
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*

José Luis Carro Fernández-Valmayor

Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Santiago de Compostela. Doutor em Direito pela Universidade de Bologna. Catedrático convidado da Universidade de Paris I-Pantheon-Sorbonne, da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, do Instituto Max-Planck de Direito Público Estrangeiro de Heidelberg, da Universidade de Passau, da Universidade de Regensburg, da Universidade Oriental de Nápoles, da Universidade Guido Carli de Roma e da Universidade de Braga.

Resumo: Este artigo trata do poder de polícia e do domínio eminente como técnicas de intervenção no Estado pré-constitucional. Inicialmente, distingue-se o direito privado do direito administrativo diante de uma perspectiva histórica. Discorre-se acerca da concentração de poder no absolutismo, nas mãos do príncipe, do poder de polícia e do nascimento do Estado moderno. Aborda-se sobre o Estado absoluto e a sua técnica de intervenção na esfera jurídica privada. Menciona-se acerca da doutrina do tesouro e as suas concepções no direito romano e na doutrina moderna. Citam-se interpretações de vários doutrinadores acerca da doutrina do tesouro. Por fim, apontam-se motivos da imprecisão da doutrina do tesouro segundo a doutrina moderna.

Palavras-chave: Poder de polícia. Domínio eminente. Técnicas de intervenção no Estado pré-constitucional. Absolutismo. Estado moderno. Intervenção na esfera jurídica privada. Doutrina do tesouro.

Sumário: I Introducción - II La idea de Policía como técnica de intervención en la esfera de la libertad. Proceso histórico de determinación conceptual de la idea de Policía, la contraposición entre Justizsachen y Polizeisachen. La Policía como "Administración interior" y el bienestar como criterio legitimador. La elaboración dogmática del concepto: una referencia general a la Ciencia de la Policía - III La doctrina del dominium eminens como técnica de intervención en la esfera de los derechos adquiridos. El pensamiento jurídico medieval como antecedente necesario. Origen iusnaturalista de la doctrina; la causa justificativa de la intervención - IV La doctrina del Fisco como técnica de protección frente a la intervención. Sentido original del concepto. La interpretación de la doctrina del Fisco por O. Mayer y su escuela. La revisión moderna de la doctrina del Fisco: Bullinger y Rűfner

I Introducción

El Derecho administrativo, como por lo demás toda manifestación del Derecho, es un fenómeno fundamentalmente histórico que exige siempre una explicación desde esta perspectiva. Ha sido dicho — y creo que con razón — que la formación de nuestra disciplina es un proceso

* El presente trabajo constituye la aportación del autor al Libro-Homenaje que la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago ha dedicado al profesor Alfonso Otero Varela, Catedrático de Historia del Derecho.

ininterrumpido de sedimentación de técnicas institucionales que se van acumulando en el seno de la misma, adquiriendo en cada momento perfiles y significados distintos. No hay rupturas totales en la historia y el traspaso de técnicas heredadas del pasado es una constante en el desarrollo de nuestra ciencia;¹ yo diría, sobre todo de nuestra ciencia.

Si todo el mundo del Derecho privado continúa imantado por el hallazgo de los juristas romanos, el caso del Derecho administrativo es distinto: no tenemos un modelo único, una referencia a un Derecho consuetudinario desde el cual partir. Pero si esto es verdad, no lo es menos — y ello ha sido también señalado² — que la administrativa es la primera función histórica de toda comunidad política y que en la regulación de su desarrollo se ha visto afectada también la esfera jurídica de los individuos. Pese a la afirmación — por lo demás exacta — de que el Derecho administrativo y la Administración moderna tienen su punto de partida en la Revolución francesa, lo que es innegable es la existencia anterior de una función sociológicamente administrativa en cuyo cumplimiento se utilizaron una serie de técnicas que pasarán a manos de la Administración moderna enmarcadas, claro está, en la nueva realidad de la división de poderes y en la nueva concepción de la legalidad. Desde esta perspectiva la discusión sobre el carácter de “novedad” del Derecho administrativo posrevolucionario pierde mucho de su interés;³ en todo caso, raro es el autor que al estudiar las instituciones del Derecho administrativo moderno no hace preceder al mismo de un análisis de las técnicas heredadas de períodos anteriores al revolucionario; en este sentido los clásicos alemanes de nuestra disciplina (p. ej., O. Mayer, F. Fleiner, W. Jellinek, etc.), constituyen un inmejorable ejemplo. Se trata, eso sí, de echar mano de la historia no viéndola única y exclusivamente como el conocimiento de un hecho o una serie de hechos, sino como base para hallar el verdadero significado de la realidad presente intentando seguir el larguísimo, atormentado y tormentoso itinerario de algunas instituciones que hoy desempeñan un papel central en el sistema de nuestra disciplina. Se trata, en efecto, de subrayar la necesidad de la historia entendida como *Dogmengeschichte* para el dominio intelectual de la realidad presente.

¹ Vid. VILLAR PALAŚÍ: *Curso de Derecho administrativo*, I, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1972, p. 81; *Derecho administrativo*, misma editorial, 1968, p. 91. También vid. WEIL, P.: *Le Droit administratif*, 7.^a ed., PUF, 1978, p. 6.

² GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, IEP, Madrid, 1955, p. 18.

³ Vid. GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, “Enciclopedia del Diritto”, XII, 1964, p. 856. Cfr. P. LEGENDRE: *Histoire de l'Administration de 1750 a nos jours*, PUF, París, 1968, p. 22. VILLAR PALAŚÍ: *Curso...*, op. cit., p. 81-82, ha afirmado que “es preciso advertir que no es exacto mantener que el Derecho administrativo, como conjunto de técnicas propias, nace de la Revolución francesa. Esta afirmación es solamente parcial, porque lo único que aparece con aquella revolución es la Administración personificada”.

El administrativista que pretenda llevar a cabo esta tarea con ansias de complitud — lo que por razones obvias no es el fin de estas líneas — deberá contar inexorablemente con la insustituible colaboración de los historiadores del Derecho, pues sólo el directo y especializado manejo de las fuentes puede garantizar una mirada no engañosa hacia el pasado.⁴ Hecha esta advertencia de lo que se trata simplemente en las páginas que siguen es el poner de manifiesto la existencia en el seno del Estado absoluto — principalmente en su versión más tardía — de dos ideas legitimadoras de la intervención del poder en la esfera de la libertad y propiedad privada — la de Policía y la de dominio eminente — que con distinto significado, alcance y finalidad pasarán a la etapa siguiente del Estado constitucional para integrarse en la estructura dogmática de lo que será el Derecho administrativo moderno. En este sentido puede decirse que las ideas de Policía y dominio eminente, al aglutinar todas las técnicas de intervención, constituyen indudablemente los pilares necesarios sobre los que ha de construirse la historia dogmática de la Administración y del Derecho administrativo en el período citado.

II La idea de Policía como técnica de intervención en la esfera de la libertad. Proceso histórico de determinación conceptual de la idea de Policía, la contraposición entre *Justizsachen* y *Polizeisachen*. La Policía como “Administración interior” y el bienestar como criterio legitimador. La elaboración dogmática del concepto: una referencia general a la Ciencia de la Policía

En el proceso de concentración del poder en manos del Príncipe absoluto cumple un papel central la idea de Policía; solución técnica que permitió y justificó una ilimitada extensión del poder de aquél y caracterizó el nacimiento del Estado moderno. En su significado primigenio venía identificada con la conservación del buen orden de la comunidad y ésta va a ser precisamente la función que se imponga el Príncipe absoluto, extendiendo cada vez más su competencia hasta comprender en el concepto no solamente la seguridad, sino también la prosperidad de los súbditos.

Subrayaba Loening a comienzos de nuestro siglo que la necesidad de mantener un ejército permanente había obligado a los príncipes a buscar nuevas fuentes de ingresos en el establecimiento de tributos cuyo rendimiento dependía, en último término, de la prosperidad y del bienestar de la población y es así, señalaba nuestro autor,⁵ cómo el fomento de esa prosperidad y de ese bienestar, de los intereses económicos en suma, se convierte en una parte

⁴ Cfr. las reflexiones de GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milán, p. 9.

⁵ *Voz, Polizei*, en *Handbuch der Staatswissenschaften*, Fischer, Jena, VI, 1910, p. 1058 y sigs., en concreto p. 1059-60.

importante de la actividad estatal. La condición previa para el desarrollo y florecimiento de la vida económica seguía siendo, naturalmente, el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos, pero, conseguido esto, el protagonismo interventor del Príncipe es ya constante, aumentando, si cabe, en los territorios de la Reforma en donde la Iglesia hubo de abandonar en manos de aquél las funciones asistenciales que hasta entonces había desarrollado.

Fue precisamente Loening⁶ el que con más detenimiento trazó en un primer momento la evolución del concepto de Policía. En líneas generales puede decirse que la más remota utilización del término se remonta a los primeros años del siglo XV en Francia, donde ya algunas ordenanzas reales (de Carlos VI de los años 1399, 1410 y 1415) utilizan expresiones tales como: *pour garder le bien publique... en très bone police*, o también *pour le bien et utilité de la chose publique et de la policité de la villa*; a finales de este mismo siglo el concepto pasa ya a Alemania — el país donde recibiera una reelaboración más acabada — y de ello Knemeyer⁷ nos ha proporcionado modernamente una serie de ejemplos en el lenguaje legal de la época: *mit viel löblichen Polizeien und guten Ordnungen versehen, guter Polizet und gemeinen Nutze*, etc. Entre nosotros Villar Palasí⁸ ha señalado que el término Policía, en el momento histórico en que surge, se identifica con el mismo poder y con la misma comunidad política, citando en este sentido unos párrafos de la obra *De optima politia* (1455) de Alonso de Madrigal “el Tostado”, aunque añadiendo también que la expresión Policía técnicamente no se utiliza en España hasta el siglo XVIII, después de la traducción de la obra de Justi.

