

SOBRE EL ORIGEN DE LA "TEORIA DEL FISCO" COMO VINCULACION PRIVATISTA DEL PRINCIPE

EDUARDO SOTO KLOSS

Profesor Auxiliar de la cátedra de Derecho Administrativo. Depto. de Ciencias de la Administración Pública y D. Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Introducción(*)

En la Alemania del siglo XVIII, absolutista e ilustrada, era posible observar una situación un tanto diferente de aquella de Inglaterra y Francia por la misma época. El monarca (1) —que detentaba directamente la soberanía y se constituía en el sujeto de la administración estatal— contaba, en principio, con poderes cuasi omnímodos, ya en el orden de los bienes, ya en el orden de las libertades individuales. El disponía de un verdadero dominio eminente ("ius eminens") para todo lo

(*) Estas notas sobre el origen de la llamada "Fiskustheorie" son parte de una obra que el autor tiene en preparación sobre "El nacimiento de la Administración como Poder y su vinculación al Derecho".

Valga prevenir que fue en el denominado "Estado de Policía" ("Polizeistaat") —forma política del tardo monarquismo absoluto— donde se dio concretamente el artificio garantístico germánico del "Fisco", como modo de tutela jurisdiccional de los súbditos frente a los embates del Poder; remitimos en cuanto se refiere a dicha forma política —eminente administratizante— a nuestra obra, de próxima publicación, y a la bibliografía sumaria que damos al final de estas notas.

(1) Al hablar de "monarca" o "príncipe(s)" refiriéndose al Sacro Imperio Romano Germánico ha de entenderse el "soberano territorial", de los innumerables principados, o reinos, o ducados, o margresados (margrave von Brandenburg, v.gr.), en que atómicamente se dividía tal imperio, y que eran soberanos dentro de esas divisiones geográfico-políticas. Dentro de esa división sobresalían especialmente Prusia, Sajonia y Baviera, que poseían el mayor poderío institucional, económico y militar. Al decir "Alemania" debe comprenderse más como expresión geográfica que no política; al terminar la llamada guerra de los 30 años, el Imperio se había "desintegrado" en más de 350 Estados, muchos pequeños, grandes los menos, minúsculos los más.

necesario en orden a la "salutis publica causa", pudiendo incluso intervenir largamente en los derechos individuales de los súbditos (2). Al mismo tiempo, sin embargo, se había ido estableciendo una cierta separación orgánica de las autoridades propiamente administrativas de aquellas judiciales, formando éstas los llamados "tribunales territoriales", encargados de la decisión de los litigios civiles y criminales (3). En estas autoridades judiciales, precisamente, encontrarán los súbditos un refugio donde asilarse en su lucha por la protección de sus intereses, y a través de un expediente hallado en el derecho romano: fue así que nació la llamada "teoría moderna del fisco".

Sabido es que el soberano era absolutamente irresponsable en aquella concepción del "Estado de Policía" ("Polizei-staat"), estaba fuera de toda posibilidad de ser alcanzado por un juicio respecto a su gestión de gobierno y de administra-

(2) "La puissance publique, devenue sans bornes, est exercée par le prince en personne, et, au-dessous de lui, en son nom et au nom de l'État en meme temps, par des fonctionnaires de toutes sortes". "C'est au prince qu'appartient en propre la tâche immense de poursuivre le but de l'État. Si la nature humaine le permettait, seul il ferait tout. Ainsi, il reste tout au moins le principe qu'aucun objet de l'administration publique n'est exclu de son activité immédiate. Des affaires plus importantes lui sont réservées; il s'empare des moins importantes à mesure qu'elles frappent son attention". *Otto Mayer: "Le droit administratif allemand", 4 vol., Giard-Brière. Paris, 1903, vol I, pág. 44.*

(3) Subsistía, no obstante, el llamado derecho de dictar las llamadas "decisiones de fuerza" ("Machtspruch"), por medio de las cuales el monarca intervenía en el procedimiento judicial, fuera éste de tipo civil o criminal; no hay que olvidar que los jueces no eran sino delegatarios del monarca territorial, y que éste podía avocarse en cualquier momento esa función judicial. Estas intervenciones reales fueron desapareciendo completamente hacia fines del siglo XVIII, como una reacción —especialmente en Prusia— a los abusos de este instrumento en manos del príncipe, situación compleja de explicar históricamente, pero que permitirá a las jurisdicciones devenir un poder realmente independiente y llevar su competencia hasta conocer de los actos del soberano mismo, e incluso hasta en su gestión propiamente de "policía". Es interesante hacer notar cómo la concentración del Poder absoluto en manos del monarca territorial sufrió su primera brecha con la progresiva independización de los tribunales, para transformarse en los defensores del orden jurídico ("objetivo", que, en general, comprendía en un primer momento el "ius privatum" y el derecho criminal, para integrar luego en sí, también, a los llamados "justizmässige Polizeischen"; ver contenido de esta última noción, más adelante en el texto).

ción: "in Polizeisachen gibt es keine Appellation" (4). En consecuencia, los súbditos estaban en un desamparo jurídico bastante acentuado frente a los perjuicios que pudiera producirles su administración; para paliar esta indefensión, los juristas recurrieron al artificio de "crear" una persona moral (ficticia), estatal, sujeto —ella sí— de imputación por parte de los súbditos perjudicados en sus intereses o derechos por la acción gubernamental o de sus representantes.

I. *Garantías y arbitrariedades anteriores a la concepción de la "Fiskustheorie"*

Antes de entrar a referirnos concretamente a la llamada teoría del fisco aparece indispensable describir, sumariamente, ciertos aspectos de las defensas jurídicas (rudimentarias, ciertamente) con que el particular-súbdito contaba a la época.

Frente al ejercicio de la prerrogativa del Príncipe (monarca), el particular podría haber recurrido ante el "Reichskammergericht", o tribunal del Imperio (5), que tenía a su cargo

(4) Esto es en principio, pues como se verá en el texto, en tiempos del auge del "Reichskammergericht" (supremo tribunal imperial), existía la posibilidad —al menos jurídica— de impugnar ciertos actos, incluso emanados de la llamada "prerrogativa", esto es lo que Otto Mayer describe como "droits de supériorité des princes" (ob.cit., pág. 23), y posteriormente, aun cuando dicho tribunal imperial perdió su competencia —fruto de la decadencia del poder imperial— los tribunales territoriales asumieron paulatinamente ese control hasta enfrente de tales actos, en la medida que significaban un perjuicio pecuniario para un súbdito.

(5) Este tribunal imperial, creado hacia fines del siglo XV, gracias a la todavía poderosa estela de los Emperadores del sacro imperio romano germánico, tenía por objeto tutelar, en la medida de lo posible —dada la compleja situación política del imperio—, a los súbditos frente al uso abusivo de la prerrogativa de los monarcas, soberanos territoriales, defender a aquéllos de las arbitrariedades y excesos en el ejercicio del Poder de éstos.

La competencia del tribunal imperial se refería a dos órdenes de actividades, la una: en cuanto jurisdicción suprema le permitía conocer de las apelaciones formuladas en contra de las sentencias (actos jurisdiccionales) de los tribunales territoriales, o del propio monarca territorial (que poseía la atribución jurisdiccional y que podía 'avocarse' una causa, u 'ordenar' —simplemente— que se fallara de un modo determinado); la otra, se refería al control que él ejercía respecto al Poder mismos de los príncipes territoriales, es decir, conocía de toda demanda que fuera

el conocimiento de las quejas o reclamaciones ("doléances") de los súbditos en contra del proceder arbitrario de las autoridades reales, y cuidaba de poner límites, o más bien, impedir que el límite natural del ejercicio del poder del monarca

interpuesta en contra de dichos soberanos, ya por un simple súbdito, ya por otro príncipe, ya por el Emperador, si fuere el caso. Podría decirse que la competencia del "Reichskammergericht" era en tanto única instancia para conocer de las reclamaciones formuladas en contra de los príncipes por su actividad de gobierno (lato sensu), y de segunda instancia —apelación— para conocer de los recursos interpuestos en contra de la actividad jurisdiccional de ellos (sea directamente, o a través de tribunales territoriales). En la segunda esfera —y esto aparece paradójal en nuestros días, tal vez— el príncipe es estimado como haciendo uso de la prerrogativa, de su "potestas", de administrar justicia, mientras que en la primera, esto es no siendo su actividad de juez, sino de monarca en tanto administrador o gobernante, llegaba ante el Tribunal Imperial en un pie de "igualdad" —si pudiera así expresarse— con el demandante, que interponía su reclamación en contra de aquél: el "Reichskammergericht" venía —aquí— a desempeñar una función verdaderamente tutelar, y constituíase en el hecho en un medio jurídico de limitación de los poderes principescos territoriales.

