

LOS ORIGENES DE LA DISTINCION ENTRE ACTIVIDAD POLITICA Y ADMINISTRATIVA

POR

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

Profesor Adjunto
de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Importancia de la distinción entre actos políticos y administrativos. Los límites del presente trabajo. 2. El origen del acto político según la teoría que niega su sustantividad frente al acto administrativo. 3. La teoría positiva de los actos de gobierno rechaza la explicación histórica que ofrece la teoría negativa.—II. LAS IDEAS DE LOCKE, MONTESQUIEU Y ROUSSEAU SOBRE LOS PODERES Y FUNCIONES DEL ESTADO. 1. La teoría de LOCKE sobre los Poderes del Estado. A) Poder legislativo y poder ejecutivo. B) El poder federativo; su distinción del Ejecutivo. C) La ordenación jerárquica de los poderes del Estado. Facultades discrecionales del Ejecutivo. D) Poder ejecutivo supremo y subalterno. E) Fiscalización del Ejecutivo por el Legislativo. F) Discrecionalidad del poder federativo. G) Conclusiones. 2. Las funciones del poder ejecutivo según MONTESQUIEU. A) Las funciones de los distintos poderes del Estado. La misión del Legislativo. B) Las funciones del Ejecutivo. C) La fiscalización de la actividad ejecutiva. 3. Legislativo y Ejecutivo en ROUSSEAU. A) Los actos del soberano: actos legislativos y de magistratura. B) El Gobierno titular de la «puissance exécutive». C) Inalienabilidad de la voluntad general; delegación de la singular. Las funciones del Gobierno. D) Innovaciones terminológicas. E) Las contradicciones de ROUSSEAU.—III. FORMULACIONES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO EN LAS PRIMERAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES. 1. SIEYÈS: la distinción entre Gobierno y Poder ejecutivo. 2. La distinción entre Gobierno y Administración en algunos discursos pronunciados en la Asamblea Constituyente del año III.—IV. LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN EN LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES FRANCESAS. 1. La Constitución de 1791. 2. La Constitución de 5 fructidor año III. 3. La Constitución del año VIII. 4. El Imperio. A) El Senado-consulta de 16 termidor, año X. B) El Senado-consulta de 28 floreal del año XII. 5. La Restauración borbónica.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I.—INTRODUCCIÓN.

1. *Importancia de la distinción entre actos políticos y administrativos. Los límites del presente trabajo.*

Estamos convencidos de que la distinción entre actividad política y administrativa es uno de los problemas fundamentales del actual Derecho administrativo español.

La falta de acuerdo sobre la caracterización de lo administrativo es la causa de que el Derecho administrativo—como ha dicho el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (1)—esté sujeto a extraordinaria fragilidad en su primer problema, el de su concepto.

El criterio orgánico o subjetivo, uno de los más empleados para individualizar la función administrativa, es inaplicable para distinguirla de la función política.

Todo esfuerzo dirigido a precisar las diferencias y concomitancias entre la actividad política y la administrativa ayudará, en última instancia, a fortalecer la noción de lo administrativo.

No nos es posible estudiar ahora todas las facetas de la distinción entre lo político y lo administrativo. Este trabajo no es más que un primer capítulo de una obra más extensa y se limita a los orígenes históricos de dicha distinción.

2. *El origen del acto político según la teoría que niega su sustantividad frente al acto administrativo.*

La idea de que el acto político o de gobierno es un acto administrativo exento de fiscalización jurisdiccional se encuentra muy difundida entre los especialistas del Derecho administrativo. Los actos son, o se denominan, políticos por su particular régimen jurídico, y no por su esencia (2).

El acto de gobierno es una noción funcional—escribe VEDEL (3)—, pues ningún carácter común puede encontrarse entre los distintos actos calificados de gobierno. Sólo por diversas razones, que se reducen a la «razón de Estado», parece necesario sustraerlos a todo examen jurisdiccional. De esta forma, el acto de gobierno se define únicamente indicando para qué sirve, por su *función*, y no por su contenido abstracta-

(1) *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», aprile-settembre 1960, p. 318.

(2) VIRALLY (*Acte administratif*, Encyclopédie Juridique Dalloz. Répertoire de Droit Public et Administratif, I, 1958, p. 10) manifiesta que no existe verdadera distinción entre acto administrativo y acto de gobierno. «L'acte de gouvernement—dice textualmente—apparaît plutôt, comme un acte administratif, parce qu'il répond à la définition que nous en avons proposée (acte juridique émanant d'une autorité administrative et échappant au droit privé), soumis à une régime particulier au point de vue contentieux. On se trouve donc, en réalité, en présence d'une catégorie particulière d'actes administratifs».

(3) *La juridiction competente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, «La Semaine Juridique», I, 1950, p. 851.

mente determinado de manera permanente, que es lo propio de las auténticas nociones, de las nociones conceptuales.

MICHOUD, al publicar en 1889 su trabajo sobre *Des actes de gouvernement* en los «Annales de l'enseignement supérieure en Grenoble», acaso fué el primero en mantener la tesis negativa de la existencia de los actos políticos. Le siguen un gran número de cultivadores del Derecho administrativo. Entre ellos, para no citar más que algunos, BERTHELEMY (4), GUICCIARDI (5), DUEZ (6), WALINE (7), ODENT (8).

De acuerdo con esta tendencia doctrinal, existen tres clases fundamentales de actos del Estado: leyes, actos administrativos y sentencias. Cada uno de estos tipos de actos es la manifestación de uno de los tres clásicos poderes estatales. El Poder legislativo dicta leyes; el Poder ejecutivo, actos administrativos, y el Poder judicial, sentencias. El Poder ejecutivo quedaría convertido así en un Poder administrativo o Administración.

Los tratadistas de Derecho político quizás estimarán la anterior conclusión un inmodesto error de perspectiva de los administrativistas. Estos, desde su peculiar punto de vista, ven administrativo todo lo que hace el Poder ejecutivo y nada político encuentran en él (9).

El origen del acto político se encuentra, según los autores que lo conceptúan negativamente, en un momento en el que el Consejo de Estado francés necesita tal noción para justificar su negativa a juzgar determinados actos del Poder ejecutivo.

(4) *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Rousseau, París, 10.^a ed., p. 117.

(5) *L'atto politico*, «Archivio di Diritto pubblico», II, 1937, y *Aboliamo l'articolo 31?*, «Foro amministrativo», 1947, III, 1, 16.

(6) *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, 1935.

(7) *Droit Administratif*, Sirey, París, 8.^a ed., 1959, p. 190.

(8) *Contentieux administratif*, «Les Cours de Droit», París, 1957-1958.

En la doctrina española, GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 38, pp. 159 y ss.) niega el valor jurídico de la mayor parte de los llamados actos políticos, pero los supuestos de su posición son radicalmente distintos de los que sirven de fundamento, a los autores citados en el texto, para concluir que los actos políticos sólo son actos administrativos exentos de fiscalización.

(9) XIFRA HERAS (*Consideraciones sobre la función política*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 109, pp. 52 y 75) dice que «las manifestaciones todas de la vida social, con la simple concurrencia de ciertas notas específicas, pueden convertirse en actividad política, pues los actos políticos no son tales por su contenido, sino por su forma y por su sentido», y que «el proceso político culmina con el acto decisivo. La decisión es el acto político por excelencia... Toda decisión se adopta para ser ejecutada, siendo Administración la actividad que, a través de las técnicas de policía, fomento y servicio público, lleva a cabo esta función de concreción, subordinada a la actividad estrictamente política». He aquí el reverso de la medalla.

La materia de los actos de gobierno—dice DUEZ (10)—es desconocida durante la Revolución (de 1789); en virtud de la separación de poderes, llevada a efecto en contra de los jueces, de quienes se desconfía, todo lo que se refiere al contencioso-administrativo escapa a la competencia de los Tribunales de Justicia y se resuelve por la propia Administración activa; de ahí que el acto de gobierno resulte perfectamente inútil.

Bajo el Primer Imperio no hay todavía traza de la teoría. Se ha modificado la organización del contencioso-administrativo, pero el Gobierno no precisa defenderse del Consejo de Estado. El Emperador une y armoniza a uno y otro Cuerpo. Por otra parte, se continúa con el sistema de la jurisdicción retenida. El Jefe del Estado puede separarse de la propuesta del Consejo de Estado al adoptar una decisión en cualquier cuestión contencioso-administrativa (11).

«La concepción del acto de gobierno—continúa el autor citado (12)—aparece progresivamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado durante la Restauración y la Monarquía de julio».

La Restauración cambia totalmente la situación anterior. El Consejo de Estado tiene ahora necesidad de defenderse de los ataques que le dirige el Gobierno, presionado por la opinión pública.

«Al volver los Borbones, el Consejo de Estado, creación napoleónica, es, por esto, vivamente atacado por los liberales y condenado también por los ultrarrealistas por haber consolidado la situación de los adquirentes de bienes nacionales. Se discuten especialmente sus atribuciones contenciosas. El Consejo de Estado limita espontáneamente—explica DUEZ (13)—su significación. De un lado, restringe considerablemente, en beneficio de los Tribunales ordinarios, las consecuencias del principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales; de otro, formula la noción de acto de gobierno. Doble restricción a su competencia, inspirada por la sola preocupación política de aparecer modesto para subsistir y durar».

(10) *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, 1935, p. 30.

(11) SIMONARD, A. (*Note d'observations. Arrêts Bertoldi, Garatti, Saretto, c. Etat belge, 19 mai 1950, 3^e ch.* en «Recueil de Jurisprudence du Droit Administratif et du Conseil d'Etat», 1950, núm. 4, p. 202) opina que la aparición de la teoría de los actos de gobierno es un fenómeno concomitante con el de la atribución de la justicia delegada al Conseil d'Etat.

Por el contrario, VIRALLY (*L'introuvable «acte de gouvernement»*, «Revue du Droit Public», 1952, núm. 2, p. 356, nota 131) cree que la existencia de estos actos está vinculada al sistema de justicia retenida.

(12) Ob. cit., p. 30.

(13) *Les actes de gouvernement*, cit., p. 30.

La expuesta explicación del origen de la noción de acto político, como dice CHAPUS (14), «rallie la quasi-unanimité des auteurs».

HAURIOU (15) dió al suceso otra interpretación. La aparición de la noción de acto de gobierno responde a la política de la «*partie du feu*». El Consejo de Estado autolimitó su competencia material, dejando fuera de ella algunos actos que califica de políticos, para poder fiscalizar con mayor libertad y eficacia otras cuestiones (16).

Cualquiera que fuera la razón por la que el Consejo de Estado se negó a aceptar recursos contra actos que calificaba de políticos, es lo cierto que, de acuerdo con la expuesta explicación, la distinción entre actos políticos y administrativos tendría su origen, como ha dicho el Profesor MURILLO (17), «en un puro azar de matiz técnico procesal» (18), y confirmaría la opinión de VEDEL de que esta noción se limita a cumplir una función: la de permitir al Juez de lo contencioso-administrativo declararse incompetente cuando lo estime conveniente. El acto político sería una excepción procesal, no una realidad con consecuencias jurídicas.

3. *La teoría positiva de los actos de gobierno rechaza la explicación histórica que ofrece la teoría negativa.*

La teoría negativa de la realidad de los actos políticos puede calificarse de dominante. No faltan, empero, voces autorizadas que expresan una convicción diferente. Exactamente la contraria: los actos políticos tienen propia sustantividad.

Esta postura la defienden, entre otros, LAFERRIÈRE (19), RANELLET-

(14) *Acte de gouvernement*, «Encyclopédie Juridique Dalloz. Répertoire de Droit public et administratif», Dalloz, París, 1958, I, p. 29.

(15) Nota al *arrêt GUGEL*, de 30 de junio de 1893, Sirey, 95, 3, 41.

(16) Véase también LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levault et Cie., 1896, t. I, p. 218.

LAMACHE (*Des recours en justice contre les actes de gouvernement*, Mélanges Valéte, París, 1873, II, p. 13), por su parte, manifiesta: El primer Cónsul, pronto Emperador, que organizó el Consejo de Estado, tenía marcada predilección por este gran cuerpo; ... pero hubiera roto como un vaso a cualquiera que se hubiera permitido, directa o indirectamente, juzgar las medidas políticas dispuestas por él. La abstención fué, para el Consejo, una necesidad original; y como esta actitud es cómoda sin excluir la dignidad, no hay por qué sorprenderse de que una vez adoptada se reproduzca cada vez que un particular ha tratado de recurrir ante el Consejo de Estado contra un acto de gobierno que le lesionaba.

(17) *Administración y Política*, en esta REVISTA, núm. 6, 1951, p. 89.

(18) Sin embargo, MURILLO añade (ob. cit.): «sin duda, la diferenciación entre Administración y Política tiene un alcance más amplio y profundo que ésta, al cabo mera distinción técnica, entre actos de gobierno y actos de Administración».

(19) *Traité de la juridiction*, cit.

TI (20), ROLLAND (21), CHAPUS (22) y, lo que es mas importante para el jurista español, la Ley de 27 de diciembre de 1956, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa. «Los actos políticos no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales—dice la Exposición de Motivos de nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa—, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales».

El artículo 2.º, b), del citado texto legal ofrece, como ejemplo de actos políticos, *los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar.*

Se ha hecho notar, muy acertadamente, que cuando el Consejo de Estado francés ha gozado de gran independencia con respecto del Gobierno también ha acudido a la noción de acto político para negarse a la admisión de determinados recursos (23).

Ha hecho esto, incluso disponiendo de instrumentos técnico-jurídicos (la idea de discrecionalidad, la noción de circunstancias excepcionales) que le hubieran permitido fácilmente evitar una expresión no sólo criticada, sino insultada (24).

La anterior afirmación equivale a poner en tela de juicio la justificación histórica que ofrece del acto político la teoría negativa (25).

(20) *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1937, 5.ª ed. y en la voz, puesta al día por AMORTI, *Atti politici (o di governo)*, en el «Novissimo Digesto Italiano», UTET, 12, p. 1.511.

(21) *Précis de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1947.

(22) *Acte de gouvernement*, Encyclopédie Juridique Dalloz, «Répertoire de Droit public et administratif», París, I, 1958, pp. 24 y ss., y *L'acte de gouvernement, monstre ou victime?*, Recueil Dalloz, 15 janvier 1958, Cr., p. 9.