⁶ LOENING, E.: *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884 4, voz *Polizei*, cit., *Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen*, Halle, 1914. En LOENING se basa también RANELLETTI: *La polizia di sicurezza*, en el “*Primo Trattato di Diritto amministrativo*”, dirigido por ORLANDO, v. IV-1.8, Milán, 1908, p. 262 y sigs. También y más modernamente son de interés, KNEMEYER: *Polizeibegriffe in Gesetzen des 15 bis 18 Jahrhunderts*, en “*Archiv des öffentlichen Rechts*”, 92, 1967, p. 153-180; K. VOGEL: *Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie*, en “*Festschrift für G. WACKE*”, Schmidt, Köln-Marieburg, p. 375-389. En España, GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, 4.ª ed., v. II, Madrid, 1971, p. 162-163; *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962, p. 113-116; BAENA DEL ALCÁZAR: *Los estudios sobre la Administración en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1968, p. 32 y sigs.; A. NIETO: *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, en “*RAP*”, 81, 1976, p. 35 y sigs.

⁷ Op. cit., p. 156. Cfr. igualmente, LOENING: *Polizei*, op. cit., p. 1059.

⁸ VILLAR PALASÍ: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, en “*RAP*”, 16, 1955, p. 23 y 25. Por su parte, NIETO, op. cit., p. 45, refiriéndose a la Política de Corregidores y señores de vasallos..., etc. (1597), de Castillo de Bovadilla ha escrito que este autor será algún día considerado como un clásico de la policía, y clásico sobresaliente, por la calidad de su obra y su recidumbre jurídica. Existe edición facsímil de la realizada en Amberes en 1704 por el IEAL, Madrid, 1978. También GARCÍA-GALLO: *La división de las competencias administrativas en la España de la Edad Moderna*, en “*Actas del II Symposium de Historia de la Administración*”, Madrid, 1971, p. 293 y sigs.; en las p. 295-96 afirma que “si en la Edad Media el Estado sólo se ocupa de la Justicia, en la Moderna — en el siglo XVI en Indias y en el XVII y sobre todo en el XVIII en España — se ocupa ya de Gobierno y Policía”. Curiosa, por lo demás, la confesión que nos hace RANELLETTI, op. cit., p. 264, nota 1, In fine: “*Nulla conosco nella nostra storia, giacchè nell’ Italia, como avverte lo Stein, fiorì la politica, non la scienza della polizia.*” Por lo demás, vid. también modernamente en Italia, CHIAPETTI: *L’attività di polizia*, Padova, 1977, en particular el capítulo II.

En todo caso — como ya ha sido apuntado —, la idea de Policía será utilizada por el Príncipe para ir eliminando de forma progresiva todos los demás centros de poder que obstaculizaban la plena realización de su poder absoluto. Un autor moderno⁹ ha señalado que el concepto de Policía como situación de orden y seguridad fue un concepto suficientemente genérico para permitir al Príncipe multiplicar al infinito sus poderes de intervención en la libertad de los particulares y en todo tipo de organizaciones públicas; mediante su poder “policial” de ordenanza, crea continuamente una normación especial que va incidiendo en las antiguas leyes del Reino, en las antiguas libertades y en los privilegios seculares sin ninguna contrapartida o garantía para los particulares. El Príncipe investido de la police de la chose publique se convertía — como he apuntado ya antes — en la *lex animata* del Estado absoluto.

Este carácter global con que aparece en los primeros tiempos el concepto de Policía va a sufrir pronto — principalmente en Alemania a partir de la segunda mitad del siglo XVII — un proceso de depuración que irá restringiendo cada vez más el alcance del mismo. En un primer momento del concepto de Policía se extraerán todos los asuntos civiles, esto es, todas las controversias de Derecho privado que quedaban reservadas a los Tribunales, aunque también aquí podía intervenir el Príncipe mediante una “decisión de fuerza”. En todo caso las *Justizsachen* o asuntos contenciosos (fundamentalmente, el Derecho privado y el Derecho penal) quedaban en manos de los Tribunales, mientras que las *Polizeisachen* — también *Regierungssachen* (esto es, asuntos de policía o gubernativos) — continuaban siendo de la competencia absoluta del Monarca y su Administración y era imposible toda apelación a los Tribunales (In *Polizeisachen* gílí keine Appellation). Esta contraposición supuso naturalmente la necesidad de diferenciar claramente los dos tipos de asuntos, lo que no siempre se presentaba en forma fácil. Téngase en cuenta que el concepto de *Polizeisache* venía determinado fundamentalmente por lo que hoy denominaríamos su finalidad pública, esto es, por su inclusión en esa actividad de policía competencia de la Administración del Príncipe y no se tomaba en consideración el perjuicio que un individuo podía sufrir como consecuencia de la misma; si el carácter de *Justizsache* estaba claro en las relaciones inter-privatos, cuando la relación era con la Administración del Príncipe la cosa se presentaba de muy distinta manera merced precisamente a la idea de Policía que presidía toda la actividad de aquélla. Nos dice Fleiner¹⁰ que si el súbdito quería transformar su

⁹ CHIAPETTI, op. cit., p. 50-52; entre nosotros, NIETO, op. cit., p. 36-37.

¹⁰ Op. cit., p. 31. Según NIETO, op. cit., p. 50-51, el principio de exclusión jurisdiccional de los asuntos de policía aparece en España expresamente consagrado en el Real-Decreto de 17 de marzo de 1782 “con una terminología rigurosamente coincidente con la de los demás Estados europeos, puesto que posiblemente en ningún otro siglo se ha llegado a una comunicación jurídica internacional tan íntima como en el presente”.

reclamación contra la autoridad en una Justizsache, debería sostener ante ésta que su actividad había lesionado sus derechos individuales; con ello la reclamación se convertía en una Justizmässige Polizeisache, un asunto gubernativo de carácter judicial o susceptible de ser sometido a los Tribunales. Nuestro autor reconoce, sin embargo, que los Tribunales del Príncipe en cada territorio no estaban facultados para tramitar demandas contra su autoridad, pues aquél no estaba sometido a su propio poder judicial; la única posibilidad era acudir al Reichskammergericht, aunque la existencia de privilegios de non apellando disminuyó mucho la eficacia de esta medida.

Por lo que respecta a nuestro país — y sin entrar aquí en un análisis detallado del tema —, la situación es sustancialmente la misma, como, por lo demás, en toda la Europa del Estado absoluto. También entre nosotros el concepto de asunto judicial o contencioso suponía necesariamente la existencia de un “perjuicio de parte” o violación de un derecho subjetivo, aunque ello hubiese sido causado por la misma Administración real. Recientemente, sin embargo, señalaba García de Enterría que, sobre todo a partir de la Ilustración, se van a excluir del conocimiento de los tribunales aquellas medidas de la autoridad que causando “perjuicio de parte” (asunto gubernativo de carácter judicial, según la citada expresión de Fleiner) se hallaban íntimamente ligadas con la gestión administrativa; se trataba, en definitiva, de las medidas dictadas por los órganos monocráticos (de manera principal, los Intendentes) que aparecen en esta época y a los que les asigna la gestión de determinados servicios, dotándoles al mismo tiempo de funciones judiciales (“jueces privativos”) que excluían toda apelación a las “justicias ordinarias”.¹¹

Una segunda restricción conceptual sufrirá la noción de Policía como consecuencia de la separación de la misma de los asuntos referentes a la diplomacia, la Administración militar y la Administración financiera (Cameralística), con lo que dicha noción vino a identificarse con la de innere Verwaltung, esto es, con la Administración interior. Este proceso de depuración conceptual tuvo su traducción positiva en Alemania en la Ordenanza general sobre reforma de la Justicia de 2 de junio de 1713, dictada por Federico Guillermo I de Prusia, y por lo que a España se refiere, Nieto ha citado el Real Decreto de Felipe V, de 2 de abril de 1717, por el que se dividía el Despacho universal en tres Secretarías y la Ordenanza de Intendentes Corregidores dictada por Fernando VI el 13 de octubre de 1749.¹²

¹¹ Curso de Derecho Administrativo, I, Madrid, 1980, p. 411-415. Es interesante comparar esta situación con la alemana, vid. más adelante nota 70.

¹² NIETO, op. cit., p. 40-41. Vid. también, referidas a Francia, las reflexiones de CHIAPETTI, op. cit., p. 65-66.

