron las formas más lucrativas de hacer negocios en la España de 1833-44. El nuevo Estado liberal no sólo protegió, sino que estimuló la acumulación de capital en manos de este reducido pero poderoso grupo de capitalistas que pronto se convirtieron en la cúspide de la nueva burguesía urbana» (MARICHAL, *ob. cit.*, pp. 215-216). Con los suministros al ejército labró su fortuna, por ejemplo Mendizábal, a su vez comprador de enormes extensiones de terrenos desamortizados a muy bajo precio (MARICHAL, *ob. cit.*, p. 222).

(15) CARMEN LLORCA *ob. cit.*, p. 137.

pequeña camarilla con posibilidad de acceso a Palacio, encontraba fáciles negocios dentro de los resortes administrativos y políticos. Luego se verificaba una «derrama» a través de la corrupción administrativa en beneficio de personajes subalternos próximos a los aparatos del poder (16) que se quedaban con plusvalías marginales. El régimen se identificaba con el partido y éste, a su vez, no era nada más que un conglomerado de intereses (17). En este nivel subsiste también la corrupción en el sentido en el que la definió Vicens Vives para la época medieval española, como «un sistema impuesto por la necesidad de remediar los fallos de los aparatos administrativos anticuados (18). No se trataba, pues, de un problema personal, de determinados personajes corruptos, sino de algo institucional, de un modo de funcionamiento del aparato del Estado que sólo la corrupción mantenía en pie.

En la Administración local (19), por contra, la infracción de la legalidad era más clara y repercutía directamente sobre la población, generalmente en forma de tributos abusivos (20). No podemos descuidar que España en el siglo pasado era uno de los países del mundo que soportaba una mayor presión fiscal (21). Otro de los mecanismos fundamentales que condicionaba toda la situación, era la financiación local de los servicios generales del Estado (22), también característico del siglo XIX, y que no puede perderse de vista para comprender la articulación del sistema administrativo y la funcionalidad que en el mismo desempeñaban los ayuntamientos.

(16) «La burocracia, que pese al empeño de Bravo Murillo nunca se había distinguido por su probidad, había sido corrompida sucesivamente por todos los gobiernos» (DURÁN, *ob. cit.*, página 70).

(17) «Estas disputas constituían un entretenido juego personalista, en que se dirimían ambiciones de bajo cuño, estimuladas por la desgraciada intervención de Isabel II y sus consejeros en la vida política. El país se mantuvo ausente de esta farsa» (J. VICENS VIVES: *Aproximación a la historia de España*, Madrid, 1970, p. 146). En parecidos términos, COMELLAS *Los moderados*, p. 135.

(18) VICENS VIVES, *Coyuntura económica*, p. 135, donde se hace una exposición del papel de la corrupción en la España medieval.

Es difícil precisar, desde la óptica actual, dónde acaba el funcionamiento normal de la Administración y dónde empezaba la corrupción. Los préstamos al gobierno, por ejemplo, se concertaban en privado entre el ministro de Hacienda y los financieros, siendo usual que aquél cobrara una comisión por sus gestiones (MARICHAL, *ob. cit.*, pp. 45-46 y 216-217).

(19) «La provincia —escribió VICENS VIVES— fue la quintaesencia del liberalismo centralizado. En ella acabó por moldearse la mentalidad del funcionario público, que en esta época no brilló precisamente por su ilustración e integridad. El funcionario cesaba a cada cambio de gobierno y había de aprovechar su gestión para equilibrar el futuro presupuesto familiar» (*Aproximación*, p. 148); cfr. también el excelente trabajo de BAHAMONDE MAGRO y TORO MÉRIDA, *Burguesía, especulación y cuestión social*, ya citado.

(20) «El hecho innegable es que la riqueza de los erarios locales atraía a los políticos como la miel a las moscas, y que los sonoros debates sobre la descentralización encubrían algo mucho más tangible que las diferencias de opinión entre dos doctrinas de Administración pública» (DURÁN, *ob. cit.*, p. 111).

(21) COMELLAS, *Los moderados*, p. 98.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración*, p. 73.

Víctimas numerosas veces de una represión cruel, las clases trabajadoras asistían impávidas al espectáculo de la impunidad de los funcionarios locales de la Administración. Así, por ejemplo, todavía el 5 de mayo de 1897 se declara el estado de guerra en España a consecuencia de las protestas populares contra el impuesto de consumos.

Bisagra entre una y otra Administración, los gobernadores civiles, como veremos, se constituirían en la figura clave de todo este sistema.

La impunidad se estableció para los cargos públicos, y no para los integrantes de la clase dominante en cuanto tales, más que por el prurito teórico-constitucional de igualdad ante la ley, por el distanciamiento entre la sociedad y el Estado, que es la base fundamental de todo el edificio político ideado por la burguesía liberal que, si bien no existía en realidad en España a causa de las rémoras de privaticidad, sí se reflejaba en la normativa legal, desempeñando una clara función ideológica, es decir, distorsionadora del verdadero funcionamiento político-administrativo. El Estado asegura la dominación de toda una clase o un bloque, nunca de fracciones o elementos particulares de ella. Garantiza la reproducción de todo el régimen independientemente de los intereses sectoriales, pudiendo incluso, en determinados momentos, situarse por encima y en contra de la misma clase dominante (23). La corrupción en España quedaba impune porque era toda la clase dominante la que se beneficiaba de ello, sin que otras facciones de la misma clase quedarán al margen o se sintieran perjudicadas. El acceso a los cargos públicos de la oligarquía dominante, potenciaba ese enriquecimiento torticero y aseguraba la impunidad ante las leyes penales al mismo tiempo (24). Los empleos y cargos

---

(23) «El aparato de poder puede ceder entonces, en uno u otro punto, a las pretensiones de las clases antagónicas y de los subgrupos dentro de ellas, o actuar incluso como "árbitro", siempre que permanezca intocada la escisión social fundamental entre detentadores y no detentadores de los medios de producción —un papel arbitral precisamente no neutro—. De estar en cuestión las relaciones de producción de la sociedad escindida, la solidaridad de las clases dominantes se sobrepone a sus contradicciones internas: en su defensa, la máquina de poder estatal se pone en movimiento al margen o en contra de sus propias leyes —hecho que los juristas públicamente consideran extraño a su materia—» (J. R. CAPELLA: *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 65).

(24) Recientemente ha escrito ALMAGRO NOSETE algo que, siendo teóricamente impecable, no resiste, sin embargo, el contraste histórico, la experiencia práctica, y no constituye más que una declaración de buenas intenciones que difícilmente se imponen en España, al menos en la del siglo pasado. Para este autor, «sólo en sentido formal, puede admitirse que estas dispensas de ley general tengan el carácter de privilegios o prerrogativas. El derecho actual tolera mal discriminaciones en el trato jurídico que no respondan a circunstancias objetivas. Entender que estas singularidades normativas se establecen en "beneficio" de la persona que desempeña el cargo o se mantienen en el oficio, constituye un planteamiento erróneo. Estas reglas especiales son garantías reforzadas, sólo explicables en cuanto sirven al bien común de la sociedad, del cargo u oficio para asegurar el mejor cumplimiento de las funciones propias del mismo. De aquí

públicos eran siempre temporales (25), pero los funcionarios eran siempre los mismos, si bien se turnaban cíclicamente coincidiendo con las vicisitudes políticas (26), y además, el funcionario público, como decía Manuel Colmeiro, al regresar a su vida privada, no podía ser perseguido por las acciones emprendidas durante su etapa pública (27). El Estado se confundía prácticamente con la clase dominante, pero se respetaba formalmente el principio de igualdad ante la Ley. Latía una doble e intencionada confusión, lo privado con lo público (28), por una parte, y por la otra, lo penal

---

el carácter restrictivo con que debe interpretarse esta materia y la necesidad de "podar" el que ya comienza a ser árbol frondoso de particularidades e impedir la proliferación de las mismas». Y finaliza de este modo: «El fundamento, por tanto, de estas derogaciones al valor general de las normas no puede ser otro que el de las razones que explican la desigualdad de trato de los desiguales como medio de igualar, en último extremo, a todos ante la ley y en aplicación de la ley» (con GIMENO SENDRA y otros autores: *Derecho procesal. El proceso penal*, Valencia, 1987, página 147).

(25) *Vid. v. gr.* FERNANDO MELLADO: *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Madrid, 1894, p. 158.

(26) CARRASCO CANALS ha observado cómo, pese a las cesantías, «se recurría siempre a los mismos funcionarios de forma periódica», cómo los funcionarios se iban sustituyendo unos a otros regularmente: «Problemas tan interesantes como el de la inamovilidad podrían estudiarse desde la perspectiva de si, a pesar de no estar convenido, de hecho eran siempre los mismos funcionarios que accedían a los cargos públicos y ocupaban los puestos en sus respectivas carreras, pues intuitivamente, a pesar de las purgas políticas, sospechamos que por el juego de partidos había dos turnos de provisión a los que accedían, por motivos políticos los funcionarios según su influencia, recomendación o adscripción política, podría hablarse de un funcionario liberal y otro conservador, que se turnaban con los partidos en el poder, pasando a la situación de cesantes en cada cambio político» (*La burocracia en la España del siglo XIX*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1975, pp. 67 y 85); «La parte final de la historia —afirma, por su parte, COMELLAS— es un ciclo indefinido de encaramamientos y caídas, porque una vez alcanzado el poder —o la influencia en cualquier puesto de cierta representación— se adquiere el derecho a recuperarlo un número indefinido de veces. El caso de un ministro que lo haya sido sólo en una ocasión es realmente excepcional en la historia del liberalismo hispano: la aseveración puede hacerse, *a fortiori*, para cualquier otro cargo político de menor importancia. Es así como la carrera política, dentro de sus vaivenes y sus riesgos, es segura y duradera; se puede retroceder, pero con la garantía de que se volverá a avanzar en cuanto cambia la "situación"» (*Los moderados*, p. 113).

(27) MANUEL COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, Madrid, 1850, tomo I, p. 71.

(28) «La carrera de empleado es un recurso, es una especie de portal de refectorio donde todo el mundo viene a llenar sus escudillas», comentaba un diputado públicamente a mediados de siglo (marqués de Tabuérniga, Diario de Sesiones del Congreso num. 165, 28 de mayo de 1855, p. 5192). «La frondosidad y el poder de la maquinaria estatal —escribe COMELLAS— edificada por los moderados, sustituye la falta o la escasez de grandes iniciativas y grandes empresas privadas. En la España de 1850, lo normal en una familia de clase media es que viva directa o indirectamente a expensas de los presupuestos del Estado. A la manera del hidalgo del Siglo de Oro, el burgués de la era romántica busca una forma de "vincularse", y la halla en la empleomanía, el afán de encontrar un puesto seguro en el cuadro de la administración oficial que permite vivir en adelante libre de todo cuidado, abandonar el mostrador o el trabajo de lucha y aventura» (*Los moderados*, p. 71); «Los cuerpos de funcionarios en España han surgido más a modo de baluartes desde donde defender la inamovilidad de sus miembros y conquistar ciertos privilegios que como instrumento racionalizador de la organización administrativa» [R. BAÑÓN MARTÍNEZ: *Poder de la burocracia y Cortes franquistas (1943-1971)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, p. 151].



con lo político. En síntesis, podría decirse, con Galdós, que la política española no iba más allá de una conjugación del verbo comer.

## 1. RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD POLITICA

Una de las primeras y más importantes preocupaciones de la revolución francesa es la determinación de las responsabilidades de los ministros y agentes del ejecutivo. En el sistema perfilado por el constitucionalismo, surge por vez primera la noción de responsabilidad política (29) como alternativa a las draconianas penas que bajo el Antiguo Régimen suponían los delitos de lesa majestad y traición (30). El mismo Mirabeau destacó entre quienes trataron de hallar respuestas intermedias entre la muerte y la impunidad total (31). La vieja inviolabilidad del monarca se mantiene y se traslada también hacia un Estado impersonal pero, a cambio, se exige imperiosa y tenazmente la responsabilidad de los ministros y funcionarios públicos. Según el artículo 15 de la Declaración de Derechos de 1789 «la sociedad tiene derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público». Del mismo modo, el artículo 4 del preámbulo del título III de la Constitución de 1791 manifestaba que el poder ejecutivo «se delega en el Rey para ser ejercido, bajo su autoridad, por los ministros y demás agentes responsables».

La responsabilidad del Estado era impensable porque éste reunía todos los pre-requisitos (en especial la separación de poderes) que hacían imposible la infracción de la ley; si ésta se producía no era responsabilidad del Estado, sino del funcionario

(29) Para el binomio «responsabilidad política-responsabilidad penal», CARL SCHMITT: *Teoría de la constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 144 y ss.; también LEÓN DUGUIT: *Manual de Droit Constitutionnelle*, París, 1923, 4.ª ed., pp. 467 y ss.; E. GONZÁLEZ NIETO: «Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales», *Revista de Estudios de la Vida Local* núm. 77, 1954, pp. 665 y ss., y núm. 79, 1955, pp. 13 y ss.

(30) Sobre los delitos de traición y lesa majestad en Inglaterra, J. L. DE LOLME: *La Constitución inglesa comparada con los gobiernos republicanos y monárquicos de Europa*, Madrid, 1847, pp. 113 y ss. Para España, J. M. JOVER ZAMORA: «Una página de la guerra de sucesión. El delito de traición visto por el Fiscal del Consejo de Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1946, vol. 17, pp. 753 y ss.; JUAN GARCÍA GONZÁLEZ: «Traición y alevosía en la Alta Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1962, vol. 32, pp. 323 y ss.; A. IGLESIAS FERREIROS: *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Universidad de Santiago de Compostela, 1971; FÉLIX ROSINOS: *Examen de los delitos de infidelidad a la patria imputados a los españoles sometidos bajo la dominación francesa*, Burdeos, 1818, 2.ª ed. (aparecido anónimamente); EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO: *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, p. 151; A. FIESTAS LOZA: *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977, pp. 26 y ss.

(31) Vid. DUVERGIER DE HAURANNE: *Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848)*, París, 1857, tomo I, pp. 95 y 99.

que ejecutaba la acción o del superior que la ordenaba. En el pensamiento constitucionalista, la responsabilidad del Estado es la responsabilidad del Antiguo Régimen y la solución es su derrocamiento, de ahí que entre el elenco de derechos fundamentales se encuentre siempre el derecho de resistencia. Según Locke «allí donde acaba la ley comienza la tiranía, si la ley es transgredida en perjuicio de otro. Y quienquiera que en ejercicio de la autoridad exceda el poder que le confirió la ley, y haga uso de la fuerza que tenga bajo su mando para lograr del súbdito lo que la ley no autoriza, deja en ese momento de ser un magistrado y, ya que actúa sin autoridad, se le puede ofrecer resistencia como a cualquier otro hombre que invada por la fuerza los derechos de otros» (32). En Inglaterra *whigs* y *tories* se encontraron en plena revolución divididos precisamente sobre este punto: los primeros sustentaban una interpretación contractualista del poder, frente al origen divino que, siguiendo a la Iglesia anglicana, sostenían los segundos. Los *whigs* admitían, en consecuencia, el derecho de resistencia, pero no los *tories*: así fue como se determinó la ficción de la abdicación, que dejó el trono vacante a los Orange (33).

Para la burguesía revolucionaria, pues, no basta la legalidad, los derechos fundamentales ni la separación de poderes: es preciso también reconocer el derecho a la resistencia «el último recurso legal contra las violencias del poder», como lo llamaba De Lolme, para quien todos los derechos y libertades «no son más que débiles defensas contra la fuerza material y positiva del poder». Los derechos y libertades, añadía De Lolme «suponen necesariamente la permanencia de las cosas en su curso legal y establecido», pero cuando eso no ocurría, la resistencia pasaba a un primer plano (34). En esta línea destaca, por encima de todas, la Constitución jacobina de 1793, la más radical, calificada de «código de la anarquía» a consecuencia de ello por Duvergier de Hauranne (35).

