

SOBRE LA REVOLUCION ADMINISTRATIVA (*)

POR

ALVARO D'ORS

En las épocas de crisis es, naturalmente, cuando el hombre aguza el ingenio para analizar su propia suerte histórica y las causas de su personal disconformidad. Quizá sea por azar, o por la especial receptibilidad que puede uno tener para este género literario, que en estos últimos tiempos han llegado a mis manos varios libros que, aunque muy distintos, vienen a iluminar, con espontánea coincidencia, la crisis histórica que vivimos, con un análisis inteligente de sus causas ideológicas: en primer lugar, un folleto clarividente de Tomás Molnar sobre *El dios immanente* (que merecería una edición en español); luego, el ambicioso libro, sobre el que parece cerrarse un injusto silencio total (de izquierdas y derechas, quiero decir), de Armando Segura, catedrático de Metafísica, cuyo título, *Emmanuel: Principia Philosophica* (Ediciones Encuentro, Madrid, 1982, 503 págs.) indica ya el alto propósito del autor, de reconstituir una filosofía rigurosa sobre base teológica; más recientemente, la tesis doctoral del Dr. Fernando Múgica, *Principio constitutivo y Mediación: Filosofía y Sociedad en el Pensamiento de Louis De Bonald* (Pamplona, 1984), que ha venido a renovar la actualidad del pensamiento del famoso conservador francés, con aportación también de materiales inéditos (*De la Révolution de Juillet*, y *Du Pouvoir et des Devoirs dans la Société*), y que esperamos sea pronto publicada; en fin, este importante libro

(*) José Antonio Alvarez-Caperochipi, *La propiedad en la formación del derecho administrativo* (edic. priv., Pamplona, 1983), 277 págs.

del jurista Alvarez-Caperochipi, al que dedicamos el presente comentario. Es claro que, por esta misma época, se habrán publicado muchos más libros dentro de esta misma línea de clarificación crítica de una ideología brumosa pero dominante, en la que el mundo actual parece hallarse inmerso; una clarificación intelectual que intenta, al menos en el orden de las ideas, disipar aquellas agobiantes brumas.

Si esta corriente intelectual antirrevolucionaria no llega a ser tan conocida como merecería, esto se debe, no sólo a dificultades materiales, como puede ser la resistencia de los negocios editoriales que buscan el mayor lucro en lo que «se vende mejor» precisamente por ser más vulgar, sino también en cierta ineptitud que puede detectarse, en el público que quizá podría identificarse con la ideología fundamental de esos autores más selectos, para una aceptación y elogio sin condiciones. Porque es muy frecuente, en algunos sectores de ese público que se podría esperar favorable, una como vergüenza de la ortodoxia ajena, y una perniciosa tendencia a estribar divergencias en pequeños matices diferenciales del propio pensamiento, o incluso en la intensidad y sinceridad del mismo. Esto ocurre porque precisamente en esos sectores no se pugna por la eficacia ejecutiva de la ideología, y se insiste, en cambio, en el purismo del pensamiento; por esto resulta en ellos más viva y acuciante la voluntad de condenar la heterodoxia o mínima divergencia que la de prevalecer en el orden práctico de la política de fuerza. Todo esto dificulta realmente que ese pensamiento contrarrevolucionario aparezca como más consensuado que el de los adversarios, para quienes no importa tanto la pureza intelectual cuanto el afán de actual dominio efectivo. En definitiva, esto hace que su actitud, aunque parezca paradójico, resulte más «intelectual» y menos pragmática que la de la llamada «intelligentsya».

Libro este, el de Alvarez-Caperochipi, jurista de profesión, que es de altas miras, y que cala en las raíces profundas de esa revolución que, para el derecho, ha causado la aparición del Estado, y, la prepotencia actual del Derecho Administrativo.