Puede decirse que la concepción de la Policía como Administración interior es la que sirve de base a todos los autores que se ocuparon del problema y cuya aportación contribuyó a formar lo que se conoce como Ciencia de la Policía. En todo caso hay que señalar que delimitada así la noción de Policía, el campo asignado a su actividad era vastísimo, legitimando al Príncipe para intervenir en la esfera privada de los súbditos disciplinando relaciones que antes estaban reservadas a la libre determinación de los mismos. Ello era una consecuencia necesaria de concebir el contenido de la Policía no sólo como impedimento de males y peligros que podían perturbar el ordenado y pacífico desenvolvimiento de la vida social o poner en peligro la seguridad y la tranquilidad colectiva, sino también como actividad dirigida a la obtención del bienestar (*Wohlfahrt*) y de la felicidad (*Glückseligkeit*) común, entendida esta última como felicidad de cada individuo que forma parte de una colectividad estatal. Los teóricos del *ius politiae*, influenciados ciertamente por la idea del pacto social que la Escuela de Derecho Natural, y en particular Christian Wolff, habían desarrollado, creyeron “moralizar” el poder soberano del Estado extendiendo el concepto de Policía a las nociones de bienestar (idea que encontró precisamente en CH. Wolff su principal teórico) y felicidad común; la felicidad de cada uno no sería otra cosa que la contrapartida que todo individuo puede pretender de la entidad abstracta a la que con el pacto social le ha sacrificado su propia libertad. Sin embargo, las consecuencias históricas de tal razonamiento aparecieron como realmente trágicas;¹³ la verdad era que los conceptos de bienestar y felicidad como títulos de intervención, enmascaraban realmente la razón de Estado.¹⁴ Es precisamente esta constatación la que pone de manifiesto el verdadero carácter que el “Estado de bienestar” del Absolutismo ilustrado tenía y en cuyo análisis pormenorizado no podemos entrar aquí.

La concepción global de la Policía encontró su primer sistematizador en J. H. G. von Justi y él personalmente se encargó de recordárnoslo en el mismo prefacio de su obra *Grundsätze der Polizeiwissenschaft*, publicada en Göttingen en 1756 y traducida al español (de la versión francesa) por Puig y Gelabert en 1784: “la Policía es una Ciencia tan poco conocida — escribe el autor alemán en el prefacio de su obra — que yo oso lisonjearme de ser el primero que haya dado de ella un sistema fundado sobre la naturaleza misma de la cosa y quien

¹³ CHIAPETTI, op. cit., p. 58. O. MAYER: *Deutsches Verwaltungsrechts*, reimpresión de la 3.ª ed., I, (1923) en DUNCKER-HUMBLOT, Berlín, 1969, p. 38, nota 1, afirma que toda la teorización de Christian Wolff es ajena totalmente a la realidad que significaba el Estado prusiano. Vid. también K. VOGEL, op. cit., p. 375-376.

¹⁴ Cfr. las reflexiones que hace WOLZENDORF: *Der Polizeigedanke des modernen Staats*, Breslau, 1918, reedición en Scientia, Aalen, 1964, p. 17 y sigs.

la haya tratado a fondo e independientemente de todas las otras Ciencias que tienen alguna relación con ella".¹⁵ La Policía viene considerada en el sentido ya apuntado de Administración interior; su definición comienza precisamente afirmando que la Policía es "eine Wissenschaft, die innerlichen Verfassung des Staates solcher Gestalt einzurichten"¹⁶ y abarca "todo lo que puede contribuir a la felicidad de los ciudadanos y, principalmente, a la conservación del orden y de la disciplina, los reglamentos que miran a hacerles la vida más cómoda y a procurarles las cosas que necesitan para subsistir".¹⁷

A J. von Sonnenfels se le puede también incluir justamente dentro de los defensores del concepto amplio de Policía; para el autor austríaco, el bienestar que debe perseguir el Estado está constituido, de un lado, por la seguridad (Sicherheit) y, de otro, por la comodidad de vida (die Bequemlichkeit des Lebens). La obra de Sonnenfels lleva el título de *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, y aparece en su primera edición en Viena en 1765.¹⁸

Aunque los autores posteriores como J. J. Moser (*Von der Landeshoheit in Polizeysachen*, 1773) y G. H. von Berg (*Handbuch des Teutchen Policeyrechts*, 1779-1806), inician ya una diferenciación dentro del concepto amplio de Policía partiendo del elemento de la coacción, no llegan todavía a la determinación moderna del concepto. El primero afirma que la coacción es un elemento del concepto de Policía y lo admite sólo para la policía de seguridad, pero no niega a la policía del bienestar la cualidad de Policía. El segundo también admite la coacción como elemento esencial de la Policía, pero lo predica tanto de la seguridad como del bienestar.¹⁹

La reducción del concepto de Policía a la defensa contra peligros (*Abwehr von Gefahren*) para la seguridad y el orden público, o más exactamente, la idea de que la coacción sólo debe emplearse para apartar peligros, no para hacer más feliz al súbdito, sería obra de J. S. Pütter (*Institutiones Iuris Publici Germanici*, 1770); he aquí sus palabras al iniciar el Capítulo III del Libro VII de su obra, precisamente dedicado al Derecho de policía: *Ea suprema potestatis pars, qua*

¹⁵ Vid. JORDANA DE POZAS: Los cultivadores españoles de la Ciencia de la Policía, hoy recogido en "Estudios-Homenaje," I, Madrid, 1961, p. 10. Un análisis de distintos representantes de la Ciencia de la Policía contiene también el viejo trabajo de FUNK: *Die Auffassung de Begriffes der Polizei im vorigen Jahrhundert*, en "Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft", 19, 1863, p. 489 y sigs., en especial 500 y sigs. Más modernamente, y referido fundamentalmente a SONNEFELS, BRUSSI: I principi di governo nello Stato Polizia, "RTDP", 1954, p. 800 y sigs.

¹⁶ *Grundsätze*, cita en FUNK, op. cit., p. 501.

¹⁷ La definición la tomo esta vez de JORDANA DE POZAS, op. cit., p. 10. Vid. también BAENA DEL ALCÁZAR, op. cit., p. 77. Una descripción de su obra en GARCÍA TREVILIANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., I, Madrid, 1968, p. 152-154 y NIETO, op. cit., p. 41-43.

¹⁸ BUSSI le ha dedicado un detenido análisis en I principi di governo nello Stato di Polizia, "RTDP", 1954, p. 800 y sigs., en especial p. 809 y sigs.; también un somero análisis de JUSTI y SONNEFELS, en H. MAIER: *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, Luchterhand, 1966, p. 218 y sigs.

¹⁹ FUNK, op. cit., p. 506 y 513 y sigs., DENNEWITZ: *Die Systeme des Verwaltungsrechts*, Heitmann, Hamburgo, 1948, p. 27-29; H. MAIER: *Die ältere deutsche*, op. cit., p. 249 y sigs. también vid. las referencias de RANELLETTI: op. et loc. cit.; NIETO, op. cit., p. 53-54.

exercetur cura avertendi mula futura in statu reipublicae interno in commune metuenda, dicitur ius polittiae. Cuius proinde ambitus... Provendae salutis cura prorie nao est polittiae... ("Se llama Derecho de policía aquella parte de la potestad suprema por la que se ejerce la función de evitar males futuros en la situación interna de la república que ha de ser temida por todos. Por consiguiente, su ámbito... no es propiamente el de promover la salud...").²⁰ Gommer, discípulo de Pütter, aceptará el concepto de Policía en sentido estricto acuñado por su maestro: "la Policía — escribe — sólo tiene que ver con la seguridad, la promoción del bienestar está fuera de su finalidad directa".²¹

El concepto de Policía de Pütter encontrará más tarde su consagración legal en el conocido párrafo 10-II-17 del Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten de 1794, obra de K. G. Suárez,²² en donde ya la Policía será "defensa contra peligros". La nueva concepción era la lógica consecuencia de que el Estado no ha de perseguir una finalidad de bienestar con la utilización de la coacción, sino que debe limitarse a apartar los obstáculos que dificulten la realización de la felicidad individual. El concepto, sin embargo,

²⁰ Instituciones Inris Publici Germanici, 3.ª ed., Vandenhoeck, Göttingen, 1782, p. 353-54. Las definiciones de PÜTTER son continuamente citadas por la doctrina; así, a modo de ejemplo, en W. JELLINEK: Verwaltungsrecht (1931), reedición en Gehlen, 1966, p. 424; MAIER, op. cit., p. 198, nota 279; MARTENS: Gefahrenabwher, II, Heymans, 1977, p. 3. Una discusión de la obra de PÜTTER también en GARCÍA TREVIJANO, op. cit., p. 156-157. BAENA, op. cit., p. 45-47; NIETO, op. cit., p. 52, que afirma que la reducción conceptual operada por PÜTTER no es tan rotunda como suele creerse, puesto que la definición que propone viene modulada en su ámbito: provendae salutis cura prorie non est polittiae, nisi quantenus ea mente agitar, ut tanto lautior sit status isti mulo, quod metuebatur directa oppositus (Institutiones, op. cit., p. 354), esto es, "a no ser que se entienda que la situación del mal que se teme sea mucho más grave que el directamente opuesto". Sin embargo, creo que puede decirse que también en este caso la intervención se realizaría en último término, para evitar un niel, el derivado de la abstención en el supuesto excepcional que el autor señala, y no por la promoción misma.

²¹ Teutsches Staatsrecht, 1804, p. 549, op. cit. por DENNEWITZ, op. cit., p. 25.