Lo que verdaderamente diferencia al nuevo régimen liberal del antiguo, es que ahora hay ciudadanos y no súbditos, es decir, hay personas con derechos subjetivos (36) y, como decía el

---

(32) JOHN LOCKE: *El derecho a la rebelión*, La Bastilla, Buenos Aires, 1973, p. 127; vid. JUAN BECERRIL ANTON-MIRALLES: *Etiología conceptual del Estado de Derecho*, separata de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, discurso de 13 de octubre de 1971, pp. 16-17.

(33) G. M. TREVELYAN: *La revolución inglesa (1688-1689)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 113; JACQUES CHASTENET: *El parlamento de Inglaterra*, Buenos Aires, 1947, página 30.

(34) DE LOLME, *ob. cit.*, p. 205.

(35) DUVERGIER DE HAURANNE, *ob. cit.*, tomo I, p. 298.

(36) «En el Estado-policía la mayor parte de las normas que el príncipe emana son normas dirigidas a los funcionarios, a los corregidores, a los municipios. El particular no es en modo alguno titular del derecho al cumplimiento de estas normas, no puede invocarlas cuando son infringidas. El único que tiene derecho a exigir su cumplimiento es quien las dicta: el príncipe.

artículo 11 de la Declaración de Derechos de 1793, «todo acto ejercitado contra una persona fuera de los casos y sin la formalidades que la ley determina, es arbitrario y tiránico: aquel contra quien se quiera ejecutar por la violencia tiene el derecho de repelerlo por la fuerza». En el Antiguo Régimen las violaciones de la ley se reputaban dirigidas no contra los súbditos, sino contra el mismo rey, único que podía considerarse perjudicado por ello. De ahí que en España, por ejemplo, tanto los juicios de residencia, como los de agravios, fuesen medios de fiscalizar la ejecución de la política absolutista y centralista del rey (37). En el constitucionalismo el rey, pero también los ciudadanos, son quienes tienen derecho a exigir responsabilidades: «La sociedad tiene derecho de pedir cuenta de su administración a todo agente público», dice el artículo 15 de la Declaración de 1789.

La irresponsabilidad del Estado liberal no deriva de la noción de soberanía, como estimaba Duguit (38), sino de que la infracción de la ley no podía provenir de un ente impersonal, como era el Estado, sino de alguien dotado de voluntad y libertad, de una persona física, en definitiva. Por lo mismo, tampoco podía provenir del poder legislativo, que es esencialmente colectivo y encarnación de la soberanía nacional, sino sólo de los ministros y agentes públicos.

La responsabilidad de estas personas, de estos miembros y funcionarios del gobierno, era *ante todo política*: cuando infringían la ley lo que había que hacer, sin perjuicio de la sanción penal, era destituirles y poner a otros en su lugar. La revolución contra el Antiguo Régimen no fue más que una destitución de grandes proporciones, o sea, una insurrección, el ejercicio colectivo del derecho de resistencia. Como decía el artículo 35 de la Declaración de Derechos de 1793, «cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte de él, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes». Los derechos de resistencia y a la insurrección eran, por tanto, los primeros y más importantes derechos cívicos: no hay libertades ni derechos para las personas, decía esta misma Declaración, «sino se garantiza la responsabilidad de *todos* los funcionarios» (art. 24).

---

Por el contrario en el Estado de Derecho surgirá la idea del derecho público subjetivo que responde a la situación opuesta a la descrita para el Estado-policía. Un derecho público subjetivo existe allí donde la norma tiene carácter imperativo, está destinada a la satisfacción de intereses individuales y atribuye al particular la potestad subjetiva de exigir una conducta determinada de la Administración» (J. L. VILLAR PALASÍ: *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, p. 144.

(37) L. MORENO PASTOR: *Los orígenes del tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, 1988, páginas 583 y siguientes.

(38) LEÓN DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho público*, Madrid, 1926, p. 306.

Además, *no bastaba* el cambio de gobierno y la destitución de los funcionarios que infringían la ley; era imprescindible también exigir la responsabilidad criminal: según el artículo 31, «los delitos de los representantes del pueblo y de sus agentes nunca deben quedar impunes. Nadie tiene el derecho de considerarse más inviolable que los demás ciudadanos». También el artículo 12 establecía que «los que soliciten, faciliten, firmen, ejecuten o hagan ejecutar actos arbitrarios son culpables y deben ser castigados». Esto no era más que una consecuencia elemental de la desaparición de los privilegios feudales: los funcionarios eran unos ciudadanos como los demás.

El distinto fundamento de las responsabilidades penal y política tiene hondas raíces históricas. En el Antiguo Régimen no había distinción entre lo público y lo privado. La gestión de las funciones comunes era asumida por la nobleza como cosa propia, inseparable de su estatuto social; también existían «oficios» públicos vendidos en propiedad por los reyes y transmisibles hereditariamente, es decir, permanentemente en manos de las mismas familias para quienes constituían fuentes de ingresos. Algunos productos estaban «estancados» e incluso áreas económicas completas estaban monopolizadas por el Estado que obtenía de ello una parte importante de sus ingresos, bien directamente, bien subarrendándolos. Pero otras veces se subarrendaban funciones públicas, como la recaudación tributaria, que se localizaban de ese modo en manos particulares. En tales condiciones, confundido lo público con lo patrimonial, siendo los cargos permanentes, la única responsabilidad posible era de naturaleza penal. En el Antiguo Régimen la nobleza ejercía las funciones públicas como un apartado más de la gestión de sus propios asuntos. Por contra, el constitucionalismo introduce la noción de representación y de gestión de intereses ajenos en el ámbito de lo público, de donde se deriva la exigencia de rendir cuentas periódicamente. Se verifica la separación entre el Estado y la sociedad; la Administración sólo dispone de poderes fiduciarios, esto es, actúa en interés y beneficio de la nación o, por decirlo en términos del constitucionalismo francés, la cosa pública es una representación de los intereses privados, y los funcionarios gestionan negocios ajenos: son revocables y están sujetos a responsabilidad que, además de la penal ya existente, puede ser también de naturaleza política.

Esta nueva forma de responsabilidad que crea el constitucionalismo tiene un origen financiero y su clave fue la desaparición de los subsidios vitalicios: «Si el poder legislativo estatuye sobre la recaudación de impuestos –decía Montesquieu– no de año en año, sino para siempre, corre el riesgo de perder su libertad porque el

poder ejecutivo ya no dependerá de él» (39). Esos impuestos recaen sobre la burguesía y sobre el conjunto de la población, del «tercer estado», ya que se trataba en su mayor parte de impuestos indirectos —y así continuó luego también tras la revolución— o de impuestos que gravaban más el beneficio industrial que la propiedad territorial (40). Uno de los privilegios de la nobleza, el más odioso, según Tocqueville (41), era la exención de impuestos, y esto, finalmente, acabará con su predominio político. Como dijo Tocqueville, el aprovechamiento económico de la nobleza redundará en un empobrecimiento político: a medida que sus exenciones fiscales eran mayores, menor era la dependencia del Estado hacia ellos (42). La burguesía, por contra, extrajo un notable beneficio político del costo económico que soportaba en forma de impuestos, exigiendo el control del destino de los fondos que entregaban a la Corona: «En los estados parlamentarios —ha escrito López Escobar— el presupuesto significa precisamente el control que el legislativo ejerce sobre los órganos encargados de administrar, en un orden tan importante como es de la obtención e inversión de los caudales públicos» (43). El órgano burgués de control de las finanzas fue el Parlamento: el legislativo constituía la junta de accionistas del Estado a la que rendían cuenta los administradores, el rey y su gobierno, «pero no tardó en asaltarle la tentación de servirse de sus poderes financieros para hacer incursiones en el terreno de la legislación» (44). Desaparecidos los monopolios, estancos y aduanas interiores, los tributos fueron adquiriendo un protagonismo cada vez mayor entre los ingresos públicos, hasta que, finalmente todos, sin distinción alguna, se vieron obligados por la constitución a contribuir «en proporción de sus haberes» (art. 8 de la de Cádiz), lo que nunca se verificó porque se continuaron repercutiendo sobre la población en forma de impuestos indirectos (del 55 al 70 por 100 de la recaudación global).

En España, la diferenciación entre responsabilidad penal y política no llega a desarrollarse: la responsabilidad política aparece como un mero obstáculo para impedir la responsabilidad criminal. Sólo tiene una vida retórica, destinada a evitar que los tribunales penales controlen la legalidad de las acciones de una élite domi-

---

(39) CH. MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, XI-6, Tecnos, Madrid, 1969, p. 157.

(40) A. DE TOCQUEVILLE: *El Antiguo Régimen y la revolución*, Guadarrama, Madrid, 1969, páginas 140-141; en el mismo sentido para España, MARICHAL, *ob. cit.*, pp. 70 y 217.

(41) TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen*, p. 136.

(42) *Idem*, p. 181.

(43) ESTEBAN LÓPEZ ESCOBAR FERNÁNDEZ: *Los orígenes del Derecho presupuestario español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1969, p. 22; *vid. también* TREVELYAN, *ob. cit.*, p. 20.

(44) CHASTENET, *ob. cit.*, p. 32.

nante, arropada en la aureola de un cargo público. El régimen de impunidad consistía, en última instancia, en condicionar e incluso reducir la responsabilidad penal a una responsabilidad puramente política porque aquélla tenía, en palabras de Colmeiro, una categoría «inferior» a ésta (45). Una vez efectuada la reducción, la responsabilidad política se revelaba como absolutamente falaz e inoperante, como se reconocía de manera bastante unánime (46).

El mecanismo era muy sencillo y práctico: ambas responsabilidades no eran independientes o paralelas, sino que estaban jerarquizadas; la responsabilidad penal era subsidiaria de la política. Esta última era la «llave» que dejaba paso a los tribunales ordinarios, e incluso a tribunales especiales, lo que se materializaba en el sistema de «doble aforamiento»: el llamado «suplicatorio» parlamentario y la autorización administrativa previa no abrían el camino a los juzgados comunes, sino a los órganos más elevados de la pirámide judicial.

Ahora bien, la convertibilidad de la responsabilidad penal en responsabilidad política es jurídicamente imposible: no se puede transformar o diluir una en la otra, por el carácter heterogéneo e irreductible que tienen ambas. En la responsabilidad política hay un vínculo previo creado por el principio de legalidad: el ejecutivo se somete a la censura de las cámaras; no hay, por otro lado, graduación de las sanciones, sino que se reducen a una alternativa simple: si hay o no lugar a retirar la confianza. Es una responsabilidad ilimitada, en cuanto que se puede incurrir en ella por los más nimios hechos, es decir, no se atiene al criterio de proporcionalidad represiva; pero la consecuencia es siempre la misma: la destitución. El órgano decisor no es imparcial, sino juez y parte al mismo tiempo. En la responsabilidad política el imperio de la ley no significa, como en la penal, tipicidad. No existe el principio *nulum crime sine lege*, ni tampoco el de *nula pena sine lege*, sino que se

(45) COLMEIRO, tomo I, p. 69.

(46) Véase el breve pero interesante discurso del diputado demócrata Pelegrín Pomés y Miquel (Diario de Sesiones del Congreso, 1 de diciembre de 1854, p. 302), donde sostiene que la responsabilidad ministerial es «una mentira». También, Diario de Sesiones del Congreso, abril de 1856, pp. 13087 y ss. Y lo mismo manifestaba un senador ante la Cámara vitalicia, tras manifestar que la responsabilidad política era una ilusión: «La única responsabilidad —decía— es que haya mucha libertad, que se ataque al Ministro que se desmande, que se impida que lo haga, y que si llega a hacerlo, que venga abajo cuanto antes. Esto es lo efectivo, porque esa responsabilidad no tiene límites» (García Gallardo, Diario de Sesiones del Senado, 17 de febrero de 1868, reproducido por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 32, 1868, página 385). Más recientemente, SERRANO GUIRADO ha escrito que «los medios de fiscalización política gozan de poca confianza. En contra se objeta que la experiencia ha demostrado su escasa virtualidad; son demasiado teóricos y poco eficaces» («La justicia administrativa», *Revista de Administración Pública*, 1951, núm. 6, p. 144); en iguales términos, F. FERNÁNDEZ SEGADO: *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Madrid, 1977, p. 20.

valora libérrimamente la actuación del gobierno, sin esquemas previos ni tipos preestablecidos.

La responsabilidad criminal, por contra, se dilucida ante los tribunales, no existiendo vinculación previa alguna entre el órgano decisor y las partes. Existe imparcialidad y lo que se discute no es la quiebra de la confianza depositada previamente por uno, el juzgador, en el otro, el infractor. La sanción es graduable y está previamente delimitada en función del hecho y de las circunstancias concurrentes.

No hay responsabilidad política cuando concurre un mandato imperativo o un deber estricto de obediencia. Requiera un margen de discrecionalidad. De ahí que sólo exista en los gobiernos de «gabinete» o parlamentarios, y no en los convencionales o en aquellos otros, como el norteamericano, regidos por una estricta separación de poderes, en la que el presidente responde ante sus electores periódicamente, pero no ante las Cámaras. Sólo se le puede revocar en una elección o por el procedimiento de *impeachment*, que es, ante todo, un proceso penal privilegiado, exponente de una responsabilidad penal más que política (47). Las corrientes liberales españolas más avanzadas del siglo XIX —por ejemplo, el partido demócrata durante el bienio— tendieron a vincular y ceñir los supuestos de responsabilidad política a la actividad discrecional del gobierno: «Que no se nos hable con este propósito —decía el voto particular de Rivero y Gil Sanz a la Ley de Bases del Consejo de Estado de 1856— de la responsabilidad ministerial, hecho aquí inoportuno e inconexo, porque los Ministros ni son ni pueden ser responsables sino de las resoluciones que la ley deja a su arbitrio y a su acción independiente y propia» (48). Cuando la ley reglaba la acción administrativa, las infracciones suponían un delito de prevaricación, cohecho o concusión, algo que excedía el marco de lo político, que es discrecional por naturaleza. De aquí que quienes, como Carré de Malberg (49), no dejan margen alguno de discrecionalidad y remarcan la estricta sumisión del ejecutivo a la ley, concluyan subrayando la estrecha conexión —cuando no identificación— entre responsabilidad política y penal, siendo ésta una derivación o consecuencia de la primera.

La reducción de la responsabilidad penal a una censura política es aún más inviable si se examina la cuestión desde el punto de

---

(47) E. GORDON: *La responsabilité du Chef de l'Etat dans la pratique constitutionnelle récente*, Paris, 1931. pp. 22 a 32.

(48) Diario de Sesiones, Cortes Constituyentes 1854-1856, apéndice al número 369, página 12832.

(49) R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, tomo I, páginas 792 y ss.

vista del Derecho penal, es decir, en cuanto que culpabilidad o responsabilidad concreta, subjetiva, individual e individualizable. La responsabilidad política es solidaria y objetiva, tiene carácter colectivo, general para un grupo, un partido o un movimiento, lo que no podía ser aceptado por la oligarquía dominante. Únicamente podía exigir responsabilidad quien estuviera al margen de la infracción, lo que tampoco era el caso, como ya hemos dicho, por tratarse de algo común a ambos partidos, el moderado y el progresista, si bien está más acentuado en el primero de ellos, aunque sólo sea porque fue quien tuvo las riendas de la Administración la mayor parte del tiempo.

De la breve etapa del Estatuto Real, lo más significativo es el debate (50) sobre el proyecto de ley de responsabilidades ministeriales que había prometido el discurso de la Corona en noviembre de 1835, y que el gobierno de Mendizábal presentó al Estamento de Próceres el 18 de diciembre de aquel año (51), seguramente redactado por Gómez Becerra, inspirador de la obra de Mendizábal en el terreno jurídico. La fecha es trascendental en este caso porque se produce sólo tres días antes de que Mendizábal demandara explícitamente el famoso «voto de confianza» (52). La comisión especial del Estamento de Próceres emite su dictamen sobre el proyecto el 20 de abril del siguiente año (53) y, seguramente, fue obra debida exclusivamente a Gareli (54), que asumió plenamente su defensa ante la Cámara Alta.

