

Hay además un claro mensaje a la Monarquía. Al poner a la Aristocracia al abrigo del Rey y poner a ambos, a su vez más allá del poder de enjuiciamiento del pueblo, está ofreciendo a la Monarquía un acuerdo, un pacto frente al pueblo.

Se trata de señalarle que es más lo que une que lo que separa y que la cláusula de garantía que significaba el juicio entre pares es una barrera para evitar la mutua destrucción; se trata frenar a la nueva clase ascendente, que englobaba genéricamente a la incipiente burguesía y al pueblo propiamente tal (bajo artesanado, incipiente proletariado, clases rurales, empleados, dependientes...). La cultura latente de estos últimos, no habría de pasar necesariamente por el respeto de la Monarquía ni de la Nobleza; de ahí su proyecto de pacto implícito y de ahí también, como veremos luego, el escaso entusiasmo revolucionario, en la práctica, por un poder judicial independiente, del que se desconfía, precisamente, por haber estado en manos de la Nobleza (y haber demostrado su tremenda actividad en la agónica lucha final entre los Parlamentos judiciales y el Rey).

Montesquieu, pasando de contrabando como republicano y amigo del pueblo, a quien ofrece representación política, cobra así ante el análisis de Althusser, una perspectiva bien diferente. Ciertamente, su exquisita manera de razonar y la utilización del ejemplo inglés, ha podido hacer creer que ha sido Montesquieu el campeón de la causa de la burguesía; pero tal creencia es vana y pura ilusión; y la separación de poderes, tal como se desprendía de la obra del Barón de la Brède, fue criticada por la Revolución (cuando alcanzó su punto álgido) y las tremendas palabras de Sieyès no dejan lugar a dudas de que los espíritus más radicales de la Revolución, sabían muy bien quien era Montesquieu y al servicio de qué ideas trabajaba («Cette aristocratie féodale... qui ne cesse d'inspirer des vaines terreurs pour se conserver une grande importance, que cache sa nullité pour le bien sous le nom de «Corps intermédiaires et sa puissance pour le mal sous l'autorité imposante de l'aristocrate Montesquieu») (41).

No obstante, en la propia Revolución hubieran de hacerle

(41) GARCÍA DE ENTERRÍA: «Revolución Francesa», *cit.*, pág. 39; A.R. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pág. 191 y ss. *Vid.* asimismo las tesis de ALEXIS DE TOQUEVILLE: «L'Ancien Régime et la Révolution», base de todas estas especulaciones por obra de su personal y lucida interpretación. Últimamente, C. CHESNELLA, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

caso, sobre todo al tener que discutir sobre los temas tal como él los planteó. Ciertamente, nada más lejos de él que convertirse en el aprendiz de brujo que atizare el fuego revolucionario; no sólo no pretendía acelerar el curso de la historia, sino, más bien frenarlo. Como dice Althusser (42), él, que miraba hacia el pasado, parece abrir las puertas del futuro. Este futuro pasaría precisamente por la creación de una formidable Administración que, como vemos, no tiene lugar propio en la concepción que de la división de poderes parece querer desprenderse.

En la fórmula política que se deduce de la trilogía de poderes no hay desde luego un sitio para que esta enérgica criatura pudiera desarrollarse. Por tanto, la pregunta: ¿Y como surge la Administración sometida a Derecho?

4. LA NECESARIA EMERGENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Veíamos cómo una aplicación pura del principio de división de poderes, impedía llanamente el nacimiento de la Administración pública. Como explica García de Enterría, «la idea de la Administración, como su accesoria, la del Derecho Administrativo, quedan así al margen de la concepción política que va a actuar la Revolución» (43).

Pues bien, justamente, y con una fuerza insospechada, la Administración Pública va a ser un producto genuino de la Revolución Francesa; quizás como hijo no deseado del maridaje de la misma con las exigencias del Estado de Derecho, pero con vitalidad suficiente para invertir el mito de Saturno, ya que se demostrará como la más enérgica fuerza de que jamás dispuso el poder (44).

Tempranamente caerán en la cuenta los revolucionarios de la necesidad de acrecentar el poder del ejecutivo, más allá desde luego de lo que la aplicación rígida del principio de división de poder iba a permitir.

(42) *Op. cit. loc. ult. cit.*

(43) *Op. cit. loc. cit.*, pág. 29.

(44) *Vid.* E. GARRIDO FALLA: «Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales», R.A.P., n.º 7, en especial pág. 36.

Es clásica a este respecto, la cita del «informe sobre los principios del Gobierno Revolucionario» presentado por Robespierre a la Convención del día 25-XII-1.793 en el cual decía «...sous le régime constitutionnel, il suffit presque de protéger les individus contre l'abus de la puissance publique; elle-même est obligée de se défendre contre toutes les factions qui l'attaquent». Véase como ya se estima necesario inmunizar al Poder Ejecutivo frente a los Tribunales, liberándose así de un control permanente y, sobre todo, preparando el camino para eliminar la posible interpretación de que el Poder Ejecutivo se construirá simplemente mediante la técnica elemental de ejecución de la Ley, esto es, considerando al Ejecutivo simple gestor delegado del legislativo para desarrollar así una política única, esto es, la única posible (45).