²² Cfr. el análisis sobre el pensamiento de SUÁREZ que hace VOGEL, op. cit., p. 377 y sigs. No puede traerse a estas p. — cuya finalidad, como se ha señalado, es sencillamente la exposición general de las técnicas de intervención que constituyen en el Estado preconstitucional los conceptos de Policía y dominio eminente — un análisis detallado de la polémica sobre si el famoso párrafo del Código general prusiano de 1794 consagraba un nuevo concepto (estricto) de Policía. Rosin negó a finales del pasado siglo — y ello frente a la doctrina mayoritaria — que en dicho párrafo se contuviese una definición general de la Policía en sentido estricto; afirmaba, por el contrario, que en el texto legal de 1794 (3-II-13) la finalidad del bienestar continuaba estando dentro del concepto de Policía. Con todo, ha de hacerse notar que lo que fundamentalmente trataba nuestro autor era evitar que los reglamentos generales de policía, de competencia del monarca, se vieran limitados en su ámbito material si se identificaba, en base al párrafo 10, el contenido del concepto de Policía de manera exclusiva con la seguridad y el orden públicos. Más bien lo decisivo para Rosin — Y esto es lo importante a los efectos de lo que se dice en el texto — es la existencia o no de coacción en el perseguimiento de las finalidades estatales; pues bien, también para él la utilización de la coacción era lo típico de la llamada policía de seguridad y lo que la distinguía de la policía del bienestar, englobadas ambas en un concepto amplio de Policía que él consideraba aceptado por el Código general prusiano de 1794, el cual reservaba precisamente ese párrafo 10-II-17 al supuesto legitimador de utilización de coacción. Vid. ROSIN: Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und-Verordnungsrechts in Preussen, VerArchiv, 1895, p. 249 y p. 249 y sigs., en especial p. 276 y sigs., 288 sigs. y 362-365. Con independencia de la aceptación de uno u otro concepto de Policía nuestro autor admitía con la doctrina mayoritaria que la utilización de la coacción debía estar ausente en los supuestos de fomento del bienestar. Esta misma afirmación se encuentra, p. ej., en Schilling que por la misma época, y a partir de una puntual interpretación del Código de 1794 basada en el proyecto que le sirvió de base, había intentado demostrar que en el mismo se había acogido un concepto estricto de Policía. Beiträge zur Entwicklung des Polizeirechts nach Preussischem Recht, VerArchiv, 1894, p. 474 y sigs, en concreto p. 497 y sigs. Cfr. sobre el tema, la posición de WOLZENDORF: Der polizeigedanke, op. cit., p. 76 y sigs., especialmente la nota 1 de la p. 77. Modernamente, entre otros, MAIER, op. cit., p. 244-245 y MARTENS op. cit., p. 3.

no se mantuvo en su significado estricto y, en el marco de la reacción frente a la Revolución francesa, volvió a exigirse la necesidad de medios coactivos con vistas a la “conservación y promoción del bienestar general” en contra de lo que había claramente establecido el parágrafo 10-II-17 ALR.²³ Habrá que esperar a la famosa Kreuzberg-Entscheidung del Tribunal Superior Administrativo de Prusia de 14 de junio de 1882 para que el concepto estricto de Policía como defensa contra peligros se imponga definitivamente; Anschütz saludó la nueva sentencia como un “triumfo de la idea del Estado de Derecho”.²⁴

La consecuencia práctica de todo este desarrollo dogmático del concepto de Policía no fue, ya en el marco del liberalismo, la desaparición de la idea de bienestar general como finalidad estatal, sino la de que la consecución de la misma debería realizarse sin la utilización de medios coactivos. Aquí residió precisamente la diferenciación entre Policía (Polizei) y Fomento (Staatspflege) en la construcción doctrinal de la actividad administrativa, en definitiva, de la sistemática del Derecho administrativo. La descripción de la lucha del concepto de Fomento por hacerse un sitio dentro de la sistemática jurídico administrativa no puede ser analizada aquí, pues ello nos llevaría ya a una época distinta de la analizada.²⁵

Fuera del ámbito de la Cameralística es necesario citar también al francés N. Delamare, autor de un *Traité de Police* comenzado a publicar en París en 1705 y que Jordana de Pozas ha considerado como la más antigua de las obras de la Ciencia de la Policía.²⁶ El concepto de Policía del autor francés — como no podía ser menos en la época en la que escribe — es un concepto amplio como se puede deducir incluso de las once partes que lo componen.²⁷

Por lo que a nuestro país se refiere, señala Jordana de Pozas²⁸ que a pesar de que en la segunda mitad del siglo XVIII se consideraba necesario el estudio por parte de los abogados no sólo de jurisprudencia forense, sino también de la Ciencia del Gobierno, dividida en los tres ramos de Policía, Política y Economía, la aportación española a la Ciencia de la Policía es escasa y poco original. Como ya sabemos, en 1784 Puig y Gilabert traduce al castellano la obra de von Justi con el título *Elementos generales de Policía*, a la que

²³ Vid. MARTENS, p. 3-4; WOLZENDORF, p. 92-93 y 107- JELLINEK: op. et loc. cit.

²⁴ Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des OVG, “PrVB1”, 22, 1900-1901, p. 86.

²⁵ Cfr. BADURA: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen, 1967, p. 37 y sigs.

²⁶ Op. cit., p. 4 y sigs. El nombre de DELAMARE se transcribe como lo propone JORDANA en la presentación de la obra de VALERIOLA, Madrid, 1977, p. X, nota 5. Una somera descripción de la obra de DELAMARE en GARCÍA TREVIJANO, op. cit., p. 155; BAENA, op. cit., p. 73-75.

²⁷ Vid. CHIAPETTI, op. cit., p. 62, nota 153 y p. 64, JORDANA: Presentación, op. cit., p. X-XI; NIETO, op. cit., p. 37 y 41.

²⁸ Op. cit., p. 9. Ha escrito NIETO: Algunas precisiones, op. cit., p. 36, que “con los textos en la mano puede demostrarse que cuanto se dice en el extranjero se refleja pronto en España — en la doctrina y legislación —, a veces de forma rigurosamente literal. Fenómeno que por reiterarse a lo largo de varios siglos hace que por una vez, no sea incongruente la cita indiscriminada de autores extranjeros”.

adiciona abundantes comentarios y aclaraciones personales; de 1798 a 1805 publica Valeriola su *Idea General de la Policía*, que viene a ser prácticamente una adaptación de la obra de Delamare citando legislación española²⁹ y, por último, ha de citarse también a Foronda que, aparte de traducir a Von Bielefeld, publica sus *Cartas sobre la Policía* en 1801 (y una 2.^a ed. en 1820). En todo caso — ha observado Jordana³⁰ — estos tres autores españoles de obras sobre la Ciencia de la Policía se ignoran mutuamente, y los que en la historia de nuestra literatura administrativa los siguen no los mencionan ni probablemente los conocían. Casi lo mismo puede decirse de una serie de autores del siglo XVIII que se ocupan del Derecho público desde una perspectiva más general; es, con todo, necesario citar a Olmeda y León, que publica en 1771 sus *Elementos del Derecho público le la paz y de la guerra* y cuya idea de Policía — según Baena³¹ — no es del todo clara, aunque parece inclinarse por un concepto estricto de la misma. También debe mencionarse a López Oliver, autor de *Verdadera idea de un Príncipe formada por las leyes que tienen relación al Derecho público*, publicada en 1786, que parece también apoyarse en un concepto estricto de Policía.³² Finalmente es necesario citar también a Duo y Bassols, autor de un monumental *Derecho público interno*, que aparece en nueve tomos entre 1800 y 1804 y que resume la situación de nuestra Ciencia jurídico-pública en el siglo XVIII; en cuanto a su posición sobre el concepto de Policía, aunque reconoce expresamente la existencia de una doble acepción del concepto, no se diferencia fundamentalmente de los dos últimos autores citados.³³

III La doctrina del dominium eminens como técnica de intervención en la esfera de los derechos adquiridos. El pensamiento jurídico medieval como antecedente necesario. Origen iusnaturalista de la doctrina; la causa justificativa de la intervención

El Estado absoluto significará igualmente la generalización de otra técnica de intervención en la esfera jurídica privada elaborada a partir de la doctrina del dominum eminens, cuyo contenido, si no es totalmente original de este período histórico, constituye una de sus principales aportaciones.

Conviene, sin embargo, hacer aquí una breve referencia a la etapa histórica anterior en la medida en que el pensamiento jurídico medieval había llevado a cabo una interesante teorización sobre el tema de los derechos

²⁹ La obra ha sido recientemente reeditada, con la citada presentación de Jordana de Pozas, por el antiguo IEA, Madrid, 1977.

³⁰ Op. cit., p. 21-22.

³¹ Op. cit., p. 53; también GARCÍA TREVIJANO, op. cit., p. 159-160.

³² Vid. VILLAR PALASÍ: *Poder de policía*, op. cit., p. 34; BAENA, op. cit., p. 54-56.