Debe, sí, hacerse presente que la competencia que hemos llamado de única instancia, esto es para conocer de las demandas en contra de los príncipes soberanos, se veía diferida en aquellos casos en que existía una especie de tribunal arbitral para juzgar en 1ª instancia de ellas, llegando en tales ocasiones solamente al "Reichskammergericht" por la vía de la apelación. Fácil es imaginar que se evitara el ir ante esos árbitros a fin de encarar la demanda directamente ante el Tribunal Imperial, cuya equidad significaba una mayor garantía de tutela para el individuo, lesionado en sus derechos o intereses por la actuación del soberano, de sus consejeros o de sus funcionarios. Cabe agregar que las demandas interpuestas en contra del príncipe por su actividad no jurisdiccional podían referirse tanto a su accionar en tanto "príncipe" (autoridad), o como persona privada: en este segundo caso la competencia de 1ª instancia no recaía en el Tribunal Imperial, sino en los tribunales territoriales, cuyas sentencias sí que podían ser recurridas en apelación ante el "Reichskammergericht", no valiendo para tal caso invocar privilegios de "non appellando" por parte del príncipe.

Desgraciadamente, a medida que el poder de los Emperadores fue decayendo o fue comprometido en transacciones políticas, los monarcas o príncipes electores y demás soberanos territoriales iban obteniendo privilegios de jurisdicción, inmunidades de procesamiento, en que el Tribunal Imperial iba —al mismo tiempo— cesando de ser competente para conocer las reclamaciones de los súbditos en contra del actuar pretendidamente ilegítimo de dichos príncipes. Este decaer del poder imperial trajo como consecuencia, o era mejor dicho resultado, el mayor poderío de los señores territoriales, que iban desgajando la "potestas" del Emperador, transformándose ellos en verdaderos monarcas absolutos, cada vez menos sometidos a limitaciones externas en el ejercicio del Poder. Pero, no obstante esta pendiente a la arbitrariedad manifiesta que significaba el extraerse a la jurisdicción imperial —a través de privilegios obtenidos o "arrancados" del Emperador— y quedar así libres de cierto control que el "Reichskammergericht" ejercía frente a ellos, estos monarcas se comprometían —al menos formalmente— a aceptar la jurisdicción de los tribunales de sus propios territorios (que, en principio, eran órganos dependientes suyos), y quedar a ellos vinculados jurisdiccionalmente.

(cuyo cargo era "finalizado" por la función de procurar el público bienestar de los súbditos) fuese sobrepasado en perjuicio de éstos.

Tales límites podían ser referibles a dos órdenes de ideas: la naturaleza misma del hombre, en cuanto libre, y a dicha misma naturaleza en cuanto apta para adquirir derechos —especialmente patrimoniales—; sobre este doble eje los tribunales y la doctrina de aquella época contribuían —en el modo peculiar de ese tiempo— a resolver el problema, aún arduo en nuestros días, del individuo frente al poder del Estado.

Respecto al primer punto —límites impuestos al poder del príncipe provenientes de la naturaleza del hombre mismo, especialmente en cuanto a su libertad— no debe olvidarse el pensamiento iusnaturalista racionalístico, predominante a la época, y la argumentación al estado natural del individuo antes de reunirse en sociedad, y en un Estado, situación en que la natural libertad y la universal igualdad entre los hombres no tendrían más límites que el mutuo y recíproco acuerdo entre ellos. Reunidos en sociedad, en cambio, puede ser sacrificada tal natural libertad, en cuanto dicho sacrificio mire al bienestar común, pudiendo sufrir limitaciones impuestas en tal sentido por el Príncipe; pero, si bien el sumo poder de éste ("Machtvollkommenheit") debe estar en condiciones de satisfacer en todo momento el bienestar común de los súbditos, dicho poder no ha de ser ejercido sino en cuanto sirva precisa y necesariamente al tal objeto de la satisfacción del bien público citado, y en caso alguno al arbitrio o interés particular de aquél, de donde se sigue que tales restricciones a la libertad, o limitaciones en general, no han de referirse a un individuo, sino a todos los súbditos, en igual forma, y en la menor manera posible, sólo en la medida necesaria que ello lo exija, puesto —no cabe duda— que el hombre no está dispuesto a sacrificar su libertad sino en el estricto extremo que ello sea preciso para el bien común.

En cuanto al segundo punto —la natural aptitud del individuo para adquirir derechos patrimoniales—, puede decirse que fue éste el centro de desenvolvimiento de la sistemática de protección del súbdito frente al poder del soberano, y cuyo desarrollo puede empalmarse con el de otro sistema —posterior en el tiempo— que tanta influencia ejerciera en la iuspublicística germánica de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, cual la llamada “Fiskustheorie”.

El monarca —a quien como tal se le reconocía, de modo natural, el poder de dictar leyes (es decir, órdenes generales, obligatorias para los súbditos)— no solamente dirigía su quehacer, en orden a procurar el bienestar común en su territorio, a través de su actividad de administración, sino debía también disponer —por medio de leyes— todo lo relativo a la vida misma de los súbditos en sus relaciones intersubjetivas, ya de tipo privado, ya de tipo criminal: en otros términos, el Príncipe en su actividad de gobernar su territorio disponía del poder de dictar normas u órdenes, a fin de regular ya la vida social de los súbditos, normas que tenían por objeto las relaciones intersubjetivas de los súbditos, ya la marcha misma del aparato de gobierno que permitía el administrar tal territorio.

Atendido el hecho que el soberano tiene por función inherente a su cargo de Príncipe el procurar la felicidad terrena de sus súbditos, y que con tal fin desarrolla en especial su actividad a través de la llamada “polizei” (“administración”), el conjunto de normas tendientes a satisfacer ese fin por medio de tal accionar, se dio en llamar “ius politiae”. Mas, dichas normas, medidas de acción administrativa, no emanaban en tanto aplicación de normas preestablecidas (al modo de “normas secundarias” concretizando unas llamadas “normas primarias”) sino que venían a ser dictadas más bien como normas de ‘buena administración’, siempre para casos particulares y concretos, y originadas en la voluntad misma del Prín-

cipe, dirigida ésta a satisfacer el bienestar de la colectividad sometida a su soberanía (6).

De esta manera, los actos, medidas, órdenes, o normas, dictados en la esfera del llamado "ius politiae", no formaban parte de un derecho 'objetivo' (usando un lenguaje moderno) que fuese posible desarrollar por medio de actos concretos de actuación, y, en consecuencia, ser controlados tales actos de ejecución por medio de la comparación con la norma base, a través de la función de los tribunales. Estos actuaban y eran competentes pero en aquellos casos en que podían hacer referencia a una norma, o a preceptos de un valor genérico,

-
- (6) Es curioso el observar cierta evolución sufrida en las ideas políticas en la época iluminista: fruto de la influencia medieval, y del derecho natural clásico (aristotélico-tomista) fue el considerar los derechos y deberes del príncipe, de la autoridad, como constituyendo una "función", esto es un "oficio", un deber 'finalizado', un complejo de atributos necesarios únicamente para el cumplimiento de un fin, y de un fin bien preciso y determinado, cual el Bien Común de los miembros de una comunidad política, de la sociedad (idea que germinara bajo la influencia del cristianismo, ver v.gr. San Marcos 10, 41-45: "Y Jesús les dijo (a sus Apóstoles): Sabéis que los que son tenidos por jefes de las naciones las rigen con despotismo, y que los grandes abusan de su autoridad sobre ellas. Pero no ha de ser así entre vosotros; al contrario, quien quiera ser el mayor entre vosotros sea vuestro servidor, y el que quiera ser el primero sea esclavo de todos, pues tampoco el Hijo del Hombre vino a ser servido, sino a servir, y a dar su vida en rescate de todos los hombres", o también San Mateo 20, 25-28; 20, 11; San Lucas 22, 24-27; San Marcos 9, 33-35). Mas, la influencia racionalista, el ideario político de Nicolás Maquiavelo, la concepción hedonista del mundo (siglo XVIII), y la filosofía utilitarista de Ch. Wolff, y sus consecuencias políticas desarrolladas por su discípulo von Justi, llevaron —también— a sostener que si bien los atributos del Poder sólo eran concedidos por la sociedad a la autoridad para la consecución del Bien Común, debía, asimismo, reconocerse que estando de por medio, estando en juego, ese bienestar general de la comunidad, tal autoridad debía contar con las prerrogativas necesarias a dicho fin. De donde se sigue —lógica conclusión— que ensanchándose cada vez más el campo de "lo necesario" al Bien Común (recuérdese la concepción de von Justi y la de su maestro Ch. Wolff), y entendiéndose a la época necesaria la intervención del monarca —quien veía en esto más su propia gloria, a veces, que el propio bienestar de los súbditos—, no cesaban de aumentar y de crecer sus prerrogativas, que se traducían —primordialmente— en su actividad de 'administración' — "política", dando origen a ese conjunto de normas, "ordenanzas", dirigidas a sus ministros y funcionarios, que se diera en denominar "ius politiae", es decir 'órdenes de administración', no vinculantes para el monarca, pues no constitutivas de Derecho, sino mudables en tanto emanadas de criterios de oportunidad, para una "buena administración" del reino.

publicados y sujetos a una objetividad precisa en su vigencia, caracteres que, ciertamente, no reunían —de modo general— los edictos de la actividad administrativa del príncipe, que ni siquiera eran normalmente publicados. Por tal razón es que se acuñara aquella máxima “in Polizeisachen gibt es keine Appellation” (7).