Pero tanto el proyecto como el dictamen estaban sumidos en la cautela, plenos de precauciones y de modestia, a la defensiva, convencidos de que iniciaban una obra sin precedentes entre los países habitualmente considerados como modelos de inspiración, Gran Bretaña y Francia. La exposición de motivos del proyecto lo decía claramente, manifestando seguir el ejemplo británico, tan al gusto de Mendizábal, rechazando explícitamente el modelo francés, más apreciado por los moderados. También allí esta materia estaba impregnada de oscuridad, decía el proyecto, no habiéndose conocido experiencias concretas en siglo y medio de régimen liberal: la británica era una legislación «calculada de cierto modo para que,

---

(50) En este punto, ISABEL BURDIÉL ha incurrido en un error, ya que el proyecto se discutió íntegramente en el Estatuto de Próceres [*La política de los notables (1834-1836)*], Valencia, página 252.

(51) MORENO PASTOR, *ob. cit.*, pp. 222-223.

(52) El proyecto del gobierno se puede consultar en el Diario de Sesiones de las Cortes, Legislatura de 1836, tomo II, pp. 250 y ss.

(53) Se contiene este dictamen en el mismo Diario, tomo II, pp. 91 y ss.

(54) GIL NOVALES ha calificado a Gareli como «uno de los más infaustos servilones con casaca liberal» [*Las sociedades patrióticas, 1820-1823. Las libertades de expresión y de reunión en el origen de los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1975, tomo I, p. 533].



prescindiendo de la pauta estrecha de la ley común, quede campo abierto en el curso del proceso al discernimiento personal de los jueces. En efecto, el juicio es esencialmente político cuando no recae sino sobre delitos públicos y no privados. En Inglaterra la responsabilidad no versa precisamente sobre actos ilegales, porque éstos se juzgan por el derecho común; versa sí, sobre el mal uso del poder que la ley confiere, y sobre los actos que ésta autoriza. Lo que debe indicarse en esta ocasión es que allí está muy asegurada la responsabilidad de los agentes inferiores del gobierno» (55).

Entre los próceres parece darse un acuerdo tácito acerca de la verdadera naturaleza de lo que iban a debatir, y lo comenzó exponiendo el propio Gareli: «La cuestión es *si conviene o no* que la ley determine la responsabilidad de los Ministros». La responsabilidad política había dejado de ser un elemento necesario, una pieza fundamental, del régimen constitucional, lo que no es de extrañar en el contexto jurídico del Estatuto Real: sólo cabía debatir si era «conveniente», es decir, oportuno. Quedaba claro que en aquel sistema pseudo-constitucional nada quedaba en manos de los Estamentos, salvo —significativamente— sus atribuciones jurisdiccionales. Por lo demás, el rey y sus ministros tenían abonado el terreno para desplegar su iniciativa sin cortapisa alguna. Igualmente, para el marqués de Miraflores, la ley de responsabilidad no era más que «el artificio que fija en los gobiernos representativos la inviolabilidad útil y precisa de la persona de los Monarcas, ligada para contrapesarla con la responsabilidad de sus primeros agentes» (56). Para Gil de la Cuadra, la ley «es uno de los casos metafísicos de la política, es más bien un remedio para curar la imaginación que para evitar y castigar una especie de delitos que muy rara vez pueden justificarse». Coincide con el marqués de Miraflores en que la ley es artificial e innecesaria, pues para exigir responsabilidades basta retirar la confianza al gabinete. También el marqués de San Felices declaró que se trataba de «una concesión a ciertos principios de perfectibilidad utópica que van perdiendo su prestigio a impulsos de la experiencia y, por decirlo así, del positivismo del siglo» (57). La discusión devenía, por tanto, en un lujo teórico; el proyecto nacía muerto en el proceso mismo de su gestación.

Sobresale también en todo el proceso de discusión del proyecto la concordancia básica entre la redacción presentada por el gobierno «radical» de Mendizábal y la réplica moderada, debida a la

---

(55) Diario de Sesiones, p. 272.

(56) Idem, p. 317.

(57) Idem.

pluma de uno de sus más genuinos representantes, Gareli. Consecuencia de ello es la ausencia de un debate intenso o crítica por parte de unos próceres entre los que Mendizábal no tenía buen cartel ni mucho menos. Ambos partidos tienen un mismo punto de partida fundamental: que la ley tiene por objeto asegurar y reforzar la inviolabilidad de la Corona. Según el dictamen de los próceres, la inviolabilidad del trono debe ser «sagrada hasta la superstición», reconociendo explícitamente la necesidad «imperiosísima de *dar muchos ensanches* y una fuerza imponente a la potestad real». El régimen de responsabilidades, por tanto, no trataba de estrechar el control sobre el ejecutivo, sino por contra, de relajarlo, de afianzar la iniciativa y prerrogativas del gobierno, algo que no era privativo de los moderados, sino que se refleja también en el proyecto del gobierno: «Lo que hay que cuidar celosamente en este punto –dice el texto del gobierno– es no crear una legislación que exponga a los Estamentos a ocuparse de procesos que rebajen su decoro, ni abrir las puertas a la posibilidad de muy fáciles persecuciones contra los Secretarios del Despacho, aventurando la consideración que necesitan y rebajando la dignidad de la Corona, de quien son los primeros agentes. Esta es cuestión de principios que interesa al bien del Estado» (58). La función judicial de la Cámara Alta se conceptuaba poco menos que como una bajeza, una tarea servil que, en última instancia, significaba una agresión contra el rey a través de quienes no eran más que sus primeros ejecutores. La inviolabilidad real se contagia hacia los primeros agentes gubernativos, y la falta de iniciativa legislativa de los Estamentos contrasta poderosamente con sus atribuciones jurisdiccionales: no podían elaborar leyes (arts. 30, 31 y 32 del Estatuto Real), pero sí podían, en cambio, acusar y juzgar a los ministros del rey. Estas nociones tenían muy poco que ver con el constitucionalismo liberal, y sí mucho con anticuados principios de Derecho público.

Para el doctrinarismo de mediados del siglo XIX, la responsabilidad política exigible ante las Cámaras excluía la responsabilidad penal ante los tribunales. Por ello, y para cerrar el círculo, se desató en España el fraude electoral, de manera que el gobierno de turno, por medio de sus gobernadores civiles instalados en las provincias, hicieran elegir como diputados a los propios hombres de la camarilla. No era, pues, el Parlamento quien controlaba al ejecutivo, sino precisamente al revés (59). Según Rico Amat, en virtud de una

(58) *Idem*, p. 254.

(59) «Ante la inexistencia de un verdadero proceso político capaz de producir un gobierno representativo de la opinión del país, era la Corona, el "poder moderador", la que en realidad hacía y deshacía los gobiernos, y el decreto de disolución equivalía a una mayoría segura en las próximas Cortes. Era lamentable que los partidos tuviesen que recurrir a este procedimiento espurio para alcanzar el poder» (DURÁN, *ob. cit.*, p. 350). «Una clave del dominio moderado

de las bases que sirvieron para la redacción de la Constitución de 1837 se «trasladaba el poder parlamentario a la Corona, o séase, al ministerio responsable» (60). De manera que, finalmente, tampoco había responsabilidad política alguna porque, en última instancia, los acusados podían elegir a sus propios jueces.

Autores como Alcántara y Morales se hicieron eco de esto al estudiar los posibles problemas que pudiera plantear la resolución de los conflictos jurisdiccionales si se dejaba en manos del gobierno. Como se trata de un «acto del poder real», dicen estos autores, la clave está en la «responsabilidad ministerial», y nuevamente ponen en cuestión la veracidad de esta responsabilidad, que para ellos también era meramente política, por lo que se ven ante el callejón sin salida de las elecciones y la composición del Parlamento (61).

Durante el bienio, los progresistas proyectaron un complejo sistema de responsabilidades para el régimen local. El artículo 176 del proyecto de ley orgánica municipal separaba, por una parte, las responsabilidades individuales de las corporativas de ayuntamientos y diputaciones; y por la otra, distinguía entre responsabilidades políticas (sancionadas con la suspensión), administrativas (art. 280, cifradas en apercibimientos y multas) y penales. Era competente la Audiencia para juzgar a los alcaldes y ayuntamientos (art. 283). La responsabilidad individual de los «regidores» sólo tenía lugar (art. 178) cuando desempeñen «encargo o comisión especial y personal». El artículo 274 disponía que «el gobierno, oyendo al Consejo de Estado, decidirá en plazo que no exceda de treinta días si ha lugar a la formación de causa o a la disolución» de la corporación municipal; pero el artículo 177 establecía que «ni los alcaldes ni los regidores pueden ser destituidos más que en virtud de sentencia ejecutoriada del tribunal competente». Igualmente

---

—escribe, por su parte, MARICHAL— fue el control ejercido sobre ambas cámaras legislativas. Después de 1844 el Senado se convirtió en un club privado de generales, arzobispos, Grandes y aristócratas, ex ministros y diplomáticos, así como de un reducido grupo de banqueros y capitalistas. Según la nueva Constitución de 1845, el rey nombraba a los senadores personalmente y de por vida. En estas circunstancias, el ejército rápidamente pudo aumentar su influencia en la Cámara Alta; para 1853 había 93 generales en el Senado de un total de 314 miembros. Los miembros de la Cámara de Diputados, por su parte, eran seleccionados por un pequeño número de electores que, en general, respondían favorablemente a las indicaciones del ministro de Gobernación de turno» (*ob. cit.*, p. 297).

Literalmente lo ilustró PÉREZ GALDÓS en uno de sus «Episodios Nacionales»: «La política —pone en boca de uno de sus personajes— entraba en honda crisis, resuelto Palacio a cambiar de Gobierno, y siendo el Parlamento, como era, no más que una sombra de régimen, tapadera de la arbitrariedad, del capricho y de las veleidades cortesanas» (*De Oñate a La Granja*), ed. Urbión, Madrid, 1976, tomo V, p. 2186).

(60) RICO AMAT, *ob. cit.*, tomo III, p. 64.

(61) A. ALCÁNTARA PÉREZ y J. MORALES SERRANO: *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*, Madrid, 1866, tomo I, pp. 44 y 45.

confuso era el régimen de responsabilidades del proyecto de ley provincial (arts. 56 y siguientes) donde se aunaban los aforamientos (art. 62), con la autorización previa (arts. 63 y 67), con la posibilidad de dirigir querellas («demandas criminales» en la terminología del proyecto) contra diputaciones (art. 64), algo que también cabía contra los ayuntamientos (art. 180 del proyecto de ley municipal). Era loable el esfuerzo por delimitar y concretar responsabilidades, así como la intervención de los órganos judiciales, pero ambos proyectos caían en la confusión, no eliminaron la autorización previa y pretendieron reforzar los aforamientos: lo que se ganaba en un terreno, se perdía por otro.

Por Real Decreto de 30 de diciembre de 1866, Narváez disuelve el Congreso, lo que califica de «acto del poder real», esto es, discrecional, reconociendo también que su objetivo es justificar las ilegalidades cometidas por los propios ministros y buscar un nuevo Parlamento que les exonere de toda responsabilidad: un remedo, en definitiva, del *bill of indemnity* con la variante de unas elecciones de por medio que, convenientemente amañadas, compondrán una Cámara amaestrada y dócil a las pretensiones del gobierno (62). Es un buen ejemplo de cómo la responsabilidad criminal de los ministros se transforma en responsabilidad política y, para eludirla, se disuelve el Congreso para confeccionar uno nuevo, «fabricado» a la medida del gobierno y capaz de echar tierra encima de las responsabilidades contraídas. Los ministros, decía Narváez, «no se han atendido en algunos casos, es verdad, a lo que la ley prescribe; pero han hecho enérgicos y saludables sacrificios y esfuerzos para restablecer el orden y restaurar la paz pública... Abrigamos confiadamente la esperanza de que los diputados de la nación no tardarán en absolvernos ni en poner el sello de la más robusta legalidad a nuestra obra».

No puede dejar de sorprender lo burdo de la copia del *bill of indemnity* que subyace en las palabras de Narváez, un eco lejano y tergiversado de la institución inglesa; tanto por la artificial referencia al control parlamentario, como por el olvido de la otra posibilidad de control: el derivado de los tribunales. Laski ha puesto de

---

(62) Escribía BORREGO que si se ampliara el derecho de sufragio pasivo, las Cortes «no se compondrían, como en la actualidad, de más de dos terceras partes de empleados del gobierno, que perciben en Madrid sus sueldos por desempeñar una misión enteramente gratuita. No somos nosotros de los que creen que debe privarse a los empleados el voto pasivo; al contrario, juzgamos que es muy ventajoso para el Estado que haya en los Estamentos cierto número de empleados de todas las carreras públicas, por la sencilla razón de que suelen estar más enterados de las doctrinas prácticas de la administración que los que jamás han desempeñado ningún destino; pero tampoco consentiríamos que se abusase de esta franquicia hasta el punto de convertir las Cámaras en juntas de agentes y dependientes del gobierno. A cuyo fin fuera muy oportuno el que se les rebajasen la mitad del sueldo a los diputados empleados mientras que no sirviesen sus destinos» (*Periodismo liberal conservador*, p. 134).

manifiesto cómo son precisamente los estados de sitio (cotidianos y permanentes en la España del XIX) los que dan la verdadera medida de la desjudicialización y la inmunidad del ejecutivo (63). El *bill of indemnity* se configura en Inglaterra para exonerar de cualquier clase de responsabilidades a las tropas que intervienen en el aplastamiento de las sublevaciones, y se basa en el principio de soberanía parlamentaria (64). «Pero a un poder ejecutivo que cuente en todo caso con la protección del Parlamento —añade Laski— no le preocupará lo más mínimo la intervención de los tribunales, por cuanto tiene en sus manos la posibilidad de escapar a su fiscalización y la certeza de la evasión de ese predominio se reflejará entre sus agentes todavía con mayor intensidad en la periferia que en el centro» (65). En la represión de los alzamientos multitudinarios había que asegurar una eficaz y drástica intervención de las tropas o las fuerzas policiales, asegurándoles que no habría responsabilidades concretas por los excesos. En España esto se llevó a cabo tanto por el método de la desjudicialización, como por el sistemático falseamiento electoral: no habría responsabilidad penal ni tampoco política.

Significativa es también la exposición de motivos del Decreto de 20 de enero de 1875 que volvía a desjudicializar lo contencioso-administrativo tras la corta experiencia del sexenio «para que cese un estado de cosas en que los Ministros reciben la censura, no de los cuerpos colegisladores, únicos que en buena doctrina pueden sindicarlos, desaprobar sus actos y exigirles la responsabilidad en que por ellos incurran, sino de un tribunal que, por muy elevado que sea, nunca tendrá derecho a ocupar un puesto más alto que el gobierno supremo».

Repugnaba cualquier posibilidad de revisión jurisdiccional; sólo interesaba una responsabilidad política y fabricar parlamentos a la medida de forma que los «trapos sucios» se lavaran dentro de la intimidad del hogar. No otra cosa significaba la competencia del Senado para juzgar a los ministros en determinados supuestos, inaugurada ya por el Reglamento del Estamento de Próceres (art. 119) y luego desarrollado por la Ley de 11 de mayo de 1849: en virtud de los artículos 14 y 16 de la Constitución de 1845, los senadores se nombraban por decreto (66).

---

(63) HAROLD J. LASKI: *El Estado moderno. Sus instituciones políticas y económicas*, Bosch, Barcelona, 1932, tomo II, p. 328.

(64) Vid. P. CRUZ VILLALÓN: *El Estado de sitio y la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 296-297.

(65) LASKI, *ob. cit.*, tomo II, pp. 333-334.