Enérgicamente reclamará el Poder Ejecutivo un espacio propio, sacudiéndose así de las trabas a que le sometía el equilibrio forzoso, impuesto por el principio de división de poderes.

Era necesario para ello, desde luego, utilizar técnicas concretas y bien precisas, ya que las viejas explicaciones místicas y teológicas, propias de la anterior época, habían quedado arrumbadas por el impacto de la filosofía racionalista, los descubrimientos científicos y la propia Revolución (46).

Se prepara así el camino que acabará conduciendo a lo que hoy conocemos como Administración, pese a los propios revolucionarios.

Esta última eventualidad ha sido magistralmente descrita por el profesor García de Enterría, que la define como el precio de una disidencia.

Señala, y es necesaria tan larga cita, que «paradójicamente, la misma Revolución Francesa movida por este ideario y dispuesta a su realización histórica va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea y, consecuentemente a ella, el Derecho Administrativo.

Esta curiosa singularidad histórica es fácilmente explicable. En síntesis el proceso puede explicarse en estos términos: los revolucio-

(45) Vid. PASCADA VAZQUEZ: «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», R.A.P., n.º 35, en especial pág. 70 a 73.

(46) A. SOBOLJ, G. LEMARCHAND, M. FOGET: «El siglo de las luces», Madrid, 1992, donde se encuentra una amplia explicación sobre estas transformaciones. Vid. Bibliografía allí citada.

narios, en el momento de plasmar el Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera el Antiguo régimen; pero los dogmas jurídico-políticos de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir ese hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente, el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, como conclusión, se nos aparece como el precio de una disidencia, como el arbitrio con que la Revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos poderes revolucionarios. Es, en este sentido, un subproducto más que un producto directamente provocado» (47).

A juicio de este autor, que invoca la autoridad de Tocqueville, será el recelo de los Revolucionarios hacia los antiguos Parlamentos Judiciales, la causa determinante de tal disidencia.

La Nobleza se había constituido como poder inmediato, capitalizando en beneficio propio la interpretación de Montesquieu; a través de las facultades de «enregistrement y remontrance», llegaron a ejercitar una fuerza efectiva que podía traducirse en un auténtico gobierno de notables que, naturalmente, tendía a romper el equilibrio de los tres poderes para intentar concurrir con el Monarca a la formación de las leyes. Esta idea de resistencia al poder del Monarca se mostró exacerbadamente, justo cuando el banquero Necker propuso una política reformista como último y esforzado intento de evitar el derrumbamiento del Antiguo régimen que, abandonado de todos, se precipitaba en el caos y con él, la interpretación —no la forma en todo caso— del mundo jurídico que reflejaba y sustentaba.

A la vista de tal situación, los revolucionarios tuvieron buen cuidado de no reproducir el error cometido por el Monarca de someterse al enjuiciamiento y decisión del estamento judicial-aristocrático. En consecuencia, la división de Montesquieu se convertirá en separación, de la que resultaría inmediatamente beneficiado el Poder Ejecutivo por encima de los otros dos. Se dará así las gracias

(47) Revolución Francesa, cit., pág. 33 a 34.

al Poder Judicial por su aportación al acoso y derribo del Despotismo, pero se le apartará definitivamente del poder sobre el Ejecutivo, interpretando la doctrina de la división como separación, estableciendo un régimen de inmunidades del Ejecutivo frente al Poder Judicial en la famosa Ley de la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1.796, en la que se señala que «les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine forfaiture troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions» (48).

Asimismo, se asegura también el poder ejecutivo la independencia del legislativo, mediante la técnica reglamentaria, que aparece como mera ejecución de la Ley en la Constitución de 1.791 y que se consagrará definitivamente en la Constitución del año VIII.

A partir de ahí, el crecimiento será imparable, entre otras razones porque, como explica García de Enterría (49), era imprescindible la creación de una máquina imparable y obediente si se pretendía consolidar la Revolución y obtener los resultados propuestos por la obra revolucionaria. Y tal emergencia, como destacó Alexis de Tocqueville, no fue un producto momentáneo y perecedero, sino la más importante contribución de la Revolución a la estructura del poder (50).

Ahora bien, si hemos de concluir con que el precio de la disidencia revolucionaria es la creación del derecho administrativo, no podemos dejar de poner de manifiesto que el contexto en que a partir de ese momento se desenvuelve este poder surgido directamente del proceso revolucionario es necesariamente distinto del contexto en que se desenvolvía el anterior Estado Absoluto, al que pone fin precisamente.