A estos asuntos de “politiae”, o sea de ‘administración’, se oponían los llamados asuntos de “iustitia”, en que los tribunales eran competentes para conocer de ellos y juzgarlos: en tales casos, el particular, el súbdito, podía obtener una decisión fundada en el Derecho, vale decir en normas objetivas y vigentes con publicidad. De allí la diferenciación: “leyes de justicia”, aquellas que contenían una regla de derecho, general, y obligatoria, destinadas tanto a los funcionarios como a los súbditos, y que como orden normativa de general aplicación emanada del Príncipe era publicada y regía una vez conocida de los súbditos, obligando tanto a éstos como asimismo al propio monarca, al propio gobierno, quien —ya producido el proceso de independización de los tribunales— no podía ya dispensar de su aplicación; ciertamente que podía introducir una modificación en tal tipo de normas pero únicamente para el futuro (8); esta orden —verdadera ley— incidía o podía incidir tanto en la administración como en la esfera de los tribunales. Por el contrario, el “ius politiae” lo

(7) Revelador es, v.gr., el título de una obra de C. Trumbach: “Dissertatio de non recipienda appellatione in causis politiae”, Marburg. 1763, o aquella de J.F. Neurath: “Dissertatio de cognitione et potestate iudicialia in causis quae politiae nomine veniunt”, Erlangen. 1780.

(8) De este tipo, v.gr., eran las normas relativas a los procedimientos judiciales, a la actuación de los tribunales, y en general todas las normas que iban formando el derecho civil, el llamado “ius privatum”. Esa imposibilidad del monarca para dispensar estas normas para el caso particular (sin perjuicio de su modificación para el futuro) es el comienzo del principio de la inderogabilidad singular de las normas de aplicación general, mínimo instrumento de seguridad jurídica para el individuo, que así no se ve expuesto ni queda sujeto al mero arbitrio del Poder.

constituían las órdenes del Príncipe —especialmente dirigidas a sus funcionarios— en orden a casos concretos para satisfacer el bien público o la felicidad de los individuos; en sentido amplio, aquellas órdenes u “ordenanzas” destinadas a regir la administración misma del Estado (9). Las primeras —“*ius privatum*”— constituían verdadero derecho, verdaderas leyes, obligatorias para súbditos y funcionarios las segundas —“*ius politiae*”— no lo eran, en cambio, vinculando sólo a los funcionarios frente al Príncipe, debiendo cumplir aquéllos sus órdenes, y siendo —de modo común— conocidas por los súbditos únicamente al ser puestas en ejecución por dichos funcionarios, pues no se publicaban, a menos de creerlo útil el soberano. Los primeros —asuntos de derecho— debían ser sometidos a los principios de derecho establecidos (“*ius privatum*”), los segundos —“asuntos de “policía” (“administración”)— no estaban a ellos vinculados, sino eran dependientes de la conveniencia u oportunidad según la voluntad del Príncipe o de sus consejeros.

Esta estructura normativa explica por qué frente a las órdenes del soberano, a través del “*ius politiae*”, no cupiera impugnación por parte del particular lesionado, pues no constituyendo “derecho” (esto es, “asunto de justicia”), ningún tribunal podía tener competencia para conocer de ello, competencia la cual —por el contrario— era amplia para aquello que constituía una violación de norma de derecho, como era

(9) Esta diferencia entre “reglas de derecho”, “leyes”, “asuntos de iustitia”, por un lado (verdadero Derecho), y “ordenanzas” por otro, no constituyendo propiamente Derecho, pues se dirigían normal y especialmente a la conducta a seguir por los funcionarios, siempre detalladas y verdaderas “instrucciones” de actuación para casos concretos que resolver en la actividad de administración del territorio, ha perdurado en el régimen jurídico alemán, con caracteres notables, y puede incluso relacionarse con toda la corriente de la escuela pandectística decimonónica, y del dogmatismo formal-sustancialista: es el principio de distinción devenido clásico en tal escuela, la “*Rechtsverordnung*” y la “*Verwaltungsverordnung*”.

la regla configurada como ley, integrante del "ius privatum" (10).

Esta distinción comportó, precisamente, que el "ius privatum" fuese el "Derecho" por antonomasia, un tanto sacro, y verdaderamente tutelar de los súbditos, en tanto que lo relativo a la administración del territorio o gobierno del mismo no fuese considerado como "Derecho" y, por el contrario, esencialmente asunto arbitrario en cuanto dependiente de la sola y mudable voluntad del Príncipe, excluyendo de manera obvia todo control y acción judicial en su contra. Siendo así la situación, aparece claro el hecho que se viese en el "ius privatum" el único medio de tutela jurisdiccional del individuo, y por tanto, instituir sobre su base un instrumento de garantía, como fue —tiempo después— el artificio del "Fisco", aquel "Prügelknabe des Staates", de los germanos. Esto explica, también, todo el desarrollo posterior de las instituciones iuspublicísticas alemanas, y el carácter peculiar del derecho administrativo alemán, centrado preponderantemente sobre base privatista, en contraposición v.gr. con el francés, "droit spécial" nacido justamente de la necesidad de aplicar normas diferentes de aquellas del derecho privado (11).

-
- (10) Esta diferenciación aparecerá curiosamente también en la jurisprudencia administrativa francesa, con la construcción de las llamadas "mesures d'ordre intérieur", que por estimarse normas de administración interna de los distintos servicios públicos o administraciones, y no capaces de significar una modificación en las situaciones subjetivas de los administrados, no son susceptibles de ser impugnadas jurisdiccionalmente, pues no producirían un "grief", un agravio, al particular. No es este el lugar —obviamente— para determinar la falacia que envuelven tales afirmaciones.
- (11) Valga la pena recordar cuanto decía H. Berthélemy en su prefacio al "Le droit administratif allemand" de Otto Mayer, citado anteriormente: "Le passage du régime de la police au régime du droit s'est fait en France d'un seul coup:", "Tout autre est le spectacle de ce qui s'est passé en Allemagne. C'est par une évolution pacifique et presque insensible que le régime de la légalité s'est introduit dans la chose publique, se superposant au régime de la police plutôt qu'il ne s'y substituait. Les pouvoirs du prince ont cédé devant l'autorité de la loi dans tous les cas ou la loi s'est prononcée; ils se sont maintenus, sans que leur physionomie

Cierto es que con el transcurrir del tiempo los tribunales fueron extendiendo su competencia a aquellos casos en que no obstante tratarse de asuntos de "politiae" —esto es, de actividad administrativa— se invocaba una lesión de derechos individuales; ya no era, entonces, aplicable la máxima citada, pues no se trataba de "Polizeisachen", sino que ellas adoptaban además un carácter de asunto de "iustitia": nacían así los llamados "iustizmässige Polizeisachen". Cabe, por otra parte, observar que el ejercicio de las prerrogativas del Príncipe no podía ser fuente de abuso, pues el Poder de aquél le era atribuido para la consecución de la felicidad de los súbditos, y el derecho natural recordaba que la justicia se contradice con el abuso de un derecho, de una prerrogativa, siendo la Justicia fundamento de todo Poder ("Iustitia est fons, basis, ac fundamentum omnis imperii. Iusti iniustique regula lex est").

Si la libertad del individuo —propia de la naturaleza del hombre— imponía una esfera de limitaciones al actuar del soberano, éste encontraba asimismo un límite —aunque no infranqueable— frente a los llamados "iura quaesita", o derecho adquirido del súbdito, vale decir no un derecho inherente a él en cuanto persona humana sino que ha sido adquirido en virtud de un título especial, sea sobre un determinado bien, o un determinado derecho, y entrando en su patrimonio (12). Frente a estos derechos del individuo —nacidos en virtud de un título especial— la prerrogativa regia se encontraba en

"primitive fut modifiée, dans le vaste champ des matières qui échappent à l'action de la loi". Y más adelante agrega: "N'oublions pas, dit Otto Mayer, que pour l'administration existe la possibilité d'agir en dehors de la sphère de l'exécution de la loi, en dehors de toute direction de la part de la loi. Tel est le cas toutes les fois qu'il n'y a pas de loi en la matière —Qu'est—, ce donc que l'action administrative en dehors de la sphère d'exécution de la loi, sinon la survivance partielle du régime de la police?", págs. V y VI del Préface. Ver F. Fleiner: "Les principes généraux du Droit Administratif Allemand", Delagrave. Paris, 1933, págs. 24 y ss.