³³ BAENA, op. cit., p. 56 y sigs., en especial p. 67; existe una edición facsímil, Banchs Editor, Barcelona, 1975.

adquiridos (jara quaesita, wohlermorbene Rechte) que constituían, como se sabe, la misma textura del Derecho en la concepción germánico-medieval. De lo que se trató, en definitiva, fue de analizar la posibilidad de que el Príncipe pudiese emanar disposiciones que los contraviniesen y, al mismo tiempo, de encontrar la justificación de tal actuación. El tema, por consiguiente, era el examen de la validez de los llamados — siguiendo el modelo de las fuentes romanas — rescriptos contra las, entendiendo la palabra *ius* en un sentido amplio comprensivo no solamente de lo que podríamos llamar el Derecho positivo, sino también el *ius divinum, naturale ac gentium*, dentro de cuyo ámbito se encontraban precisamente comprendidos los derechos adquiridos.³⁴

Desde esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que solamente frente a las leyes positivas del Reino el Príncipe podía aparecer dotado de la plenitud potestatis que le permitía modificarlas o derogarlas sin intervención de las Cortes, y ello con la sola condición de introducir en su mandato una serie de cláusulas formales que manifestaban precisamente esta intención: *ex certa scientia, motu proprio, de plenitudine potestatis, de imperio real absoluto...etcétera*. Son muchos los textos medievales en donde se consagra esta situación; Tomás y Valiente ha mencionado recientemente uno muy expresivo de Juan II de Castilla del año 1439 en el que dirigiéndose a altos dignatarios de su corte, les recuerda que “tan grande es el derecho del poder del rey, que todas las leyes y todos los derechos tiene so sy...”.³⁵ De todas formas, debo añadir enseguida que, como recientemente señalaba Nieto³⁶ en un documentadísimo trabajo, las fuentes jurídicas bajomedievales ofrecen una superposición, de textos contradictorios reflejo de la tensión política existente entre el rey y las Cortes. En todo caso lo que sí puede decirse aquí de manera global — y ello ha sido, por lo demás, repetidamente señalado — es que el rey medieval se hallaba absolutamente sometido al Derecho, incluyendo, por supuesto, a su propio Derecho, es decir, a ese conjunto normativo que salía continuamente de sus manos y que le obligaba mientras estuviese en vigor. La tesis de la (auto) vinculación del monarca medieval es hoy en día de general aceptación; y es que no debe olvidarse que la conservación y protección del Derecho era justamente lo que daba sentido a su función, era su *iustitia*. Precisamente desde estos supuestos

³⁴ Sobre el tema la excelente monografía de U. NICOLINI: *La proprietà il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milán, 1952.

³⁵ TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 286; G. DE VALDEAVELLANO: *Curso de Historia de las Instituciones españolas*, 5.ª, ed., Rev. de Occidente, Madrid, 1977, p. 427, cita el hecho de que las Cortes de Valladolid de 1442 habían llamado la atención de Juan II sobre tal proceder. Sin embargo, durante su mismo reinado el Ordenamiento de las Cortes de Olmedo de 1445, decretado para la interpretación y aclaración de algunas leyes de las Partidas, formuló explícitamente el principio absolutista de que los poderes del rey son superiores a las leyes.

³⁶ NIETO: *El Derecho como límite del poder en la Edad Media*, “RAP”, 91, 1980, p. 7 y sigs.; en especial p. 49 y sigs.

el mundo medieval supo transformar el sentido del principio heredado de las fuentes romanas según el cual el rey es *legibus solutus*: la voluntad del rey no es la ley, sino que el rey ha asumido la ley en su voluntad.³⁷

Como ya se ha afirmado antes, el poder real encontró, por el contrario, en los derechos adquiridos, un límite absoluto en cuanto que éstos se consideraban incluidos en el ámbito del Derecho natural inmune a cualquier injerencia del monarca.³⁸ De esta constatación parte precisamente toda la doctrina del *rescripto* que tan magistralmente ha expuesto Nicolini. Respecto del *rescripto* contrario al *ius naturale* debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los juristas medievales opera la equiparación escolástica entre el *ius naturale* y el *ius divinum*, estableciendo para ambos el mismo régimen. Por otro lado, tampoco debe olvidarse que en el marco de la polémica sobre la delimitación conceptual del Derecho natural éste viene también identificado con mucha frecuencia con el propio *ius gentium*. La práctica identificación de los tres tipos de Derecho nos consiente poner de relieve — ha escrito Nicolini³⁹ — que la propiedad privada, considerada como instituto de Derecho natural y de Derecho de gentes, obtiene en el pensamiento de la doctrina jurídica intermedia las mayores garantías; tan grande era el deseo de frenar el arbitrio de la actividad soberana, a la cual, por otro lado, y en base al bien público, no se le negaba la posibilidad de injerirse, dentro de ciertos límites, en la esfera del dominio. En este sentido es necesario señalar cómo en toda la doctrina del *rescripto* está siempre presente la posibilidad de intervención del príncipe en los derechos adquiridos con tal que existiese justa causa para ello, que es tanto como decir que el *rescripto contra ius (gentium)* es válido

³⁷ Cfr. sobre este tema la conocida obra de F. KERN: *Recht und Vergassung im Mittelalter* (1919), reimpresión en *wiss Buchgesellschaft, Darmstadt*, 1976, p. 67 y sigs., ha señalado este autor que en tiempos normales existía la presunción de que todas las actividades del monarca se realizaban de acuerdo con el Derecho y con el sentimiento jurídico de la comunidad. Para la comprensión de esta idea Kern ha puesto de manifiesto que en el Medioevo no existe una radical contraposición entre soberano y pueblo en la medida en que ambos se integran en el Derecho colaborando a su creación y protección. De esta forma, y hasta prueba en contrario, tanto es Derecho lo que sale del rey como lo que sale del pueblo, en esto está precisamente la causa de una falta de delimitación clara de las funciones a cumplir por ambos en lo que a la creación y conservación del mismo se refiere (p. 77 y sigs.). Vid. también MARAVALL: *Estado moderno y mentalidad social*, II, 1972, p. 406, op. cit. por NIETO, p. 52, y VILLAPALOS: *Los recursos contra actos de gobierno en la bala Edad Media*, IEA, Madrid, 1976, p. 82 y sigs. y 205.

³⁸ Nieto ha afirmado que “en la secular historia de las relaciones entre el príncipe y los particulares constituyen los derechos adquiridos la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al poder del Soberano”. Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa, “RAP”, 38, 1962, p. 70. Sobre el tema, ARINO: *Derecho del Rey, Derechos del pueblo*, en *Actas II Symposium*, op. cit., p. 65 y sigs. y 72 y sigs. VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, op. cit., p. 107-108. También KERN: *Recht und Verfassung*, op. cit., p. 83. Puede recordarse aquí, por lo demás, la afirmación de O. MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, op. cit., p. 31, de que la noción de derecho adquirido se contrapone, por una parte, al concepto de libertad general que corresponde a cada uno y por otra, a las meras posibilidades de ganancia o provecho que el Ordenamiento abre. *Ius quaesitum* — dice (y con ello sigue la conocida definición de PÜTTER: *Institutiones*, op. cit., lib. III, cap. I, 119) — es un derecho basado en un título jurídico especial (*auf besonderen Rechtstitel gegründete Recht*).

³⁹ Op. cit., p. 167.

si ha sido emanado *cum causa rationali*.⁴⁰ La colisión — por utilizar aquí la misma expresión de O. Mayer — de un derecho adquirido con una finalidad de utilidad pública constituía causa suficiente para eximir al Príncipe de su vinculación a aquél. Entonces la propiedad podía ser expropiada, el privilegio suprimido y el contrato roto. Y todo ello merced a un derecho de soberanía que se escondía bajo las expresiones *ius eminens*, *potestas*, *imperium* o *dominium eminens*.⁴¹ Con todo — y por lo que se refiere a estas últimas expresiones — conviene señalar que Nicolini⁴² ha rechazado el planteamiento de que los juristas medievales fundasen la potestad soberana de expropiación en el llamado *dominium eminens* que para él es una expresión totalmente extraña a la literatura jurídica intermedia; del dominio eminente — afirma — se hablará por primera vez en las obras de Grocio y de sus seguidores, que en modo alguno dan al término *dominio* una connotación de propiedad, sino que más bien viene considerado como un aspecto de la soberanía (si se puede hablar de este modo), que se refiere a los bienes de los súbditos y se manifiesta principalmente en el derecho de expropiación que corresponde en realidad, según Grocio y su Escuela, a la comunidad o a la autoridad que la representa en base al pacto social. En definitiva, para Nicolini la construcción jurídica de la expropiación antes que en el concepto de *ius eminens* — producto de la reelaboración doctrinal de la Escuela de Derecho Natural — hay que buscarla en el pensamiento jurídico intermedio precisamente en la posibilidad del Príncipe de dictar rescriptos contra *ius gentium* en base a una justa causa. Parece como si los juristas medievales al plantearse el problema de la validez y eficacia de rescripto contra *ius gentium* no tuviesen otra intención que plantear el problema práctico de

⁴⁰ Exigencia claramente establecida en la conocida regulación de las Partidas: Ley II tít. I, Partida 2.ª y Ley XXXI, tít. XVIII, Partida 3.ª Vid. ARIÑO, op. cit., p. 66, VILLAPALOS, op. cit., p. 206 y nota 523; NIETO: El derecho como límite, op. cit., p. 52-53. Con todo NICOLINI, op. cit., p. 195, ha afirmado (como, por lo demás, ya lo había hecho notar G. Meyer en el siglo pasado; vid. más adelante nota 44) que el verdadero instituto de la expropiación ha sido elaborado exclusivamente por la doctrina jurídica intermedia a partir de algunas disposiciones contenidas en el *Corpus iuris*. La inexistencia de justa causa en el ataque a la propiedad de los súbditos convertía al rescripto o carta real en carta desautorada que no producía efectos, debía ser obedecida, pero no cumplida según la conocida fórmula de nuestro Derecho histórico. (Así las leyes recogidas en el lib. III, tít. IV de la Novísima Recopilación: por ejemplo, las leyes II, III, IV, etc., “Muchas veces — se lee, por ejemplo, en la Ley IV — por importunidad de los que nos piden algunas cartas, mandamos dar algunas cartas contra Derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley 6 fuero 6 Derecho, que tal carta sea obedecida y no cumplida...” Vid. TOMÁS Y VALIENTE, op. cit., p. 291 y sigs., GARCÍA DE ENTERRÍA, I, op. cit., p. 306, NIETO: El Derecho, op. cit., p. 54 y sigs. También NICOLINI, op. cit., p. 182, que señala que aunque de derecho se exija la causa, de hecho se debe prestar obediencia (*quantum ad observantiam*) también a una orden contra *ius gentium* emanada *sine causa* en cuanto que todo acto del Príncipe por presunción absoluta se basa en una justa causa. “Tal presunción — escribe el autor italiano — no hace desaparecer el requisito de la causa, sin la cual el príncipe no puede de iure disponer contra el Derecho de gentes, ella opera sólo *quantum ad observantiam* del rescripto y tiene, según Cino de Pistoia, el solo efecto de negar también en vía teórica la posibilidad, ya prácticamente inexistente, de rebelarse contra la voluntad del príncipe”.