(23) Cfr. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., p. 319.

(24) MIGNON (*L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement*, «La Revue Administrative», núm. 19, 1951, p. 31), después de afirmar que los actos de gobierno son una realidad jurisprudencial reconocida por la doctrina, manifiesta: La conciencia moderna del Estado de derecho los condena, en el nombre del principio de legalidad, como un anacronismo falto de toda lógica, del cual el substrato jurídico difícilmente esconde un oportunismo que no tiene ya sentido. De aquí el esfuerzo para disminuir su importancia y hacerlos desaparecer. Progreso necesario que no podría detener la advertencia de que esto sería obstáculo peligroso a la autoridad del Gobierno, a la libre apreciación por éste de la oportunidad de las decisiones que debe tomar y a la necesidad de someter, en circunstancias excepcionales de crisis o de guerra, la legalidad a particulares imperativos: la extrema flexibilidad de la jurisprudencia administrativa asegura en tales ocasiones que todo temor de este tipo es infundado.

(25) CHAPUS (*Acte de gouvernement*, cit.) dice que no le convence la razón histórica aducida para justificar el acto político teniendo en cuenta con qué valentía el

Pero si, según la teoría afirmativa de su existencia, el acto de gobierno es de esencia diferente a la del acto administrativo, y se duda de que apareciera en Francia como fruto de las circunstancias producidas por la Restauración borbónica, ¿cuál fué el origen de esta discutida categoría de actos estatales?

No conocemos ningún estudio dirigido a demostrar, desde una perspectiva histórica distinta a la antes recordada, cómo se ha ido produciendo la distinción entre actos políticos y administrativos.

Si se consiguiera demostrar que el acto político no fué fruto del miedoso oportunismo del *Conseil d'Etat*, se daría un paso importante tanto en la determinación de la naturaleza del acto político como en la delimitación de la noción del acto administrativo.

Las consideraciones anteriores nos mueven a estudiar los orígenes de la distinción entre acto político y administrativo.

La investigación debe comenzar dejando absolutamente de lado las personales convicciones e intuiciones sobre la naturaleza real o simplemente nominativa del acto político. Convicciones o intuiciones que únicamente pueden ser ahora hipótesis de trabajo que quedarán confirmadas o destruidas según el resultado que la investigación ofrezca.

II.—LAS IDEAS DE LOCKE, MONTESQUIEU Y ROUSSEAU SOBRE LOS PODERES Y FUNCIONES DEL ESTADO.

Ha escrito DUVERGER (26) que la distinción entre política y administración ha existido en casi todos los regímenes políticos: en las democracias antiguas, por ejemplo, constituye la base para el reparto de poderes entre la asamblea del pueblo y los «magistrados». Pero, a partir del siglo XVIII, se la confunde con la distinción entre Poder legislativo y Poder ejecutivo.

No nos proponemos llegar, en la búsqueda del origen de la distinción entre actividad política y administrativa, hasta la época en que germina la civilización occidental. No es necesario para nuestro propósito. Creemos que es suficiente comenzar la investigación precisamente en ese período en el que, según DUVERGER, la distinción que buscamos

Juez administrativo ejerce su fiscalización en materia administrativa «ordinaria» relativa a actos administrativos que frecuentemente tienen mucha más importancia política que numerosos actos de gobierno.

(26) *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, P. U. F., Themis, París, 1958, p. 154.

se confunde con la de Poder legislativo y ejecutivo. En aquel momento histórico se prepara la eclosión del llamado, entre otros nombres, Estado constitucional, y se acuñan o perfilan los conceptos básicos del Derecho público actual.

Comenzaremos por exponer las ideas de los principales pensadores políticos, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU (27), sobre aquellos puntos de mayor interés para alcanzar nuestro propósito.

DERATHÉ, en su estudio sobre la doctrina política de ROUSSEAU (28), dice que «la misma influencia de ROUSSEAU ha hecho difícil el estudio objetivo de su obra: siempre se tiene tendencia a juzgarle menos por el propio contenido de sus obras que por las corrientes ideológicas a las cuales aquéllas han dado nacimiento». Esto mismo podría decirse de LOCKE y MONTESQUIEU (29). Por ello procuraremos, antes de referirnos a cualquier explicación o interpretación, recoger literalmente los textos que se refieren a las cuestiones que tratamos de plantear.

Bien es verdad que la propia selección y ordenación de textos significa muchas veces una interpretación; con la ordenación de opiniones ajenas es frecuente que se trate de apoyar una idea propia preconcebida. Nos esforzaremos por mantener la neutralidad, aun cuando no tengamos la seguridad de lograr una perfecta asepsia.

1. *La teoría de Locke sobre los poderes del Estado.*

«Yo no sé si ha habido nunca un manejador de ideas—ha escrito P. HAZARD refiriéndose a LOCKE (30)—que haya moldeado su siglo de un modo más manifiesto que éste» (31).

Las ideas de LOCKE sobre los poderes del Estado han dejado huella tan profunda en las concepciones doctrinales y constitucionales posteriores que precisan ser recordadas como necesario punto de partida.

(27) Se discute si ROUSSEAU puede considerarse verdadero pensador político. La discusión, no obstante, queda tan lejos del objeto de nuestro trabajo, que no nos referiremos a ella. Sea o no imprecisa la generalización, creo puede emplearse a efectos positivos.

(28) *Jean-Jacques Rousseau et la Science politique de son temps*, P. U. F., Bibliothèque de la Science Politique, París, 1950, p. 7.

(29) EISENMANN (*La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, en «La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de L'Esprit des Lois, 1748-1948», Sirey, París, 1952, p. 133) se ha ocupado de sistematizar las diversas interpretaciones de la doctrina de MONTESQUIEU sobre la división de poderes.

(30) *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. de J. MARÍAS, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1958, p. 67.

(31) Las dos obras fundamentales de LOCKE, el *Essay concerning human understanding* y el *Treatises of civil Government*, se publicaron en 1769, pese a lo cual se considera ochocentista a su autor.

A) *Poder legislativo y Poder ejecutivo.*

«El gran fin por el que los hombres entran en sociedad—dirá en el *Ensayo sobre el gobierno civil* (32)—es el de gozar de sus bienes en paz y seguridad».

El medio mejor para conseguir este fin es establecer leyes en la sociedad, misión que corresponde al Poder legislativo. Este poder, supremo en el Estado, tiene la facultad de fijar cómo debe emplearse la fuerza del Estado para proteger a la comunidad y a sus miembros (33).

«La única manera de que el Poder legislativo sea verdaderamente tal—afirma LOCKE (34)—es que pueda hacer *leyes para toda la sociedad y para cada uno de sus miembros; leyes que señalen reglas a las acciones de todos* y que determinen la intervención del Poder ejecutivo para los casos de transgresión».

Las leyes se preparan en breve plazo y se promulgan para que rijan permanentemente. No es necesario, pues, que el Cuerpo legislativo esté en constante ejercicio; si lo estuviera, no tendría de qué ocuparse.

«Además, sería provocar una tentación demasiado fuerte para la fragilidad humana, sujeta a la ambición, confiar a los mismos que tienen el poder de hacer las leyes el de ejecutarlas».

La ley, de eficacia durable, necesita ser ejecutada o aplicada perpetuamente. «En consecuencia, es necesario que exista un poder siempre en ejercicio para cuidar de la ejecución de las leyes; por esto se suele distinguir el Poder legislativo y el Poder ejecutivo» (35).

B) *El Poder federativo; su distinción del ejecutivo.*

En todo Estado existe otro poder que «comprende la facultad de acordar la paz y la guerra, la de formar ligas y alianzas, dirigir toda clase de negociaciones con personas y comunidades extranjeras». Se le puede llamar Poder federativo (36).

El Poder ejecutivo y el federativo «son, sin duda, en sí mismos, realmente distintos: a uno le corresponde la aplicación de las leyes en el

(32) Página 149 de la traducción francesa de Fyot, publicada con el título de *Essai sur le Pouvoir Civil* en la Bibliothèque de la Science Politique, P. U. F., Paris, 1953.

(33) *Essai sur le Pouvoir Civil*, cit., p. 157.

(34) *Essai*, cit., p. 161.

(35) LOCKE, ob. cit., p. 158.

(36) El poder federativo, afirma LOCKE, puede calificarse de natural, porque corresponde a una facultad que tenía naturalmente cada hombre antes de entrar en sociedad. Considerada globalmente, la comunidad forma un cuerpo que se encuentra en estado de naturaleza en relación con los demás Estados o personas que forman parte de ella.

interior de la sociedad, a todos los que forman parte de ella; el otro está encargado de la seguridad y de los intereses exteriores de la comunidad, respecto de quiénes pueden serle útiles o perjudiciales; sin embargo, en la realidad están casi siempre reunidos».

Por tanto, el Poder ejecutivo y el federativo se distinguen por las funciones que realizan. El primero aplica las leyes. No se trata de la aplicación de la legislación a los litigios que surgen, o a los hombres que deben ser castigados por sus actos delictivos, es decir, de su aplicación jurisdiccional, pues, según LOCKE (37), es el propio Poder legislativo quien debe hacer justicia y determinar los derechos de los súbditos por leyes aprobadas y promulgadas y por jueces competentes. La aplicación consistirá, pues, en hacer realidad los mandatos legales que señalan «reglas a las acciones de todos y determinan la intervención del Poder ejecutivo para los casos de transgresión».

El segundo, el Poder federativo, tendrá a su cargo las relaciones exteriores y la seguridad. LOCKE no explica si se trata únicamente de la seguridad exterior o si, por el contrario, el federativo se ocupa también de la seguridad interior.

Si funcionalmente estos dos poderes son diferentes—realmente distintos, cada uno con su peculiar naturaleza—, orgánicamente no están separados—en la realidad están casi siempre reunidos—. Porque, explica LOCKE, «si el Poder ejecutivo y el Poder federativo de cada comunidad son en sí mismos distintos, sin embargo, son difíciles de separar y confiarles en un momento dado a personas diferentes. Pues, para su ejercicio, uno y otro precisan el concurso de la fuerza pública y es casi imposible confiar la fuerza del Estado a personas distintas, que no estén subordinadas. No se podría tampoco confiar el Poder ejecutivo y el federativo a personas que puedan actuar separadamente, pues la fuerza pública estaría entonces colocada bajo mandos diferentes, lo que engendraría, pronto o tarde, desórdenes y catástrofes» (38).

(37) Ob. cit., p. 151.

(38) BASTID, Ch., al explicar, en su libro *Jhon Locke. Ses théories politiques et leur influence en Anglaterre*, E. Leroux, París, 1907, p. 235, las atribuciones del Poder ejecutivo según LOCKE, dice que «los titulares del Poder ejecutivo tienen ordinariamente el poder de tratar con las naciones extranjeras, de declarar la guerra, aplicar las reglas del Derecho internacional público y privado, poder que denomina federativo». Expuesto así el contenido del Poder ejecutivo, queda desdibujada la individualidad del federativo y las relaciones entre ambos. Incluso se olvida las funciones propias del ejecutivo. Se aplica al pensamiento de LOCKE el esquema de los poderes del Estado formulado por MONTESQUIEU.

C) *La ordenación jerárquica de los poderes del Estado. Facultades discrecionales del Ejecutivo.*

Al estudiar la ordenación de los poderes del Estado, afirma LOCKE (39) que en un Estado bien constituido sólo puede existir un poder supremo: el legislativo, al cual todos los otros están y deben estar subordinados. El Poder ejecutivo y el federativo, añade expresamente (40), son poderes delegados, subordinados al Poder legislativo.

Sin embargo, advierte LOCKE (41), «el bien de la sociedad exige que se dejen ciertas cosas al juicio de quien ostente el Poder ejecutivo. Los legisladores no pueden, en efecto, prever todo lo que puede ser útil para el bienestar de la comunidad y procurarlo mediante leyes; por tanto, el que tiene a su cuidado la ejecución de las leyes, tiene igualmente la facultad, según la ley natural, de utilizar el poder que ostenta, para el bien de la sociedad, en múltiples casos en que la ley civil no ha dispuesto nada, hasta que se pueda sin inconveniente convocar el Poder legislativo para que decida. Por otra parte, existen muchas cosas a las cuales la ley no puede atender por falta de medios y que se deben necesariamente dejar a la discreción del Poder ejecutivo, para que él las regule mejor en interés general de la comunidad. Además, es conveniente que las mismas leyes se inclinen, en algunos casos, ante el Poder ejecutivo o más bien ante la ley fundamental de la Naturaleza y del Gobierno: se debe, en la medida de lo posible, asegurar la salvaguardia de todos los miembros de la sociedad. En efecto, pueden presentarse muchos casos en los que la aplicación rígida y estricta de las leyes puede ser perjudicial; y alguien podría caer bajo el peso de la ley, que no hace acepción de personas, por una acción que merecería perdón y recompensa. Es bueno, por consiguiente, que el que gobierna tenga la posibilidad de atenuar la severidad de la ley y conceder gracia a ciertos culpables...» El Poder ejecutivo también actuará discrecionalmente cuando convoque a las Asambleas legislativas, facultad que se le confía ordinariamente (42).

De este pasaje de LOCKE se infiere que el Poder ejecutivo es titular de lo que hoy llamamos potestad reglamentaria «*praeter legem*»; le corresponde completar la ley en el caso de lagunas legales y también

(39) *Essai*, cit., cap. XIII, pp. 160 y ss.

(40) *Ob. cit.*, p. 161.

(41) *Essai*, cap. XIV, p. 168.

(42) LOCKE, *Essai*, cit., pp. 163 y ss

en el supuesto de que el legislador no pueda ordenar una actuación. Se trata, pues, de la potestad reglamentaria de máximo rango.

Junto a esta potestad, situándola en un mismo plano, LOCKE encuentra la facultad de aplicar el derecho de gracia y de convocar el Poder legislativo.