- (12) "auf einem besonderen Erwerbungsgründe", como señalaba J. St. Puetter: "Baytrage zum teutschen Staats und Fürstenrechte", Güttingen. 1777, parte I, 294.

un mismo pie con ellos, y no era ya pues suficiente invocar el "ius politiae" a fin de hacer prevalecer la exigencia de la administración; ciertamente, tales derechos —o "iura quaesita"— no eran intangibles, pero puesto que se fundaban sobre un título especial, su sacrificio era objeto de modalidades y condiciones, determinadas con cierta precisión: ello podía ocurrir solamente en la medida en que el derecho de un súbdito (de éstos en análisis) entraba en conflicto con la conservación de la colectividad o de una parte considerable de ella, y para llegar a resolver esta oposición de intereses hacía valer el Príncipe la llamada "razón de Estado", el "ius eminens", 'suma ratio' que, según la iuspublicística del tiempo, venía concedida al soberano no como una "potestas" para usar frente a los súbditos en su actividad destinada a obtener el bienestar de los mismos —que a tal objeto ejercía el "ius politiae"— sino en los extremos únicamente necesarios a la conservación o salud de la colectividad misma, y mediando un debido resarcimiento para el súbdito sacrificado en tal conflicto (13).

(13) Los llamados "iura quaesita" vienen a constituir —en decir de A. Nieto ("Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa", en Revista de Administración Pública No 38, págs. 67 y ss., cita en pág. 70)— "la espina dorsal de "todas "las instituciones que representan un límite al poder del Soberano"; de allí que una lesión en ellos —ocasionada por la intervención regia— ha de indemnizarse, por tenerse por una ilicitud, "contra ius". En la concepción dieciochesca de la Ilustración pasará de una forma por demás curiosa a integrarse en la concepción jurídica institucional esta teoría de los "iura quaesita"; el pacto social rousseauiano no incluye a los "derechos adquiridos" en el aporte que cada individuo hace al cuerpo social 'alienando' una cuota de sus derechos naturales; originados ellos en un título adquisitivo no emanan de la naturaleza individual, y por tanto quedan exentos de la posibilidad de ser limitados o simplemente suprimidos, sin indemnización. El propio Código general prusiano de 1794 establecía en sus artículos 74 y 75 respectivamente:

"Los privilegios y derechos individuales de los miembros del Estado han de ceder "ante los derechos y obligaciones que imponen el fomento del bien común, de "surgir un conflicto entre ellos", y

"Por su parte, queda el Estado obligado a indemnizar a quien sea sacrificado en "sus privilegios y derechos en orden al Bien Común".

II. La llamada "Fiskustheorie", una vinculación privatista

Cuando los Príncipes —para evitar ser arrastrados por los súbditos ante el Tribunal Imperial ("Reichskammergericht")— fueron obteniendo del Emperador privilegios a fin de no ser llevados a juicio (privilegios de "non evocando", de "non appellando"), y en consecuencia, aumentando con ello su Poder, la situación empeoró notablemente para el súbdito, para el particular, que vio entonces sus derechos casi a la merced del soberano, y a la voluntad o arbitrio de sus ministros, consejeros o funcionarios. Por otra parte, el Príncipe que no había obtenido algún privilegio de los mencionados, si se sentía fuerte no meditaba mucho para impedir —aun por la fuerza— que el particular ejercitara la vía jurisdiccional en su contra; puede agregarse, además, que el procedimiento jurisdiccional —y no la menor parte de las veces— era ocasión de subidos gastos y no menos avatares que los artificios kafkianos: no en vano se decía por la época "processus spiris spirant, sed non expirant" (14).

Posteriormente, con las "Wahlkapitulationen" (capitulaciones imperiales) los tribunales del Imperio cesaron de tener competencia en estos asuntos, ni siquiera en tanto jurisdicción de apelación (salvo sobre uno que otro territorio, tal v.gr. Hessen-Kassel) (15), y aunque los respectivos Príncipes sobera-

(14) La obtención de esos privilegios por parte de los príncipes denota una peculiaridad bien característica de la situación política del sacro imperio romano germánico, cual es la debilidad e impotencia del Emperador frente a los príncipes electores, la cual no pudo ser superada ni siquiera por el "coloso de Gand", Carlos V, demasiado agotado e incomprendido en su ideal de reconstrucción de la grandeza imperial.

(15) La situación del electorado de Hessen es bien original dentro del ámbito germánico por sus rasgos peculiares en cuanto a tutela jurisdiccional del súbdito: por razones históricas —que no son del caso aquí explicar— el tribunal de apelación de Hessen fue considerado como sucesor del tantas veces citado "Reichskammergericht", y en consecuencia siguió conociendo de las reclamaciones dirigidas en contra del príncipe elector, soberano territorial de Hessen, y en especial de los

nos se sometían en adelante a la jurisdicción de los propios tribunales territoriales, fácil es comprender que siendo ellos dependientes del Príncipe —no obstante una progresiva independización que se iba produciendo— una tutela jurisdiccional del súbdito venía a ser más o menos mutable en su eficacia.

Al desaparecer, pues, el control del Tribunal del Imperio —a través del recurso del particular afectado ante el “Reichskammergericht” frente a una pretendida violación de sus derechos por parte del soberano territorial— los Príncipes quedaron sometidos al control (muy precario, ciertamente, por las razones ya indicadas) jurisdiccional de los respectivos tribunales territoriales, esto es, existentes en el territorio en el cual cada Príncipe ejercía su soberanía, pero para poder quedar a ellos vinculados debía tratarse, naturalmente, de un asunto de derecho privado —“*ius privatum*”—, el único que implicaba una tutela judicial, el único considerado verdadero “Derecho”, el único que los tribunales aplicaban: todos los demás asuntos —se recuerda— quedaban fuera de la competencia de dichos tribunales territoriales, pues no eran reglas de Derecho las que estaban en juego.

A remediar, entonces, esta ausencia de garantía tutelar vino la llamada “teoría del fisco”, que tanta influencia tuviera en época posterior, hasta llegar a nuestros días, paradójicamente.

asuntos llamados de “*politiae*”, en la medida que devenían “*iustizmassige Politzeisachen*”; este tribunal de Hessen (corte superior de justicia en el territorio del monarca de Hessen) siguió, pues, ejerciendo las mismas competencias del Tribunal Imperial, y realizando un verdadero control de derecho sobre la actuación del príncipe, tanto en su actividad de administración como en la dictación de normas jurídicas generales y obligatorias (hecho bastante raro de encontrar en la historia del derecho de la época postrenacentista), al mismo tiempo que desconocería todo el desarrollo de la llamada teoría del “fisco”, y de la personalidad doble del Príncipe, en tanto representante de la sociedad, y en cuanto centro de imputación jurídica de intereses pecuniarios.

Una invocación romanista

El instrumento del Fisco usado por la cameralística germana tiene sus orígenes en el derecho romano, en el cual existía un centro de referencia (especie de persona moral) junto a la persona del Emperador, al cual pertenecían los bienes necesarios para propender a la obtención de los fines del Estado, pero esto merece una más detenida explicación.

Difícil es describir la noción de "Fisco" en Roma, de una manera dogmática, pues en el Derecho Romano todas las instituciones jurídicas —ya privatistas, ya iuspublicísticas— adquieren su verdadero carácter sólo en la medida que se enfoquen con un carácter histórico, siguiendo la evolución de ese pueblo, cuya historia podemos conocer precisamente por contar con las fuentes jurídicas de las diversas etapas que van desde la monarquía hasta su extinción en tiempos del bajo imperio. De este modo, únicamente, puede darse una visión verdaderamente realista, que permita ver las diversas modalidades que fue adquiriendo la administración del tesoro público, de los bienes de la comunidad, y en fin, del peculio propio de quien detentaba la suprema magistratura. Pretender dogmatizar en el Derecho Romano es ya un principio de falsedad, que no se adecua a la verdad, pues la fisonomía de los institutos jurídicos en Roma depende del período histórico en el cual se traten.

Así, en la época de la Monarquía (758 antes de Cristo, según Varrón, 752 según Catón, hasta 509 a. Cristo: como toda época histórica son fechas aproximativas) el rey —rex— concentraba en sí todo el "imperium", de donde puede deducirse que podía disponer incluso de todos los bienes de la comunidad, muy primitiva aún en su organización.

Ya durante el Consulado (República 509 a 29 a. Cristo) esa concentración del "imperium" fue rota, y su nota más característica fue la 'colegialidad' del poder (dos cónsules), y su 'anualidad' (es decir un poder no permanente, o perpe-

tuo, como la monarquía, sino temporal: "per annum"), como también la responsabilidad de la magistratura suprema-cónsules por la función ejercida, una vez cesado en el cargo el cónsul. Aunque en estas peculiaridades diferenciábase la suprema magistratura de la República de aquella de la Monarquía, en el hecho los Cónsules poseían la suma del Poder, la plenitud de la "potestas", y constituían el soberano de la comunidad. Ciertamente es que a medida que la actividad de gobierno de la sociedad romana aumentaba, esta plenitud de poder —si bien no decrecía— iba sufriendo la erosión propia del hecho de tener que delegarse no pocas funciones en auxiliares de los Cónsules, los magistrados supremos, como v.gr. en los "cuestores" la resolución de ciertos procesos, y la administración de la llamada 'caja de la comunidad', en los "censores" la elaboración del censo (institución de gran importancia en la comunidad romana), en los "pretores" el ejercicio de la jurisdicción, potestades todas que pertenecían en propiedad a los Cónsules en tanto suprema magistratura de Roma, encargados de la dirección de la administración de la ciudad, y de las relaciones ya con el Senado, ya con la ciudadanía (16).