(66) Sobre el Senado, cfr. R. BERTELSEN REPETTO: *El Senado en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

## 2. ORIGENES LEGISLATIVOS DE LA AUTORIZACION PREVIA EN FRANCIA

Habitualmente se viene considerando al artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII como el punto de partida de este mecanismo administrativo del que dependía la paralización de un proceso penal. Pero, como advirtieran, entre otros, Foucart (67) y Dalloz (68), el artículo 56 del Decreto de la Asamblea constituyente de 14 de diciembre de 1789 ya estableció el siguiente principio: «Todo ciudadano activo podrá firmar y presentar contra los oficiales municipales la denuncia por los *delitos de administración* de los que pretenda obtener su culpabilidad. Pero antes de presentar esta denuncia en los tribunales, deberá someterla a la administración o al directorio del departamento, que, después de haber oído a la administración de distrito o a su directorio, enviará la denuncia, si hubiera lugar, ante los jueces que deberán conocer de ella». La Instrucción de esa misma fecha de la Asamblea añadía que la administración o el directorio del distrito debían «verificar los hechos expuestos». Y precisaba, además, acto seguido, los demás supuestos en que el ciudadano no pretendiera denunciar agravios personales, sino de otro tipo.

Esta versión primitiva de la autorización previa no se limitó, sin embargo, como da a entender Foucart, a los funcionarios municipales. Muy poco después del Decreto de 14 de diciembre, otra Instrucción de la Asamblea de 8 de enero, con carácter más general, se preocupaba de que el «poder administrativo» preservara su «independencia» frente al judicial: «Se violaría la Constitución —afirmaba esta Instrucción— si las administraciones de departamento pudieran o sustraerse a la autoridad legislativa o usurpar alguna parte de sus funciones o infringir sus decretos y resistir a las órdenes del Rey que les recomendara su ejecución: cualquier acción de esta naturaleza sería por su parte una prevaricación». Luego la Instrucción pasaba a plantear la cuestión respecto a los órganos judiciales: «La Constitución no se violaría menos si el poder judicial pudiera mezclarse en las cuestiones de administración, y perturbar, de la manera que fuese, a los cuerpos administrativos en el ejercicio de sus funciones. La máxima que debe prevenir esta otra especie de desorden político, está consagrado en el artículo 7 (del Decreto

---

(67) E. V. FOUCART: *Eléments de Droit Public et Administratif*, París, 4.<sup>a</sup> Ed., 1855, tomo I, página 209.

(68) D. DALLOZ: *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, París, 1855, tomo 32, pp. 282-283.

de 22 de diciembre, nota del autor). Todo acto de los tribunales y cortes de justicia tendente a contrariar o a suspender el movimiento de la administración, por inconstitucional, quedará sin efecto y no deberá detener al cuerpo administrativo en la ejecución de sus operaciones».

El título II de la ley de organización judicial de 24 de agosto de 1790 reafirmó aquellas disposiciones. El artículo 13 establecía que «las funciones judiciales son distintas y seguirán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar de la forma que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». La prohibición llegó a tipificarse como delito en el Código Penal de 1791. La ley de 7-14 de octubre de 1790 no permitía llevar a los funcionarios públicos ante los tribunales ordinarios por hechos relacionados con su cargo, salvo que la autoridad superior remita testimonio.

Todo ello resultó finalmente sancionado por el artículo 3 del capítulo V, título III de la primera Constitución: «Los tribunales no pueden, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes ni asumir funciones administrativas, o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». A niveles superiores, el artículo 8 del título III, capítulo II, Sección IV disponía: «Ningún ministro en funciones, o fuera de sus funciones, puede ser perseguido en materia criminal por hechos de su administración, sin un decreto del Cuerpo legislativo». Por contra, la Constitución jacobina nada estableció al respecto, por lo que el Decreto de 17 germinal del año III (6 de abril de 1795) se remitía al Derecho común. Pero tras el paréntesis del terror, el artículo 203 de la Constitución del año III, volvió a la normativa anterior: «Los jueces no pueden inmiscuirse —decía— en el ejercicio del Poder legislativo, ni hacer ningún reglamento. No pueden detener o suspender la ejecución de ninguna ley, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

Pero el artículo 75 de la Constitución napoleónica era mucho más concreto que todo eso: «Los agentes del Gobierno, aparte de los ministros —decía— no pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones, más que en virtud de una resolución del Consejo de Estado: en ese caso, el proceso tendrá lugar ante los tribunales ordinarios».

En contraste, cabe calificar de muy ambiguo el artículo 58 del Estatuto de Bayona, que atribuía al Consejo de Estado competencia para conocer de los conflictos jurisdiccionales, resolver en materia contencioso-administrativa «y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública». No era la autorización

previa, pero la exigencia de citar a los funcionarios a través de la autoridad administrativa superior en lugar de directamente, no es más que el primer peldaño de la institución.

De toda la normativa francesa llama poderosamente la atención su reflejo constitucional, muestra del alto rango e importancia de la autorización previa, que no derivaba únicamente de una determinada y peculiar versión del principio de separación de poderes, sino de una insoluble contradicción constitucional de la monarquía. En efecto, en la monarquía que pretendieron perfilar los primeros constituyentes franceses, todos los funcionarios están estrictamente sometidos a responsabilidad; pero el rey es el primer funcionario de la nación y, sin embargo, no está sometido a responsabilidad. Ante las sucesivas fugas del monarca al extranjero para encabezar la contrarrevolución, se le pretendió someter, como a los demás funcionarios, a la obligación de residir en un determinado punto de la nación: desde el primer día (28 de enero de 1791) el asunto pasó a la comisión constitucional para que elaborara el correspondiente proyecto de ley (69). La contradicción desaparece, lógicamente, en Constituciones, como la jacobina, de tipo republicano.

### 3. LAS AVOCACIONES EN ESPAÑA

El origen de la autorización administrativa previa en España radica en la vieja institución de las avocaciones, también conocidas en Francia, y que ya fueron prohibidas por el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo interino de 1811, cuyo artículo 1 del capítulo III decía: «El Consejo de Regencia no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes ni ejecutorias, ni mandar abrir nuevamente juicios contra lo prevenido por las leyes». Luego el artículo 243 de la Constitución del año siguiente reiteró la prohibición de las avocaciones, de modo que «ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios». Hubo, sin embargo, tres excepciones, que figuran en la propia Constitución: el Tribunal de Cortes (art. 128), las facultades jurisdiccionales de los alcaldes (arts. 275, 282 y otros), y las de los gobernadores civiles (art. 261-4).

Las avocaciones constituyen una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia penal, y constituyen el fenómeno opuesto de la delegación de funciones judiciales. Resultan

---

(69) Cfr. *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Populaire recueillis par Alexis Eymery*, Paris, 1818, tomo III, pp. 145 y ss.



indicativas de una concepción jerarquizada de la organización judicial (70), impropia del constitucionalismo, que pretendió una distribución del territorio entre órganos judiciales iguales y uniformes, con competencia general y únicamente limitada por su circunscripción respectiva. Las avocaciones, por contra, denotan que los jueces carecen de competencia original y propia; que la competencia reside en los órganos supremos del sistema judicial, cuyas funciones delegan pero con la posibilidad de recuperarlas en cualquier momento. Esto permite modificaciones *ad hoc* de la competencia judicial (71), que podían llevar a cabo tanto el rey (calificado de «primer magistrado de la nación» por la Constitución de 1812), como las Audiencias y, tras su creación, también el Tribunal Supremo; éstos para asumir por sí mismos la resolución del caso en primera instancia, y el rey —esto es, el gobierno— para entregarlo a una comisión extraordinaria.

Pero las avocaciones no paralizaban el proceso penal, sino que se limitaban a transferir su tramitación a un órgano distinto, de rango jerárquico superior, por lo que son un antecedente de los aforamientos, un supuesto en el que las competencias no están rígidamente preestablecidas, sino que son variables, al criterio discrecional de un órgano superior: que se trata, en suma, de competencias facultativas; la autorización administrativa previa paralizaba el proceso remitiéndolo a la Administración que, de ese modo, se sobreponía a los órganos judiciales: «No era más que *un privilegio* que amenguaba el prestigio y la integridad del poder judicial, y establecía la dependencia de éste respecto de la autoridad administrativa» (72).

Históricamente trascendental fue el artículo 38 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 ya que anticipa importantes conceptos que se repetirán posteriormente

---

(70) HENRI JOUFFROY expuso claramente, aludiendo a la organización judicial británica, cómo las avocaciones implicaban una concepción anticuada y jerárquica, más propia de la Administración que de los tribunales: «Se apela de todos esos Tribunales, a los Tribunales Superiores de Justicia con sede en Westminster, pero también se puede, repetimos, dirigirse directamente a estos últimos sin tener en cuenta a los Tribunales inferiores». Luego, refiriéndose al Tribunal del «Kingsbench», afirma que «sus prerrogativas consisten en vigilar a los tribunales inferiores, avocar las causas y dirigir la Jurisdicción criminal» *Constitution de l'Angleterre*, París, 1843, pp. 157 a 159).

(71) En *Derecho administrativo*, GONZÁLEZ NAVARRO ha definido recientemente las avocaciones como «la transferencia del ejercicio de la competencia decisora en un asunto concreto a un órgano superior a aquel que la tiene atribuida o delegada con carácter general por razón de la materia, la jerarquía o el territorio y que tiene lugar mediante acto administrativo dictado en virtud de una previa autorización legal» (*Derecho administrativo español*, Pamplona, 1987, páginas 711 y 712); la definición sirve mutatis mutandis para las avocaciones judiciales. Vid. también VILLAR PALASÍ, *ob. cit.*, p. 106.

(72) *Comentarios a la Constitución de 1869 y leyes orgánicas municipal, provincial, electoral y de orden público* por una Sociedad de Publicistas, Madrid, 1870, p. 133.

con asiduidad. Según esta norma «cuando ocurra algún delito de tales ramificaciones o de tales circunstancias que no permitan seguir bien la causa sino en la capital de la provincia o del Reino, o en otro juzgado diferente del fuero del delito, S. M. someterá el conocimiento al juez letrado de primera instancia *que le parezca más a propósito*; y esto mismo en igual caso, si no mediare Real disposición, podrán hacer por sí las Audiencias a petición de su fiscal, cada una respecto a su territorio; pero dando inmediatamente cuenta de ello al Gobierno». Poco después, el artículo 3 del Decreto de 22 de marzo de 1837, vigente pues la Constitución de Cádiz, precisaba las facultades instructoras de los gobernadores civiles, pero ciñéndose a la responsabilidad de jueces y magistrados, y sólo «mientras no se altere el artículo constitucional que se lo encarga».

Tales avocaciones muestran la correlación y continuidad existente entre los principios procesales del Antiguo Régimen y los aforamientos, y la inconsecuencia de la Constitución de Cádiz, con disposiciones tan incompatibles como las de los artículos 243 y 261-4. Años después Silvela justificará la atribución de competencia al Senado para conocer de los delitos de traición, rebelión y sedición, porque en ellos concurren «tales circunstancias que exijan para su averiguación y castigo, no los medios ordinarios, y sí los extraordinarios... Podrá ser tal el número de los presuntos reos, tales las complicaciones y ramificaciones de la causa, tal en fin su importancia, que la conveniencia pública aconseje que de ella conozca un tribunal cuya jurisdicción se extienda a todo el ámbito de la Monarquía; y cuya elevación aleje toda sospecha de indebidas contemplaciones, o de la severidad cruel, horrible engendro de la venganza o el miedo», citando expresamente como antecedente el referido artículo 38 del Reglamento de Administración de Justicia (73). Los argumentos constituyen un antecedente casi mimético de los utilizados habitualmente para justificar la creación de fueros penales centralizados (v. gr. Tribunal de Orden Público y Audiencia Nacional). Son supuestos en los que se produce una arbitraria alteración del régimen común de competencias penales. La competencia *ratio materiae* del Senado no era más que una avocación acordada por decreto del gobierno, como reconoció Duguit (74).

Por supuesto, allá donde el constitucionalismo no había llegado, en las colonias, las avocaciones eran moneda corriente. La Real Cédula de 30 de enero de 1855 prohibió las avocaciones por las Audiencias (art. 53), pero las mantuvo indirectamente para la Sala

(73) Diario de Sesiones del Senado, Apéndice al núm. 6, 23 de noviembre de 1847, p. 42.

(74) DUGUIT, *Manuel*, p. 488.

de Indias del Tribunal Supremo (art. 90), lo que fue confirmado por Real Orden de 26 de marzo de 1857, dictada en relación a un proceso concreto, y ratificado por la providencia de la misma Sala de Indias de 7 de abril de 1862, dictada en otro proceso singular y que no se publicó oficialmente (75).

En la península, la doctrina en 1865 discutía sobre la vigencia del artículo 38 del Reglamento de 1835. Se decía que las avocaciones eran contrarias a la Constitución de Cádiz que, restablecida en agosto de 1836, había derogado aquel artículo 38; se añadía a esto que aún después de promulgada la nueva Constitución al año siguiente, el Real Decreto de 16 de septiembre de ese mismo año, había puesto en vigor todo el título 5.º de la Constitución de Cádiz, cuyo artículo 247 era contradictorio con el artículo 38 del Reglamento al prohibir los juicios por comisiones extraordinarias. Pero esa misma doctrina se veía obligada a reconocer que la práctica judicial era contraria a la Constitución y que se había establecido una costumbre *contra legem* (76).

El artículo 66 del Real Decreto de orden público de 1867, así como el artículo 44 de la ley de 1870, recordarían la vigencia de este artículo 38 del Reglamento. Que esta normativa sea recuperada por las leyes de excepción es buena prueba de esa relación entre los antiguos privilegios feudales y las nuevas disposiciones de orden público filtradas a través de leyes del mismo carácter y utilizadas con propósitos de represión política. Así, los bandos militares de los capitanes generales del ejército declarando el estado de guerra, contenían como norma general y más importante, la transferencia de competencias desde la jurisdicción ordinaria a los consejos de guerra, es decir, que eran avocaciones sustancialmente.

La Constitución progresista de 1837, a diferencia de la de Cádiz, no prohibió las avocaciones, lo que dio lugar, entre otras (77), a disposiciones como la Real Orden de 21 de febrero de 1840 que reproducimos en su integridad:

«En consideración a los males y perjuicios que ha originado en muchas ocasiones la facilidad con que, sin dejar acción a la vía gubernativa, se procede judicialmente en los casos de fraude reconocido en las aduanas por

---

(75) JOSÉ MANUEL AGUIRRE MIRAMÓN: «De la evocación de causas por la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 22, 1863, páginas 441 y ss.

(76) PEDRO GOTARREDONA: «Sobre si debe considerarse vigente el art. 38 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 27, 1865, pp. 328 y ss.

(77) Existieron avocaciones en materia civil por aquella misma época, como las contenidas en las Reales Ordenes de 30 de diciembre de 1838 y 8 de mayo de 1839.

efecto de las operaciones que se practican en ellas conforme a instrucción; y deseando S. M. la Reina Gobernadora que se dé la protección debida al comercio de buena fe, guardándole todas las consideraciones posibles, al mismo tiempo que se persiga a los defraudadores de la Hacienda pública, se ha servido mandar *que cuando se descubran tales fraudes en las aduanas, se instruya antes de todo expediente gubernativo, en el cual se oiga a las oficinas y aún a los interesados, y que sólo hallándose méritos para proceder en justicia, se determine así, y se pase el expediente al juzgado de la subdelegación para que sobre él tengan efecto los procedimientos judiciales.*»

Pero correspondió a los moderados introducir la autorización previa en la legislación española. Para ello tuvieron muy presente el casi medio siglo que la institución venía funcionando en Francia, donde el artículo 75 de la Constitución del año VIII había sobrevivido a todas las vicisitudes políticas y a todos los cambios constitucionales habidos en ese largo período. Podían haber tomado ejemplo del artículo 24 de la Constitución belga de 1830, que disponía: «No es necesaria ninguna previa autorización para entablar demandas contra los funcionarios públicos por hechos de su administración, exceptuando las reglas establecidas con respecto a los Ministros». Pero había una clara opción política en la decisión de los moderados de seguir al pie de la letra la experiencia legislativa francesa.

El 25 de octubre de 1844 se dicta una Real Orden por la que el gobierno exige a los jueces que siempre que decreten la prisión de un funcionario público, den cuenta de ello inmediatamente al gobernador civil respectivo.