D) *Poder ejecutivo supremo y subalterno.*

LOCKE distingue en el Ejecutivo un poder ejecutivo supremo y un poder ejecutivo subalterno, diríamos, pues manifiesta que «en ciertos Estados, en los cuales el Cuerpo legislativo no actúa constantemente y en los que el Ejecutivo está confiado a una sola persona, que participa igualmente en el Poder legislativo, ésta puede entonces ser llamada, en cierto sentido, Soberano; no es que ostente personalmente el Poder supremo, que es el de hacer las leyes, sino que ostenta el *poder ejecutivo supremo*, del cual deriva toda la gama de *poderes subalternos* confiados a los magistrados». Además, ningún Poder legislativo le es superior, porque ninguna ley puede ser hecha sin su consentimiento, y es improbable, por tanto, que alguna de ellas pueda jamás ser impuesta a la otra parte del Poder legislativo; en este sentido se puede, pues, con bastante rigor, llamarlo supremo.

Es inútil hablar de otros poderes delegados y subalternos de un Estado; son tan numerosos y de tan gran variedad, según las costumbres y las Constituciones de los diferentes Estados, que es casi imposible dar cuenta en detalle de cada uno de ellos. «... la autoridad de cada uno de ellos no sobrepasa la que le ha sido positivamente conferida por delegación, y todos en el Estado son responsables ante otra autoridad» (43).

La distinción dentro del Poder ejecutivo de dos partes, una suprema y otra subalterna, va a ser de una importancia extraordinaria para la cuestión que nos ocupa.

E) *Fiscalización del Ejecutivo por el Legislativo.*

El poder ejecutivo confiado a alguien que no participa del poder legislativo está visiblemente subordinado a este último y responde ante él; puede ser modificado y transferido a voluntad...

El Poder ejecutivo actúa permanentemente para la ejecución de las leyes. El Poder legislativo conserva siempre la facultad de reprenderle, si estima que hay una razón para hacerlo, y castigarle toda prevaricación (44).

(43) *Essai*, cit., pp. 161 y 162.

(44) *Ob. cit.*, p. 162.

F) *Discrecionalidad del Poder federativo.*

En cuanto al poder federativo, dice LOCKE (45) que, aun cuando su buen o mal ejercicio entraña graves consecuencias para el Estado, es más difícil de reglamentar, por el previo establecimiento de las leyes positivas, que el poder ejecutivo. También se le debe necesariamente dejar a la prudencia y sabiduría de aquellos que tienen la carga de usarlo al servicio del interés general. La conducta a seguir cuando se trata de extranjeros resulta difícil de prever, pues depende mucho de su manera de actuar. Se debe, en consecuencia, dejar un amplio margen a la prudente iniciativa de aquellos a los que está confiado este poder para que lo ejerciten, con la mayor habilidad posible, en interés del Estado.

La facultad de actuar al margen de la ley, e incluso contra ella, por motivos de interés general, constituye lo que LOCKE, tomando el término de la realidad constitucional inglesa, llama la prerrogativa (46).

El eximio pensador inglés se pregunta, ¿quién debe juzgar si se abusa de la prerrogativa? Su respuesta es: para ello no existe juez en la tierra.

G) *Conclusiones.*

En este momento evitamos toda comparación de las ideas de LOCKE con las actuales concepciones que caracterizan la función política y la administrativa.

Pero es conveniente subrayar cómo este autor atribuye al Poder ejecutivo la misión primordial de aplicar la ley, pero le reconoce también, al margen de la ejecución legislativa, un círculo de atribuciones de extraordinaria significación, en el que figura el poder reglamentario, el derecho de gracia, las relaciones con el legislativo, y sitúa, junto al ejecutivo, otro poder, el federativo, que se distingue de aquél funcional pero no orgánicamente, encargado de las relaciones exteriores de la comunidad.

Las atribuciones extraordinarias del Poder ejecutivo corresponden a su parte suprema. Un mismo órgano estatal ejercerá el poder ejecutivo de mayor rango y el poder federativo.

Por su misma naturaleza, las facultades que el Ejecutivo ejerce con

(45) Ob. cit., pp. 158 y 159.

(46) *Essai*, cit., cap. XIV. «La prerrogativa—dice en la pág. 172 del *Ensayo*—no es otra cosa que el poder de conseguir el bien público sin regla preestablecida».

independencia de la ley y las del Poder federativo son imposibles de fiscalizar jurisdiccionalmente.

2. *Las funciones del Poder ejecutivo según Montesquieu.*

El *Ensayo sobre el Gobierno civil* influyó directamente sobre *El espíritu de las leyes* (47). Esta opinión se admite hoy comúnmente. No obstante, MIRKINE-GUETZÉVITCH y PRÉLOT (48) cuidan de advertir, al hacer notar esta influencia, que «va de suyo que MONTESQUIEU no puede decirse que plagie a LOCKE. El vigor de la personalidad y el esplendor del estilo defenderán siempre al señor de la Brède de tales imputaciones».

Expondremos a continuación el pensamiento de MONTESQUIEU sobre el contenido de los poderes del Estado. Fácilmente se podrá comprobar qué retiene, qué cambia y qué añade el pensador francés a las ideas de LOCKE sobre la misma cuestión.

A) *Las funciones de los distintos poderes del Estado. La misión del Legislativo.*

El punto más brillante de la extensa obra política de MONTESQUIEU es la llamada teoría de la separación o división de poderes. El ha atraído a los especialistas del Derecho público de tal manera que, ocupados en estudiar el mecanismo en virtud del cual el señor de la Brède pretende lograr y garantizar la libertad individual, han olvidado, con harta frecuencia, averiguar la misión que su autor ha confiado a cada uno de los poderes del Estado. Sin embargo, es lo cierto que la adecuada organización de los poderes estatales requiere el análisis previo y la fijación de las funciones que cada uno de ellos deberá realizar. Pero la doctrina de la división de poderes se convirtió pronto en mito, y los mitos no necesitan análisis y precisión para ser operantes (49).

«La separación de poderes es, ante todo, un método—dice G. BER-

(47) Véanse DEDIEU, J., *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources de l'Esprit des lois*, Lecoffre, París, 1919; DAVY, G., *Montesquieu et la Science politique*, en «Deuxième centenaire de l'Esprit des Lois de Montesquieu», Delmas, Burdeos, 1949; PUGET, H., *Montesquieu et l'Angleterre*, en «La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu», Sirey, París, 1952, especialmente a partir de la página 285.

(48) Préface al *Essai sur le Pouvoir civil*, trad. de FYOR, cit., p. XV.

(49) *El mito de la división de poderes* titula L. ALTHUSSER el capítulo que a este punto dedica en su libro *Montesquieu, la Politique et l'Histoire*, P. U. F., París, 1959.

LIA (50)—, y es de ahí de donde deriva su valor permanente como garantía de la libertad» (51). Esto, visto desde la perspectiva de BERLIA, es cierto, pero quisiéramos ahora, momentáneamente, olvidar lo que significa el empleo de dicho método, el mecanismo de la separación de poderes, y centrar la atención sobre las funciones de los poderes del Estado. Esto es lo que principalmente importa a la finalidad de nuestro estudio.

«Hay en todos los Estados—se lee en el comienzo del capítulo VI, del libro XI, *De l'Esprit des lois*—tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del Derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del Derecho civil.

Por el primero, el Príncipe o el Magistrado hace leyes, para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Este último debe llamarse Poder judicial y el otro simplemente ejecutivo».

En el mismo capítulo (52) dice MONTESQUIEU que el Poder legislativo y el ejecutivo «ne s'exercent sur aucun particulier, n'étant l'un, que la volonté générale de l'état; et l'autre que l'exécution de cette volonté générale».

La afirmación de que el Poder legislativo «no se ejerce sobre ningún particular» es la manera de expresar que la ley es siempre general (53).

La asamblea de los nobles, uno de los órganos del Legislativo, debe «modérer la loi en faveur de loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle». Con esta frase parece aludir MONTESQUIEU al derecho de gracia que, como se ve, niega al Ejecutivo, separándose de la opinión de LOCKE.

(50) *Le projet de Constitution française du 19 avril 1946*, «Revue du Droit public», 1946, pp. 209 y ss.

(51) Sobre la crítica marxista de la división de poderes puede consultarse el «Bulletin de Droit Tchécoslovaque», núms. 1-2, 1955. BOCUSZAK, J., y PESKA, P. (*La théorie de la separation des pouvoirs chez Montesquieu, sa signification et son sort*, en el citado «Boletín», pp. 65 y 101) escriben: «La teoría de MONTESQUIEU sobre la división de poderes, expuesta en un modesto capítulo de su obra maestra, ha ejercido y ejerce todavía gran influencia sobre la evolución del derecho público del Estado de tipo burgués. Al realizar, de manera consciente, la democracia socialista, el Estado socialista rechaza toda separación de poderes e instaura la verdadera e ilimitada soberanía del pueblo trabajador».

(52) Páginas 315 y 316 de *L'Esprit des Lois*, tome I, Londres, 1757.

(53) Véase la opinión de LOCKE sobre esta cuestión en página 41.

B) *Las funciones del Ejecutivo.*

Según el primer texto citado de *El Espíritu de las Leyes*, al Poder ejecutivo le corresponde hacer lo que en opinión de LOCKE son atribuciones del Poder federativo (54).

Pero ello no nos permite concluir, como se suele hacer con demasiada frecuencia después de iniciar la lectura del famoso capítulo VI del libro XI del *Espíritu de las Leyes*, que para MONTESQUIEU el Poder ejecutivo es solamente el encargado de la defensa contra los ataques exteriores, de la seguridad y de las relaciones exteriores. En otras palabras, el que ejecuta las disposiciones del Derecho de gentes (55).

Los párrafos iniciales del capítulo no son los únicos que dedica este autor a explicar cuáles son las atribuciones de los distintos poderes del Estado.

Ya hemos citado otro texto según el cual corresponde al Poder ejecutivo «l'execution de cette volonté générale» en que el Poder legislativo consiste. Pero, además, MONTESQUIEU ha escrito (56): «Cuando el Poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo Cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse

(54) FRIEDRICH (*Le problème du Pouvoir dans la théorie constitutionnaliste*, en «Le Pouvoir», P. U. F., París, I, p. 45) manifiesta: «MONTESQUIEU transforma el ejecutivo en judicial (éste había sido incluido por LOCKE en el ejecutivo) y amplía el poder federativo en ejecutivo, extendiendo sus deberes de seguridad y de defensa con una fórmula más general». Lo anteriormente expuesto en el texto permitirá comprobar en qué puntos disintimos de la interpretación de FRIEDRICH. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, en «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», Reus, Madrid, 1959, p. 213) afirma que «es evidente que MONTESQUIEU ha traducido como Poder ejecutivo el antiguo Poder federativo de LOCKE».

(55) SEIGNOBOS, Ch. (*La séparation des pouvoirs*, publicado en la «Revue de Paris», 1895, pp. 709 y 55, y recogido en «Etudes de Politique et d'Histoire», P. U. F., París, 1934, pp. 183 y ss.) ha escrito que la Constitución que describe MONTESQUIEU «deja de lado una parte indispensable de las operaciones reales de todo Gobierno civilizado. No tiene en cuenta más que el poder de promulgar o de derogar las leyes, concertar la paz o declarar la guerra, enviar o recibir embajadas, castigar los crímenes o dirimir las diferencias entre particulares. Esta enumeración apenas es suficiente para analizar el gobierno de un país merovingio, donde toda la vida política se reduce a guerras, juicios y órdenes. Olvida la designación de funcionarios, el control de sus actos, las cuentas de ingresos y gastos públicos, todas las operaciones que constituyen la vida política de la nación, dan la fuerza al Gobierno y constituyen la materia habitual de las decisiones de la autoridad soberana. A estas funciones fundamentales del Gobierno, MONTESQUIEU no hace apenas más que alusiones vagas, sin indicar a cuál de los tres poderes debe pertenecer cada una».

(56) *De l'Esprit des Lois*, cit., p. 312

que el Monarca o el Senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente» (57).

«Todo estaría perdido—añade—si el mismo hombre, o el mismo Cuerpo de los principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciesen estos tres poderes: «celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques (58) et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers».

Por consiguiente, también es función del Ejecutivo aplicar la ley, ejecutarla en el interior del Estado, o sea, hacerla cumplir cuando los súbditos no la cumplen voluntariamente y convertir en hechos sus declaraciones, si resulta necesario.

Al Ejecutivo atribuye MONTESQUIEU el cuidado por la seguridad. «Lo que en su imprecisión—dice el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (59)—puede tener también una aplicación interior.» Efectivamente, así parece desprenderse del siguiente texto: «si la puissance législative laisse à l'exécutrice le droit d'emprisonner des citoyens qui peuvent donner caution de leur conduite, il n'y a plus de liberté; ... Mais, si la puissance législative se croyoit en danger, par quelque conjuration secrete contra l'état, en quelque intelligence avec les enemis du dehors, elle pourroit pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutrice de faire arrêter les citoyens suspects, ...» (60).

Por otra parte, el ejército, creado por el Legislativo, depende del Ejecutivo (61).

También corresponde al Poder ejecutivo señalar la fecha en que deben reunirse los miembros del Legislativo y la duración de su reunión (62),

(57) No puede de ninguna manera pensarse que esta ejecución se refiera a la de normas del Derecho de gentes. En primer lugar, porque éstas no emanan del Poder legislativo del Estado, al menos tal como se concebían en el siglo XVIII, y en segundo lugar, porque con ello no se privaría de libertad a los propios súbditos.

Tampoco puede referirse a la potestad de ejecutar lo que depende del Derecho civil, porque al párrafo citado en el texto sigue inmediatamente éste: «No existe todavía libertad, si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si el poder judicial estuviera unido al poder ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza de un opresor».

(58) La expresión «résolutions publiques» es equivalente a leyes. En un texto posterior (p. 329) el autor que estudiamos dice: «La puissance exécutrice ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne sauroit entrer dans le débat des affaires. Il n'est pas même nécessaire qu'elle propose; parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites».

(59) *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea*, «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», cit., p. 213.

(60) *De l'esprit des lois*, cit., pp. 316 y 317.

(61) Ob. cit., p. 331.

(62) *De l'esprit des lois*, cit., p. 324.

además puede ejercitar la «*faculté d'empêcher*» las disposiciones de éste (63) (64).

Las funciones del Ejecutivo, según MONTESQUIEU, pueden resumirse de la manera siguiente: a) aplicar las leyes; b) defender a la comunidad de los ataques del exterior; c) las relaciones internacionales; d) la seguridad interior del Estado; e) el mando del ejército; f) la convocatoria y disolución de las asambleas legislativas y la oposición a sus disposiciones.