⁴¹ O. MAYER, op. cit., p. 33.

⁴² Op. cit., p. 196 y sigs.; por lo que al concepto de *ius eminens* en la Escuela de Derecho Natural se refiere, p. 107 y sigs.

la legitimidad y los límites de la expropiación.⁴³ El primero que puso de relieve la importancia de la doctrina del rescripto contra ius para explicar históricamente el instituto expropiatorio fue G. Meyer en una monografía hoy clásica publicada en 1868 y todavía de una gran utilidad para entender todos estos problemas. Es claro que aquí nos debemos limitar a su cita.⁴⁴

Refiriéndonos ya a la etapa histórica absolutista, ha sido justamente señalado que si el poder del Príncipe, en su forma de *ius politiae*, había tenido que detenerse ante los derechos adquiridos, ahora la generalización de la técnica del dominio eminente le va a permitir una injerencia en este terreno, prescindiendo, por supuesto, de toda posible intervención de los estamentos.⁴⁵ Fue la literatura *iusnaturalista* del siglo XVII la que — como va quedó apuntado — llevó a cabo la elaboración doctrinal del concepto, encontrando precisamente su fundamento en el contrato social; originariamente — escribía Grocio⁴⁶ —, los bienes eran comunes a todos los hombres; sin embargo, caído el hombre de la primitiva *simplicitas*, se vino a la distinción de los bienes en diversas propiedades. No obstante, en todas las cosas permanece algo así como un derecho común a todos los hombres aunque ello pueda parecer extraño, y en caso de necesidad el derecho que corresponde a todos de usar los bienes, revive en cada uno. Este es, para Grocio, el fundamento ideal e histórico del derecho de todos a servirse de las cosas pertenecientes a uno; derecho que en cuanto perteneciente a la comunidad se le denomina dominio eminente. Dominio eminente que, según Grocio y Pufendorf era, sin duda alguna, un derecho de soberanía y no un derecho de propiedad; para el segundo era precisamente la potestad que corresponde al Estado sobre las cosas de los ciudadanos por causa de utilidad pública.⁴⁷ Es conveniente señalar ya desde ahora que algunos autores prefirieron mejor la expresión *potestas eminens*, pues les parecía peligroso hablar de *dominium* — que siempre recordaba a la propiedad — en un poder de naturaleza jurídico-pública que correspondía al Príncipe.⁴⁸ En 1798, en un conocido dictamen, la Facultad de

⁴³ Op. cit., p. 198-199 y p. 201-202.

⁴⁴ G. MEYER: *Das Recht der Expropriation*, "Verlag der Serigschen Buchhandlung", Leipzig, 1868 cuya primera parte (p. 9-159) está precisamente dedicada al desarrollo histórico del instituto expropiatorio. Aquí se encuentra la idea — que hemos visto afirmada modernamente por Nicolini (nota 40) — de que la teoría de la expropiación es obra de los juristas italianos del Medioevo bajo la influencia del Derecho romano (p. 76).

⁴⁵ FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10.ª ed., I, Beck, Munich, 1973, p. 23.

⁴⁶ *De iure belli*, lib. 2, cap. 2, par. 2 y sigs., citado por NICOLINI, op. cit., p. 108, cuya interpretación sigo en el texto. Ya G. MEYER había escrito refiriéndose a GROCIO: *Auch für die Weiterbildung der Expropriationslehre muss aus epochemachend angesehen werden* (p. 119).

⁴⁷ Todo esto en NICOLINI, op. cit., p. 108-109. Allí la cita exacta de PUFENDORF.

⁴⁸ Vid. NICOLINI, op. cit., p. 109-110. FORSTHOFF, op. cit., p. 23, parece, sin embargo, reservar la expresión *potestas eminens* al título jurídico que justificaba la intervención en las libertades de los súbditos, mientras que la de *dominium eminens* la refiere al orden de la propiedad. Ambas nociones — escribe FORSTHOFF — confluyen en el concepto superior de *ius eminens*, el cual se convierte en el denominador común de la amplia autoridad administrativa del Príncipe.

Derecho de la Universidad de Halle, admite la intervención en los derechos adquiridos, siempre que ello se realice en base al bien común.⁴⁹

Toda esta construcción del dominio eminente hace que apenas existan ya diferencias entre las intervenciones en el campo de los derechos adquiridos (propiedad) y las intervenciones en el campo de la libertad de los súbditos legitimadas en la idea de Policía. Bien es verdad que en un principio la doctrina reservó el ejercicio del dominio eminente a los casos extraordinarios, a supuestos de urgente necesidad (así, por ejemplo, ésta es la posición de Pufendorf). Sin embargo, ya en momentos posteriores se admitió sin más que el dominio eminente permite la intervención en los derechos adquiridos siempre que ello contribuya a la promoción del bien común (así, por ejemplo, en Pütter); el dominio eminente se convertía así, sencillamente, en un derecho del poder estatal,⁵⁰ que, sin embargo, según la opinión mayoritaria, se veía sometido en su ejercicio — cuando éste supusiese para el afectado un sacrificio especial — a la obligación de indemnizar (así, por ejemplo, Pütter, Moser, von Berg, Leist).

IV La doctrina del Fisco como técnica de protección frente a la intervención. Sentido original del concepto. La interpretación de la doctrina del Fisco por O. Mayer y su escuela. La revisión moderna de la doctrina del Fisco: Bullinger y Rűfner

Una descripción de los conceptos de Policía y dominio eminente como conceptos legitimadores de la intervención autoritaria en el Absolutismo, por muy general que sea, hace necesaria una referencia — siquiera sucinta — a la llamada doctrina del Fisco, elaborada por los juristas germanos del Estado policía a mediados del siglo XVIII⁵¹ con la finalidad de construir un centro abstracto de imputación de relaciones jurídico-patrimoniales distinto y separado de la persona del Príncipe absoluto; construcción, que según la interpretación tradicional, tuvo el importantísimo efecto de posibilitar el control

⁴⁹ KLEIN, E. F.: Merkwürdige Rechtsstrüche der Halischen Juristen-Fakultät, IV, 161; SCHMALZ, T.: Nene Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle. Entscheidungen der Hallischen Juristen-Kakultät, I, 126, que cita otro dictamen de la misma Facultad de marzo de 1805. Las citas en H. U. ERICHSEN: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, Athenäum, Frankfurt, 1971, p. 46.

⁵⁰ FORSTHOFF: op. et loc. cit.; ERICHSEN: op. et loc. cit., STÖDTER, R.: Öffentlichrechtliche Entschädigung, Hamburgo, 1933, p. 59. Sobre la evolución del concepto: G. MEYER, op. cit., p. 121 y sigs.; STEIN: Die Verwaltungslehre, 7, op. cit., p. 173 y sigs.; O. v. GIERKE: Johannes Althusius, reimpresión Scientia, Aalen, 1968, p. 295-296. Para NICOLINI, op. cit., p. 110, sin embargo, el dominio eminente no es sencillamente identificable con el poder estatal, sino que desde un punto de vista más concreto es la atribución de un nombre al derecho de expropiar universalmente admitido, una etichetta nueva — dice — per cose vecchie. Para el autor italiano en la doctrina iusnaturalista la cuestión del dominio eminente se funde con el poder de expropiación: más aún el dominio eminente — concluye (p. 111) — é il diritto stesso di spropio, isolato del complesso dei poteri statali e chiamato con un neme speciale. En el mismo sentido se ha pronunciado ERICHSEN, op. cit., p. 50, para el que el dominio eminente encontró su expresión jurídico-positiva en los parágrafos 74 y 75, Einl-ALR, vinculados a la obligación de indemnizar, y hoy vive en los institutos del sacrificio (Aufopferung) y de la expropiación (Enteignung).