En cuanto aquí nos interesa señalar respecto a la institución del Fisco —cuyos orígenes romanos tratamos de explicar— es el hecho que la administración de los bienes de la comunidad distinguía entre bienes inmuebles y muebles, y el "numerario" o "caja", incluidos créditos y deudas en dinero; a comienzos de la República —con el desarrollo de la vida de la comunidad romana— se entregó tales tareas a auxiliares, como los antes mencionados, encargándose a los "cuestores" la administración de la llamada "caja", y a los "censores" la esfera de administración patrimonial del orden de los bienes.

(16) Las otras dos 'autoridades' o 'poderes', según observa Polibio en su "Historia Universal durante la República Romana", libro VI, parág. VI.

Estos funcionarios —cuestores— cuyos orígenes republicanos dicen referencia a la función de la provocación obligatoria en el procedimiento penal, eran auxiliares de los cónsules, ni magistrados ni representantes de la comunidad; en los comienzos de la cuestura su competencia se extendía, en general, y como auxiliares de la suprema magistratura, a todas aquellas materias que les fuesen encargadas por los Cónsules, haciéndose sí la salvedad que jamás tuvieron intervención alguna ni en el régimen de la administración de la ciudad, ni en la jurisdicción (asuntos que eran de aquellos más inherentes a la función propia del cónsul, dentro de la ciudad). El cuestor desempeñaba, en cambio, una función diríase casi indispensable en campaña, es decir en tiempo de guerra, ya que tenía por misión la administración del dinero necesario para tal empresa (17).

Pero si bien los cuestores tenían a su cargo la 'administración' de los bienes de la comunidad (numerario) —no como magistrados sino en tanto auxiliares de aquellos supremos, cuales los Cónsules—, cierto es que su labor concreta de 'administración' se refería a hacer constar por escrito —en libros especiales— todo cuanto se relacionaba con las entradas y salidas de los dineros que recibían los cónsules, y que percibían ya directamente, ya por autorización del Senado. Respecto a los dineros, o patrimonio, o caja de la comunidad, los Cónsules para disponer de ellos no tenían propia facultad, debían solicitar una autorización al Senado (en el caso de aquellos dineros que no percibían directamente), Magistratura que velaba por la integridad de dicho patrimonio, llamado "aerarium populi romani": este patrimonio era considerado como propio de la totalidad de los ciudadanos, que venían a constituir su verdadero sujeto jurídico titular. El solicitar la

(17) "Funcionando de hecho regularmente el cuestor como el más elevado de todos los oficiales sometidos al jefe de la campaña", observa Th. Mommsen: "Compendio del Derecho Público Romano", Editorial Impulso, Buenos Aires. 1942, pág. 253.

disposición de esos dineros era considerado, durante la República, como una medida de tipo extraordinario, puesto que los llamados gastos ordinarios eran solventados ya por vía de impuestos, o gravámenes, ya por medio de imposiciones de tipo personal, como v.gr. las obras públicas; de allí, entonces, que siendo una medida financiera extraordinaria, no común, hubiese de llegarse hasta el Senado para solicitar la correspondiente autorización, e incluso también —en el caso que tal patrimonio de la comunidad no contase con los fondos necesarios— para imponer una contribución extraordinaria a los ciudadanos (18).

Poco a poco esta función de los auxiliares "cuestores" fue adquiriendo autonomía, significando ello una limitación bien concreta para los Cónsules de disponer libremente en este campo de su administración; esa limitación se traducía en el hecho, bien peculiar para aquella época, que el magistrado supremo debía consultar a los cuestores para efectuar gastos de la caja, y además según fuese tiempo de guerra o de paz, ya que existía neta separación entre ambas cajas ("de la ciudad", y "de guerra").

Como una manera de controlar esa magistratura suprema, a fin de impedir un actuar arbitrario, se impuso desde los inicios de la República la obligación a los Cónsules —y que realizaban los cuestores— de llevar libros especiales en los que se diera testimonio del movimiento experimentado por la caja de la comunidad; de este modo, aunque en principio el Cónsul podía ser libre de disponer un gasto con cargo a esa caja, debía ordenar al cuestor que le proveyera de fondos, pero debía señalar el fin al cual los destinaba: el cuestor, entonces, hacía constar en dichos libros la orden del Cónsul, el fin y

(18) Polibio señala en el parágrafo VI de su "Historia Universal...", citada, en su lenguaje sabroso, "Lo primero en que manda el Senado es en el erario. Nada entra ni sale de él sin su orden..."

monto de los dineros entregados; así una vez cesado el Cónsul en el cargo debía dar cuenta de su gestión, y los cuestores rendir cuenta de la administración de la caja, pudiéndose de esta manera perseguirse la responsabilidad del magistrado supremo.

Con el tiempo, ya avanzada la República y producida una acentuada independencia de los cuestores de la ciudad respecto a la suprema magistratura (los Comicios interviniendo en el nombramiento de estos auxiliares), este límite al Poder del Cónsul devino de una gran importancia siendo incluso la función de cuestor generalmente un peldaño casi obligado en la carrera magistral para desempeñar la suprema magistratura.

En época del Principado (27 a. Cristo - 284 d. Cristo), y por la naturaleza misma de la institución creada por César Octavio, "Augusto", las instituciones romanas sufrieron una transformación sutil al comienzo, bien marcada ya asentado firmemente el poderío y grandeza de César Octavio; valga la pena recordar que el llamado "principado" ("princeps" = el primero), creación de Octavio, fue una mezcla no poco bizarra de un poder absoluto —tipo Monarquía— encubierto prudentemente de una apariencia republicana, al apoyarse lo más posible —atendidas las circunstancias— en las instituciones de la República: podría tal vez decirse que Octavio siguiera, paradojalmente, la inspiración del "Libro del Estado" de Cicerón, apoyándose principalmente en el Senado, del cual él se vanagloriaba ser su 'dependiente', habiendo depositado en tal Magistratura senatorial gran parte de su confianza. Sin embargo, debe recordarse que a partir del año 23 a. Cristo "se hizo conferir" el poder tribunicio ("tribunicia potestas") que le permitía el derecho de promulgar las leyes, y ejecutar o impedir la ejecución de las decisiones senatoriales, y posteriormente 'al hacerse conceder' la "nominatio" y la "comendatio" por parte del Senado, tenía en sus manos la facultad de nombrar parte de los senadores, y proponer a aquellos que, por su parte, elegía el Senado: fácil es entender, entonces,

esa 'confianza' en la magistratura senatorial, voz "menor" de su propia Magistratura (19).

No obstante su poder absoluto, el Senado mantuvo la mayor parte de sus prerrogativas, incluida —para nuestro caso— la administración del "aerarium populi romani"; pero es aquí donde comienza una evolución que daría origen al Fisco, como institución propia de la iuspublicística romana.

La evolución del Consulado-República hacia la magistratura del Principado-Monarquía trajo como consecuencia un cambio progresivamente radical en la administración del patrimonio de la comunidad, y para lo que aquí nos interesa, de la llamada "caja" de la comunidad.

Debe recordarse —para mejor entender la complejidad, en la época imperial, de la administración de la caja de la comunidad, y su posterior desaparición— que dentro de la concepción romana del Estado, o más bien de la "civis", existía una separación —que Mommsen describe como "fundamental y rigurosa" (20)— entre el Estado y el soberano que lo rige, quien es considerado desde el punto de vista del derecho privado como un particular; por razones de tipo histórico, al Príncipe (imperator) le correspondían como de su propiedad ciertas provincias y países llamados 'imperiales' —como v.gr. Egipto—, y los ingresos que de ellos provenían, tales como tributos y demás gravámenes de conquista (21): ello dio origen a una "caja imperial", el llamado "Fiscus Caesaris", para

(19) Sobre la institución del "principado", además de la obra mencionada de Th. Mommsen, puede verse W. Kunkel: "Historia del Derecho Romano", 2ª ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, págs. 55 y ss.; H. F. Jolowicz: "Historical introduction to the study of Roman Law", University Press, Cambridge, 1967, cap. XIX, páginas 332 y ss.

(20) Ob. cit., pág. 289.

(21) Recuérdese por ejemplo, el "tributo al César" del que nos hablan San Mateo, cap. 22, 15-22; San Marcos, cap. 12, 13-17; y San Lucas, cap. 20, 20-26. Esta nueva ordenación de provincias imperiales y provincias senatoriales se origina precisamente del golpe de Estado del año 23 antes de Cristo (23/enero). Octavio César "Augusto" transfirió "in potestatem populi" todos los bienes del Estado (sí cabe así denominarlo), salvo tales provincias llamadas por tanto 'imperiales', las cuales

diferenciarlo de la caja privada del Príncipe, esto es formada por sus bienes privados destinados a la mantención de la casa imperial, es decir de su morada y servidumbre ("res privata").