El Poder ejecutivo se nos ofrece, pues, con dos vertientes. Una, que mira al exterior, a las relaciones del Estado con otros Estados; otra, que se proyecta hacia el interior de la comunidad.

Su faceta exterior comprende: la defensa nacional y las relaciones con otros países; su faceta interior: la aplicación de las leyes, la seguridad, el mando del ejército, convocatoria y disolución de las asambleas legislativas y la facultad de oponerse a sus mandatos.

De las funciones que corresponden al Ejecutivo, la de mayor imprecisión es la que se califica de aplicación de las leyes. MONTESQUIEU, no obstante, ofrece algunos datos para aclarar esta expresión.

«La puissance exécutive doit être entre les mains d'un Monarque; parce que cette partie du gouvernement, qui a presque toujours besoin d'une action momentanée, est mieux administrée par un que par plusieurs; ...» (65).

La idea monárquica de la época, que MONTESQUIEU compartía, demuestra que la función de ejecución de las leyes se concibe como una actividad de gran relieve (66).

También hemos recordado que, según el señor de la Brède, el Poder ejecutivo no se ejerce, al igual que el Legislativo, sobre ningún particular (el Poder legislativo y el ejecutivo «ne s'exercent sur aucun particulier»). Lo cual parece indicar que al titular del poder ejecutivo le corresponde disponer la conducta que debe seguir la comunidad o grupos de ella ante un acontecimiento, pues «la puissance exécutive s'exerce

(63) *De l'esprit des lois*, cit., p. 324.

(64) «J'appelle faculté d'empêcher—dice MONTESQUIEU, ob. cit., p. 321—le droit de rendre nulle une resolution prise par quelqu'autre.»

(65) *De l'esprit des lois*, cit., p. 322.

(66) Cuando en el capítulo XVII del libro XI del *Espíritu de las Leyes* (p. 359) se refiere MONTESQUIEU a las *funciones ejecutivas del Senado romano*, aparte las que podríamos llamar de Derecho internacional, dice que aquél disponía de los fondos públicos, distribuía las provincias y los ejércitos a los cónsules o a los pretores, nombraba sus sucesores, concedía las condecoraciones, nombraba los reyes.

toujours sur des choses momentanées» (67), y fijar las líneas directrices de la conducta de sus subordinados. Se trata de una potestad reglamentaria caracterizada no sólo por el Poder de que emana, sino también por la universalidad de destinatarios. Mientras que el Poder legislativo hace leyes «pour en temps ou pour toujours», el Poder ejecutivo hace reglamentos o, si se quiere, actos que prescriben una conducta «sur des choses momentanées».

MONTESQUIEU escribe como constitucionalista y sólo se ocupa de los poderes y funciones fundamentales del Estado. No niega una actividad estatal inferior, que hoy llamamos administrativa, que se apunta y atribuye a organismos dependientes del Poder ejecutivo; pero su Poder ejecutivo no puede confundirse con la Administración. Se refiere, dicho en términos actuales, a un Poder gobernante. Lo administrativo queda, en su concepción, por debajo de los tres Poderes fundamentales del Estado.

MONTESQUIEU se refiere a los ministros del Rey para decir que sólo ellos serán responsables de la mala ejecución de las leyes, pues aquél debe ser sagrado y no puede ser acusado y juzgado por nadie (68).

En la descripción que de la Constitución ideal se hace en *El Espíritu de las Leyes* no aparece la función estatal que hará llegar hasta los súbditos los efectos de las leyes; la que hará realidad las disposiciones legislativas y los mandatos del Poder ejecutivo supremo—como diría LOCKE—, o sea, del Rey; una función de segundo grado que parece comenzará a manifestarse en la actuación de los Ministros, esos magistrados a los que tan poca atención presta el autor.

El Ejecutivo de MONTESQUIEU reúne las funciones que LOCKE repartía entre el Ejecutivo y el Federativo. La razón de ello está, a nuestro entender, en que el pensador inglés distinguía estos dos poderes únicamente por sus funciones, pero no orgánicamente, y al francés le preocupa fundamentalmente la separación orgánica de los poderes del Estado para la defensa de la libertad, por lo que no tiene para él ninguna utilidad dar nombre diferente a funciones atribuidas a un mismo órgano. Situado, diríamos, en una perspectiva exclusivamente orgánica, da el nombre de Poder ejecutivo a una organización estatal que reúne funciones de naturaleza diferente (las antes enumeradas); todas las funciones del Estado que no son las de legislar y juzgar, y que, solo orgánicamente, pueden calificarse de ejecutivas.

(67) *De l'esprit des lois*, cit., pp. 324 y 325. Al comenzar el capítulo, MONTESQUIEU ha escrito que el Poder legislativo hace leyes «pour en temps ou pour toujours». La permanencia distinguiría cualitativamente las leyes de los actos del Ejecutivo.

(68) *De l'esprit des lois*; cit., p. 326.

Nada se opone, en la concepción de MONTESQUIEU, a que un mismo órgano actúe funciones de naturaleza diferente.

Pero en MONTESQUIEU aparece un nuevo elemento para perfilar la distinción entre algunas funciones estatales: el ordenamiento jurídico al que están sometidas y aplican; el Derecho de gentes y el Derecho interno. Pero de este hecho el autor no deduce consecuencias.

C) *La fiscalización de la actividad ejecutiva.*

Aun cuando el Rey es sagrado y nadie puede juzgarle, el Cuerpo representativo, dice MONTESQUIEU (69), debe ser elegido para hacer leyes, o para comprobar si han sido bien ejecutadas las que ha hecho. El Poder legislativo tiene el derecho, y debe tener la posibilidad, de examinar la manera cómo las leyes que él ha dado han sido ejecutadas.

En otras palabras, el Poder legislativo puede y debe fiscalizar la actividad de ejecución de las leyes encomendada al Poder ejecutivo, al Rey o Poder ejecutivo supremo.

3. *Legislativo y Ejecutivo en Rousseau.*

BERTRAND DE JOUVENEL (70) manifiesta que «para comprender bien a ROUSSEAU, es preciso apoyarse menos en los principios que enuncia que en las imágenes que le han inspirado.

La incertidumbre y frecuentemente la impropiedad de los términos hacen a veces equívoco el pensamiento de ROUSSEAU.

Se complace con razonamientos que, frecuentemente, tienen aire escolástico, pero emplea conceptos que, caminando, se deforman sensiblemente. Se corre el riesgo de extraviarse si se pretende seguirle literalmente».

Hemos creído conveniente y oportuno recoger esta advertencia antes de entrar en el estudio de los textos roussonianos que interesan al objeto de este trabajo.

Para la mayor comprensión de las ideas de ROUSSEAU, y para evitarnos disgresiones en el futuro, digamos también que cuando este autor habla de *soberanía* se refiere al Poder legislativo (71), autoridad suprema en

(69) *De l'esprit des lois*, cit., pp. 319 y 325.

(70) *Essai sur la politique de Rousseau*, publicado como introducción a *Du Contrat social*, en «Les éditions du cheval ailé», Col. Oeuvres immortelles», Ginebra, 1947, p. 120.

(71) ROUSSEAU (*Du Contrat social*, cit., p. 214) dice: «Recibe el nombre de soberanía el poder absoluto del cuerpo político sobre todos sus miembros dirigido por la voluntad general».

el Estado, y el término *soberano* alude a quien es titular de este poder, en su concepción, el pueblo (72).

A) *Los actos del soberano: actos legislativos y de magistratura.*

El pacto social produce—según ROUSSEAU (73)—un cuerpo moral y colectivo compuesto «d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel recoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté» (74).

Esta voluntad es «la voluntad general, que para ser verdaderamente tal debe serlo tanto en su objeto como en su esencia; debe partir de todos para aplicarse a todos, y pierde su rectitud natural cuando tiende hacia algún objeto individual y determinado, porque entonces, juzgando de lo que nos es extraño, no tenemos ningún verdadero principio de equidad que nos guíe» (75).

La voluntad general «ne peut comme général prononcer ni sur un homme ni sur un fait». «Cuando el pueblo de Atenas, por ejemplo, nombraba o destituía a sus jefes, concedía honores a uno, imponía penas a otro, y por multitud de decretos particulares ejercía indistintamente todos los actos de gobierno, el pueblo no tenía voluntad general propiamente dicha; no actuaba ya como Soberano, sino como Magistrado» (76).

La voluntad es general o no lo es; es la «du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans le premier cas cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi. Dans le second, ce n'est qu'une volonté particulière, ou un acte de magistrature; c'est un décret tout au plus».

La soberanía, por ser el ejercicio de la voluntad general, es inalienable, irrepresentable e indivisible (77).

«Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe, la divisent dans son objet: ils la divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance exécutive; en droits d'impôts, de justice et de guerre; en administration intérieure et en pouvoir de traiter avec l'étranger: tantôt ils confondent toutes ces parties et tantôt ils les séparent.»

(72) Recogemos estas precisiones de DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, cit., Apéndice: «Questions de terminologie et notions fondamentales», p. 380.

(73) *Du Contrat social*, cit., p. 193.

(74) Véase sobre este punto MESTRE, A., *La notion de personnalité morale chez Rousseau*, en «Revue de Droit public», julio-diciembre 1902, p. 447 y ss.

(75) *Du Contrat social*, cit., pp. 215 y 216.

(76) *Ibidem*, p. 216.

(77) *Ibidem*, pp. 206 y 208.

Este error procede—dice ROUSSEAU—de no tener nociones exactas sobre la autoridad soberana, y de haber tomado por partes de esta autoridad lo que no eran sino emanaciones. Así, por ejemplo, se ha considerado el acto de declarar la guerra y el de hacer la paz como actos de soberanía; lo que no es cierto; porque cada uno de estos actos no es una ley, sino solamente una aplicación de la ley, como se verá claramente cuando sea fijada la idea que corresponde a la palabra *ley*» (78).

El derecho de hacer gracia o de exceptuar a un culpable de la pena señalada por la Ley y aplicada por el Juez, que según ROUSSEAU (79) corresponde al Soberano, que está por encima del Juez y de la Ley, es uno de los pocos casos de decisiones singulares emanadas de la voluntad general (80).

Al ocuparse de definir la Ley en el capítulo VI del libro II del *Contrato social*, ROUSSEAU dirá: ... quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même; et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi.

Quands je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulier... en un mot, toute fonction que se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative (81).

On voit encore que la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'objet, ce qu'un homme ordonne de son chef n'est point une loi: ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais de magistrature (82).

(78) *Ibidem*, pp. 208 y 209. BERTRAND DE JOUVENEL explica en el *Essai sur la politique de Rousseau*, cit., que la Volonté Générale ne fournit point une règle de conduite juste avec l'étranger: «Tout patriote est dur aux étrangers: ils ne sont qu'hommes, ils ne sont rien à ses yeux» (*Emile*, p. 9). También ver pp. 184 y 185 del *Contrato social*.

(79) *Du Contrat social*, cit., p. 221.

(80) ROUSSEAU se resiste a este conocimiento, que es una quiebra de sus principios generales, e intenta demostrar que en una comunidad bien organizada el ejercicio de este derecho será muy raro, que no se ejercitará, y termina por cortar sus razonamientos con estas palabras: «Mais je sens que mon cœur murmure et retient ma plume: laissons discuter ces questions à l'homme juste qui n'a point failli, et qui jamais n'eut lui-même besoin de grâce».

(81) *Du Contrat social*, cit., p. 224.

(82) *Ibidem*, p. 225.

Las leyes «sont des actes de la volonté générale» (83), del Soberano, pero no los únicos actos del Soberano, pues éste puede también manifestar una voluntad no general.

Se extrema así la imposibilidad de caracterizar orgánicamente a las leyes. El Soberano, el pueblo, estatuye sobre un objeto general; manifiesta, por consiguiente, su voluntad general y da nacimiento a una Ley. El Soberano, el pueblo, dispone algo sobre un objeto particular; no manifiesta su voluntad general, y su decisión es un acto de magistratura, un Decreto.

B) *El Gobierno titular de la «puissance executive».*

Para explicarnos ROUSSEAU (cap. I del libro III del *Contrato social*) lo que es el Gobierno, nos dice: «Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla, una moral, a saber: la voluntad que determina el acto; la otra física, a saber: la «puissance» que la ejecuta. Cuando yo voy hacia un objeto, es preciso primeramente que quiera ir; en segundo lugar, que mis pies me lleven. Si un paralítico quiere correr, si un hombre ágil no quiere, los dos estarán quietos. El cuerpo político tiene los mismos móviles: igualmente se distingue la fuerza y la voluntad. Esta, con el nombre de «puissance législative»; la otra, con el de «puissance executive».

Hemos visto que el poder legislativo corresponde al pueblo y sólo a él puede pertenecer. Por el contrario, se deduce fácilmente de los principios antes expuestos, que el poder ejecutivo no puede ser atributo de la generalidad como Legislador o Soberano; porque este poder sólo consiste en actos singulares que no son de la incumbencia de la ley, ni, por consiguiente, del Soberano, cuyos actos no pueden ser más que leyes.

La fuerza pública necesita un agente especial que la reúna y la emplee según las directrices de la voluntad general, que sirva a la comunicación del Estado y del Soberano, que en la persona pública haga de alguna manera lo que en el hombre hace la unión del alma y del cuerpo. Esta es la razón del Gobierno en el Estado.

Qu'est ce donc que le Gouvernement? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le Souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des loix, et du maintien de la liberté, tant civile que politique» (84).

J'appelle donc *Gouvernement* ou *suprême administration* l'exercice

(83) *Ibidem.*

(84) *Du Contrat social*, cit., p. 252.

légitime de la puissance exécutive, et Prince ou Magistrat, l'homme ou le corps chargé de cette administration (85).

Le Gouvernement reçoit du Souverain les ordres qu'il donne au peuple... (86).

C) *Inalienabilidad de la voluntad general; delegación de la singular. Las funciones del Gobierno.*

ROUSSEAU define, como hemos, visto, la función legislativa orgánica y materialmente. Cuando todo el pueblo (elemento orgánico) estatuye sobre un objeto general (elemento material), legisla. Actúa poder legislativo. La coincidencia del elemento orgánico (voluntad general del pueblo) con el elemento material (objeto general) da nacimiento a la Ley.