#### 4. LAS LEYES ADMINISTRATIVAS DE LOS MODERADOS

Con mayor claridad, la ley de 2 de abril de 1845 implantó definitivamente el sistema de autorización previa para proceder contra funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos (78). Dicha autorización debía otorgarla el gobernador civil

---

(78) Sin embargo, AGUILERA DE PAZ opinaba que los precedentes eran las dos Reales Ordenes anteriores que hemos dejado consignadas, la de 21 de febrero de 1840 y la de 25 de octubre de 1844 (*Comentarios*, tomo V, pp. 218 y ss.). Según PARADA VÁZQUEZ la primera sólo contiene una avocación, criterio que no compartimos; respecto a la segunda, sólo hacía referencia al encarcelamiento de funcionarios, que debía ser comunicada al gobernador civil, no otorgando ninguna atribución a éste («Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, 1960, núm. 31). En opinión de MANRESA la

de la provincia, y para procesar a los gobernadores, era al rey a quien correspondía la decisión.

El método fue perfeccionándose y regulándose con más minuciosidad en el Real Decreto de 25 de septiembre de 1845, las Reales Ordenes de 27 de marzo de 1850 (que reguló el procedimiento) y 29 de abril de 1857, la Ley de 25 de septiembre de 1863 y en la Real Orden de 31 de agosto de 1866, hasta el artículo 81-8 de la Ley Orgánica Provincial de 21 de octubre de 1868, ya en otras circunstancias históricas.

Hubo, sin embargo, aspectos muy importantes que nunca quedaron resueltos. El más importante fue el del ámbito que alcanzaba esta exigencia de autorización previa (79). Confusa era la cuestión de si beneficiaba a los funcionarios destinados en la Administración central. Había normas que así lo establecían con claridad, pero nunca se reguló un procedimiento para tramitar la autorización en estos casos. Alcántara y Morales opinan que sí, lo que entendemos equivocado, ya que se trataba de aforados, siendo ésta la vía que se utilizaba en la práctica: el artículo 3-2 del Decreto II sobre Tribunales Supremos de marzo de 1834 le atribuía competencia para conocer en primera instancia de los delitos cometidos por «empleados de elevada jerarquía».

¿Alcanzaba la autorización previa a los militares? Entendemos que no, porque disponían de sus tribunales privilegiados y éstos se bastaban para asegurar su impunidad en los casos necesarios (80).

La enumeración de posibles cuerpos funcionariales dudosamente amparados bajo la previa autorización podía ampliarse con los de Hacienda y, en general, con todos los que no dependían del gobernador civil. Hemos de recordar que ni siquiera era posible identificar a los funcionarios públicos, cuando el cargo que ocupaban podía ser removido en asicada crisis de gobierno, y cuando su

---

implantación se hizo por Real Decreto de 6 de junio de 1844 que, en realidad, trata de conflictos jurisdiccionales (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881, tomo I, pp. 268 y ss.). Al elenco de disposiciones citadas, ALCÁNTARA y MORALES añaden la Real Orden de 25 de junio de 1846 como una de las precursoras.

(79) En Francia, la resolución del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 1842 declaraba que los agentes de la fuerza pública no estaban incluidos entre los beneficiarios de la autorización previa. Según esta resolución, sólo alcanzaba a los «depositarios de una porción de la autoridad del gobierno que actúan directamente en su nombre y bajo su dirección mediata o inmediata, y que forman así parte del poder público» (FOUCART, *ob. cit.*, tomo I, p. 212). Además, sólo incluía las acciones emprendidas en ejercicio de sus funciones, es decir, protege los actos, no las personas, por lo que se aplicaba también, como en España, aun cuando hayan dejado de ser funcionarios, aunque igualmente puede encontrarse jurisprudencia en contra, donde se determina que, una vez destituido la acción judicial en su contra no perjudica la acción administrativa (FOUCART, *ob. cit.*, tomo I, pp. 213 a 215).

(80) Secuela de la pervivencia del fuero militar fue que «abusos y desmanes cometidos contra intereses de personas pertenecientes a otros grupos sociales quedaban, unas veces en apariencia y otras en la realidad, impunes» (P. CASADO BURBANO: *Las fuerzas armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDESA, Madrid, 1982, p. 18).

suelo, por el prebendalismo imperante, no provenía íntegramente de la Administración, sino del particular que demandaba el servicio (81). Todo parece indicar, sin embargo, que el propósito de este mecanismo era resguardar al gobernador civil y a las autoridades municipales dependientes de él. De hecho es la legislación sobre Administración provincial y municipal la que regula la autorización previa, y todos los supuestos prácticos que se dieron, trataban de alcaldes, concejales y autoridades locales en general, así como funcionarios de policía.

El significado de esta institución procesal es, por lo demás, tan claro que releva de mayores precisiones acerca de su mecanismo. Por tanto, únicamente nos vamos a concentrar en algunos aspectos que nos parecen importantes. El primero de ellos es destacar que la autorización previa no solamente no excluye, sino que, lo mismo que los «suplicatorios» parlamentarios (institución paralela a ésta que aún subsiste), puede combinarse con el aforamiento, duplicando así los obstáculos procesales y reforzando la impunidad de ciertos cargos públicos.

Un segundo detalle importante versa sobre el fundamento al que podía acogerse el gobernador civil para denegar la continuación de un procedimiento penal contra un funcionario. La legislación nada decía al respecto, por lo que cabe pensar, lógicamente, que era una decisión discrecional. Morales y Alcántara, por contra, estimaban que sólo cabían dos motivos para denegar la autorización pedida: que no se acreditara la perpetración del delito, o bien la intervención en el mismo del funcionario (82). Se trata, como se aprecia, de decisiones que sólo puede adoptar el juez penal, por lo que so pretexto de la autorización previa, lo que hacía el gobernador civil era resolver sobre el fondo del asunto (83).

Otro aspecto importante era el trámite de audiencia del inculpado, que era citado por el gobernador a fin de que alegara lo que estimara pertinente sobre las acusaciones de que era objeto. La práctica hizo de este trámite un contra-sumario, en el que además de las alegaciones del funcionario acusado, se incorporaban documentos, muchas veces falsos y otras fraguados *ex post* (84), e incluso se recibía la testifical solicitada por dicho funcionario. Alcántara y Morales, que criticaron esta viciosa práctica, la justifica-

---

(81) CARRASCO CANALS, *ob. cit.*, p. 124.

(82) ALCÁNTARA y MORALES, *ob. cit.*, tomo II, p. 124.

(83) En Francia, cuando la resolución era favorable a conceder la autorización no se motivaba para evitar condicionar la resolución judicial final; pero había que motivarla si se rechazaba. En todo caso, la concesión o denegación era irrecurrible (FOUCART, *ob. cit.*, tomo I, páginas 230 y 231).

(84) ALCÁNTARA y MORALES *ob. cit.*, tomo II, p. 120.

rón para el caso de que se solicitara el procesamiento de un gobernador civil por el Tribunal Supremo (85).

Finalmente debemos hacer referencia a que si bien tal autorización sólo debía solicitarse cuando se tratara de un delito cometido en el ejercicio de funciones públicas, en todo caso el juez debía avisar al gobernador cuando estuviera procediendo contra un funcionario. Se planteaba entonces un problema si el juez estimaba que no era necesaria la autorización, por no tratarse de delito cometido en ejercicio de sus funciones, mientras el gobernador sustentaba criterio distinto. Parecería en buena lógica que en tales casos la decisión de pedir o no la autorización quedara a criterio del juez. Pero existía aquí un sutil juego de discriminaciones, de modo que si el juez pedía la autorización, la resolución era firme, mientras que en caso contrario, debía ser ratificada por la Audiencia (arts. 44 y ss. de la Ley de 1863). Si la Audiencia no ratificaba el criterio del juez, obviamente, equivalía a reclamar la autorización. Pero si por el contrario sustentaba el mismo criterio, se producía una especie de conflicto jurisdiccional, pasando el expediente al Consejo de Estado (86).

Era irrelevante, por tanto, que el funcionario actuara en el desempeño de su cargo o no, ya que en un caso intervenía la autorización previa, y en el otro, el conflicto jurisdiccional. La interferencia administrativa estaba garantizada siempre.

Es claro que se trata de técnicas intercambiables, de modo que una suple a la otra para producir un mismo efecto de impunidad. Consecuencia de esto es que so pretexto de la autorización previa, los gobernadores civiles plantearan conflictos de competencias, y viceversa, confundiendo ambas instituciones, como tendremos ocasión de comprobar.

## 5. EL BIENIO PROGRESISTA

Durante el bienio progresista quedó claro que se mantendría la autorización previa. El párrafo 2.º del artículo 77 del proyecto constitucional sólo excluía de la autorización a los funcionarios «que cometan abusos, faltas o delitos» en la confección de las listas o en cualquier otro acto electoral. El artículo 179 del proyecto de ley municipal conservaba la autorización administrativa en favor de alcaldes y regidores por sus actos como concejales, y tanto en los juicios penales como en los civiles, ampliada por el artículo 67 del proyecto de ley provincial a los «subalternos de las Diputaciones»

---

(85) Idem, tomo II, p. 170.

(86) Idem, tomo II, p. 109.

por los actos que realicen con ocasión de su oficio. El artículo 97 de este mismo proyecto decía: «Todos los funcionarios públicos de la administración civil son responsables de sus actos contrarios a las leyes y disposiciones del gobierno, gubernativa o judicialmente, según los casos.» Pero el artículo siguiente disponía: «Ningún funcionario público de la administración civil puede ser procesado civil ni criminalmente, por razón de sus actos oficiales, sin previa autorización de sus superiores jerárquicos, en la forma que determinen las leyes, y salvo el caso que éstas preceptúen expresamente lo contrario.»

Pero esto eran sólo proyectos que, si bien dejan claro el pensamiento del partido progresista en la materia, careció de repercusiones prácticas. Mucho más interesante fue la Circular del Ministerio de Justicia de 17 de marzo de 1856 que, además de dejar constancia de la ambigüedad de sus propósitos progresistas, al no hacer frente a la derogación de toda esta normativa, indicaba una serie de aspectos claves que la experiencia había ido desgranando. Comenzaba lamentándose de la gran cantidad de autorizaciones de procesamiento solicitadas por los jueces, lo que «ha dado lugar —reconocía— a la formación de un considerable número de expedientes, a cuyo despacho no pudo atender el suprimido Consejo Real... De estas causas han provenido el entorpecimiento que, en muchos casos, experimenta la administración de justicia y las quejas y reclamaciones que frecuentemente se han elevado y elevan a este ministerio por las autoridades judiciales».

En esta Circular hay un párrafo que no podemos dejar de transcribir por cuanto encierra la clave de la problemática: estas leyes, añadía la Circular, «han procurado escudar a los empleados administrativos contra las pasiones que se agitan y encienden en los días de gran perturbación y de lucha de todas las ideas y de todos los intereses que constituyen la existencia de la sociedad, y a pesar de la generalidad del precepto de la ley, han juzgado que los funcionarios de la Administración son justiciables, siempre que ordenan y ejecutan la recaudación ilegal de impuestos o atentan contra la verdad y la libertad de las elecciones». La Circular daba con la clave de la normativa, al centrarse en las contribuciones ilegales y el fraude electoral; pero lejos de ser hechos justiciables, la jurisprudencia del Consejo Real demostraba que los gobernadores civiles denegaban sistemáticamente la autorización imprescindible para el procesamiento penal.

Tras el breve paréntesis del bienio, las cosas seguirían igual, vedando los gobernadores civiles de manera continua la acción judicial contra las exacciones abusivas y el falseamiento electoral. La Circular añadía otro factor no desdeñable, sobre el que venimos



insistiendo; a saber, la progresiva extensión de la autorización en beneficio de personas que no podían estar incluidas. «Se han considerado también como dependientes de la Administración activa muchos empleados que indudablemente no tienen este carácter» (87), se lamentaba, para finalizar amenazando con que si la autorización administrativa no se acordaba o denegaba en los plazos establecidos se tendría por concedida. Estas buenas intenciones no pudieron probarse porque cuatro meses más tarde el bienio acabó sus días sin haber podido siquiera llevar su Constitución a las páginas del «Boletín Oficial».

## 6. EL DEBATE EN EL SENADO EN 1860

Otro momento importante en la evolución legislativa de esta institución es el debate parlamentario entablado en el Senado con ocasión del proyecto de ley sobre el Consejo de Estado el 7 de febrero de 1859. El artículo 45.11 de este proyecto obligaba a que se consultara al Consejo sobre las autorizaciones demandadas por los órganos judiciales antes de que el gobierno adoptara una decisión definitiva. No era, por tanto, el momento más propicio para entablar un debate sobre la autorización previa, ya que el proyecto de ley no entraba en el fondo del asunto, sino sólo en la forma. No obstante, es de agradecer que el senador Rodríguez Camaleño propusiera la derogación de la autorización previa aprovechando la oportunidad.

Rodríguez Camaleño expuso cómo la autorización previa «subalternizaba» y «deprimía» al poder judicial. Más adelante relaciona la materia con la cuestión de las «comisiones especiales», mencionando también a las comisiones militares creadas en Francia por Napoleón durante el consulado, que es donde sitúa el origen histórico de la autorización previa. Según Rodríguez Camaleño el párrafo 11 del artículo 45 atribuía al Consejo de Estado verdaderas facultades jurisdiccionales y critica que el propósito de la autorización previa sea evitar las injerencias de los órganos judiciales en la Administración: «Un juez, cualquiera que sea su rango, si se le excita a que proceda contra un agente de la administración, para firmar el primer auto temblará calculando los peligros a que le expone el procedimiento... Sabe que estos agentes subalternos de la administración pública tienen siempre el apoyo de su autoridad superior. El juez de primera instancia, pobre funcionario, a quien se remueve lanzándole de su puesto con más facilidad que la que yo

---

(87) Sobre el concepto de «empleado» y su compleja problemática, véase ALCÁNTARA y MORALES, *ob. cit.*, tomo II, p. 40.

puedo lanzar de mi casa a una pobre fregatriz, no puede menos de temblar cuando se le dice: constitúyete en oposición, aunque sea la más ligera, con ese hombre de quien depende su suerte; y si tiene hijos, si tiene mujer, si sabe que al otro día no tiene absolutamente un pedazo de pan para alimentarles, lejos de hostilizar al poder se postrará a sus plantas.»

Pero no es solamente el juez de primera instancia: lo mismo sostiene Rodríguez Camaleño del Tribunal Supremo respecto de los gobernadores civiles. Y con conocimiento de causa porque fue magistrado de dicho alto tribunal. La inamovilidad del Tribunal Supremo, dice, «no es más que una palabra... Una expresión irónica... Es una máxima que la realidad contradice de un modo visible a pesar de los juramentos que todos prestamos de guardar y hacer guardar la Constitución del Estado, en donde está incluida ésta como la primera garantía del poder judicial... Los magistrados cambian como cambia una coqueta los adornos de su cabeza», concluirá.

Cuenta su experiencia personal al ingresar en el Tribunal Supremo y encontrarse con 17 causas criminales contra gobernadores civiles paralizadas porque el gobierno no había contestado a la autorización solicitada. Pasa luego a cuantificar las causas paralizadas por este motivo en las Audiencias y habla de «centenares» de ellas, haciendo referencia más adelante a que son «millares» las causas paralizadas: «En vez de una persona inviolable, el Monarca, encontramos de hecho en posesión del grandioso derecho de la inviolabilidad a todos, y si parece exagerada la expresión a la mayor parte de los agentes de la administración civil.» Las víctimas de los delitos de los funcionarios «no se atreven ya a quejarse porque saben que haciéndolo no adelantan otra cosa sino gastar».

Replica por la Comisión el marqués de Armendáriz, afirmando que no se puede presentar a la Administración y a los tribunales «como si fuesen enemigos», como si estuviesen en lucha. Por contra, ambos «marchan a un fin común, que es la buena gobernación del Estado», por lo que es necesario que cada uno gire dentro de la órbita que le está marcada por las leyes para no entorpecerse mutuamente». Sin la autorización previa, sostiene el marqués, los jueces entorpecerían la buena gobernación del Estado.