Con el auge de la conquista imperial, cada vez se hacía más escasa la provisión de fondos con que contaba el tesoro del Estado, de donde nació la idea en César Octavio, "Augusto", de encarar una reforma en materia de tributos y gravámenes, que basada en criterios más justos —que la anárquica existente durante la República— diera por resultado un mejor rendimiento, y una entrada más segura y estable, para afrontar los gastos que suponía una administración siempre en aumento: a tal fin estableció una intervención directa suya en la recaudación de tributos en las provincias, fueran éstas senatoriales, fueran sometidas a él directamente. De allí que fuera necesaria una verdadera administración especial para estos patrimonios imperiales, que con el progresar del tiempo y de las conquistas territoriales fue tomando una amplitud enorme.

Esa situación de exigüidad del tesoro, o caja, necesaria para solventar los gastos públicos llevó a Augusto a cargar sobre la caja imperial ("Fiscus Caesaris") gran parte de los egresos que significaba la administración de la ciudad, y en general los gastos públicos (22). De hecho consta que el César

no seguían el régimen jurídico normal bajo el cual él sería un simple magistrado de ellas, con todas sus consecuencias, sino por el contrario, ellas le pertenecían en "dominium", como soberano. Al ser, entonces, dueño de las provincias llamadas 'imperiales', todas las rentas que ellas producían cesaban de ser del "aerarium populi", ya que tales provincias habían cesado de ser "praedia populi romani". De allí, entonces, que fuese necesario organizar para tales provincias del Emperador una gestión especial, un "fiscus" bajo la dirección de un "procurator Caesaris"; valga agregar que con el tiempo —y ya en la época de Tiberio— iban al Fisco otras rentas y bienes, v.gr. los "bona vacantia": patrimonio de ciudadanos fallecidos sin herederos, los "bona damnatorum", esto es bienes de los condenados a muerte, legados constituidos en favor del Príncipe, etc. Fue tal el incrementarse de la llamada "pecunia Caesaris" que del siglo II adelante tal patrimonio comprendía una inmensidad de bienes, el "patrimonium fisci" de que nos habla Papiniano (D. 72, 1, "De contr. empt." 18, 1).

- (22) Este tomar sobre sí el financiamiento de obras que concernían propiamente al Senado, o más bien al "populus" —como los señalados en el texto, y otros más, v.gr. la "cura operum publicorum"— puede explicarse por el cuidado de Augusto de no mezclarse con todo el sistema de control a que estaban sujetos los Cónsules

Augústeo costeaba de su "Fiscus" las subsistencias de Roma ("cura annonae") y las obras públicas necesarias a la construcción de una red de caminos por toda la Italia ("cura viarum"), como asimismo la regularización del Tíber ("cura Tiberis"), cuyas márgenes pantanosas siempre provocaban problemas de sanidad a los romanos. Del mismo modo con su caja citada mantenía una policía y un servicio de extinción de incendios, como también cuanto se refería al aprovisionamiento de agua para Roma. Fue de esta manera, entonces, que poco a poco la caja imperial ("Fiscus Caesaris") fue atrayendo no sólo los egresos sino también los ingresos del tesoro de Roma, hasta llegar a incluir el propio "aerarium populi romani", cuya administración era celosamente ejercida durante la República por el Senado.

Mas se daba paradójicamente una circunstancia curiosa: todo el aparato administrativo que requería el Príncipe en cuanto a marcha de su caja, y de sus finanzas, relación con su servidumbre, administración de sus provincias (que le correspondían a título personal), etc., fue necesitando de una ordenación y de una organización que poco a poco fue desplazando totalmente a los organismos republicanos, al punto que tal servicio de administración suplantó casi todas las ins-

en tanto magistrados supremos: él había renunciado al Consulado, de tal manera que así no estaba sujeto a sus 'servidumbres'. Financiando todas esas obras con su propia 'caja', el "fiscus", quedaba liberado de la petición de fondos al Senado, y de rendir cuenta a éste del gasto hecho; por otra parte, ello llevó a que las propias provincias del "populus", cuyas rentas incrementaban el "aerarium populi romani", contribuyeran a engrosar —mediante el correspondiente traspaso— las arcas del "fiscus", a fin de 'compensar' esa 'magnanimidad' augústea. Muy pronto —ya con Tiberio— rentas de las provincias del pueblo —llamadas 'senatoriales'— se verán afectadas a tributos que irán al fisco, e incluso junto al cuestor provincial ("quaestor provinciae") funcionará a tal fin un 'procurador fiscal' ("procurator Caesaris").

Debe advertirse que respecto a los gastos del ejército ellos eran cubiertos por un "aerarium" especial, el denominado "aerarium militare", creado hacia el año 6 antes de Cristo, como una 'caja subsidiaria' del "aerarium populi romani". El era financiado con el producido de la "vigésima successionum", y de la "centésima rerum venalium", tributos ambos de creación reciente. Este "aerarium militare" no era administrado por el Senado, sino que desde su creación fue entregado a la gestión de los "praefecti aerarii militaris", funcionarios imperiales.

tituciones de la República. Ahora bien, su causa la podemos entrever a pesar que no poca parte de los gastos públicos salían de la caja imperial ("Fiscus Caesaris"), su administración, legalmente, era una administración de tipo privada, pues como se decía entonces existía una neta separación entre Estado y Príncipe, considerándose éste como un sujeto privado, como un particular. Y al ser una administración privada la administración de ese patrimonio, no regían todas las instituciones de la República que hemos enunciado al tratar del patrimonio de la comunidad, en lo que se refería a su caja. Ello llevaba como consecuencia que no se daba respecto al Príncipe la función de inspección o control financiero que en el período republicano existía en cuanto a los gastos de los Cónsules, y por otra parte, que la administración misma del "Fiscus Caesaris" estaba fuera de ser estimada una función pública, o siquiera auxiliar, por el contrario era entregada a la servidumbre de la casa imperial, especialmente a los libertos. Claro está que la amplitud que adquiría el "fiscus" y su expansión a costa del "aerarium populi romani", hizo que cambiase este encargo de administración muy pronto —en tiempo de Adriano (que dio una configuración más estable a la administración del Principado)— y estando interesada la comunidad toda en la buena gestión de la caja que venía a solventar la mayor parte de los gastos públicos, se encargara el manejo y administración de dicho "Fiscus Caesaris" a personas del orden de los "caballeros". En época de Adriano (117-138) se establecieron también los llamados "advocati fisci", defensores judiciales de esta caja imperial. No debe olvidarse que problema importantísimo para la autoridad suprema era la parte financiera de la administración de Roma, y aunque Augusto reformara todo el aspecto tributario, siempre existía una situación candente respecto a la percepción de los tributos, en especial en suelo de conquista; Adriano con el objeto de impulsar una nueva forma de mejor percepción de los impuestos abolió el antiguo sistema de los arrendamientos de impuestos, y ello permitió prontamente una mayor entrada

de esos tributos, y cierta mejora en la situación de los deudores tributarios: éstos —con Adriano— ya no son expoliados directamente si son remisos en sus pagos, sino que el cobro de los impuestos adeudados se realiza por vía jurisdiccional, ante los tribunales, entendiéndose que el “Fiscus” = caja imperial, o tesoro del Estado, no es considerado sino como un simple particular, que como tal debía recurrir por medio de una acción judicial ante los tribunales para exigir el cobro de esa deuda tributaria; de esta manera, el “Fiscus Caesaris” aparece como una especie de persona moral privada, como un particular, como un privado más —aunque dotado de ciertos privilegios procesales y civiles— siguiendo en la tradición de esa separación que Roma conoció, desde los tiempos de República, entre Estado y soberano (23).