En realidad, el elemento material determina el orgánico, pues la voluntad sólo es general cuando decide con respecto a un objeto general.

El pueblo, todo el pueblo, puede también pronunciarse sobre un objeto singular (así lo hacía el pueblo de Atenas cuando nombraba y destituía a sus jefes), pero entonces no legisla («toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative») sino que dicta un acto de magistratura, un Decreto. El acto de magistratura procede de la voluntad no general del pueblo. Cuando todo el pueblo decide sobre una cosa singular, su voluntad es particular.

Según antes hemos recordado, para ROUSSEAU—y se dice que ésta es la idea más original de su obra política—el ejercicio de la voluntad general es inalienable, indivisible y no puede ser ejercida por otro.

Pero el pueblo, en principio, no sólo legisla, sino que también adopta disposiciones sobre objetos individuales. Esta facultad de decisión sobre objetos singulares sí puede transmitirse a otro para que sea él quien la ejercite. Incluso conviene que así se haga, pues «il n'est pas bon que celui qui fait des loix les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers» (87).

¿A quién deberá el pueblo transmitir esta facultad de adoptar decisiones singulares?

(85) Ideas análogas a las de ROUSSEAU fueron ya expuestas por ALTHUSIUS (cfr. DE-RATHÉ, ob. cit., pp. 96 y 97).

(86) *Du Contrat social*, cit., p. 253.

(87) Refiriéndose a la condena de un criminal, dice ROUSSEAU que no corresponde al Soberano; es una facultad que puede conferir sin poderla ejercer por sí mismo. Los actos del Soberano sólo pueden ser leyes (*Du Contrat social*, cit., p. 220).

Parece ser que únicamente al Gobierno, que ejerce «la puissance exécutive», que «no consiste más que en actos singulares». Ejecutar la ley es un proceso que va desde la adopción de decisiones singulares hasta el empleo de la fuerza para hacer realidad los mandatos. La «puissance exécutive» no sólo es la fuerza (88).

La función ejecutiva no es tan modesta y subalterna como parece dar a entender el símil con que se inicia el capítulo I del libro III del *Contrato Social*.

El gobierno tiene a su cargo, además, el mantenimiento de la libertad, tanto civil como política. Pero ROUSSEAU no ofrece ningún dato para comprender la relación que el mantenimiento de la libertad guarda con la ejecución de la ley, ni tampoco explica si se trata de una función independiente.

D) Innovaciones terminológicas.

Para ROUSSEAU, Gobierno y poder ejecutivo son dos cosas diferentes. Aquél es el órgano, una persona más bien (89); éste, la función que el Gobierno ejercita.

La expresión «poder ejecutivo», y también el término «gobierno», tienen significado diferente en el lenguaje de ROUSSEAU y en el de MONTESQUIEU.

Por otro lado, mientras que LOCKE distingue en el Poder ejecutivo dos partes, suprema y subalterna, ROUSSEAU habla de una «administración suprema» y, por consiguiente, permite sobreentender que existe una administración no suprema. La administración suprema es el Gobierno.

Pero el término *administración* es empleado por ROUSSEAU no sólo en sentido orgánico o subjetivo, sino también en sentido funcional, para distinguir una actividad, la de ejecución de las leyes (90).

(88) ROUSSEAU da al término *gobierno* un sentido estrecho—manifiesta CHEVALLIER (*Jean-Jacques Rousseau ou l'Absolutisme de la Volonté Générale*, «Revue Française de la Science Politique», vol. III, núm. 1, 1953, p. 23)—, el de simple ejecutivo, a una palabra empleada hasta entonces en una acepción mucho más amplia. El Gobierno no es y no puede ser más que el instrumento, el *brazo* al servicio de la voluntad general.

Sobre el término *gobierno*, antes de ROUSSEAU, véase DERATHÉ, ob. cit., p. 113.

(89) Le gouvernement est en petit ce que le corps politique qui le renferme est en grand. C'est une personne morale donnée de certains facultés, active comme le sou verain, passive comme l'Etat, et qu'on peut décomposer en d'autres rapports semblables.

(90) «J'appelle donc Gouvernement ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance executive, et Prince ou Magistrat, l'homme ou le corps chargé de cette administration» (*Du Contrat social*, cit.).

En otro pasaje, ROUSSEAU dice (*Du Contrat social*, cit., p. 317) que las asambleas periódicas de los ciudadanos deben comenzar votando separadamente estas dos proposicio-

Estas innovaciones terminológicas van a tener singular influencia en cuestiones de fondo como la que nos ocupa.

E) *Las contradicciones de Rousseau.*

La preocupación por recoger únicamente los textos rousonianos que interesan más directamente a la cuestión que estudiamos nos ha llevado a eliminar otros que con ella guardan relación, pero que contradicen su mismo significado. Contradicciones que incluso se descubren en los que hemos recogido.

Las contradicciones de ROUSSEAU son, diríamos, proverbiales (91). Esto permite aprovechar su autoridad para apoyar opiniones dispares. Sus oscuridades y contradicciones no han significado, sin embargo, un obstáculo para la extensión e influencia de sus ideas.

«Se puede afirmar sin temor que la política de ROUSSEAU es uno de los «noeuds» de la Historia—escribe WEIL (92)—, que constituye uno de esos puntos críticos en los cuales confluyen las ideas del pasado y a partir de las cuales comienza otra época del pensamiento. No es sorprendente que esta política se muestre ambigua, incluso contradictoria, si el pasado se remansa en ella y anuncia el porvenir, es inevitable que pasado y porvenir estén presentes con sus contradicciones históricas o futuras.»

nes: Primera: «S'il plaît au Souverain de conserver la présente forme de Gouvernement». Segunda: «S'il plaît au Peuple d'laisser l'administration à ceux qui en sont actuellement chargés».

En las *Lettres écrites de la Montagne* (cita tomada de DERATHÉ, ob. cit., p. 303) manifiesta el pensador francés que los miembros de la comunidad, individualmente considerados, «ne peuvent parler par des lois, mais ils peuvent toujours veiller sur l'administration des lois...».

En otros casos emplea como términos equivalentes gobierno y administración. «Cuando el pueblo instituye un Gobierno .. es una forma provisional que da a la administración hasta que le parezca oportuno ordenarla de otra manera» (*Du Contrat social*, cit., p. 314).

(91) Eric WEIL (*J. J. Rousseau et sa politique* en «Critique», núm 56, janvier 1952, p. 11) exclama: «Que de difficultés! ... Que d'influences! Et d'influences divergentes, inconciliables presque! ... Faut-il renoncer à y voir clair?»

El mismo ROUSSEAU escribió a DUSSAULX (*De mes rapports avec J. J. Rousseau*, Paris, 1798, p. 102): «Quant au *Contrat Social*, ceux qui se vanteront de l'entendre tout entier sont plus habiles que moi. C'est un livre à refaire; mais je n'en ai plus ni la force ni le temps.»

(92) Ob. cit., pp. 11 y 12.

III.—FORMULACIONES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO EN LAS PRIMERAS ASAMBLEAS CONSTITUYENTES.

El futuro no será la plasmación de las ideas de ROUSSEAU. Las de LOCKE y MONTESQUIEU van a tener también influencia decisiva en la estructuración del Estado moderno.

Difícil es medir el grado de influencia de cada uno de dichos pensadores. Los que han tratado de averiguar lo que a cada uno de ellos deben los primeros textos constitucionales suelen llegar a conclusiones dispares (93).

Pero cualquiera que sea el grado de influencia que a cada uno de estos autores se haya atribuido en las primeras Constituciones, parece cierto que tanto las ideas de LOCKE como las de MONTESQUIEU y las de ROUSSEAU, están presentes en el ánimo de los constituyentes de Filadelfia (94) e impregnan el espíritu de los hombres de 1789.

En las Asambleas constituyentes las concepciones doctrinales se transforman y mezclan en busca del asentimiento de la mayoría y también por la presión de una realidad social que sus miembros tienen más cerca que los ideólogos.

Los constituyentes ven la realidad con un prisma diferente al del

(93) «La génération de 1789 est tout imprégnée de la pensée de Rousseau... Ainsi, on ne peut soutenir que l'autorité de Rousseau ait agi concrètement, si l'on peut dire, sur la législation et sur les institutions révolutionnaires. Un légiste pourrait la nier. Mais elle a pénétré dans nombres d'âmes pour y mettre des idées et des sentiments les effets sont visibles à toutes les pages de l'histoire de la Revolution» (LÉON CAHEN: *Rousseau et la Révolution française*, «Revue de Paris», 15 juin 1912, pp. 745 y 766).

«Mais en 1789, au sein de la Constituante, les idées de Rousseau n'avaient pas encore pénétré dans la majorité des esprits (DUGUIT, *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*, Laross, Paris, 1893, p. 38). Es suficiente leer los discursos y los informes de todos los hombres que han colaborado más activamente en la obra constitucional de 1789-91..., para adquirir la convicción de que en su pensamiento, el ideal político se encuentra expresado en la obra capital del presidente Montesquieu (DUGUIT, ob. cit., p. 8).

«Montesquieu... qui aura son heure par-delà la Constituante, faussement regardée comme sa fille, sous la Restauration...» (MEYNIER, *J. J. Rousseau révolutionnaire*, Schleicher, Paris, 1912, pp. 8-9).

«... toute l'organisation politique arrêtée en 1791 est fidèlement calquée sur l'évangile selon Montesquieu» (LA BICNE DE LA VILLENEUVE, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, Sirey, Paris, 1934, p. 30).

(94) La influencia contrapuesta de estos autores determina que en Filadelfia aparezcan dos concepciones diferentes del Poder ejecutivo. La del Ejecutivo simple agente del Legislativo «dominante al comenzar las deliberaciones y que defiende brillantemente Roger SHERMAN) y la del Ejecutivo auténtico poder de decisión (que fué la que finalmente prevaleció, aun cuando con algunas concesiones respecto de las ideas que HAMILTON había propugnado en *El Federalista*). Sobre esta cuestión véase BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Ciard et Brière, Paris, 1906, pp. 76-101.

teórico. Tienen los hechos más cerca, y para ordenarlos no dudan en mezclar doctrinas e incluso en deformarlas.

En el seno de las Asambleas constituyentes existe auténtica preocupación por cuáles deberán ser las atribuciones de cada uno de los órganos del Estado. En la lucha por el poder, que en las mismas se dilucida, ésta sí es una cuestión capital. En sus discusiones encontraremos individualizada esa función que teóricamente puede ser subalterna, pero que prácticamente es primordial: la administrativa.

Se intenta distinguir la función política de la administrativa y comienza la discusión sobre la naturaleza legislativa, judicial, política o administrativa de algunos actos del Estado, verbigracia, los reglamentos, la concesión de gracia, etc., etc.

Recordaremos algunas de las opiniones manifestadas en las Asambleas constituyentes del período revolucionario en Francia, con significación y trascendencia en el problema que estudiamos.

1. *Sieyès: la distinción entre Gobierno y Poder ejecutivo.*

El día 2 de thermidor del año III de la República pronuncia SIEYÈS ante la Convención un discurso en el que expone su opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de Constitución que se está discutiendo (95).

Si en su famosa obra *¿Qué es el estado llano?* se ocupa fundamentalmente del problema de la representación política y del Poder legislativo, en el discurso citado aborda de manera primordial el tema de la organización de los poderes del Estado, su división, cuestión que en aquel momento preocupaba a la Asamblea (96).

Para nuestro propósito, conviene recordar las afirmaciones que siguen.

«Je sais que ma demande de placer le gouvernement en représenta-

(95) El discurso se imprimió por orden de la Convención Nacional. Existe una edición crítica, con introducción y notas, preparada por P. BASTID, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnelles de l'An III (2 et 18 thermidor)*, Hachette. Paris, 1939.

(96) SIEYÈS no es partidario de la absoluta separación de los poderes: «Divisez pour empêcher le despotisme; centralisez pour éviter l'anarchie» (*Les discours de Sieyès...*, ed. BASTID, cit., p. 15).

«División con unidad da la garantía social sin la cual toda libertad es precaria» (SIEYÈS, *Moniteur du 7 vendémiaire, an IV*, citado por Poullet, *Les institutions françaises de 1795 à 1814*, Librería Plon, Paris, 1907, p. 460).

Esta es la fórmula, de la que se ha podido decir que combina las ideas de MONTESQUIEU con las de ROUSSEAU.

tion dans la partie supérieure de l'établissement central (97) et en regard du tribunal, doit paraître effrayante au premier coup d'oeil; mais entendons-nous, je ne confonde point le *pouvoir exécutif* avec le *gouvernement*; je regarde, au contraire la division de ces deux pouvoirs, dans une République, comme une de ces vues qui appartiennent encore au progrès de la science; c'est au temps à en dévoiler l'importance, et à rendre justice.

Le pouvoir exécutif est *action*, le gouvernement est tout *pensée*» (98).

El Poder legislativo—había dicho SIEYÈS en otras ocasiones (99)—es *voluntad*.

El Poder legislativo, el Gobierno y el Poder ejecutivo son realidades políticas esencialmente diferentes (100). El primero es *voluntad*; el segundo, pensamiento; el tercero, acción.

El Gobierno comprende tres grandes partes:

1.ª «Le gouvernement est, dans la partie supérieure de l'établissement central, *jurie de proposition*» (101).

El Gobierno tiene, pues, la facultad de elevar al legislativo propuestas de disposiciones generales.

2.ª «Une fois la loi promulguée, et par conséquent *mise à l'exécution*, le gouvernement se retrouve là, au foyer de la partie inférieure de l'établissement central; là, il est *jurie d'exécution*.»

«... independientemente de la gran legislatura—explicaba a sus oyentes SIEYÈS—existe una masa enorme de decisiones a adoptar, de reglamentos a hacer, con el nombre de *arrêtés* o cualquier otro, incluso dejando de lado los actos y las resoluciones que corresponden al Poder

(97) Para evitar cualquier confusión, digamos que, según SIEYÈS, como decía en *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen par M. l'abbé Sieyès*, «Archives parlementaires», 1.ª serie, t. VIII, p. 259 (cita tomada de DUCUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, extraordinario de la «Revue d'Economie politique», Larrosse, París, 1893), «l'établissement public est une sorte de corps politique qui ayant, comme le corps de l'homme, des besoins et des moyens, doit être organisé à peu près de la même manière».