Entra luego a desarrollar una diferenciación muy pintoresca, elaborada también por el Consejo de Estado y sobre la que volveremos a insistir porque resulta importante: se trata de la distinción entre el abuso y el delito. La palabra abuso, dice, es muy general: «Puede haber muchísimos abusos que no sean delito, y puede haber abusos que la Administración los tenga por bastantes

par retirar la confianza en sus dependientes.» Esta será una de las más importantes vías de exoneración de responsabilidad de los funcionarios públicos y prueba evidente del carácter verdaderamente jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Estado en materia de autorización previa. Hay abusos que no son delito, y también hay abusos que simplemente dan lugar a medidas puramente disciplinarias, o sea, competencia de la Administración. En cualquier caso quedan fuera del radio de acción de los tribunales.

Puesto a matizar, el marqués sigue con otra distinción que ya hemos reseñado: en los delitos comunes, afirma, la autoridad judicial no necesita autorización ninguna.

Y finaliza con una sorprendente afirmación: no hay intromisión en el ámbito jurisdiccional porque el Consejo de Estado no solamente es un auxiliar del gobierno, sino también de los tribunales «porque si la justicia reprime y castiga las acciones una vez cometidas, el buen gobierno debe evitar, dirigiendo bien a la nación, por medios indirectos, el que esas acciones se cometan, y en ese camino le auxilia el Consejo de Estado, pero sin juzgar». Como veremos, la lectura de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Estado le desmienten: el Consejo se transforma en juez penal, juzga y, en ocasiones, no hace otra cosa sino decidir acerca del Derecho Penal.

Interviene luego el ministro de Estado, Calderón Collantes, para recordar que «si no hubiera administración no podrían sostenerse los tribunales», insiste en la supeditación absoluta de los órganos judiciales respecto de la Administración, hasta el punto de manifestar que el Consejo de Estado está compuesto «de personas de más alta categoría que los jueces y magistrados». Reitera la importancia de que los funcionarios «tengan cierta independencia, cierto desembarazo que les permita ejercer *libérrimamente* las funciones que les están encomendadas». Esto no significa, sin embargo, más que la ausencia de cualquier clase de control judicial sobre sus actos, que solamente su superior administrativo pueda fiscalizarlos. En última instancia, que el único control admisible es el autocontrol.

Por otra parte, de sus palabras parece desprenderse que esa autonomía funcional no es algo propio del cargo e independiente de quien lo sirve, sino personal. Posteriormente se contradice con esto, y afirma que lo que la ley ha consignado «no es un privilegio en favor de los funcionarios de la administración, es una garantía de que las funciones administrativas se han de desempeñar de manera que llenen perfectamente los fines de su institución. ¿Y quién desconoce que la administración, que en todas épocas necesita gran desembarazo, que en todas épocas ha menester de gran libertad, y ha de estar a cubierto de violencias, muchas veces

provocadas por la legitimidad y conveniencia de sus mismos actos, en gobiernos donde la libertad se ejerce desembarazadamente, donde la lucha más o menos abierta es una condición de su existencia, quién desconoce, digo, que la administración tiene necesidad de mayores garantías?»?

No es buena la inamovilidad y la independencia total del poder judicial, continúa Calderón Collantes, porque podría verse tentado de absorber las atribuciones de la Administración, como sucedió en el Antiguo Régimen. Es decir, plantea el problema exactamente al revés: lo que hay que prevenir realmente –viene a defender el ministro– es la independencia y la inamovilidad judicial, propios de épocas pretéritas. También a contracorriente de la opinión general, afirma que los retrasos en las resoluciones sobre autorización previa no son culpa de la Administración, sino de los mismos jueces, pero no explica las razones. Únicamente afirma que la regulación sobre autorización previa tiene previsto que si el gobierno no contesta a la demanda del juez en el plazo indicado, se tenga por concedida. Rodríguez Camaleño, al final del debate, replica a este último argumento brevemente, y dice: «Las disposiciones previenen que no contestando en el término de dos meses, pudiese el Ministro de Gracia y Justicia dar la autorización por sí mismo». Pero seguramente por premura no se extiende en una explicación que es necesario ampliar para tener un conocimiento más cabal de esta institución.

Ciertamente, ante el abuso del silencio gubernativo, se dispuso que transcurridos determinados plazos se tuviera por concedida la autorización. Pero como replicó Rodríguez Camaleño, era el ministro de Justicia quien debía «tener por concedida» la autorización, no el órgano judicial. Por su parte, había puesto la doctrina de relieve que era «ilusoria esa concesión tácita, porque el Ministerio de Gracia y Justicia ignora que exista tal asunto, y de consiguiente, que ha transcurrido el plazo, lo cual le impide disponer que continúe un proceso del que no tiene la menor noticia, y el hecho queda impune cuando se dispone lo contrario. Así han ocurrido muchísimos casos, y en varios de ellos, que podemos citar por haber intervenido, el gobernador negó la autorización hace años, y aún ni se ha confirmado la negativa, ni ha sido dable continuar el proceso» (88). La concesión tácita de la autorización por silencio era, por tanto, más que una de tantas falacias de esta normativa.

---

(88) ANTONIO DE CASAS Y MORAL: «Observaciones al Decreto de 29 de abril de 1857 sobre las autorizaciones para procesar a los empleados de la Administración», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 9, 1857, pp. 397 y 398.

## 7. EL DEBATE DE 1862

El 8 de febrero de 1862, con ocasión de discutirse esta vez la ley para el gobierno de las provincias, se reprodujo en el Senado el debate sobre la autorización previa. Nuevamente fue Rodríguez Camaleño quien propuso su eliminación, reiterando las mismas ideas, si bien precisando que eran unas 2.000 las causas que estaban paralizadas ante las Audiencias a causa de la autorización previa. Insiste también en que esta institución procesal es una importación francesa, nacida durante el consulado, pero que mientras en Francia «hay un poder judicial enteramente independiente, nosotros nos encontramos todavía con el poder antiguo judicial, alterado con los fueros como antes, y con tanta o más humillación que cuando los reyes decían: he tenido por conveniente nombrar a uno alcalde del crimen por el tiempo que sea mi voluntad. Hoy se les trata como antes porque pende del Gobierno su existencia, sus adelantamientos, sus progresos: los funcionarios del orden judicial son simples hombres de obediencia: el que se eleva un poco, el que ha de presentar su frente serena, necesita contar con mucho valor, necesita exponerse a reducir a la indigencia a su familia; y esto, señores, no es sostenible».

A la enmienda de Rodríguez Camaleño replica en nombre de la Comisión Gálvez Cañero y luego el ministro de la Gobernación, Posada Herrera, cuya intervención tiene un cierto interés, más que por los insostenibles argumentos en pro de la autorización previa, por la exposición doctrinal que hace de la materia. Comienza disculpando su participación porque, dice, la cuestión está ya resuelta en la ley del Consejo de Estado, lo cual no es cierto ya que allí, como dijimos, se tocaba la forma, no el fondo de la autorización previa. Afirma que esta institución «se ha conocido en todos los tiempos y lugares» pero como no existía un poder judicial independiente «la garantía de los administradores se buscaba entonces en los mismos tribunales... por medio de la *avocación* de las causas, diciendo que la Audiencia conociera de las causas pendientes contra los Alcaldes y los Jueces de primera instancia, creando *fueros especiales*, que no eran otra cosa que un medio de protección a ramos determinados de la administración pública. Concédales S. S. a estos ramos determinados los tribunales especiales que tenían antiguamente, y la administración no necesitará esa garantía, que es una consecuencia del sistema bajo el cual vivimos». De manera que sólo cabe optar, si no se acepta la autorización previa, por las avocaciones y los tribunales «especia-

les». Protesta luego el ministro de los delitos que según el Código Penal pueden imputarse a los funcionarios: «Una porción de pequeñeces que los expondrían a estar continuamente encausados, si no hubiera una autoridad protectora que los amparase».

Esta vez, la propuesta de Rodríguez Camaleño ni siquiera se toma en consideración por el Senado. Hay una segunda enmienda de Alvarez, de carácter parcial ya que no afectaba a la institución como tal, sino que únicamente pretendía que no fuera exigible en los delitos de detención ilegal y allanamiento de morada. Reconoce este senador que no pretende «combatir de frente» a la autorización previa «porque he visto la inflexibilidad de la comisión y del Gobierno para admitir enmiendas en esta ley».

Contesta el ministro de la Gobernación, insistiendo en el «avance» que supone pasar de las avocaciones y fueros privilegiados a la autorización previa. Recuerda cómo bajo el Antiguo Régimen la autoridades judiciales ejercían facultades administrativas y por ello mismo eran las que establecían garantías especiales para los agentes gubernativos, y compara esta situación con la existente en aquel momento dentro de lo contencioso-administrativo: «Como son unas mismas las personas que consultan gubernativamente y que luego fallan en lo contencioso-administrativo, hay natural conexión y enlace entre estas funciones... Todavía lo contencioso-administrativo se extiende hoy por las leyes y reglamentos a algunas materias que verdaderamente son de índole judicial».

Tampoco prosperó la enmienda parcial de Alvarez; la autorización se mantuvo en la ley de régimen provincial de 1863, si bien se excluían los delitos electorales de la autorización previa, siempre que el funcionario no fuese gobernador civil. Se trataba de seguir la iniciativa que ya habían tomado los progresistas durante el bienio. Se producía inmediatamente después del gobierno largo de la Unión Liberal: «Fue esta limitación una transacción efectuada entre las dos opuestas opiniones respectivamente amigas y adversarias de dicha garantía», afirmó el conde de Tejada (89).

---

(89) MANUEL AGUIRRE, CONDE DE TEJADA: *De la índole y extensión de las inmunidades parlamentarias*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tomo VI, p. 555.

## 8. BALANCE CUANTITATIVO DE LAS AUTORIZACIONES PREVIAS

La autorización administrativa previa no desapareció hasta que se promulgó la Constitución de 1869, cuyo artículo 30 estipulaba en su primer párrafo: «No será necesaria la previa autorización para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieren.» Y el párrafo siguiente añadía: «El mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional. En los demás, sólo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad.» Esto resultó ratificado por la ley provincial de 20 de agosto de 1870, y en el mismo sentido se pronunciaba el artículo 32 del proyecto constitucional republicano-federal. Las consecuencias que la autorización previa acarreo durante su casi cuarto de siglo de existencia, son fáciles de adivinar. No es extraño comprobar casos en que después de diecisiete años de espera, la autorización para procesar era denegada por el gobernador civil. La política municipal se prostituyó hasta límites insospechados. La credibilidad en la Administración de Justicia cayó bajo mínimos, sin posibilidad alguna de recuperación. El caciquismo de la Restauración hunde sus raíces en este régimen legal de impunidad (90).

Un balance cuantitativo de las autorizaciones pedidas, y concedidas o denegadas, es tarea prácticamente imposible de llevar a cabo exhaustivamente. Porque tenían en común con los aforamientos que no se publicaban ni siquiera en la «Gaceta de Madrid», cuando se concedían, permaneciendo en el más absoluto anonimato. La decisión del gobernador civil se remitía al gobierno sólo para que tomara conocimiento de su concesión. Se justificaba esto aseverando que la resolución no era definitiva, ya que quedaba pendiente del trámite judicial, por lo que se podía empañar el buen nombre del funcionario inculpadao.

Por el contrario, cuando la solicitud era denegada por el gobernador civil, se publicaba, aunque sólo en la «Gaceta de Madrid», no en la «Colección Legislativa», el acuerdo correspondiente del Ministerio de la Gobernación, confirmando o revocando dicha denegación junto con el dictamen del Consejo de Estado (91).

---

(90) El caciquismo, en efecto, es un fenómeno anterior a la Restauración y estrechamiento vinculado a esta singular configuración de la Administración local española. Cfr. FRANCESC NADAL: *Burgueses, burócratas y territorio*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 32; en idéntico sentido, COMELLAS, *Los moderados*, p. 139.

(91) ALCÁNTARA y MORALES, *ob. cit.*, tomo II, pp. 33 y 165.

En la inmensa mayoría de los casos se confirmaba, y cuando se revocaba sólo se hacía parcialmente respecto de algunos de los inculcados.

El desglose por años de las denegaciones para proceder es el siguiente (92):

1850 .....	44	1861 .....	92
1851 .....	47	1862 .....	105
1852 .....	40	1863 .....	70
1853 .....	47	1864 .....	81
1854 .....	24	1865 .....	82
1855 .....	22	1866 .....	69
1856 .....	55	1867 .....	76
1857 .....	106	1868 .....	89
1858 .....	76	1869 .....	20
1859 .....	124	1870 .....	5
1860 .....	105		
		Total .....	1.397

En síntesis, puede decirse que se produjeron anualmente más de 66 denegaciones de autorización para procesar a cargos administrativos durante el período de vigencia de esta normativa. La mayor parte de las veces estos cargos eran alcaldes y concejales de los ayuntamientos. En ocasiones, incluso, los jueces demandaron el procesamiento de ayuntamientos en pleno. No es exagerado aventurar que más de tres mil cargos locales se libraron de un procesamiento penal gracias a que la intervención administrativa acudió en su auxilio, paralizando la acción judicial. En esta cifra no se incluyen, lógicamente, aquellos expedientes que jamás fueron resueltos en vía gubernativa, que Rodríguez Camaleño estimaba en unos dos mil, a los que habría que añadir otras autorizaciones demandadas en fechas posteriores a la intervención de Rodríguez Camaleño ante el Senado. Si tenemos en cuenta el volumen de la burocracia local y municipal a mediados de siglo, evaluable entre siete mil y diez mil funcionarios dependientes del gobernador civil, caeremos en la cuenta de la enormidad de estas cifras: puede pronosticarse que, como mínimo, la mitad de los funcionarios locales y provinciales estuvieron sujetos a procedimiento penal.

El descrédito y menosprecio de jueces y magistrados alcanzó cotas insospechadas. La Real Orden de 30 de noviembre de 1856 («Gaceta» de 5 de diciembre) refleja un caso sintomático. El gobernador civil deniega una petición de procesamiento en aplicación del artículo 8.12 del Código Penal, es decir, por la eximente

(92) Para la elaboración de este cuadro hemos partido de las resoluciones reseñadas en la colección «Justicia Administrativa» publicada por la Revista de Legislación.



de obediencia debida. El caso alude a un funcionario de policía que había dejado de comparecer ante el juez por orden del propio gobernador, y el Consejo Real estima que «por esta circunstancia se halla exento de responsabilidad criminal, según se previene en la citada disposición del Código Penal, sin que por esto pueda entenderse que se halla dispensada ninguna persona ni funcionario público de prestar su apoyo y de cumplir las providencias judiciales». La perplejidad no puede ser mayor, vista la contradicción de esta doctrina.

Un análisis tendencial o evolutivo de este mecanismo revela, además, que la técnica se utilizó cada vez con más frecuencia a medida que transcurrieron los años. En efecto, si las cifras anteriores las agrupamos en dos bloques sucesivos, obtenemos:

Años	Denegaciones	Promedio
1850-1860	690	63
1861-1870	689	69

Son, no obstante, bastante engañosos estos promedios, ya que en la primera mitad se incluyen los años correspondientes al bienio progresista en los que el nuevo Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo que sustituyó en estas funciones al Consejo Real, apenas pudo mantener el ritmo de trabajo de éste. Y en la segunda mitad, se incluyen los dos últimos años, pese a que la autorización había desaparecido ya desde junio de 1869, en que se promulgó la nueva Constitución.

De las denegaciones, 20 lo fueron por disposición directa del gobierno frente a solicitudes del Tribunal Supremo para procesar a gobernadores civiles, a los que habría que añadir las 17 que en 1859 contabilizaba Rodríguez Camaleño como no contestadas por el gobierno, más las que se produjeran posteriormente a la fecha de la que habla el senador. Es una de las pruebas más clarificadoras de la supeditación de los órganos judiciales a la Administración, del desequilibrio de poderes imperante en la España isabelina. Seis de las denegaciones son repetidas contra las mismas personas que, por dos veces, se ven libres de un procedimiento penal.

Es destacable que cuando la Ley de 1863 excluyó de la autorización previa determinados delitos, entre ellos los electorales, no alcanzó a los gobernadores civiles.