Esta situación de la administración de la caja imperial fue variando en el tiempo: así en época de Claudio (41-54), sucesor de Calígula (Cayo César), se cuenta que la administración de dicha caja estaba en manos de la servidumbre doméstica imperial, y por el contrario, ya en el siglo II, quien administraba el “Fiscus Caesaris” era un procurador impe-

(23) ¿Fue realmente el “fiscus” romano una persona jurídica, y si lo era, constituía una persona jurídica privada y no pública? Difícil es la respuesta, y más aún si se recuerda que el desarrollo iuspublicístico de la época no era muy acentuado; en principio, pueda sostenerse que no se confundía, ni podía confundirse, con el Estado, ya que según el ideario de aquel tiempo Estado se identificaba con el “populus romanus”, y aparece evidente que era algo totalmente diferente, pues existía como institución precisamente contrapuesta; más tarde, con Diocleciano y la monarquía absoluta, cierto es que ello cambió, al coincidir la institución del monarca con la del Estado, y substituir aquél al “populus romanus” en la titularidad del Estado: pero debe recordarse que tal período marca el inicio de la decadencia romana. Por otra parte, de esa misma consideración se sigue que no podía tener un carácter público el “fisco”, en cuanto institución, pues solamente era “res publica” aquella que pertenecía al pueblo romano, “res populi”, y el fisco pertenecía al Príncipe, justamente, y no al “populus romanus”. No queda, entonces, sino admitir su calificación de “res privata”: el mismo Ulpiano calificaba las “res fiscales” como “quasi propriae et privatae Caesaris sunt” (Dig. 43.8.2.4); la verdad es que Ulpiano con mucha precisión habla de “quasi”, porque ni el Príncipe era un particular más, ni la propiedad o dominio que él ejercía sobre las provincias imperiales era el dominio o propiedad que el ciudadano común romano ejercía sobre sus bienes.

rial: el "procurator Augusti", funcionario del orden de la caballería. El hecho que a través del siglo I después de Cristo y comienzos del II fuese concentrándose todo lo relativo a la administración de la caja pública en el "Fiscus Caesaris" —como se veía— habiendo éste absorbido el "aerarium populi romani", produjo el peligro que tales ingresos fuesen también aprovechados no sólo para los gastos públicos que la administración de Roma y su Imperio requerían sino para manutención de toda la casa imperial y demás fines privados, propio de cortesanos y otras disolventes costumbres: todos los ingresos iban a parar al tal "Fiscus", no existiendo ya esa saludable diferenciación entre lo que en principios del Principado se daba entre "res privata" y "Fiscus Caesaris"; célebres quedan en la historia los dispendios de emperadores como M. Aurelio Antonino Caracalla, sucesor de su padre Septimio Severo (fines siglo II) no obstante que éste había instituido nuevamente una separación entre los dos patrimonios mencionados, a fin, precisamente, de evitar los desastres financieros del tesoro imperial.

Con Diocleciano (284-305) comienza una nueva época en el Imperio Romano, con una división cuatripartita del vastísimo imperio que Roma había engendrado (Oriente cap. Nicomedia, asiento de Diocleciano; Italia y Africa cap. Milán; Iliria y Grecia cap. Sirmiun y Galia, España y Britania cap. Treveris o York alternativamente), y el desplazamiento de Roma como capital; el Senado desaparece como autoridad dentro del Imperio, que pasa a ser regido íntegramente por el Emperador, que ya ni siquiera reside en Roma, sino en Oriente; los últimos restos de libertad republicana ya desaparecen totalmente, y se instaura un profundo absolutismo, a la manera de las monarquías orientales. En este ambiente de despotismo extremado, la caja Imperial = "Fiscus" concentra toda la administración del tesoro del Imperio, habiendo absorbido completamente al patrimonio de la comunidad, vigilado durante la República por el Senado, pero que ya decaía progresivamente hasta su extinción total.

Basándose, entonces, en este artificio de la iuspublicística romana se comenzó —en la cameralística— a usar este término refiriéndolo principalmente al patrimonio del Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, proveniente de multas, penas pecuniarias, bienes vacantes, etc.; con posterioridad, ello fue reconocido también a los Príncipes electores, quienes, por el proceso común sufrido por dicho Imperio, devinieron sus únicos titulares en sus respectivos territorios. Con el desarrollarse del “ius politiae” este proceso se despersonalizó, y pasó a formar una persona moral —a la manera romana— junto al Príncipe (24).

Aplicación del artificio garantístico

Habiendo alcanzado el pensamiento político de la época (siglo XVIII) una cierta separación de los patrimonios estatal y real —del monarca—, y considerando que en variadas ocasiones la Administración actuaba no como un poder soberano sino como un simple particular, los juristas idearon el imputar esta actividad “privada” —si pudiera así llamarse— a una persona moral que, adjunta al soberano, devenía centro de imputación jurídica de aquellas relaciones entre Estado y súbdito con un contenido económico o pecuniario, y sometidas al Derecho privado, y de conocimiento de los tribunales, de producirse una controversia a su respecto.

De este modo, y puesto que las leyes no concedían protección al individuo frente a la actuación del soberano o de sus

(24) En el “Estado de Policía” (“Polizeistaat”) este ente ficticio vino a representar al Estado en lo relacionado con el patrimonio público (no del monarca), y era él quien defendía ese patrimonio ante los tribunales civiles, como un simple particular; además, esta concepción permitió incluso someter al derecho privado —y ser llevados ante los tribunales— ciertos actos que, emanados del poder soberano, poseían —sin embargo— un contenido pecuniario, tales como las expropiaciones, y las requisiciones de terrenos para ser ocupados para maniobras militares, actos que en esta perspectiva ‘fiscal’ fueron configurados como “contratos” (de venta forzada, y de arrendamiento forzado, respectivamente) sometidos al “ius privatum”.

diversos ministros o funcionarios, fue que se reparó en que ciertas relaciones jurídicas entre aquellas autoridades y los súbditos —que deberían haber sido sometidas más bien al Derecho Público— por contener un objeto pecuniario, no se diferenciaban mucho de las relaciones propiamente entre privados, entre particulares, y dado que los tribunales tenían competencia para conocer de las contiendas entre particulares, se buscó esa fórmula del “Fisco” en tanto persona jurídica privada, particular, sometida —entonces— a la posibilidad de ser llevada ante los tribunales (como un sujeto privado cualquiera), e incluso ser condenada.

Pero atendido el hecho que los Tribunales territoriales sólo aplicaban la ley común, es decir las leyes llamadas civiles, que eran las de su competencia inmediata, los juristas —a fin de no dejar escapar esta vía permitiendo una protección jurisdiccional de los súbditos frente a la actividad estatal— no tuvieron más expediente que ver (“ad usum delphini”) en esas relaciones —Estado, soberano, súbditos— verdaderos “acuerdos de voluntades”, verdaderos “contratos”, que sometidos al “*ius privatum*” venían a caer dentro de la esfera de conocimiento de dichos tribunales. Ello significó una cierta garantía del particular, y una vinculación —siquiera parcial— de la actividad estatal, al poder ser llevado a juicio ese ente jurídico patrimonial llamado “fisco”, representante de los intereses económicos estatales (25).

Esta teoría del “fisco” significó, pues, una aplicación lisa y llana de las concepciones civilistas a institutos hoy indiscutiblemente *iuspublicistas*, tales como la expropiación, que mirada desde esta singular perspectiva fiscal devenía nada menos que un contrato, y no podía ser sino una “venta forzada”, y la indemnización venía a ser —naturalmente— el pre-

(25) Este “chivo expiatorio” tiene cierta semejanza con la institución inglesa del “*dumny*”, imaginada por la “*common law*” en el campo de la responsabilidad estatal, el llamado “*nominated defendant*”, en cuanto artificio para eludir la responsabilidad directa del Estado.

cio de la cosa vendida; la relación del funcionario con la administración era considerada otro contrato, esta vez "arrendamiento de servicios"; el tributo mal cobrado, un "enriquecimiento sin causa", y su restitución el ejercicio de la "condictio indebitis", y así, etcétera. Por esta vía, en consecuencia, podía exigirse del Estado el precio del bien expropiado, la renta por los servicios prestados, el tributo mal cobrado, dejando intacta la pretendida intocabilidad del Príncipe, en cuanto no susceptible de responsabilidad por su gestión.

Este medio para vincular formalmente la Administración al Derecho —aquí, la ley civil— significó, pues, una doble vertiente de actividades estatales, aquella no vinculada al Derecho —caracterizada por la actuación del Príncipe como soberano, por medio de mandatos imperativos, y coactivos si es menester— y aquella en que actuándose a través de actos que en nada se diferenciaban de los que podían realizar los particulares, el Poder se vinculaba —por este mismo hecho— a la misma ley aplicable a ellos. Pero, además, aun cuando actuaren a través de órdenes o mandatos esas administraciones (entiéndase 'funcionarios'), es decir imponiendo su voluntad, se logró su vinculación a la ley civil imputando las consecuencias pecuniarias de sus actos al sujeto jurídico "Fisco", que actuando al igual que un particular más estaba sometido a los mismos principios civilistas que aquél.

Así, coexistían en este plano dos personas morales: una, el Estado —persona jurídica de derecho público, representante de la sociedad política gobernada por un monarca— y otra, el Fisco —persona jurídica de derecho común (civil), representante del patrimonio estatal, y de la sociedad entendida en cuanto intereses pecuniarios—. Aquél es el poder público, exento de patrimonio, poseedor de la fuerza para imponer sus mandatos, irresponsable en cuanto a su actuación soberana, y no sometido a las leyes civiles, ni a jurisdicción alguna; éste —el fisco—, en cambio, es un sujeto particular como los súbditos, sometido al derecho civil ("ius privatum") —y dependiente de la jurisdicción civil— que administra el patri-

monio estatal como un súbdito, y que como tal puede ser obligado a pagar, y a resarcir los daños que cometiere, e incluso ser arrastrado ante los tribunales para responder pecuniariamente (26).