⁵¹ NEBINGER: Verwaltungsrecht, 2.ª ed., Allg. Teil, Stuttgart, 1949, p. 33-34, da la fecha de 1748.

judicial de las actividades de este último en el campo privado. En este sentido puede decirse que así como la doctrina de la Policía y del dominio eminente aparecen en el Estado absoluto como instrumentos legitimadores de la intervención en la esfera jurídica de los súbditos, la doctrina del Fisco pretendió, por el contrario, siempre según la tesis tradicional, configurarse como una técnica de protección frente aquélla. La doctrina, mucho más vieja, de los *iura quaesita* se vería así reforzada con la nueva construcción en su función de garantía de la esfera jurídico-patrimonial de los particulares.

El concepto de Fisco fue extraído del instrumentarlo jurídico del Derecho romano en el que aquél venía a significar originariamente la caja donde iban a parar los ingresos imperiales (*fiscus Caesaris*), en contraposición al *aerarium* o caja del Senado.⁵² Hasta qué punto el *fiscus* romano constituía una persona jurídica — como afirma, por ejemplo, O. Mayer — es algo en lo que no podemos entrar ahora dadas, sobre todo, las contradictorias respuestas que nos ha proporcionado la doctrina;⁵³ lo que si se puede afirmar aquí es que el *fiscus* gozará desde el comienzo de una serie de ventajas jurídicas (*privilegia fisci*) que será precisamente lo que le caracterizará de forma esencial antes que el dato mismo de la personalidad.⁵⁴ Con este sentido lo recibe la doctrina jurídico-pública germana del siglo XVIII (Moser, Cramer, Häberlin, List), que de forma general pone sobre todo el acento en la caracterización del Fisco como caja de ingresos públicos y en los privilegios (*jura* o *privilegia fisci*) que como tal le adornan.

La función y significado concreto que la doctrina moderna ha asignado a la teoría del Fisco parte en su absoluta mayoría de la interpretación que de ella llevó a cabo O. Mayer. Según el gran maestro alemán con el desarrollo del Estado-policía los *iura fisci* pierden en importancia desapareciendo detrás de la omnipotencia del Estado y al mismo tiempo el Fisco como persona va ocupando un primer plano. Frente al dato de los *iura fisci* se destaca el de la personalidad jurídica del Fisco, susceptible de ser titular de los derechos patrimoniales del Estado, que a su vez se distinguen del patrimonio privado del Príncipe.⁵⁵ El Fisco se convierte — dice O. Mayer⁵⁶ — en un “lado del Estado”; pero este lado

⁵² Sobre la evolución histórica del concepto de Fisco, por todos, el conocido trabajo de F. VASSALLI: *Concetto e natura del Fisco*, publicado originariamente en los *Studi Senesi*, XXV, Turín, 1908, y hoy en *Studi giuridici*, v. III-I, Giuffrè, Milán, 1960, p. 39-130, más modernamente, la voz Fisco de BURDESE (referida al Derecho romano) y de CORTESE (referida al Derecho intermedio), en la *Enciclopedia del Diritto*, XVII 1968, p. 673 y sigs. y 676 y sigs., respectivamente. En el ámbito jurídico germano HATSCHEK: *Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche*, “*Verw Arch*”, 1899, p. 447 y sigs.

⁵³ Por todos, VASSALLI, op. cit., p. 62 y sigs.

⁵⁴ Cfr. VASSALLI, op. cit., p. 81 y sigs., BURDESE, op. cit., p. 675-676 entre nosotros GARCÍA TREVIJANO, I, op. cit., p. 26-27; VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, op. cit., p. 114-121.

⁵⁵ La interpretación de MAYER en *Verwaltungsrecht I*, op. cit., p. 49 y sigs., también en la versión francesa, *Le Droit administratif allemand*, I, Giard-Brière, París, 1903, p. 55. Cito según la versión alemana.

⁵⁶ Op. cit., p. 50.

era reconocido y configurado como persona jurídica antes que se reconociese tal cualidad a la totalidad del mismo. Según el maestro alemán, el Fisco es según su naturaleza un *gewöhnlicher Privatman*, una persona particular corriente que está sometida en sus relaciones a las reglas del Derecho y procedimiento civiles. El Estado en cuanto tal — argumentaba Mayer — no tiene patrimonio; por eso posee el poder autoritario, el poder general de ordenanza. El Fisco, por el contrario, es un súbdito (*per Fiskus ist Untertan*); el Estado ordena al Fisco, le impone cargas, le obliga al pago igual que a los demás súbditos. El Estado — continúa nuestro autor — no puede someterse a sus Tribunales y el Derecho civil no vale para él; sólo con la construcción de una persona jurídica secundaria podrían encontrar aplicación el Derecho civil y el Derecho procesal civil. Y con la construcción de esta persona jurídica secundaria fue posible a la antigua teoría del Fisco de compatibilizar lo incompatible.⁵⁷

Según la clásica interpretación de Mayer la *Fiskuslehre* proporcionó, pues, al súbdito la posibilidad de demandar al Príncipe ante sus propios Tribunales en la persona del Fisco, con tal que la relación litigiosa tuviese carácter patrimonial. Por consiguiente, el Derecho privado, cuya aplicación era competencia inmediata de los Tribunales ordinarios, era el encargado de regir las relaciones patrimoniales entre el súbdito y el Príncipe (o, si se quiere, el Estado). Solamente se excluía su aplicación cuando el Estado actuase como tal, es decir, mediante la autoridad y la coacción. Donde se ordena y se coacciona — escribe Mayer — allí está el Estado, el resto es el Fisco.⁵⁸

Sin embargo, la aplicación de la doctrina del Fisco no se limitó al ámbito estricto de las relaciones patrimoniales, contractuales, entre súbdito y Estado, sino que también possibilitó una protección jurídica del primero frente a los actos de autoridad, al reconocer en estos un “lado jurídico patrimonial” (O. Mayer) que permitió, aun en este caso, el sometimiento del Estado al Derecho privado y a los Tribunales ordinarios; cierto que estos últimos no tenían competencia para anular la decisión autoritaria, pues en este supuesto el Estado aparecía como tal, pero sí podían condenar a ese “lado del Estado” llamado Fisco al pago de una indemnización en favor del súbdito cuyo derecho adquirido hubiese sido lesionado por una disposición de la autoridad.⁵⁹ Esta interpretación — ha señalado Forsthoff⁶⁰ — era obvia para el pensamiento de la Ilustración

⁵⁷ O. MAYER, op. cit., p. 51, que se apoya en las obras de KOCH (1845) y PERROT (1842). Cfr. más adelante notas 72 y 75.

⁵⁸ Op. cit., p. 52. “Con lo que el Derecho civil — añade MAYER — recibe una extensión considerable.”

⁵⁹ O. MAYER, op. cit., p. 52-53. FLEINER: *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., Tübingen, 1928, reimpresión scientia, Aalen, 1963, p. 34.

⁶⁰ FORSTHOFF: *Lehrbuch*, op. cit., p. 29.

determinado por la Escuela del Derecho Natural para la que el contrato revestía una significación fundamental; así la expropiación se convertía en una venta forzosa: el Estado merced a su poder expropiaba al propietario pero al mismo tiempo se imponía al Fisco la carga de la indemnización; la relación funcional se convertía en un contrato de servicios: el Estado nombraba al funcionario merced a su poder de mando, pero antes o al mismo tiempo concertaba el Fisco un contrato con él en el que se establecía la obligación de retribución; el Estado cobraba dos veces un impuesto, entonces se permitía reclamar judicialmente contra el Fisco por enriquecimiento injusto según los principios de la *condictio indebiti*. En definitiva, cada vez que el Estado imponía al individuo un sacrificio especial, el Fisco; en virtud de un principio general del Derecho civil, se convertía en deudor de una adecuada compensación cuyo pago podía serle exigido ante los Tribunales ordinarios.⁶¹ La consecuencia de todo esto, que es tanto como decir la consecuencia de la doctrina del Fisco, fue una gran penetración de elementos jurídico-privados en el campo del Derecho público.⁶²

Debe reseñarse, por último, que una moderna dirección doctrinal alemana (Bullinger, Rűfner) ha puesto en entredicho la interpretación tradicional de la teoría del Fisco tal como nos la ha transmitido O. Mayer y, en general, por su influencia la mayoría de la doctrina (así, por ejemplo, y entre otros, Hatschek, Fleiner o Forsthoff) y ha negado que se llegase en algún momento a la personificación del mismo. Según Bullinger,⁶³ la doctrina jurídico-pública del siglo XVIII dio únicamente al Fisco el sentido originario de una caja pública a donde iban a parar los ingresos públicos;⁶⁴ dicha caja era administrada por una serie de funcionarios especiales y a la misma se le reconocían una serie de privilegios en relación con terceros (*privilegia fisci*), pero en ningún momento fue cuestión de construir una persona jurídica para hacer someter al Estado a los Tribunales, pues ello ya se conseguía mediante la distinción entre *Regierungssachen* y *Justizsachen*; estas últimas podían ser hechas valer ante los Tribunales sin que fuese necesario justificar que no se trataba del Príncipe (o del Estado), sino de una “persona particular” distinta

⁶¹ O. MAYER, op. cit., p. 53; FORSTHOFF: op. et loc. cit.; entre nosotros una breve descripción de la temática en GARRIDO FALLA, I, op. cit., p. 85-86.

⁶² Extremo que ha sido señalado tanto por O. Mayer como por Forsthoff, aunque el primero desde su especial posición metódica prefiere hablar de una significativa extensión del Derecho civil (p. 52) antes que de una penetración de instituciones civiles en el Derecho público (vid. supra nota 58). En el mismo sentido, HATSCHKE: *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 1.ª ed. y 6.ª ed., Scholl, Leipzig, 1927, p. 3. El hecho ha sido puesto también de manifiesto modernamente por GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso*, op. cit., p. 305.