(98) *Les discours de Sieyès...*, cit., p. 22. SIEYÈS añade que el Gobierno admite la deliberación, el Poder ejecutivo la excluye en todos los grados de su escala, sin ninguna excepción.

(99) En *¿Qué es el estado llano?* (I. E. P., Madrid, Col. Civitas, 1950, p. 147) se lee: «La voluntad de la nación es siempre legal, es la ley misma. Las leyes positivas no pueden emanar más que de su voluntad».

(100) «Nada más frecuente que oír decir: debe gobernarse según la ley—decía SIEYÈS (*Reconnaissance et exposition...*, cit.)—, lo que demuestra que el poder de hacer la ley es distinto del gobierno propiamente dicho».

(101) Según explica BASTID (ob. cit., nota 69), en el lenguaje político de fines del siglo XVIII, el término «jury» no significa institución judicial, sino organismo cuyos miembros deciden en conciencia.

ejecutivo, y que la actual confusión de los asuntos hace recaer todavía en los Comités (legislativos); ésta será en cierto modo la «*législature d'exécution*» (102).

P. BASTID (103) dice que este pasaje es extremadamente oscuro (104). El Gobierno, por ser *jurie d'exécution*, está llamado a completar la ley o a provocar que se la complete. Se trata evidentemente—continúa el autor citado—del poder reglamentario. Pero entonces se plantean dos cuestiones: El Gobierno, según SIEYÈS, ¿tiene el derecho de hacer los reglamentos o simplemente de proponerlos? ¿Qué relación existe entre la legislación de ejecución y la legislación principal?

BASTID cree que no es posible dar una respuesta satisfactoria a ninguna de las dos cuestiones (105).

3.^a Le gouvernement est enfin *procurateur d'exécution*, et à ce titre il nomme le pouvoir exécutif, ou les chefs ordonnateurs et directeurs du service officiel de la loi (106).

SIEYÈS entiende (107) que es inadecuado el nombre de Poder eje-

(102) «Du reste—añadía SIEYÈS—rapportez-vous-en au tribunal pour empêcher le gouvernement d'excéder ses pouvoirs et d'empiéter sur la législation: ce frain n'est nulle part aussi fort que dans mon plan».

(103) Ob. cit., p. 72, nota 70.

(104) «Es preciso incluso renunciar a aclararlo completamente».

(105) La hipótesis de que el Gobierno tiene la facultad de hacer reglamentos, conforme con la interpretación que da ROEDER en el *Journal de Paris* de 9 de thermidor, podría apoyarse, dice BASTID, en un texto de BOULAY DE LA MEURTHE (*Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII* (extrait des *Mémoires inédits de M. Boulay de la Meurthe*), 1836, p. 27), que dice de cada uno de los dos Consejos de Estados previstos en el año VIII por SIEYÈS: «il était jury d'exécution por les lois rendues lorsque les ministres demandaient une interprétation ou la confirmation d'un ordre contesté». BOULAY añade que el Consejo—continúa BASTID—hacía los reglamentos que imponían obligaciones a los funcionarios. Pero los términos empleados por el artículo II del «dispositif» no permiten aceptar el sistema (el artículo 2.º de la propuesta de SIEYÈS dice: «Il y aura, sous le nom de *gouvernement*, un corps de représentants, au nombre de sept, avec mission spéciale de veiller, aux besoins du peuple et à ceux de l'exécution de la loi, et de proposer à la législature toute loi, règlement ou mesure qu'il jugera utile»). SIEYÈS alude, de otra parte, a una competencia de hecho de los comités a la que había conducido la evolución del Derecho positivo, pues la Asamblea teóricamente investida de la plenitud del poder legislativo, no había podido hacerlo todo por sí misma. En la práctica, sus comités y el Rey habían ejercido, tanto como la Asamblea, el poder reglamentario. SIEYÈS habla también—añade BASTID—de una intervención del Tribunal para impedir que el Gobierno se exceda en sus poderes e invada los del legislativo. ¿Es preciso concluir que trataba de renovar ante los comités, a propósito de los reglamentos, el mismo procedimiento tripartito (dos partes y un juez) que tendría lugar ante el Cuerpo legislativo para la preparación de la ley?

(106) Estos jefes son, según BASTID (ob. cit., nota 71), los agentes ejecutivos superiores.

(107) *Les discours...*, cit., p. 22.

cutivo con el que se califica una gran parte del «service officiel de la loi».

«¿Quién ejecuta la ley? Los que la observan; en primer lugar, los ciudadanos, cada uno en lo que a él respecta; después, los empleados públicos, cada uno en la función o empleo que tiene a su cargo...» «Lorsqu'il y a chez les uns ou les autres non exécution ou résistance, alors se met en mouvement une portion de pouvoir officiel, qui détermine ou force l'exécution chez ceux qui contestent ou résistent» (108).

«... el poder ejecutivo puede dividirse entre varios jefes responsables, directores únicos en sus respectivos campos de competencia, sin que perdamos la unidad de ejecución que se encuentra en el pensamiento del Gobierno» (109).

«... considero al poder ejecutivo, no como un contrapeso, sino como la continuación y el complemento de la voluntad social, porque está encargado de acabar su acto realizándolo, porque tiene la misión de asegurar en todas partes la exacta y fiel ejecución de la ley» (110) (111).

La propia crítica de SIEYÈS a la denominación del Poder ejecutivo, y el peso de las formulaciones doctrinales clásicas de MONTESQUIEU y de ROUSSEAU, son la causa de que «el progreso de la ciencia» lleve rápidamente a distinguir la actividad de gobierno de otro tipo de actividad (que SIEYÈS atribuía al Poder ejecutivo) y a que se considere que estas dos funciones corresponden a un Poder del Estado distinto del Legislativo y el Judicial.

En las formulaciones doctrinales posteriores, este Poder recibirá el nombre de ejecutivo, con significación diversa, por consiguiente, de la que SIEYÈS dió a esta expresión.

Poco después de los discursos de SIEYÈS en la Asamblea, en inter-

(108) Ob. cit., p. 22.

(109) Ob. cit., p. 23.

(110) Ob. cit., p. 25.

(111) SIEYÈS subraya las consecuencias que para lo que él denomina el Poder ejecutivo va a tener su concepción. «En nuestro sistema de la unidad organizada—dice (ob. cit., p. 26)—hemos tenido en cuenta los manejos de las pasiones; los esperamos sin temerlos.

»El ataque del «Tribunat» se dirige contra el Gobierno, que tiene tiempo y medios constitucionales para defenderse. Por debajo de estas tormentas, frecuentemente saludables, nunca inquietudes, el Poder ejecutivo camina con seguridad, bajo la égida del *jury d'exécution*, hacia el servicio pronto y eficaz de la ley, sin ser desviado por la necesidad siempre inminente y no menos inoportuna de su propia defensa. Todo está combinado para el mayor bien del pueblo y el máximo de libertad individual».

Esta idea de la necesidad de colocar a lo que hoy llamados Administración al abrigo de los cambios y discusiones políticas actúa permanentemente en la problemática de la organización de los poderes del Estado.

venciones parlamentarias de figuras de menor relieve, se produce el cambio de terminología que apuntamos.

2. *La distinción entre Gobierno y Administración en algunos discursos pronunciados en la Asamblea constituyente del año III.*

El 26 fructidor del año III, THIBAudeau (112) dice en la Asamblea: «La Constitución ha distinguido siempre dos cosas en el *poder encargado de la ejecución de las leyes*: el pensamiento y la acción, el gobierno y la administración. Esta distinción no es, quizá, nueva, pero no se la encuentra en ninguna parte expresada con rotundidad... En el Directorio reside el pensamiento, la deliberación y el conjunto del gobierno. Es en este hogar donde deben formarse los distintos rayos que allí inciden, *las grandes concepciones que comprenden conjuntamente todas las necesidades de los gobernados y todas las partes del Estado*. Saliendo del Directorio, *todo se divide naturalmente entre los Ministros*, según la naturaleza de sus funciones; es aquí donde la deliberación termina y la acción comienza a comunicarse rápidamente a todos los grados de la escala administrativa. Si el Directorio, después de haber deliberado en común, quiere actuar a continuación por sus miembros en cada departamento ministerial, la institución se desnaturaliza..., el Ministerio resulta inútil porque los Ministros no son ya más que simples empleados de oficina y se convierten pronto en esclavos.»

«Es en el Directorio—decía por su parte BOISSY D'ANGLAS en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución (113)—donde ponéis el pensamiento del *gobierno*, el depósito sagrado de su dirección. Un solo espíritu comprenderá todas las partes bajo una dirección general; *mais il n'en saisira que l'ensemble*; los detalles de la *administración* estarán confiados, bajo su mandato, a los Ministros que él designe y revocables a su voluntad.»

En el seno de la Constituyente se distingue por primera vez entre Gobierno y Administración como partes y funciones de un mismo poder estatal. Poder que no es el legislativo ni el judicial, sino aquel que por el peso de la tradición se llamará ejecutivo.

La inmediata influencia de SIEYÈS determina que el gobierno se caracterice como pensamiento, actividad de elaboración de decisiones, y la administración como acción, actividad de ejecución material. Pero la

(112) *Memorias*, tomo I, p. 389.

(113) *Project de Constitution pour la République française et discours préliminaire prononcé par... au nom de la Comisión des Onze, dans la séance du 5 Messidor an III*, p. 48, citado por POULLET, ob. cit., p. 67.

absoluta contraposición entre pensamiento y acción, que tiene mucho de figura retórica, pronto se corrige

En el año VIII, el propio SIEYÈS modificó sus ideas, y así, según afirma BASTID (114), en los conversaciones con BOULAY (*La théorie constitutionnelle de Sieyès*, cit.) mantiene la distinción entre el Gobierno y el Ejecutivo: los Cónsules constituyen el primero, los Ministros el segundo. Pero los Cónsules no forman un órgano colegiado, sino que son independientes entre sí. El pensamiento del Gobierno no se opone a la acción del Ejecutivo. Se procura solamente a cada Cónsul un instrumento de deliberación, bajo la forma de un Consejo de Estado.

ROEDERER, en *Organisation d'un gouvernement représentatif* (115), que, según BOURDON (116), redacta ideas de SIEYÈS, escribe: «Les pouvoirs que la nation délègue à des représentants sont: Celui de demander ou proposer des lois.—Celui de faire les lois demandées.—Celui d'en prononcer l'application lorsqu'elle est douteuse ou contestée.—Celui d'en procurer l'exécution.—Celui d'en diriger l'exécution.—Celui d'en opérer l'exécution.—Celui de procurer, diriger, opérer l'instruction.— Enfin celui de conserver tous les autres.

Le droit de proposer les lois et celui de les faire s'appellent pouvoir législatif.—Celui d'en prononcer l'application pouvoir judiciaire.—Celui d'en procurer et d'en diriger l'exécution pouvoir de gouverneur ou gouvernement.—Celui d'en opérer l'exécution pouvoir exécutif.—Celui de conserver et maintenir tous les pouvoirs s'appelle pouvoir conservateur.—Ainsi cinq grandes procurations nationales, législative, judiciaire, gouvernante, exécutive, conservatrice...

Le pouvoir exécutif s'exerce au centre pour la direction et la procuration générale et sur toutes les parties de la République pour l'exécution ou administration.—*Le pouvoir exécutif est composé de volonté et de force.*»

Tanto THIBAudeau como BOISSY D'ANGLAS, al intentár en sus discursos precisar la distinción entre Gobierno y Administración, acuden a la idea de que el primero comprende conjuntamente en sus decisiones todas las necesidades de los gobernados y todas las partes del Estado, por tanto, «il n'en saisira que l'ensemble»; mientras que la segunda, la Administración, se ocupa de detalles, de partes del Estado. Esta idea va

(114) Ob. cit., nota 72, al final, p. 75.

(115) Arch. Nat., AB XIX, 1919. Cita tomada de BOURDON, *La Constitution de l'an VIII*, Rodez-Carrère, Paris, 1941.

(116) Ob. cit., pp. 39 y ss.

a tener gran fecundidad para la distinción entre actos de gobierno o políticos y administrativos.

IV.—LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN EN LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES FRANCESAS.

Intentaremos a continuación exponer en qué medida las Constituciones francesas de la Revolución y el Imperio recogen en su articulado las opiniones doctrinales que hemos estudiado.

1. *La Constitución de 1791.*

La Constitución de 1789-1791 parece la más rusioniana de todas las promulgadas.

Debe advertirse inicialmente que en ella un órgano estatal, la Asamblea Nacional, aparece investido de la potestad soberana.

La Asamblea Nacional, como titular de la voluntad general, ejerce el poder legislativo.

Esta fórmula estructural es contraria a las ideas de ROUSSEAU, pues éste estima que la voluntad general, a cuya formación concurre directamente todo el pueblo, es inalienable.

Esta heterodoxa consecuencia la suelen explicar los autores diciendo que ROUSSEAU, cuando hablaba de la Constitución ideal, pensaba siempre en una comunidad pequeña (Génova, Córcega), pero que los miembros de una gran nación no podían reunirse para manifestar personal y directamente su voluntad general. La realidad geográfica y las exigencias demográficas impusieron el régimen parlamentario que nace como mixtificación de la ideología rusioniana.

La Asamblea Nacional legislativa de 1791 actúa permanentemente (117) y, además de legislar, dicta, en términos de ROUSSEAU, actos de magistratura, decretos.

A la Asamblea Nacional le corresponde fijar los gastos públicos; establecer y repartir las contribuciones; crear y suprimir oficios públicos; organizar detalladamente el Ejército; estatuir sobre las administraciones locales; disponer la venta de bienes nacionales; decidir la

(117) Artículo 1, Cap. I, Tít. III de la Constitución.

Tomamos las citas de las Constituciones francesas de la colección preparada por DUCUIT, MONNIER y BONNARD, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1952, 7.^a ed., por G. BERLIA.

guerra y ratificar los tratados internacionales (la ratificación les confiere valor, eficacia); ejercer la potestad reglamentaria (118).

La Asamblea reúne, por tanto, el poder legislativo y también el poder de decidir sobre casos concretos. También el pueblo, titular de la soberanía, según ROUSSEAU, actúa de estas dos maneras.