Se divide el libro en seis capítulos, tras una introducción:

en el primero se trata de la «ideología política y configuración de la propiedad privada y pública»; el segundo se dedica al «significado de la propiedad privada en el derecho público del Estado liberal»; luego, el tercero y cuarto, a «la crisis del Estado liberal y el origen de la Administración contemporánea», en su doble aspecto, respectivamente, del servicio público y el dominio público; el quinto versa sobre «los orígenes históricos e ideológicos de la Etica formal»; y, por último, el sexto sobre «la propiedad privada como origen y fundamento del formalismo».

Ya esta misma titulación de los capítulos puede orientar al lector acerca del sesgo ideológico antirrevolucionario del autor. Y no se trata, como decimos, de una actitud aislada, de simple «contracorriente», en contraste dialéctico con el pensamiento hoy más divulgado entre los tratadistas de Derecho público, y concretamente los administrativistas, sino de una manifestación más de un gran movimiento de pensamiento antirrevolucionario que se está abriendo paso a través de la todavía espesa jungla de las publicaciones, podríamos decir, «democrático-estatales» que innudan el mercado.

El pensamiento del autor resulta brillante, y también persuasivo, aunque no dejaré de hacer aquí algunas observaciones que, sin detracción del mérito, pueden servir como contraste de reflexión para el lector.

Es verdad que toda esa revolución moderna que el autor tan lúcidamente analiza a lo largo de su libro, radica sobre todo en la concepción territorialista del Estado y en la misma idea subyacente de la propiedad individual; porque, cuando se habla de «propiedad» en ese sentido radical, se está pensando necesariamente en la propiedad del suelo, y el tránsito de propiedad común de grupos sociales a propiedad individual, y finalmente a propiedad «pública», es decir, del Estado, se refiere siempre al suelo; es la historia del «fundo» que se convierte en «territorio». Todo esto es verdad, pero este fenómeno del estatismo moderno no puede hacernos olvidar que esa vinculación del derecho al suelo es esencial y perenne, y que no podemos con-

cebir un orden jurídico, el que sea o haya sido a lo largo de los tiempos, que no dependa de una forma de apropiación del suelo, de ese acto primero y fundamental que el gran jurista alemán Carl Schmitt nos ha explicado como primordial «Landnahme», sobre todo, hace ya un tercio de siglo, en su conocido libro *Der Nomos der Erde*, donde se ilustra la culminación de la apropiación posesoria en sus últimas manifestaciones de reparto de la tierra según el derecho internacional público. El mismo *nomos*, en su originario sentido, es, ante todo, como recuerda Carl Schmitt, una toma de tierra acotada, y sólo secundariamente el orden consuetudinario o legal que rige tal apropiación. Así, pues, la relación derecho-suelo no es algo que aparezca con el territorialismo del Estado, sino algo permanente y universal. En los mismos albores de la humanidad, cuando no había más institución pre-constituída que el matrimonio, del que deriva la familia —hay que recordar a los divorcistas que el matrimonio indisoluble es anterior a la sociedad, y que Eva «nacío casada»—, nos encontramos ya con una radical divergencia de apropiación del suelo entre el pastor Abel y el agricultor Caín; en efecto, el pastoreo es compatible con un aprovechamiento solidario (no-dividido) del suelo, en tanto la agricultura impone el acotamiento estable del mismo, insolidario y necesariamente divisible. Sobre esa distinta base —distintos *nomoi* de la tierra— surgen inevitablemente ordenamientos distintos. Y en lo que podríamos llamar concepción cristiana del derecho, este *nomos* fundamental nos viene enunciado, como he dicho en otras ocasiones, en aquel principio de la encíclica *Rerum novarum* de que, aunque la tierra ha sido parcelada, al menos parcialmente, por razones prácticas muy justas, entre los particulares, sin embargo, «sigue sirviendo» a un bien comunitario. Naturalmente, nada tiene que ver este bien comunitario con la propiedad del Estado propugnada por el liberalismo democrático.