De lo expuesto se puede seguir con cierta claridad la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina cameralista en su lucha por obtener una tutela más o menos satisfactoria —para la época— del súbdito frente al monarca absoluto, en este período en que la extensión de las actividades administrativas —“*Polzeisachen*”— hacía mucho mayor la intervención del soberano en la vida de sus súbditos, preocupado aquél en la construcción y obtención de la felicidad terrena y del bienestar temporal de éstos:

los límites de la prerrogativa regia consistían principalmente en el respeto de la libertad natural del hombre, en tanto derecho inherente a él, lo que implicaba asimismo reco-

(26) Ha devenido clásica la fórmula de Koch, en su “*Lehrbuch d. Preuss. Priv. Rechts*”, I, pág. 170, parág. 60 (citado por Otto Mayer, ob. cit., pág. 57, nota 19): “*L’Etat se présente comme personne morale dans un double rapport, comme association politique pour la réalisation du but de l’Etat (droits de majesté, de supériorité) et comme société d’intérêts pécuniaires pour procurer les moyens qui doivent servir à ce but...*”.

Esta teoría del “fisco” significó, pues, la consideración del Estado como poseedor de una doble personalidad jurídica, y aún hasta nuestros días ha perdurado esa posición en la teoría administrativista. Esta doble personalidad del Estado es una cuña importante en contra de la vinculación integral del Estado, y del Poder al Derecho, al distinguir entre actuación de aquél en tanto poder soberano, y en cuanto persona jurídica: ello supone —en realidad— que el Estado, en el primer caso, está por sobre el ordenamiento jurídico, y en consecuencia, no sometido a él. Es curioso observar que esta teoría ideada para paliar de algún modo la irresponsabilidad total del soberano en sus actuaciones, subsista posteriormente —y hasta hoy día— a pesar que desaparecieron monarcas y soberanos absolutos. Si el Fisco era un centro de imputación jurídica adjunto al monarca como instrumento de garantía para los súbditos, desaparecido el rey no se justificaba esa supervivencia del “fisco”, y del Estado en cuanto poder soberano y en cuanto sujeto de derechos patrimoniales, ya que debería haberse sostenido, lógicamente, la unidad de la persona moral “Estado”. Cierto es que, a la época, las prerrogativas del soberano absoluto no desaparecieron, sino simplemente cambiaron de titular, pasando a radicarse —como decía M. Hauriou— en el Ejecutivo, y en ese sujeto jurídico encargado de la marcha misma del Estado, cual es la administración (“*Précis élémentaire de Droit Administratif*”, 5e. éd., Sirey. Paris. 1943, págs. VII y VIII del ‘*Préface*’)

nocer la universal igualdad de los sujetos en cuanto a la necesidad de reconocer un igual trato. Mas, llevado al aspecto patrimonial el problema del límite de la "potestas regia" vino a encontrar una nueva forma de tutela del súbdito en el llamado "iura quaesita", derecho adquirido sobre la base de un título especial, especie de contrapartida del privilegio real (obtenido por el Príncipe ante el Emperador), y frente al cual no bastaba para pasar sobre él el llamado "ius politiae", sino una razón más fuerte que el puro "Poizeisachen" (no el bienestar de los súbditos, sino la conservación misma de la colectividad territorial), es decir el "ius eminens", la "suma potestas", la 'razón de Estado';

y pues que el privado debía consentir al sacrificio de su derecho, y éste poseía un contenido patrimonial, debía ser indemnizado por la persona del "fisco": ciertamente, como tal asunto patrimonial entraba dentro de la esfera del derecho privado, y no cabía siquiera imaginar la posibilidad de anular la orden regia, de dejarla sin efecto esa medida del soberano (no siendo los tribunales competentes para conocer los asuntos llamados de 'policía', puesto que el "ius politiae" no constituía 'Derecho'), la manera de concebir la reparación, el modo de fundamentar la indemnización, debía estar necesariamente dentro de la perspectiva privatista, del "ius privatum".

Naturalmente, con esta concepción muy pronto toda garantía del particular deviene posible ser avasallada, y convertida en un simple expediente de "soporta y pasa la cuenta", constituyéndose el "Fisco" en deudor ante los tribunales territoriales, como un particular más, a través del sometimiento a las reglas del derecho privado, del "ius privatum", único conjunto de normas jurídicas, considerado 'Derecho'. Aunque ello impidió —tal vez— una visión doctrinaria que fuese conforme a la realidad de las instituciones, constituyó, en la práctica, un verdadero instrumento —el único con que contaba el súbdito— de tutela jurisdiccional, utilizable como protección jurídica hasta frente a los llamados "Hoheiligenakten", o ac-

tos de soberanía, no ciertamente para obtener su anulación pero sí para ser reparado de los perjuicios que pudieran haberle ocasionado; de esta manera —y por vías diversas de aquellas recorridas por el “juge administratif” galo— llegaba a reconocer el magistrado germano, territorial, fácilmente derechos subjetivos individuales dignos de protección, si bien sólo en la esfera del “ius privatum”, y por medio del reconocimiento de un derecho lesionado de tipo patrimonial.

No es difícil observar, entonces, la importancia que tuvo esa concepción del “Fisco” —persona moral exenta de inmunidad de jurisdicción— como instrumento de protección de los súbditos frente a las potestades del monarca o de sus funcionarios, vinculando formalmente al Derecho no poca parte de las actuaciones gubernamentales, en cuanto concernían relaciones de tipo patrimonial, o con un contenido consecucionalmente pecuniario.

B I B L I O G R A F I A

Sobre la llamada “teoría del Fisco” puede verse —en su aspecto escolástico— la exposición que hace OTTO MAIER en su “Deutsches Verwaltungsrecht”, Berlín, 1895-1896, vol. I. Hemos tenido también a la vista el original francés escrito por el mismo MAIER, con prefacio de H. BERTHELEMY, Giard-Briere, París, 1903, vol. I.

Sobre el Estado de Policía, el nacimiento del Estado de Derecho en Alemania, y la vinculación de la Administración al Derecho, puede verse en español:

E. Forsthoff: “Tratado de Derecho Administrativo”, trad. de la 5ª edición alemana, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1958, cap. I.

F. Fleiner: “Instituciones de Derecho Administrativo”, trad. española, Editorial Labor, Barcelona, 1933, Parte general, cap. I, par. 3.

- F. Garrido Falla*: "Tratado de Derecho Administrativo", Instituto de Estudios Políticos de Madrid, vol. I, 3ª ed., Madrid, 1964, pp. 64 y siguientes.
- O. Maier*: "Derecho administrativo alemán", trad. española, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, vol. I, pp. 47 y ss.
- L. Spiegel*: "Derecho Administrativo", trad. española, Editorial Labor, Barcelona, 1933, ver esp. cap. VII.
- O. Bachof*: "La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana", en Revista de Administración Pública N° 25 (1958), pp. 289 y ss.

Ya más ampliamente:

- W. Antonioli*: "Allgemeines Verwaltungsrecht", Viena, 1954.
- O. Bachof*: "Über einige entwicklungstendenzen in gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht", en Homenaje al prof. Sayagués Laso, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1969, vol. IV, pp. 439 y ss.
- B. Bender*: "Allgemeines Verwaltungsrecht", 2ª ed., Freiburg im Brisg., 1956.
- E. Bussi*: "Evoluzione storica dei tipi di Stato", Editrice Sarda, Cagliari, 1954.
"I principi di governo nello Stato di Polizia", en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 1960, pp. 800 y ss.
- M. S. Giannini*: "Profili storici della scienza del diritto administrativo", en Studi Sassaressi XVIII, 1940, pp. 133 y ss.
- F. Giese*: "Allgemeines Verwaltungsrecht", Tübingen, 1952.
- W. Jellinek*: "Verwaltungsrecht", 3ª ed., Berlín, 1932.
- M. Martin*: "Les juridictions administratives en Allemagne", en Etudes et Documents du Conseil d'Etat 1952 (N° 6), pp. 166 y ss.
- G. Meyer*: "Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht", Berlín, 1913.
- G. F. Miglio*: "Le origini della scienza dell'Amministrazione", en Atti del 1º convegno di Studi del centro studi amministrativi di Como, Giuffré, Milano, 1957, pp. 7 y ss.

- H. Peters*: "Lehrbuch des Verwaltungsrecht", Berlín, 1949.
- J. Salzwedel*: "Zur entwicklung des Polizeirechts in Deutschland", en Homenaje al prof. Sayagués Laso, cit., vol. IV, pp. 1209 y ss.
- D. H. Scheuing*: "La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne", en Homenaje al prof. Sayagués Laso, cit. vol. III, pp. 307 y ss.
- P. Virga*: "La potestá di polizia", Giuffré, Milano, 1954.
- K. E. von Turegg*: "Lehrbuch des Verwaltungsrecht", 3ª ed., Berlín, 1956.
- H. J. Wolff*: "Verwaltungsrecht", vol. I, 7ª ed., 1968, vol. II, 1962, vol. III, 1966, München-Berlín.