«El Gobierno es monárquico, el poder ejecutivo está delegado en el Rey—dice el artículo 4.º del título III de la Constitución—, para ser ejercido, bajo su autoridad, por Ministros y otros agentes responsables».

«El poder ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey. El Rey es el jefe supremo de la Administración general del reino» (119).

Los Ministros están encargados de una «administración» (120). De ejercer una parte del poder ejecutivo, según parece deducirse del artículo 4.º del título III.

En la Constitución de 1791 encontramos, pues, la distinción, apuntada ya por LOCKE y MONTESQUIEU, entre Poder ejecutivo supremo y Poder ejecutivo subalterno. El primero lo encarna el Rey; el segundo los Ministros y otros agentes responsables.

El Rey, aparte algunas jefaturas honoríficas, tiene por misión velar por el mantenimiento del orden y de la tranquilidad pública, la seguridad exterior del reino y los derechos y posesiones (121). También le corresponde designar a algunos de los altos funcionarios del Estado.

Según DUGUIT (122), la Asamblea constituyente de 1789 discutió vivamente si debía corresponder al Rey el ejercicio del derecho de gracia. Se afirmó por DEMEUNIER, en la discusión, que suspender la ejecución de un juicio es un acto judicial. Concebido así el derecho de gracia, su atribución al Rey rompía el equilibrio de los poderes. El Código penal de 1791 adoptó (art. 13, parte I, título VI) una solución radical: «Les lettres de grâce sont abolies, pour les crimes jugés par les jurés.»

Los Ministros, debe deducirse de los criterios y datos que hemos ido reteniéndolos, no solamente se ocupaban de una parcela del poder ejecutivo, sino que además esta parte debía corresponder al poder ejecutivo subalterno, puesto que el supremo era ejercido por el Rey.

De la distribución de competencias entre la Asamblea Nacional legis-

(118) Artículos 1.º, 2.º, 3.º y 6.º de la Sección I, Cap. IV, Tít. III de la Constitución. Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Asamblea, véase el análisis de DUGUIT en *La séparation des pouvoirs...*, cit., p. 23.

(119) Artículo 1.º, Cap. IV, Tít. III.

(120) Véase art. 8.º, Sección IV, Cap. II, Tít. III, y art. 10, Sección IV, Cap. III, Tít. III.

(121) Artículos 1.º y 4.º, Cap. IV, Tít. III de la Constitución.

(122) Ob. cit., p. 99.

lativa y el Rey se desprende que el Poder ejecutivo era un poder encargado esencialmente del ejercicio de la fuerza para mantener el orden y la tranquilidad pública, la seguridad de la nación frente al exterior y sus derechos y posesiones. La misión del Ejecutivo es, pues, la misma que le atribuye ROUSSEAU (123).

Nos encontramos, pues, con que el Poder legislativo, según la primera Constitución revolucionaria francesa, no sólo legisla, sino que ejerce otro poder que no recibe ningún nombre, pero que parece consistir en decidir sobre asuntos concretos de importancia para el Estado.

El Poder ejecutivo, fundamentalmente, procura el mantenimiento del orden y de la seguridad frente al exterior. Es casi imposible determinar el alcance en aquellos momentos de la fórmula «mantenimiento del orden y de la tranquilidad pública», pero puede encerrar toda la significación del ejercicio de la más amplia facultad de policía administrativa.

Lo que hoy llamaríamos «acción gubernamental» se repartía entre la Asamblea y el Rey.

Los acontecimientos que siguieron a la detención de Luis XVI en Varennes acentuaron la concentración de poder en manos de la Asamblea.

La Constituyente no vaciló en ejercer provisionalmente las funciones reales—dice TRAPPE (124)—; después le imitó la Legislativa, pero se distinguió de aquélla en que en lugar de conservar los Ministros del Rey, los revocó, y decidió, el 6 de agosto de 1792, nombrar ella misma seis Ministros que formaban un Consejo ejecutivo provisional; desde este momento, los agentes del Ejecutivo no fueron ya más que simples instrumentos a las órdenes de la Asamblea; finalmente, con la Convención existía un Consejo ejecutivo de veinticuatro miembros, pero con escasos e imprecisos poderes, sometido a la acción superior de la Convención...; en la realidad, el Comité de salud pública constituido por la Convención ejercía el poder ejecutivo de la República.

Algún autor ha dicho que por este camino se llegó a la tiranía de la Asamblea, mucho más perniciosa que la de un solo hombre.

La Constitución de 1795 quiso remediar esta situación.

2. *La Constitución de 5 fructidor año III.*

Con la Constitución del año III el centro de gravedad de poder se desplaza de la Asamblea legislativa al Directorio.

(123) Cfr. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif...*, cit., p. 7.

(124) *Le pouvoir exécutif dans la Constitution de l'an III*, Pedone, París, 1901, pp. 12 y 13.

Los desmanes de la Convención prepararon este cambio, que se produjo con fuerte oposición y críticas (125).

El Directorio se convierte en la máxima autoridad de la República. Este órgano del Poder ejecutivo reúne poderes muy superiores a los que la Constitución anterior confería al Rey.

La Constitución no trata de precisar qué materias deben ser reguladas por la Ley. Se limita a decir (126) que «las resoluciones del Consejo de los quinientos, adoptadas por el Consejo de los ancianos, se llaman leyes». En la declaración de derechos se recuerda que «la Ley es la voluntad general, expresada por la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes

Pero parece ser que la Asamblea legislativa pierde la facultad, que en la Constitución anterior tenía, de adoptar actos de magistratura.

La Constitución, en su título VI, regula, bajo el epígrafe «Del Poder ejecutivo», el Directorio y los Ministros.

El Directorio dirige las relaciones exteriores; atiende a la seguridad interior y exterior de la República (127); dispone de la fuerza armada; nombra y revoca libremente a los Ministros y a otros cargos importantes; vigila y asegura la ejecución de las leyes en las administraciones y tribunales (128); dirige a las administraciones locales; se ocupa de las finanzas, con algunas excepciones; promulga y publica las leyes; «il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution», fórmula que le permite atribuirse un auténtico poder reglamentario (129).

(125) DEBYRE (citado por G. TRAPPE, ob. cit., pág. 21), en la sesión del 30 mesidor, se lamenta de ver en la Constitución «un Directorio revestido de todos los instrumentos y ornamentos de poder... y puesto fuera de la autoridad del Soberano o de la más grande representación del pueblo, un Directorio que durante cuatro años está rodeado de un poder inmenso».

(126) Artículo 92.

(127) Correspondía al Poder legislativo la declaración de guerra, pero se exigía para ello proposición formal del Directorio (art. 326).

(128) BOISSY D'ANGLAS (*Discurso*, cit., pp. 45 y 46), al presentar la Constitución, dice: «Es preciso que las leyes sean generales, que comprendan a todos los hombres, sean conocidas por todos antes de ser sometidos a ellas, y ocurre lo contrario si el legislador está encargado de su ejecución; en este caso no tenemos leyes positivas, sino decisiones aplicadas a casos particulares». Por consiguiente, parece se entiende que ejecutar las leyes es adoptar decisiones singulares para aplicarlas a casos concretos.

El Directorio no ejecuta las leyes, sino que se limita a vigilar su ejecución, y lo hace por medio de comisarios que sitúa cerca de las administraciones y tribunales (TRAPPE, ob. cit., p. 32).

(129) Las atribuciones enumeradas se contienen en los artículos 144, 147, 148, 193, 197 y 329 de la Constitución.

Sobre el poder reglamentario del Directorio, véase MOREAU, *Le Reglement administratif*, París, 1902.

A cada uno de los miembros del Directorio le correspondía la dirección de una parte de los asuntos atribuidos a este órgano (130). Con lo que disminuyó su actuación colegiada.

Los Ministros, subordinados al Directorio, se ocupan de la ejecución de las leyes y de los decretos del Directorio.

El Decreto de 17 messidor del año V declaró que las decisiones ministeriales son provisionalmente ejecutivas. De esta manera se confiere a sus actos una eficacia que con el tiempo se considerará característica fundamental de los actos administrativos.

POULLET (131), al estudiar los Ministros en la Constitución francesa del año III, dice de ellos que «frente a los particulares representan al Estado en los actos de gestión de los servicios públicos».

Los Ministros carecen de potestad reglamentaria frente a los particulares. Solamente por delegación del Cuerpo legislativo o del Directorio pueden dictar reglamentos (132). Sin embargo, hacían «règlements d'administration intérieure» que tenían por finalidad organizar y dirigir las oficinas y servicios que de ellos dependían.

La Constitución del año III no emplea los términos «Gobierno» y «Administración» como los emplearon THIBAudeau y BOISSY D'ANGLAS en los discursos que pronunciaron cuando dicha Constitución se discutió y fué presentada a la Asamblea Constituyente, pero en el esquema que adopta para la organización de los poderes del Estado se refleja aquella distinción. El Poder ejecutivo se divide orgánicamente entre el Directorio y los Ministros, y no sólo por la importancia de sus funciones sino por la misma cualidad de su actuación. El primero decide en las cuestiones antes enumeradas, que la Constitución señala. Los segundos ejecutan las leyes y las propias decisiones del Directorio.

POULLET, al interpretar con términos actuales la distribución de atribuciones entre el Directorio y los Ministros, habla de Gobierno y Administración para decir (133): «En realidad, esta distinción entre el Gobierno y la Administración apenas se tuvo en cuenta. El Directorio se atribuyó la dirección de la Administración. Los Ministros le estaban estrictamente subordinados y frecuentemente hicieron el papel de jefes de oficina» (134).

(130) CARNOT se ocupa de los asuntos militares; LETOURNEUR, de los de Marina; REUBELL, de los de Justicia, Hacienda y Relaciones Exteriores; BARRAS, de la Policía.

(131) *Les institutions françaises de 1795 a 1814*, Librairie Plon, París, 1907, p. 73.

(132) Cfr. MOREAU, *Le Règlement administratif*, cit., p. 78.

(133) Ob. cit., pp. 77 y ss., en la que recoge abundantes datos y opiniones para fundamentar su afirmación.

(134) El Directorio se ocupa de detalles insignificantes, «même de véritables com

3. *La Constitución del año VIII.*

Una situación caótica—la France, à la veille de l'an VIII, souffre d'instabilité matérielle et morale (135)—, las ideas de SIEYÈS y el deseo de Poder de BONAPARTE preparan para Francia una nueva Constitución: la del 22 frimario año VIII.

La Constitución del año VIII introduce un significativo cambio en la terminología hasta aquel momento empleada para distinguir los órganos fundamentales, los Poderes, del Estado. No se refiere ya a los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino que habla «del Poder legislativo», «del Gobierno» y «de los Jueces».

El Poder legislativo tampoco tiene determinadas las materias que puede regular. Pero se especifica que las declaraciones de guerra y los tratados de paz, de alianza y de comercio son propuestos, discutidos, aprobados y promulgados como las leyes (136).

«El Gobierno se confía a tres Cónsules...» (137).

El Gobierno propone las leyes y dicta los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución (138); ordena los ingresos y gastos del Estado conforme a la Ley de presupuestos; vigila la fabricación de moneda; atiende a la seguridad interior y a la defensa exterior del Estado; distribuye las fuerzas de tierra y de mar, «et en règle la direction»; mantiene y dirige las relaciones exteriores; en casos determinados, y provisionalmente, puede suspender la Constitución (139).

El Primer cónsul promulga las leyes; nombra y revoca libremente

mérages», dirá, en sus *Memorias*, BARROT (cita de TRAPPE, *Le pouvoir exécutif dans la Constitution de l'an III*, cit., p. 59).

(135) F. PONTEIL, *Napoléon 1.º et l'organisation autoritaire de la France*, Collection Armand Colin, París, 1956, p. 21.

(136) Artículo 50.

(137) Artículo 39.

(138) Artículo 44.

En opinión de SIEYÈS, los reglamentos sólo debían obligar a los funcionarios. Pero las secciones de las Constituyentes rechazaron esta idea; sin embargo, la Comisión recogió, primero, la formulación de SIEYÈS, y después eliminó la limitación que la misma suponía. Por esta última corrección a la minuta de la Constitución—dice BOURDON, ob. cit., p. 49—el poder reglamentario del cual SIEYÈS sólo había dado el germen, se encontró verdaderamente creado.

La Constitución no fijó con precisión el límite entre el poder legislativo y el reglamentario, y eso no por inadvertencia—dice BOURDON, J., *La Constitution de l'an VIII*, cit., p. 49—, sino conscientemente, porque una primera redacción perfectamente clara fué rechazada, lo que había buscado BONAPARTE, pero por el consejo de un jurista, quizá de CAMBACÈRES, que poco después enseñó al Primer cónsul el arte de aprovechar la oscuridad de la Constitución en este punto.

(139) Artículos 45, 46, 47, 49, 92.

a los miembros del Consejo de Estado, Ministros, Embajadores y agentes exteriores de rango superior, oficiales del ejército, miembros de las Administraciones locales, Comisarios del Gobierno en los tribunales; nombra, sin poder revocar, a los Jueces criminales, civiles y de casación (140); ratifica los tratados de paz y alianza y antes de promulgarlos da conocimiento de ellos al Senado; le corresponde el derecho de conceder gracia (141).

«Sous la direction des consuls, un conseil d'état est chargé de rédiger les projets de lois et les réglemens d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative» (142).

Es el primer texto, que nosotros sepamos, que fija la competencia al Consejo de Estado con la expresión «matière administrative». Se trata, por consiguiente, de una determinación material de competencia que obligará en el futuro a averiguar qué actos o dificultades tienen contenido administrativo y cuáles no.

En todo caso, el Consejo de Estado no resolverá las dificultades que se le presenten contra actos de los Cónsules, cualquiera que sea la naturaleza de sus decisiones.

El artículo 54 de la Constitución dice que «les ministres procurent l'exécution des lois et des réglemens d'administration publique».

No existe gabinete ministerial ni primer Ministro. El Cónsul recibe separadamente a los Ministros y éstos trabajan aisladamente (143).

Bajo esta Constitución, los Ministros representan un papel más modesto aún que el que tenían en la situación constitucional anterior. De una parte, porque los Cónsules han aumentado sus facultades decisorias en relación con el Directorio; de otra, en virtud de los poderes que se conceden al Consejo de Estado.