Así, pues, la radicación del derecho a la propiedad del suelo es perenne y no un epifenómeno de la revolución liberal y de su individualismo posesivo. Es claro que el autor no niega esta evidencia, pero, al poner el énfasis de su análisis de la revolu-

ción liberal en el territorialismo del Estado, deja quizás algo oscurecida, en mi opinión, esta idea principal de la esencia de todo derecho. La diferencia entre la tradición y la revolución está en que esa apropiación del suelo, según el pensamiento tradicional, no es más que la realización de una entrega divina —«Dios dio la Tierra a los hombres, y éstos se la reparten»—, en tanto, según el pensamiento revolucionario, los hombres toman por sí mismos la tierra que encuentran y excluyen de ella a los demás, sea individual sea colectivamente, prescindiendo del Dios creador que dio la Tierra a los hombres. En ese antropocentrismo está precisamente la clave de la revolución. Que ese excesivo humanismo individualista haya conducido, después, a una concepción deshumanizada y colectivista, que somete la persona al Estado, esto, después de todo, es consecuente, pues resulta evidéntísimo que el «humanismo» ideológico, al desconectar al hombre de su Creador, que le da su razón de existencia, tiende forzosamente a deshumanizarse. Pero esta es una historia tan conocida, que no es necesario recordarla una vez más. Sólo he querido observar que, si es cierta la concepción territorialista de la revolución estatal, no es menos cierto que todo orden jurídico, en cualquier momento, ha dependido de una especial forma de apropiación del suelo.

Interés especial tiene para mí lo que el autor observa (página 48, nota 17) de la radical intolerancia del español frente a la nueva idea de Estado, reflejada en el veredicto de Hegel, y luego en el juicio similar de Marx. Pero este es un tema que exigiría un mayor desarrollo, que tampoco es necesario para la idea general del libro; por ello, no me detengo ahora en este tema, para mí fundamental, de la incompatibilidad entre lo genuinamente español y el Estado (incluyendo, desde luego, el «Estado federal»). Con todo, quiero llamar la atención del lector hacia las páginas que dedica el autor (pág. 194 y sigs.) al estudio de la influencia que en la conformación de una ética formal tuvo en España la ética militar, habida cuenta de la constante presencia de personalidades militares en el desarrollo de la política española en la época liberal.

Luego, aunque se trata de una consideración sólo tangencial para el análisis del estatismo moderno, quisiera reparar en una afirmación que deja caer el autor en su discurso (pág. 26), y que es la de que «el origen divino del poder del rey» es un principio político «protestante». Esta afirmación, creo yo, debería matizarse. En efecto, la derivación divina del poder civil no sólo se nos revela en el *non est potestas nisi a Deo* de San Pablo (*Rom.* 13,1), sino que, en forma más o menos oscura o abusiva, ha sido percibido también por los judíos y la gentilidad. La que pudiéramos llamar desviación protestante de ese principio puede detectarse en aquel momento en que el origen divino del poder del rey se desconecta del *ejercicio* del poder real; por ejemplo, esto se ve muy claramente en el lema del anticatólico Jacobo I de Inglaterra *a Deo rex, a rege lex* («Dios pone al rey, y el rey pone la ley»), donde el origen divino se afirma pero a la vez se niega la dependencia del rey como legislador. Se piensa entonces que Dios está para dar el poder absoluto, pero que no hay que contar con él a la hora de legislar, es decir, de gobernar. Este giro, ciertamente, es el que ha tergiversado la frase: «rey por la gracia de Dios», que acabó por suprimirse, en época democrática, para evitar posibles equívocos que pudieran restaurar la dependencia del ejercicio respecto al proclamado origen divino. Y con esto se relaciona lo que el autor (pág. 27) dice acerca de la cuestión de si las leyes obligan o no en conciencia, sobre la que no voy a insistir aquí. Es verdad que la racionalización del siglo XVII, al desconectar la legislación respecto a la ley moral impuesta por Dios, vino a favorecer el puro positivismo jurídico; pero no es menos cierto que, si negamos que las leyes humanas obliguen por sí mismas (es decir, independientemente de la regla moral que pueden formalizar), encontramos en esta negativa el más eficaz recurso contra el positivismo, pues éste, a pesar de la desconexión con el origen divino de todo orden humano, pretende una vinculación moral en virtud de la mera voluntad del legislador, y es precisamente de esta pretensión de la que conviene liberar al hombre de hoy; una cosa es que el poder constituido, por vo-