⁶³ BULLINGER: *Vertrag und Verwaltungsakt*, Kohlhammer, Stuttgart, 1962, p. 204 y sigs, en especial 206 y sigs.

⁶⁴ BULLINGER, op. cit., p. 206.

de él a la que se denominaba Fisco. Lo único decisivo era que la actividad del Príncipe, autoritaria o no, hubiese lesionado un derecho adquirido de sus súbditos.⁶⁵ Con su interpretación, Bullinger no hace otra cosa que integrar la realidad jurídica germana de aquel tiempo en la existencia en otros países, negándole la posibilidad de haber construido una doctrina del Fisco como persona jurídica que — según la interpretación tradicional — significó un paso decisivo en el sometimiento del poder al Derecho en el marco del Estado policía.

Rüfner,⁶⁶ por su parte, también ha puesto de manifiesto la falta de adaptación a la realidad histórica de la doctrina del Fisco en la versión — hoy dominante — que de ella dio O. Mayer y que limitó su virtualidad al campo estricto de las relaciones patrimoniales en cuanto tales o como aspecto o consecuencia de una decisión autoritaria. Si el concepto de Fisco facilitó la presencia del Estado en el proceso, no es menos verdad que no era absolutamente necesario para garantizar a los súbditos una protección jurídica contra la actividad de aquél.⁶⁷ Señala Rüfner cómo en la etapa histórica analizada era perfectamente posible recurrir contra los actos de las autoridades inferiores únicamente por ilegalidad de alguno de sus actos sin hacerse cuestión de ninguna responsabilidad patrimonial; en los expedientes del tiempo a veces aparecen los funcionarios personalmente, pero otras veces es el Estado bajo la denominación de Fiskus. En este último caso, sin embargo, el Fisco no aparecía — como quiere la interpretación tradicional — como la “cabeza de turco” del Estado (Prügelknabe des Staates) encargado de hacer frente a las responsabilidades patrimoniales del mismo, sino que — según se ha dicho — los procesos contra el Estado en su mayor parte no versaban sobre indemnizaciones a pagar (como era el caso relativamente raro — según nuestro autor — del ejercicio del *ius eminentis* que, en cuanto medida del soberano, no podía ser recurrido), sino sobre la legalidad de una medida que en ejercicio del poder de policía hubiese sido dictada por cualquier autoridad inferior al monarca.⁶⁸ “La protección jurídica contra la Administración — escribe Rüfner⁶⁹ — no se limitaba, por consiguiente, a reclamaciones jurídico-civiles ni a pretensiones de indemnización adornadas de este mismo carácter. Una restricción semejante se llevó a cabo por primera vez más bien a lo largo del siglo XIX.” Decisivo en la época

⁶⁵ BULLINGER, op. cit., p. 210, 212, 236.

⁶⁶ RÜFNER: *Verwaltungsrechtsschutz in Preussen von 1749 bis 1842*, Bonn, 1962, p. 169 y sigs., en especial p. 172 y sigs. y también p. 55-56 y 63-64.

⁶⁷ RÜFNER, op. cit., p. 172.

⁶⁸ RÜFNER, op. cit., p. 173, donde fundamenta la posibilidad de control de las medidas dictadas por los funcionarios del monarca. *Der Gedanke* — escribe — *dass die Handlungen landesherrlicher Beamter denen des Landesherrn völlig gleichzustellen seien, trat im 18. Jahrhundert noch nicht hervor. So hestand kein Anlass, derr Rechtsschutz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts grundsätzlich zu verweigern.* Vid. también ERICHSEN, op. cit., p. 94 y sigs.

⁶⁹ Op. cit., p. 56. RÜFNER cita a BERG y a STRUBE en su apoyo.

analizada — y aquí Rűfner coincide con Bullinger — era la existencia de una Justizsache⁷⁰ y ello venía determinado por la lesión de un Derecho subjetivo (con la citada excepción de una medida directa del Príncipe en ejercicio de su *ius eminens* en cuyo caso el Tribunal no podía controlar la medida en cuanto tal y sólo era cuestión de la indemnización⁷¹ a conceder al súbdito, siendo este precisamente el significado de la máxima *dulde und liquidiere*).

Para nuestro autor⁷² la expresión Fisco viene usada en el siglo XVIII en un sentido muy amplio; en Prusia — afirma — Fisco significa prácticamente Estado. El concepto no se limita al Estado como sujeto de derechos privados o patrimoniales. En el proceso (cuando no se menciona en concreto la autoridad administrativa) el Estado se denomina siempre Fisco con lo que se evita que en el litigio se vea personalmente demandado el soberano. En todo caso la protección jurisdiccional no se hace depender del reconocimiento del Estado como una persona jurídico-privada.⁷³

Rűfner⁷⁴ resume en tres motivos la inexactitud de la teoría del Fisco tal como ha venido siendo formulada por la doctrina tradicional: 1) Los Tribunales no estaban limitados en principio al campo del Derecho privado; no tenían ninguna significación para su competencia la división entre Derecho público y Derecho privado. 2) Las disposiciones de los funcionarios — especialmente de los inferiores — no eran equiparables a las del rey, contra las que no había ninguna protección jurídica. 3) Contra la actuación de los funcionarios no sólo era posible una acción de resarcimiento, sino también, y sobre todo, un recurso de anulación semejante al actual.⁷⁵

De los análisis de Bulinger y Rűfner se deduce — y ellos mismos se encargan de constatarlo — que O. Mayer con sus afirmaciones no ha

⁷⁰ Cfr., por lo demás, las matizaciones que hace RűFNER, op. cit., p. 56-59 y 173, sobre el hecho de que en los territorios alemanes muchas Justizachen eran conocidas en cuanto tales por autoridades administrativas (Kammern); lo que, según nuestro autor, no significaba en modo alguno una denegación de justicia dada la especial estructura del Estado absoluto.

⁷¹ Op. cit., p. 174: indemnización que — según RűFNER — no venía considerada de forma general como compensación o pago jurídico-privado proveniente de una venta forzosa o algo semejante. El que la privación de derechos adquiridos privados obligase al soberano a indemnizar era — según nuestro autor — un principio del Derecho público alemán.

⁷² Op. cit., p. 63.

⁷³ La consideración del Estado en una doble virtualidad de titularidad de derechos de soberanía, por un lado, y de Fisco como persona jurídico-privada, por otro, aparece por primera vez expresamente formulada en el siglo XIX, RűFNER (p. 64, nota 11 y p. 175 nota 24). Cita significativamente a Koch en cuya obra dicha consideración aparece ya particularmente clara. Ya sabemos (vid. nota 57) que Koch es uno de los autores en los que se había basado O. MAYER en su interpretación de la teoría del Fisco.

⁷⁴ Op. cit., p. 174.

⁷⁵ Afirma RűFNER (p. 182) que no puede considerarse a Perrot como representante de la teoría del Fisco tal como nos lo quiere presentar O. MAYER: *Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 51, nota 25, ya que aquél distingue perfectamente entre actos soberanos del poder estatal — contra los cuales sólo cabe una reclamación de indemnización — y actos de las autoridades administrativas susceptibles de impugnación en cuanto tales. RűFNER hace un detenido examen de la obra de PERROT en p. 178-182.

hecho justicia a la Administración del período absolutista. El que el Estado en cuanto tal no estaba sometido a ningún control jurídico — ha escrito Rűfner — es una idea que se impone únicamente a lo largo del siglo XIX en Alemania. La pretensión de poder del Estado — continúa nuestro autor — era en el siglo XVIII, a pesar del absolutismo, esencialmente modesta. El poder del Príncipe absoluto no era — por utilizar una expresión de Anschűtz — “señor del Derecho y de todos los derechos señor”. La creencia de que frente al Estado no podía existir ningún derecho del súbdito es algo — concluye Rűfner — completamente ajeno al siglo XVIII.⁷⁶

Policy and the Eminent Domain as Techniques of Intervention in the Pre-Constitutional State

Abstract: This article deals with to the power of policy and the eminent domain as techniques of intervention in the pre-constitutional State. Initially, the private law is distinguished from administrative law ahead of a historical perspective. It is discoursed concerning the absolute power concentration, at the hands of the prince, of the policy power and the birth of the modern State. One approaches on the absolute State and its technique of intervention in the private legal sphere. One mentions concerning the doctrine of the treasure and its conceptions in the Roman law and the modern doctrine. Interpretations of some authors concerning the doctrine of the treasure are cited. Finally, reasons of the inexacting of the doctrine of the treasure are pointed according to modern doctrine.

Key words: Power of policy. Eminent domain. Techniques of intervention in the pre-constitutional State. Absolutism. Modern state. Intervention in the private legal sphere. Doctrine of the treasury.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 39-60, out./dez. 2009.

Recebido em: 04.06.09

Aprovado em: 24.11.09

⁷⁶ Op. cit., p. 185-186 NEUSSER — que defiende la interpretación tradicional de la teoría del Fisco — ha afirmado que las conclusiones de RűFNER necesitan una investigación más amplia; vid., voz Fiskus, en “Hd. zur D. Rechtgeschichte”, I, 1971, p. 1138.