## 9. EL FONDO DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Entrando en el examen del fondo de las decisiones del gobierno —a su vez inspiradas por el Consejo de Estado— sobre autorizaciones pedidas por el Tribunal Supremo, caeremos en la cuenta de que, como ha escrito recientemente Alvarez-Linera y Uría, «los excesos cometidos al amparo del expresado privilegio son increíbles y su lectura produce sonrojo: desde detenciones ilegales hasta homicidios quedaron impunes. La lectura de los Reales Decretos denegatorios resulta penosa y es una de las páginas más lamentables de la reciente historia, que nos hace retroceder a situaciones similares a las de justicia señorial, abolida por el nunca bien alabado Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811» (93). En efecto, el delito más repetido por el que se solicita es el de coacciones y fraudes electorales (seis ocasiones), seguido de las detenciones ilegales (tres peticiones), así como la puesta en libertad a la fuerza de personas detenidas en virtud de mandato judicial (tres veces).

Sin duda, son las más interesantes ya que se trata de verdaderas sentencias absolutorias que entran a conocer sobre el fondo del asunto. Queda así al descubierto la falaz doctrina del Consejo de Estado que, en otras ocasiones, tenía bien sentada la doctrina de que la autorización previa era una cuestión puramente procesal que no afectaba al fondo del asunto, en tanto el conflicto de competencias era una disputa sobre quién debía decidir el fondo, y no ya una materia procesal (94). Cuando de un gobernador civil se trataba, la autorización resolvía sobre el fondo; cuando se trataba de un funcionario inferior, era cuestión de forma; así puede resumirse la contradictoria doctrina del Consejo de Estado, que carecía de base legal alguna.

(93) *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983, página 185.

(94) Son cuantiosas las Reales Ordenes resolviendo conflictos de competencias que insisten en la diferenciación entre la autorización administrativa previa y los conflictos de competencias, cuando se trata del procesamiento de funcionarios dependientes del gobernador civil. Remitámonos a las de 7 de noviembre de 1846, 26 de marzo, 10 de mayo, 31 de julio y 27 de octubre de 1847, 3 de enero de 1849 y 2 de diciembre de 1853.

La doctrina será muy distinta cuando se trate del propio gobernador civil: entonces conocerá sobre el fondo. Lo mismo hacían las Cámaras legislativas cuando se les remitía un «supplicatorio» para proceder contra algún parlamentario. Así, por ejemplo, el Congreso constituyente del bienio deniega autorización para proceder contra el diputado Antonio de Jesús Arias por desacato, ya que éste «estuvo muy lejos de traspasar, no ya el límite que prescribía la ley penal, pero ni los más estrechos términos que a toda persona de verdadera ilustración imponen las leyes del buen gusto» (Diario de Sesiones del Congreso, Apéndice 2.º al núm. 127, 12 de abril de 1855, p. 3701).

Las decisiones del Consejo de Estado, en efecto, cuando de gobernadores civiles se trataba, se pronuncian sobre extremos tales como que no existe responsabilidad penal, inexistencia de pruebas (por ejemplo, la Real Orden de 10 de junio de 1868), ausencia de dolo, etc.

Así, en la Real Orden de 12 de noviembre de 1862 («Gaceta» del 21) el Consejo afirma, en un supuesto de prevaricación, que aunque la resolución del gobernador civil acusado fuese injusta «faltaría el otro elemento constitutivo del delito de que trata el artículo 270 del Código Penal, cual es haberse cometido la injusticia manifiestamente a sabiendas», por lo que concluye denegando la autorización.

Esto no es de extrañar ya que no era privativo de las autorizaciones, sino que también se daba en las resoluciones de conflictos. Así, la Real Orden de 30 de marzo de 1853 aprecia determinadas atenuantes en un funcionario que «podrán tomarse en consideración por el gobernador —dice el dictamen del Consejo de Estado— cuando tenga que conceder o negar la correspondiente autorización para procesar a aquel funcionario». En otra Real Orden de 31 de agosto del mismo año, el Consejo de Estado sostiene que «los funcionarios dependientes de la autoridad de los jefes políticos no incurrir en responsabilidad por obedecer y cumplir las disposiciones y órdenes que éstos les comuniquen por el conducto debido». Insiste el dictamen en que cuando se actúa en virtud de un requerimiento de la Administración, no puede exigirse responsabilidad ninguna: «Aun admitiendo que las supuestas faltas del alcalde mereciesen un procedimiento criminal —añade— éste debería versar sobre hechos ejecutados por aquél como delegado de la autoridad superior administrativa de la provincia a quien compete calificarlos, siendo éste uno de los casos que constituyen las cuestiones previas».

Volviendo a las decisiones del gobierno en peticiones para procesar a gobernadores civiles, hay algunas que llaman poderosamente la atención, como la contenida en la Real Orden de 15 de diciembre de 1851 («Gaceta» del 19). El suceso fue el siguiente: un gobernador civil plantea conflicto jurisdiccional al juez de primera instancia, desistiendo poco después, pese a lo cual ordena al alcalde de la localidad la demolición de la obra objeto de la competencia; el alcalde fue detenido por el juez, que sostenía la legalidad de la obra. Inició las diligencias correspondientes, manifestando el alcalde en su confesión que se limitaba a cumplir las órdenes del gobernador de la provincia. El juez así se lo comunicó a éste, quien contestó que como era necesaria su autorización para proceder contra el alcalde, le pusiese en libertad. Como no

accediera el juez a ello, el gobernador civil ordenó a la guardia civil sacara de la cárcel a la fuerza al alcalde, lo que así se llevó a cabo. El Consejo de Estado pone de manifiesto que la acción del gobernador civil «fue dictada por el deseo de que su autoridad no se menoscabase, y evitar que los alcaldes de la provincia, alarmados por el proceso de Enmedio y Requejo, se resistiesen a obedecer sus órdenes o aflojasen en su cumplimiento en unos momentos en que más necesidad había que su acción fuese libre y expedita por razón de las circunstancias especiales en que en la época de estos sucesos (septiembre de 1848) se hallaba el partido de Reinosa, recorrido a la sazón por la partida de rebeldes que capitaneaba el denominado Estudiante». Y finaliza afirmando categóricamente que «el acto del jefe político no reúne los requisitos necesarios para considerarle como delito».

Otra de las distinciones penales establecidas por el Consejo de Estado es la delimitada entre los meros «abusos», no punibles, y los delitos propiamente dichos. Esta diferenciación ya se consigné también en las resoluciones sobre conflictos. Así, la Real Orden de 1 de julio de 1846 estableció que «en ningún caso pueden los jueces, sin desconocer la independencia de la Administración, juzgar sus actos, no siendo delitos, aunque sean verdaderos abusos». La Real Orden de 29 de diciembre del mismo año resuelve otra competencia promovida por un gobernador civil en base a que los hechos imputados no eran delito, sino abuso. Idéntico criterio puede apreciarse en la Real Orden de 2 de abril de 1851.

De aquí la sutil distinción pasó a introducirse en la doctrina sobre autorizaciones previas (95), caso de la Real Orden de 21 de abril de 1857 («Gaceta» del 25) al expedir documentación el gobernador con sospechosa celeridad a unos fugados de presidio. Sólo unos días después, otro gobernador civil expone esta misma distinción para no autorizar el procesamiento de un alcalde, reconociendo que si bien pudo haber algún exceso «es disimulable si las circunstancias en que halla la provincia son excepcionales, atendidas las cuales los alcaldes deben ser hasta rigurosos» (Real Orden de 30 de abril de 1857). Una vez más, el recurso a las circunstancias excepcionales y a las razones de orden público, justificaba el delito cometido por la autoridad administrativa (96). Otro caso aparece en

---

(95) Si bien refiriéndose a cuestiones de Hacienda, escribió COLMEIRO: «Esta palabra abusos es genérica, y no sólo comprende en el caso presente los delitos o faltas cometidos para con el gobierno de un modo directo, sino además los agravios hechos a particulares que pueden proceder del mal empleo de la jurisdicción propia de los intendentes, o del uso de su poder discrecional» *ob. cit.*, tomo I, pp. 75 y 76).

(96) «Los actos puramente administrativos no pueden subordinarse incondicionalmente a la acción de la Justicia, porque el empleado u autoridad acusada, si ante el texto literal de la ley aparece alguna vez culpable, no lo será quizá si se examina su conducta con relación a su

la Real Orden de 18 de marzo de 1864, donde el Consejo de Estado sienta el criterio de que la autorización parlamentaria al gobierno para que suspenda las garantías constitucionales, se entiende que alcanza también a los agentes del gobierno; por tanto «los actos ejecutados por dichos agentes en virtud de la expresada autorización, debe entenderse que fueron aprobados por el gobierno, mientras no conste lo contrario, así como el uso que éste hizo de la autorización dada por las Cortes, cesando desde aquel momento toda responsabilidad criminal». Otro ejemplo de utilización de los estados de excepción como eximentes penales es la Real Orden de 1 de agosto de 1867 («Gaceta» del 20), hasta el punto de que la eximente es operativa, según esta doctrina, incluso aunque la resolución del gobernador verse «sobre asunto de cuyo conocimiento está requerido de inhibición».

El enfrentamiento abierto, y hasta violento, entre la autoridad judicial y el gobernador civil, se repite en la Real Orden de 16 de marzo de 1859 («Gaceta» del 23). El gobernador impidió por la fuerza, en este caso, la ejecución de un mandato judicial, imponiendo así su propia resolución, contraria a la del juez correspondiente.

Las Reales Ordenes de 7 de mayo de 1865 y 15 de agosto del siguiente año («Gaceta» del 20 y 25, respectivamente) contienen dos casos muy típicos en relación con el fraude electoral. En efecto, en numerosas resoluciones se aprecia que con ocasión de las elecciones, determinados expedientes administrativos sancionadores se sacaban de los armarios para ser utilizados contra los oponentes políticos del gobernador de turno. Hasta el extremo de que hubieron de promulgarse disposiciones que ordenaban paralizar los expedientes sancionadores en época electoral (art. 8 de la Ley de 22 de junio de 1864). En las citadas Reales Ordenes, sin embargo, se deniega al Tribunal Supremo autorización para procesar a sendos gobernadores civiles que ejecutaron varios expedientes sancionadores en época electoral, aduciendo la obediencia debida al gobierno, en un caso y, en el otro, que sólo es delito la conducta del gobernador cuando dichos expedientes se ejecutan maliciosamente, ya que «procediéndose de otro modo se entorpecería la gestión administrativa en daño de los particulares, que sufrirían los perjuicios de la paralización de expedientes ya retrasados».

---

carácter de subordinada a otra autoridad superior, o con relación a circunstancias excepcionales y supremas, en virtud de las cuales se haya visto obligada a traspasar el límite legal, en nombre del interés público» (ALCÁNTARA y MORALES, *ob. cit.*, tomo II, p. 14).

## 10. LA DEROGACION DEL REQUISITO DE AUTORIZACION PREVIA

La modificación que llevó a cabo la Constitución de 1869 fue más aparente que real. Las leyes reguladoras de la Administración local ya no mencionaban la previa autorización para procesar a los funcionarios, sólo porque ya venían consignadas en la LOPJ. O para decirlo más claramente, la previa autorización dejó su sitio a los aforamientos y a las cuestiones de competencia. El artículo 276-3 aforaba a los «funcionarios que ejerzan autoridad» y les excluía del jurado. La interpretación jurisprudencial extendió enormemente el concepto de «autoridad» y, en cuanto a los meros agentes, eran irresponsables por principio, en virtud de la exigencia de obediencia debida. De ahí que Manresa afirme que pese al artículo 30 de la Constitución y al nuevo régimen administrativo local, los gobernadores civiles «han seguido y siguen ejerciéndola (la prerrogativa para plantear conflictos de competencias, N. del A.) sin que a nadie se le haya ocurrido ponerla en duda» (97). La doctrina del Consejo Real ya había combatido las resoluciones de los gobernadores civiles que, al amparo de la autorización previa, planteaban conflictos de competencias para decidir sobre el fondo. Pero su propia inconsecuencia, al entrar a resolver sobre el fondo cuando del procesamiento de un gobernador civil se trataba, alimentaba esa confusión tan interesada (98).

Parte de la doctrina socorrió con argumentaciones ingeniosas a fin de mantener la vigencia de la autorización previa. El razonamiento era el siguiente: tras la revolución de septiembre, los dos Decretos de 21 de octubre de 1868 sobre régimen municipal (arts. 178 y 194) y provincial (art. 65) mantuvieron la autorización previa; la Constitución derogó, efectivamente, ambas disposiciones en este punto, pero como poco después de promulgada la Constitución, el 6 de junio de 1869, el Decreto de las Cortes constituyentes ratificó y convalidó todas las disposiciones del Gobierno Provisional; también adquirieron nueva vigencia las normas sobre régimen

(97) MANRESA *Comentarios*, p. 269.

(98) «Suelen algunos gobernadores calificar y sustanciar como incidente de autorización lo que es realmente competencia y viceversa, dando lugar con este modo de proceder a una lamentable confusión de ideas y de principios. Así sucede que cuando se trata de un abuso que por su índole toca a la Administración exclusivamente reprimir, en vez de requerir de inhibición el juez para que se abstenga por completo de seguir conociendo, o de lo contrario tenga por provocada la competencia, se limita el gobernador a exigir que se le pida autorización, y cuando se trata de un asunto que, por versar sobre materia notoriamente criminal, jamás puede ser objeto de competencia, es sin embargo requerido de inhibición al juez, sin tenerse en cuenta que sólo haya motivo para ventilar si procede o no con la previa autorización» (ALCÁNTARA y MORALES. *ob. cit.*, tomo II, pp. 135 y 136).

municipal y provincial y, en consecuencia, decían estos autores, seguía vigente la exigencia de autorización previa (99).

El artículo 77 de la Constitución de 1876 dio un claro paso atrás al decir: «Una ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar ante los Tribunales ordinarios a las autoridades y sus agentes». La redacción ofrecía un campo bastante amplio a la impunidad: hacía alusión tanto a las autoridades como a los meros agentes de aquéllas. La modificación no fue imprevista. Una enmienda de Ruiz Capdepón trató de mantener la redacción del artículo 30 de la Constitución anterior: «Poco importa —decía el diputado liberal— que en la Constitución que estamos discutiendo se señalen los derechos y deberes de los españoles, si estos derechos están a merced de los funcionarios públicos, y éstos, cuando cometan un delito, no pueden, desde luego, ser llamados a responder ante los Tribunales de justicia». La réplica, en nombre de la Comisión redactora, la dio Silvela, quien manifestó, en una interpretación *sui generis* del precepto, que la regla general era que la autorización previa para procesar a los funcionarios públicos no era necesaria, pero que habría excepciones, y la ley de desarrollo debía limitarse a indicar en qué supuestos sería necesaria dicha autorización (100). Esa ley no se llegó a promulgar nunca, «pero entre tanto se daban instrucciones al respecto y era utilizada abusivamente dicha técnica» (101). Un proyecto de ley en tal sentido fue presentado por Romero Robledo en 1878, el cual reconocía en su exposición de motivos la necesidad de la previa autorización para procesar a funcionarios por «las medidas que adoptasen y a los actos que se llevasen a cabo en materia de policía y orden público». No prosperó en las legislaturas en que se presentó; quizá no era necesaria, a la vista de que la Ley de Orden Público de 1870 permitía avocar las causas políticas (102). Sólo hubo un corto debate el 5 de febrero de 1881, y otro el 20 de enero de 1888. La ley provincial de 2 de octubre de 1877 tampoco se refería para nada a la autorización previa. La Real Orden de 6 de mayo de 1881 manifestaba que no era necesaria, ya que no se había promulgado la ley prevista en la

---

(99) NORBERTO SANTARÉN criticó estas teorías en su artículo «Sobre la autorización para procesar a los funcionarios públicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 35, 1896, páginas 63 y ss.

(100) Cfr. REMEDIOS SÁNCHEZ FERRI: *La Restauración y su constitución política*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 309 y 310.