luntad divina, pueda establecer, en general, un orden, y otra muy distinta que cada uno de los preceptos legales que establecè nos obliguen en conciencia. El pensamiento cristiano ya había reaccionado contra esta pretensión, al afirmar que la «ley injusta» no obliga moralmente —por «no ser ley», se decía—, e incluso con la doctrina más compleja y no siempre bien admitida de las leyes «merepenales»; pero lo de la «ley injusta» resulta prácticamente inviable en nuestra época de «legislación motorizada», y lo de la ley «merepenal» ofrece un campo de aplicación muy reducido, y algo confuso. Por esto, quizá sea mejor reconocer de una vez que allá el gobernante con su conciencia cuando legisla, pero que sus leyes no pueden obligarnos en conciencia cuando no coinciden con reglas morales que conocemos por «otras fuentes». En el fondo, el giro que el autor denuncia acertadamente como protestante está en relación con el tránsito, al que él se refiere frecuentemente, de la «ética del orden» a la «ética de la actividad».

Por otro lado, el autor es consciente de que la revolución del «individualismo posesivo», centrado en una identificación de la libertad con la propiedad, y que ha venido a constituir el Estado como forma coactiva de defensa de la propiedad individual —de donde la desviación del Derecho Administrativo de ese fin radical, a que alude el mismo título del libro—, ha sufrido él mismo una nueva revolución en virtud de la cual esa propiedad privada, en cuya defensa se cifraba el fin del Estado, ha quedado superada por un ideal colectivista, que tiende a constituir al Estado mismo, y su Administración, en único propietario de todos los bienes; en relación con cuyo fenómeno está la conversión de las cosas «comunes» de la doctrina tradicional en cosas «públicas», hasta el extremo que el autor analiza, con una justeza que un filósofo no jurista nunca hubiera podido conseguir, que la disponibilidad privada individual de algunos bienes ha venido a entenderse como una concesión graciosa de aquel único propietario eminente que es el Estado.

A este propósito, permítaseme recordar dos conclusiones de sendas tesis doctorales, conocidos por mí en época y lugares

distintos en mi vida académica, que abundaban clamorosamente en ese sentido: en una de ellas se venía a decir que todo propietario es un «funcionario» al que el Estado ha encomendado la gestión sobre ciertos bienes, algo así como un nuevo «peculio» del *alieni iuris*, jurídicamente incapaz (hasta ese extremo había conducido lo de la «función social» de la propiedad); en la segunda se afirmaba con gran consecuencia respecto a la legislación positiva, que el *ius aedificandi* no es algo que corresponda al propietario del suelo como tal propietario, al que la Administración puede poner ciertos límites de orden urbanístico, sino que es simplemente una concesión otorgada por la Administración, no necesariamente estatal, pero sí pública, la cual determina en cada caso el «volumen de edificabilidad». Algo de esto, después de todo, se produjo hace ya más de dos siglos cuando lo que eran derechos regionales, los fueros de un determinado grupo social, al ser tolerados por el soberano estatal, vinieron a caer en la consideración de simples «privilegios». La prepotencia del soberano convirtió en privilegio gracioso lo que, en la realidad histórica, era derecho sin más, pero no-estatal.