El Reglamento de 5 nivoso año VIII, orgánico del Consejo de Estado, en su artículo 7.º, encarga a cinco Consejeros de Estado de la instrucción de los asuntos correspondientes a diversas partes de la Administración, pero, en realidad, dirigen la actividad de los Ministros (144).

En resumen, la Constitución del año VIII, como la del año III,

(140) Artículo 41.

(141) Estas dos últimas facultades le fueron atribuidas por el Senado-consulta de 16 termidor año X, orgánico de la Constitución (arts. 58 y 92).

(142) Artículo 52. Los Reglamentos de 5 nivoso año VIII; Decreto de 11 junio 1806 y Decreto de 22 julio 1806, completan la regulación del Consejo de Estado.

(143) Cfr. PONTEIL, *Napoléon 1.º et l'organisation autoritaire de la France*, cit., p. 29.

(144) Sobre esta cuestión véase DUPRIEZ, L., *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, dos tomos, Rothschild, París, 1892 y 1893, tomo II, p. 290.

logra una diferenciación orgánica, pero más neta, entre los encargados del gobierno (Cónsules) y de la administración (Ministros) en el sentido actual de las palabras.

Los Cónsules, actúan como el Gobierno de la nación. Les corresponde dirigir las relaciones exteriores, mantener la seguridad interior, organizar y disponer del ejército, dictar reglamentos que obligan a los súbditos, etc.

Los Ministros se limitan a ejecutar las leyes y reglamentos.

Se inicia de esta forma la distinción entre Gobierno y Administración, pero el camino emprendido queda pronto truncado por la instauración en Francia de un régimen que concentra en un solo hombre el Poder.

4. *El Imperio.*

A) *El Senado-consulta de 16 termidor año X.*

El Senado-consulta de 16 termidor del año X es, como afirman algunos autores (145), una nueva Constitución. Nos interesa únicamente subrayar que al potenciar la figura del primer Cónsul establece en Francia, como dice POULLET (146), un Gobierno monárquico, bajo apariencias republicanas.

Se permite a los Ministros asistir a las sesiones del Senado (147) y participar en las deliberaciones del Consejo de Estado (148).

El Consejo de Estado pierde algunas atribuciones que pasan al Consejo privado, órgano estatal de nueva creación.

B) *El Senado-consulta de 28 floreal del año XII.*

El Senado-consulta de 28 floreal del año XII da el paso decisivo e instaura el imperio napoleónico en Francia.

El Emperador concentra en sus manos todos los poderes del Estado (149).

(145) POULLET, *Les institutions françaises 1795-1814*, cit., p. 539; GODRECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Presses Universitaires de France, París, 1951, p. 494.

(146) Ob. cit., p. 574.

(147) Artículo 63.

(148) Artículo 68.

(149) «La justice se rend, au nom de l'Empereur, par les officiers qu'il institue» (art. 1.º del Senado-consulta 28 floreal año XII); «Tous les actes du Sénat et du Corps législatif sont rendus au nom de l'Empereur» (art. 38).

La Constitución imperial, aparentemente, da un mayor relieve a los Ministros.

En un artículo publicado en el *Moniteur* de 15 de diciembre de 1808, y que se considera inspirado por el propio Emperador, se lee: «En el orden de nuestra jerarquía constitucional, el primer representante de la nación es el Emperador, y sus Ministros, órganos de sus decisiones; la segunda autoridad representativa es el Senado; la tercera, el Consejo de Estado, que tiene verdaderas atribuciones legislativas; el Cuerpo legislativo ocupa el cuarto lugar...»

NAPOLEÓN decía (150): «... los Ministros hablan en mi nombre... No hay en Francia autoridad superior a la de un Ministro».

Pero toda su importancia parece derivar de ser simples instrumentos del Emperador. Participan de sus funciones, son órganos para sus decisiones. Se identifican—dice DUPRIEZ (151)—con la persona misma del Emperador.

El Emperador no delega en ellos sus funciones administrativas, al contrario, extiende considerablemente el dominio reservado a los decretos imperiales, y dirige la actividad ministerial mediante órdenes de servicio incluso en cuestiones poco importantes (152). Sin embargo, se ha escrito (153) que «los Ministros... tienen poderes propios para asegurar la ejecución de las leyes y decretos y el funcionamiento ordinario de los servicios públicos en el marco de las reglas establecidas por estos actos; producen por sus resoluciones efectos jurídicos directos...»

No obstante, esta casi confusión de los Ministros con el Emperador (154) dificulta la distinción orgánica entre Gobierno y Administración.

Puede decirse que el Primer Imperio, al poner en manos de Napoleón todos los poderes del Estado, detiene la evolución hacia la distinción orgánica entre lo político y lo administrativo.

(150) Carta a Elisa, de 17 de agosto de 1809 (LECESTRE, *Lettres inédites*, I, p. 347).

(151) Ob. cit., t. II, p. 293.

(152) Afirma DURAND (*Le Régime de l'activité gouvernementale pendant les campagnes de Napoléon*, separata de los «Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence», núm. 49. *La Pensée Universitaire*, Aix-en-Provence, 1957, p. 5) que son muy numerosas las órdenes de servicio dirigidas por Napoleón, cuando no se encontraba en París, al gran dignatario que le representaba en la capital, en las que dice: «Nou entendons, en général, que toutes les affaires qui, dans l'ordre ordinaire du gouvernement et de l'administration, ont besoin de notre signature, continuent à nous être présentées à cet effet».

(153) DURAND, ob. cit., p. 18.

(154) «Le ministre n'est que l'expression directe de mon autorité» (carta de Napoleón a Fontanes de 7 de febrero de 1810, «Correspondance», núm. 16.223, XX, p. 222).

La confusión orgánica de los poderes estatales pudo provocar, como reacción, la aceleración de la diferenciación objetiva entre la función política y la función administrativa, pero si ésta se hizo poco sensible, quizá se deba a su dificultad y al corto período de vigencia de la nueva forma constitucional.

5. *La Restauración borbónica.*

La Restauración borbónica se produce en este momento (verdadero punto muerto) del desarrollo de la distinción que estudiamos.

La Constitución de 6 de abril de 1814 vuelve a la vieja e inexpressiva fórmula: «Le pouvoir exécutif appartient au Roi». La persona del Rey es inviolable y sagrada. Todos los actos del Gobierno son firmados por un Ministro. Los Ministros son responsables de dichos actos (155).

La Carta Constitucional de 4 de junio de 1814 mantiene los mismos principios (titularidad real exclusiva del poder ejecutivo y responsabilidad ministerial) (156) y especifica (art. 14) que el Rey es el Jefe supremo del Estado, manda las fuerzas de tierra y mar, declara la guerra, concierta los tratados de paz, de alianza y comercio, nombra para todos los empleos de la Administración pública, promulga los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado (157).

Pero bajo la Restauración, el Consejo de Estado francés, por prudencia a la que le forzaron las circunstancias, como hemos expuesto en la Introducción, comienza a declararse incompetente para resolver recursos interpuestos contra actos del Poder ejecutivo que considera dictados por un móvil político.

El «Arrêt Laffite» de 1 de mayo de 1822 (158) es quizá la decisión más representativa de dicha actitud jurisprudencial. El profesor GUAITA (159) resume así el caso: Napoleón había otorgado a la Princesa Borghese una renta de 670.000 francos; renta que posteriormente la

(155) Véanse artículos 4.º y 21. El artículo 17 de la Constitución de 6 de abril de 1814 declara que corresponde al Rey el derecho de conceder gracia.

Sobre esta Constitución, véase DE SOTO, J., *La Constitution sénatoriale du 6 avril 1814*, «Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle», Nouvelle série, núm. 12, 1953, p. 268.

(156) Artículo 13.

(157) La Carta Constitucional de Luis Felipe de 14 de agosto de 1830 copia en el punto que nos ocupa los preceptos de la de 4 de junio de 1814.

(158) SIREY, 1822, II, 63.

(159) *Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español*, «Revista del Instituto de Derecho comparado», núm. 4, 1955, p. 74.

Princesa enajenó a favor del banquero Laffite; no pagadas las rentas vencidas (y vencido Napoleón en Waterloo), una Ley de 12 de enero de 1816 privó a todos los miembros de la familia Bonaparte de cuantos bienes hubiesen adquirido a título gratuito, y entre ellos, de la renta en cuestión a la Princesa Borgheese; Laffite, que, como queda dicho, había adquirido el crédito, después de reclamar al Gobierno, interpuso ante el *Conseil d'Etat* un recurso contencioso-administrativo en el que suplicaba el pago de las rentas, al menos de las vencidas hasta que se dictó la Ley de 1816, pero el *Conseil* declinó entrar en el fondo del asunto por estimar que no se trataba de materia administrativa, sino de una cuestión de *gouvernement*.

Resulta evidente que el sentido de esta decisión, que inicia la formulación jurisprudencial del acto de gobierno, nada tiene que ver con los esfuerzos anteriores encaminados a distinguir la actividad gubernamental de la administrativa. Comienza una línea conceptual del acto político que deberá discurrir paralelamente a todo esfuerzo tendente a caracterizar materialmente lo político frente a lo administrativo. El acto político se define por su régimen jurisdiccional, por estar exento de la fiscalización. A partir de este momento podrá decirse que los actos calificados por el Consejo de Estado de políticos son, en realidad, actos administrativos irrecurribles.

No es necesario a nuestro propósito resumir ahora la larga evolución de la noción de acto político desde la Restauración a nuestros días, pues sólo pretendíamos, con unas cuantas indicaciones, marcar el contraste entre la concepción en ella surgida y los rasgos fundamentales de la misma noción en el período que se cierra con el Imperio napoleónico.

Conviene subrayar que DUFOUR, autor a quien se suele citar como el representante doctrinal de la teoría del móvil político para caracterizar los actos de gobierno, escribe (160) que «ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir voilà l'acte de gouvernement... Le Chef de l'État, dans la sphère de ces mesures suprêmes, n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander». No parece, pues, que en la opinión de este autor cualquier finalidad que subjetivamente pueda apreciarse como política califica a un acto de político, sino que únicamente es tal aquel acto que tiene por

(160) *Traité de Droit administratif appliqué*, París, 1856, tomo V, p. 128.

finalidad defender a la sociedad considerada en sí misma o personificada en el Gobierno, una medida suprema.

A partir de 1875 se abandona la teoría del móvil, y jurisprudencia y doctrina tratan de definir el acto político por su naturaleza.

Sirvan estas dos someras indicaciones para no olvidar que frecuentemente, en períodos en los que predomina la idea de que el acto político es simplemente un acto del Ejecutivo exento de fiscalización jurisdiccional, preocupa a los autores la búsqueda de una razón objetiva a dicha exención.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Habrá podido comprobarse que el presente trabajo es sólo el comienzo de una larga historia.

Creemos que no es conveniente seguir afirmando que el acto político no existe; que es un puro azar de matiz técnico procesal; un simple acto administrativo exento de fiscalización jurisdiccional. Desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo actual, dicha afirmación ni es correcta ni beneficiosa para nadie. En lugar de cerrar los ojos a una realidad jurídicamente desagradable, quizá sea más provechoso buscar e instrumentar los medios adecuados para que el acto político no desborde los cauces en donde tiene una misión que cumplir. (161). Por eso, en lugar de negar, estimamos preferible explicar su esencia, buscar sus antecedentes, y con ello, tener un punto de partida firme, para comprender su significado en el Estado moderno y sugerir los remedios oportunos al mal empleo de la noción.

En cuanto a la realidad de la distinción, creemos que el momento inicial del ciclo vital del Estado moderno hace sensible la diferencia de naturaleza entre actividad política y administrativa. Probar esto ha sido el objetivo de nuestro esfuerzo. No hemos encontrado, efectivamente, una distinción neta, precisa. Más bien podríamos hablar de balbuceos de la distinción entre actividad política y administrativa, pero ellos son expresivos y de auténtica significación, pues pueden corregir algunas equivocadas visiones históricas del problema.

Si ahora no seguimos adelante, ello se debe, entre otras razones, a que desde nuestras personales preocupaciones de estudioso español,

(161) «El acto de gobierno como tal—dice FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, I. E. P., Madrid, 1958, p. 686—no perderá su importancia en el futuro. Las tendencias, hoy muy fuertes, de poner el Estado en la medida de lo posible bajo el control de los tribunales tendrá que rendirse ante este hecho».

no podemos contentarnos con recoger la evolución en Francia de la distinción entre acto político y administrativo, aun cuando con frecuencia se sostiene que «la noción y el nombre de actos de gobierno vienen del Derecho francés» (162).

Pretendemos dar una visión española del problema. Pero tropezamos con la falta de datos suficientemente claros y decantados para ello. Incluso cuestiones de gran relieve, y que sospechamos pueden ser muy importantes para fijar los hitos fundamentales de la distinción, precisan de un estudio y elaboración total (163).

El período histórico estudiado ilumina también algunas cuestiones concretas del máximo interés y que no pierden actualidad. La naturaleza de las resoluciones que conceden indultos, la titularidad y carácter del Poder reglamentario, etc.; etc. (164).

La completa descripción de la evolución de estas cuestiones ayudará en gran medida a adoptar conclusiones firmes con respecto a su verdadera naturaleza.

Forzoso resulta, sin embargo, detener en este momento el análisis de la distinción entre actividad política y administrativa y ocuparse previamente, aun cuando en otra ocasión, de problemas íntimamente conexos con ella.

(162) LAUN, *Rapport sur les actes de gouvernement*, Institut international de Droit public. Annuaire 1931, p. 87.

(163) Así, por ejemplo, la distribución de competencias entre el Consejo de Castilla y las Secretarías de Despacho, después Ministerios. En los estudios sobre ambas instituciones no es fácil encontrar el análisis de sus relaciones, sino que aparecen como manteniendo una vida paralela.

(164) Como prueba de esta actualidad véase, sobre los decretos de gracia, el *arrêt Gombert*, Conseil d'Etat, 28 marzo de 1947 (SIREY, 1947, 3, 89) y sus consecuencias («La Revue Administrative», núm. 19, 1951, pp. 41 y 42); y sobre el poder reglamentario autónomo que se niega a los Ministros, el *arrêt Union nationale des Associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*, Conseil d'Etat, 6 octubre 1961, Conclusiones del Comisario del Gobierno BERNARD, en «Revue du Droit public», 1961, núm. 6, p. 1.271.