(101) MANUEL BALLBÉ: *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Madrid, 2.<sup>a</sup> Ed., 1985, p. 242.

(102) El párrafo final del artículo 44 de aquella Ley de Orden Público decía: «El Gobierno y las Salas de gobierno de las Audiencias pueden, sin embargo, someter el conocimiento de la causa al Juez de primera instancia que consideren conveniente, conforme al artículo 38 del Reglamento provisional de 26 de septiembre de 1835».

Constitución, pero se refería únicamente a las colonias. Lo mismo decía la Memoria de la Fiscalía correspondiente a 1887 (103).

No obstante, tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 como el Real Decreto sobre conflictos de 1887 siguieron alimentando la posibilidad de que dicha ley se promulgara, y establecieron las previsiones oportunas al respecto para cuando viera la luz. La Memoria del Fiscal togado del Consejo de Guerra y Marina de 1893 era muy clara al respecto, y contradecía la de su colega de la jurisdicción civil: «La responsabilidad no debe exigirse en el Ejército –afirmaba– más que por mandato expreso del correspondiente superior jerárquico, que, teniendo mando, ejerza también jurisdicción» (104). El Decreto de 28 de julio de 1944, ya en la época franquista, todavía hacía referencia a un «informe previo» en las causas dirigidas contra los funcionarios de policía.

Cambiaron las formas, pero no el fondo del asunto: la obstrucción administrativa en la marcha de los Tribunales ordinarios. Cuando no era esta autorización, el planteamiento de cuestiones prejudiciales por la Administración, o los aforamientos, paralizaban los procedimientos penales. Lorenzo Martín-Retortillo ha calificado a este fenómeno de «intercambiabilidad de las técnicas jurídicas» para obtener unos mismos objetivos: «El Poder público utiliza unos y otros conceptos, vacía de contenido viejos conceptos o les da un alcance nunca imaginado –afirma– al objeto de conseguir, sin preocuparse demasiado por la sistemática ni por los dogmas jurídicos, los fines que estima conveniente alcanzar. Así, el punto estudiado evidencia cómo el fin público –en cuanto mantenido por la Administración pública– de lograr zonas exentas de revisión jurisdiccional, se puede lograr acudiendo a muy diversas técnicas. Lo que durante muchos años había vivido –a nivel reglamentario– englobado en el tronco de la discrecionalidad, tras la Ley de 1944 se sustantiviza y se manifiesta como dotado de caracteres conceptuales propios. Y esta intercambiabilidad de técnicas, al objeto de lograr unos mismos fines, se puede seguir observando si se atiende a la evolución de la legislación de lo contencioso-administrativo» (105).

La inmunidad penal de los funcionarios públicos, en efecto, no era más que una faceta, entre otras, de la misma inviolabilidad

(103) Memoria elevada al Gobierno de S. M., año 1887, pp. 24 y 25.

(104) Reproducido en el *Boletín de Justicia Militar*, 15 de abril de 1893, p. 83.

(105) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, 1973, pp. 59 y 60; en otro apartado subraya también: «La autoridad, con técnicas jurídicas hábiles, había conseguido garantizar la inmunidad, frente al pequeño control que podía venir constituido por la remisión a los Tribunales de lo contencioso-administrativo. En efecto, tiene aquí plena aplicación la constatación general de que depende de diversas circunstancias el que se utilicen unas técnicas jurídicas u otras, al objeto de conseguir el mismo fin» (*ídem*, página 37).



regia, luego transmitida por los órganos administrativos inferiores en virtud del principio de jerarquía; el rey es el primer funcionario del Estado y es inviolable. Es, por otro lado, el rey quien asume todas las competencias en última instancia; los órganos administrativos –y por ende los agentes que los encarnan– carecen de competencia propia; toda su actuación es delegada, delegada del rey, que es quien ostenta la *dominus potestatis*; en suma, pues, todos obran por encargo del rey, con lo que ir contra esos agentes es, en última instancia, ir contra el mismo rey (106), y éste es inviolable. «Esa responsabilidad de los ministros –decía el de Ultramar el 22 de marzo de 1821– que es una de las mejores *garantías de los derechos del Trono* y de los derechos públicos, no está definida y es, por consiguiente, una idea vaga y de incierta y difícil aplicación» (107). Se «olvidaba» el ministro de la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos de 24 de marzo de 1813, de modo que esa idea «vaga, incierta y de difícil aplicación» apareciera como realmente imposible; al fin y al cabo, todo redundaba en defensa del monarca. La inmunidad de determinados actos administrativos no es más que una objetivación de este mismo principio. Con gran precisión lo exponía Manuel Colmeiro: «La jurisdicción administrativa –escribió– es una prerrogativa de la Corona, un verdadero atributo de la soberanía. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y como admitir un superior que juzgase sus actos o los de sus agentes, equivaldría a menoscabar la autoridad real, atentando a la independencia del poder ejecutivo, es consecuencia directa y necesaria que la acción tenga en la jurisdicción su complemento» (108). En esta cuidada redacción se dejan entrever las reminiscencias del Antiguo Régimen bajo los entresijos del doctrinarismo: admitir un recurso judicial contra los actos administrativos equivaldría a colocar a un ente por encima del poder ejecutivo, de la Corona, con la que identifica la soberanía misma, al margen de toda referencia a las cámaras parlamentarias.

Para los doctrinarios, como para Hobbes, Spinoza y otros pensadores iusnaturalistas, el Estado crea el Derecho, pero no está sometido a él (109). El Estado (identificado con la Administración)

(106) E. OCTAVIO DE TOLEDO. *La prevaricación*, p. 171.

(107) Diario de Sesiones de las Cortes, 22 de marzo de 1821, tomo I, núm. 25, p. 622.

(108) COLMEIRO, *ob. cit.*, tomo II, p. 218.

(109) En contra de la tesis tradicionalmente difundida, tal y como LOCKE por ejemplo, la expuso, SPINOZA escribió: «No cabe duda que los contratos o leyes por los que la multitud transfiere su derecho a un Consejo o a un hombre, deben ser violados cuando el bien común así lo exige. Pero emitir un juicio al respecto, es decir, sobre si el bien común aconseja o no violarlos, no es un derecho que incumba a ningún particular, sino sólo a quien detenta el poder supremo. Así, pues, según el derecho civil, sólo quien detenta tal poder, es el intérprete de esas leyes. A ello se añade que ningún particular puede, con derecho, castigar su infracción; por tanto, tampoco obligan realmente a quien detenta el poder» (*Tratado político*, IV-6, Alianza,

no estaba sujeto al Derecho, sino todo lo contrario; debía ser «independiente», disponer de libertad de acción. La crítica de los moderados (y de los partidarios de la «jurisdicción retenida» durante la Restauración) a las pretensiones judicialistas aludían al «riesgo evidente de establecer frente al poder ejecutivo, cuyos verdaderos jefes son los ministros, otro poder cuyos representantes y examinen dentro de la misma órbita, pero con medios y atribuciones independientes, las actas y resoluciones de aquéllos» (110). La separación de poderes quedaba reducida a una entelequia sin existencia práctica.

Importa destacar el papel desempeñado por lo contencioso-administrativo en el siglo pasado, por lo que suponía de menoscabo de las atribuciones del poder judicial y, en suma, de su neutralización política como tal poder. Un diputado denunciaba en las Cortes constituyentes de 1854 cómo «muchas veces los Consejos provinciales vinieron a entorpecer la marcha de la Administración de justicia y a cubrir con su manto al malvado y criminal» (111). El Decreto de 26 de noviembre de 1868 por el que se judicializó lo contencioso-administrativo durante el sexenio, reconocía también en su preámbulo cómo dicha jurisdicción se había utilizado para arrancar «de los tribunales muchas cuestiones que debían ser de su exclusiva competencia, según los principios fundamentales de nuestro derecho público, atribuyendo el conocimiento de pleitos que frecuentemente eran cuestiones de derecho civil en el sentido riguroso de la frase, a corporaciones cuyos miembros no tenían el carácter de inamovibles y dejando su resolución definitiva y ejecutoria al Gobierno, árbitro de admitir o desechar los fallos que el Consejo de Estado le consultaba, no inspiraba cumplida confianza a los litigantes ni al país, que verá que en último lugar una de las partes en el litigio venía a decidirlo. Muchas cuestiones que, por su índole corresponden al poder judicial, han salido de su legítima competencia como no pueden menos de confesar los partidarios más decididos de la coexistencia de ambas jurisdicciones, diciendo que ésta es una transmutación y una excepción de los principios».

Tras la judicialización de esta parte de la jurisdicción a finales del siglo XIX y principios del XX, se desarrollaron nuevas técnicas de exención: las materias irrecurribles, generalmente relacionadas con

---

Madrid, 1986, p. 116). LOCKE por el contrario, defendía el depósito de las leyes, encomendado a órganos distintos –judiciales– de manera que el legislador, una vez promulgada la ley, estuviera también sometido a la misma (*Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1986, pp. 100 y siguientes).

(110) L. MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 102.

(111) Diario de Sesiones del Congreso, 1 de diciembre de 1854, p. 302.

el área de discrecionalidad o los actos políticos del Gobierno, así como la ejecución de las sentencias por la propia Administración y la posibilidad de suspenderla por acuerdo del Gobierno, lo que impide cabalmente hablar de tal jurisdicción como acto de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Las fórmulas se sucedieron, pero subsistió siempre un mismo propósito de irresponsabilidad, de libertad de movimientos para la Administración. Las consecuencias las describe así Ballbé: «Se estableció un régimen de irresponsabilidad general del funcionario, por lo que se iban a dar las máximas facilidades para la realización de acciones abusivas por parte de la Administración policial y de la Administración gubernativa, frente a las que el ciudadano se hallaba completamente indefenso» (112).

Las argumentaciones expuestas por cierta parte de la doctrina de la época, relativas a la necesidad de mantener la obediencia del funcionariado, así como la «independencia» de la Administración resultaban un subterfugio vacío de contenido y, desde luego, poco creíble. Así, J. Gallostra, decía que si se judicializaba lo contencioso-administrativo «resultaría rota la jerarquía administrativa, puesto que en realidad existiría frente a frente del jefe supremo de la Administración activa, una corporación que ejercería igual autoridad en cuanto a la Administración contenciosa, quedando por ello destruida la unidad, condición reconocida como indispensable para la organización administrativa» (113). Pero no cabe hablar de «independencia» de la Administración como hacía también el Conde de Tejada (114) a costa de la dependencia de los órganos judiciales. Y menos cuando de la responsabilidad penal de los funcionarios se trata. Tampoco cabe alegar dicha «independencia» cuando de un parlamentario, un ministro o un magistrado se trata. Nadie como Fernando Mellado lo expuso con más claridad, cuando

---

(112) BALLBÉ, *ob. cit.*, p. 246.

(113) J. GALLOSTRA: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 321.

(114) CONDE DE TEJADA: «De las bases en que debe fundarse la ley que determina el artículo 77 de la Constitución», *Revista de España*, 1876, pp. 37 y 41; también en el prólogo a la *Jurisprudencia Administrativa*, los compiladores acogían estas mismas ideas en defensa de la autorización administrativa previa, la cual «tiene por fundamento la independencia de la administración y la libertad de acción que les es indispensable para llenar su cometido», añadiendo también «el principio de responsabilidad ministerial, que desaparecería, tanto en el orden legal como en el moral, desde que no tuvieran las autoridades superiores el derecho de tomar sobre sí las faltas de sus subalternos y, a la vez, que los subalternos podrían excusarse de obedecer a sus superiores alegando, aunque sin fundamento, que no era obediencia debida la que en determinados casos se les impusiera. Con la autorización previa se ocurre a estas dificultades, porque cuando el superior la concede, es prueba que no tenía el subalterno instrucciones y órdenes para obrar del modo que lo hizo, y por lo tanto, ningún obstáculo pone el poder judicial a la marcha de la administración; y si se niega, es prueba de que no ha traspasado el límite de las funciones anejas a su cargo, o de las órdenes que recibió y que toma sobre sí la administración superior la responsabilidad de los actos de su agente» (*Jurisprudencia Administrativa*, tomo I, pp. XI y XII).

tras exponer las distintas teorías de los partidarios y detractores de la autorización previa, afirma rotundamente: «Los que no admitimos en el Derecho político el poder judicial como independiente, tenemos que admitir la primera solución, o sea, la previa autorización, si bien dentro de determinadas condiciones». Añadía este autor que no por ello desaparecía la responsabilidad de los funcionarios públicos, «sino que la previa autorización hace recaer en otra persona esa responsabilidad, o sea, en el superior jerárquico de grado en grado» (115). Quedaba claro que la autorización previa se fundamentaba en una explícita negación del poder judicial, y también que la responsabilidad criminal de los funcionarios, al trasladarse hacia los superiores jerárquicos (116), se difuminaba en la responsabilidad política, impensable en una oligarquía estrechamente imbricada por los mismos intereses económicos.

Todas esas instituciones procesales, lo mismo que la propia irresponsabilidad del monarca, carecen de cualquier apoyo racional (117), como no sea obstaculizar la acción de los órganos jurisdiccionales penales y, de ese modo, salvaguardar la impunidad de determinadas áreas de la Administración. Aguilera de Paz caracterizó a estas instituciones procesales como integrantes de un «sistema en el que el favor político se sobrepone a todo género de consideraciones» (118). Lo que se pretendió con este tipo de instituciones procesales no fue preservar la independencia de la Administración; aquí no ha existido la preocupación latente en Francia de proteger al poder ejecutivo frente al judicial (119), ya que éste era, si no nulo, como decía Montesquieu, verdaderamente raquíutico. La Administración, afirma Parada Vázquez, «no ha sido una celosa defensora del acto administrativo, en orden a evitar el conocimiento de éste por el juez represivo, sino sólo en tanto en cuanto de ese conocimiento pudiera derivarse la responsabilidad criminal de funcionarios cualificados. El examen de la legalidad de la actuación administrativa ha sido una meta inaccesible prácticamente para los Tribunales, y lo ha sido no porque la Administración haya sido, no nos cansaremos, una celosa defensora de la eficacia de sus providencias, sino porque tras la defensa de la legalidad de

---

(115) MELLADO, *ob. cit.*, p. 162.

(116) Vid. MANUEL DE RIVACOPA Y RIVACOPA: *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Valparaíso, 1969; MARIANO E. PEÑA LALANA: «La obediencia jerárquica en el Derecho», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 76, 1954, pp. 522 y ss.

(117) ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal (1808-1823)*, Madrid, 1988, pp. 114 y ss.

(118) AGUILERA DE PAZ: *Comentarios*, tomo V, p. 18.

(119) Comentaba DUGUIT cómo en Francia la derogación de la autorización previa por Decreto de 19 de septiembre de 1870 «dio lugar a grandes controversias» (*Las transformaciones*, p. 362).

éstas lo que realmente ha defendido es la irresponsabilidad de los administradores» (120).

Primero, la adscripción de la organización judicial dentro del aparato administrativo, cuya dirección estaba en manos del Rey («La justicia se administra en nombre del Rey», que al tiempo es el «primer magistrado de la nación»); luego la configuración del rey como jefe del Estado, titular de un «cuarto poder» o poder moderador que, en definitiva, estaba por encima de los tres tradicionales; todo esto, unido a la irresponsabilidad regia, se proyectó hacia todas las escalas del ejecutivo a través de diversas instituciones, una de las cuales fue la autorización administrativa previa para procesar a los funcionarios públicos. Si ésta no existiera, recurriríamos de nuevo a Mellado, «se atentaría contra la independencia y la libertad de la Administración, y se subordinaría esta última a los primeros (a los Tribunales, N. del A.), dándose así al poder moderador, en quien reside el poder administrativo, un superior que juzgase sus actos o los de sus agentes, con mengua de su prestigio» (121). En suma, la inviolabilidad del Rey se proyectaba en beneficio de quienes le servían, y le servían a él más que a la ciudadanía.

---

(120) PARADA VÁZQUEZ: *Obstáculos*, pp. 122 y 131.

(121) MELLADO, *ob. cit.*, p. 131.



## II. CRONICAS

---