Esta nueva revolución aparece admirablemente analizada en este libro, aunque de una manera algo reiterativa y diría casi desordenada, pues el lector no puede encontrar fácilmente el lugar en que cada tópico aparece tratado preferentemente, y, a veces, aparecen desarrollados en largas notas donde no se esperarían. Pero esta segunda revolución, que aparece denominada «liberalismo democrático», a diferencia de aquella otra primera del «liberalismo doctrinario», no siempre se presenta claramente diferenciada, sino que el discurso del autor se desliza muchas veces insensiblemente de uno a otro momento histórico, de modo que no siempre puede el lector darse buena cuenta de donde está, y de cuáles fueron las concretas determinantes ideológicas del tránsito. La dificultad para distinguir ambos momentos es todavía mayor, precisamente porque no se puede fijar el tránsito con una indiscutible precisión cronológica, sino que ambos momentos pueden sucederse con un diferente ritmo histórico según los ambientes culturales, e incluso, llegan a convivir en

ellos muchas veces. No quiere esto decir que la distinción no esté clara en la mente del autor, y que no sea posible recomponer, con los mismos elementos que ya están en su discurso, una exposición más diáfana, pero sí me atrevería a decir que este esfuerzo de recomposición habría sido muy conveniente que lo hubiera hecho el mismo autor. (Así también resultaría muy útil un índice alfabético de materias tratadas, de nombres, incluso de textos legales, para que el lector pudiera encontrar más fácilmente el lugar de libro en que se trata especialmente de ellos).

A título de ejemplo de este deslizamiento insensible del liberalismo doctrinario al democratismo: en el capítulo II se habla, como queda dicho, de la propiedad privada en el derecho público del Estado liberal, y sólo a partir del capítulo III se empieza a hablar de la crisis del Estado liberal; sin embargo, es ya en el mismo capítulo II donde el autor nos ilustra sobre la quiebra del primer liberalismo que consiste en la negación de la tutela jurisdiccional de la posesión privada y el origen de la ejecutividad de los actos administrativos, y otras consecuencias de esa crisis.

Al comienzo del libro, el autor nos revela sinceramente su actitud intelectual, a la vez que su propósito concreto al emprender esta obra: «El derecho» —dice— «es el resultado de una concepción global de la totalidad». Y ahí está precisamente su mérito y su posible flaqueza. Mérito notable, por cuanto no es frecuente que un jurista de profesión —un civilista, en este caso, pero es lo mismo que decir «propiamente jurista» (cada día me parece más evidente que sólo el «privatista» es verdadero jurista)— se eleve a una contemplación de los fundamentos ideológicos, y podemos decir «filosóficos», del ordenamiento normativo que constituye el objeto de su estudio ordinario; y mérito especial porque eso que podemos llamar «Filosofía del Derecho», no son los filósofos quienes pueden hablar de ella, sino los juristas de profesión que saben, como en este caso, llegar al análisis de las causas profundas. Por ejemplo, ningún filósofo que no tuviera la formación jurídica del autor podría

hacer un comentario tan extenso y luminoso de la Real orden de 8 de mayo de 1839, por la que se excluye el ejercicio de los interdictos posesorios contra la Administración: un interesante caso en que se invoca la división de poderes precisamente para negar la independencia del poder judicial y defender la prepotencia de la Administración.

Pero, al mismo tiempo, también radica ahí la posible flaqueza del empeño, pues, al querer ver la totalidad globalmente, el libro no puede menos de resultar reiterativo, y la separación de aspectos que el autor hace no parece suficiente para que el «leitmotiv» no resulte excesivamente obsesionante, y se repita formalmente la misma idea central, que es la de que el nuevo derecho estatal —concretado en lo más jurídico del Estado, que es la Administración— es el producto de aquel «individualismo posesivo» que procede del subjetivismo protestante y de la revolución francesa; porque ambos momentos históricos se hallan profundamente conjuntados, ya que, como decía Hegel, toda auténtica revolución debe empezar por la Religión. Precisamente de Hegel (1770-1831), punto culminante del pensamiento moderno, deriva, por un lado, la exacerbación del individualismo que se manifiesta en el solipsismo de un Stirner (1806-1856), con su libro *El individuo único* («der Einzige») y *su propiedad* (1845), y en el superhombre de Nietzsche (1884-1900), y, por otro, en Marx (1818-1883), destructor de la persona; pero ni una ni otra desviación hubiera sido posible sin la protesta de Lutero. Y el grito desesperado del loco Nietzsche «¡Dios ha muerto!» no hubiera sido posible si Lutero no hubiere retirado mucho antes el Sagrario de los templos, esas iglesias protestantes tan huérfanas que hielan el alma.

El autor señala acertadamente que el «dominio público» y el «servicio público» son los instrumentos jurídicos que caracterizan el tránsito del liberalismo doctrinario al democrático (por ejemplo, pág. 119). En esas bases jurídicas se apoyan todos los conceptos fundamentales del derecho administrativo: la jurisdicción propia para los actos administrativos, la superación de la división de poderes doctrinaria, el régimen propio de la propie-

dad del Estado (inembargabilidad, inalienabilidad) y de su contratación, la ejecutividad de los actos administrativos y la irresponsabilidad de la Administración, la expropiación forzosa, la multiplicación de las personas jurídicas públicas, la forma desigual de distribuir y percibir las contribuciones, la inflación como contribución oculta, etc. Todo esto me parece cierto, pero mi duda es si, precisamente por ser esto así, no debemos reconocer acaso que la causa del Derecho Administrativo no es tanto la idea del individualismo posesivo —«la propiedad», a la que se refiere el título de este libro—, sino esa otra revolución salida de la crisis del liberalismo doctrinario. Me atrevería a decir que el autor lo ve también así, y que hay muchos lugares de su libro en los que así se dice; pero, al mismo tiempo, parece no querer desprenderse del deseo de mostrar en todo momento la conexión con aquella otra crisis anterior del pensamiento cristiano, debido a la revolución protestante, por la que se sientan las bases del Estado como defensor de la propiedad privada. Esta conexión es innegable, pero el lector puede sacar la impresión de que, como parece indicar el mismo título del libro, es la exaltación liberal de la propiedad privada la causante del Derecho Administrativo. En realidad, la aparición del Estado no implica por sí misma el Derecho Administrativo, aunque es verdad que lo postula como su perfección; tampoco la propiedad individualista implica un régimen especial de la propiedad pública del Estado, pero sí la favorece; así, aunque hay ciertamente una relación histórica entre ambos momentos, sin embargo, parece ser sólo el segundo momento la causa directa del Derecho Administrativo.

En este sentido, quizá el título del libro hubiera dado una idea más exacta de la intención del mismo autor si se hubiera referido, no a la «propiedad» simplemente, sino a la «crisis de la propiedad», y a la «formación histórica», y no «formación» sin más. Por lo demás, aunque no deja el autor de proyectar la experiencia histórica de España dentro de un cuadro europeo más amplio, quizá el título debería haber advertido, ya de entrada, la consideración especial de aquella concreta experiencia.

Por último, recordamos que, si hablamos de un «cuadro europeo», es porque no hay que olvidar cómo le «droit administratif» es un fenómeno típicamente continental, que se contrapone claramente a la tradición anglo-sajona de la «rule of law», y es que, en verdad, a esta tradición resulta extraña la idea misma del Estado. En este sentido, quizá se echa de menos una referencia más concreta a la aparición en Europa, precisamente en la estatista Francia, del Derecho Administrativo.

Un libro, pues, este de Alvarez Caperochipi, lleno de ideas y de aciertos lúcidos, de datos legales y doctrinales pertinentes y conclusiones persuasivas, aunque quizás algo todavía inorgánico por su contextura no cabalmente ajustada; en todo caso, una lectura estimulante para los juristas, a los que no alcanza ordinariamente la crítica de los presupuestos ideológicos en que suele moverse su pensamiento cotidiano.