El Derecho Administrativo surge, justamente, como técnica de fiscalización y ordenamiento de la Administración. No se trata sólo de reconocer el poder creado por la Revolución —que para eso no se hubiera hecho una Revolución sobre los postulados de un orden jurídico basado en la libertad (además de la igualdad)— sino que,

paradójicamente, la creación de ese formidable poder tenía que pasar, precisamente, por asegurar que el mismo podía ser fiscalizado —ya veremos cómo—.

Como destaca muy acertadamente Garrido Falla (51) «El haber querido someter a Derecho las relaciones entre el Estado y sus súbditos, había de producir sorprendentes consecuencias, no sólo para la explicación de tales relaciones, sino para la concepción misma del Derecho. Por eso, el Derecho Administrativo, que nace a la historia después de la Revolución Francesa y, hasta cierto punto, como un producto suyo, va a significar una brecha a los principios revolucionarios. He aquí la primera contradicción que nos va a ofrecer el Derecho Administrativo».

En efecto, de un lado, había que consolidar esa nueva situación; dinamizar a una sociedad todavía encadenada a los viejos prejuicios y atemorizada e inconsciente del poder que había adquirido; eliminar las resistencias de los viejos grupos sociales enquistados en núcleos de poder considerables y muy activos (hasta el punto de conseguir subirse en muchas ocasiones a la carroza en la que se asentaba el nuevo poder) y peligrosos; plasmar el equilibrio entre igualdad y libertad; defender las fronteras amenazadas. Había que, según la acertada expresión de Alexis de Tocqueville «accroître la puissance et les droits de l'autorité publique pour détruire tout ce qui, dans l'ancienne société, décollait des institutions aristocratiques et féodales» (52).

La obra Napoleónica rematará esta primera fase de evolución de ese ente surgido del proceso revolucionario y del derecho que le acompaña.

En un deslizamiento progresivo, se admitirá una concentración de poder imaginable, incluso, para el mismo Monarca. La técnica de la centralización, permitirá recoger para la Administración Pública todos los viejos privilegios y prerrogativas de la Corona, de la Nobleza y de los Gremios, Pueblos y Estamentos, que se resumirán, a partir de ahora, en el concepto de interés público, que será el del nuevo ente surgido de la Revolución, que, habrá de

(48) P. WATTEL: «El Derecho Administrativo». Cuadernos. Taurus, 1966, pág. 21.

(49) *Op. cit.*, pág. 43.

(50) *Op. cit.*, pág. 44.

(51) «Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales». R.A.P., n.º 7, pág. 45.

(52) «L'Ancien Régime et la Révolution», págs. 79 a 80.

prevalecer —por su propia superioridad— sobre el interés privado.

Así el vino viejo pasa a reposar en odres nuevos, porque lo que aprovechará la Administración revolucionaria será precisamente todo ese cúmulo de poderes, antes un tanto desarticulados y dispersos.

Ahora bien, todo eso —fijémoslo bien— habrá de hacerse, además en el marco de un Estado que respondería a la ideología revolucionaria. Pasa así a exigirse que se respete la Ley y los principios de la Administración han de ser objeto de regulación jurídica.

No obstante —y esto es también importante— las leyes que a partir de ese momento van a regular a este nuevo sujeto, *no serán las leyes civiles ordinarias*, que regulan en el orden privado, las relaciones entre los particulares. Aparecen nuevas leyes de cuño exclusivamente público, lo que implica, como destaca Hauriou «una separación entre dos tipos de Leyes, las de Derecho Privado que siguen siendo directamente aplicables a los ciudadanos bajo su responsabilidad, y las de Derecho Público, o al menos aquellas para cuya ejecución han sido organizados los servicios públicos, los cuales no se aplican, sino por medio de los «corps administratifs» y bajo su responsabilidad» (53).

Hay que admitir, pues, un orden propio, que se aplicará a la Administración como ordenamiento singular y cuya finalidad será, precisamente, ofrecer un cauce seguro a este sujeto nuevo y excepcional, cuyo poder, omnímodo, está vinculado a un fin, cual es la gestión de los intereses colectivos, superando el egoísmo y encerramiento del Antiguo Régimen. Como dice acertadamente Garrido Falla, el régimen administrativo del Estado de Derecho nace «como un tercer camino en el intento de someter los actos del Estado al Derecho» (54), equidistante tanto en la doctrina del Fisco, como del «Rule of Law» (55).

Este «corpus» jurídico, albergará en sí muchas de las instituciones de uno y otro. El equilibrio permanente entre las prerrogati-

vas de la Administración y las garantías del administrado, la tensión autoritarismo-libertad, son elementos que se dan de continuo y que van a caracterizar permanentemente a nuestra disciplina. Como ha explicado, en términos dignos de ser reproducidos literalmente, el profesor Garrido Falla. «El Derecho Administrativo parece albergar en su seno, desde sus orígenes, una contradicción irreductible. Por una parte, a él se debe la creación de un sistema de garantías jurídicas del particular, frente a la Administración que forman hoy, parte entrañable de su esencia; por otra el Derecho Administrativo ha sido instrumento sutil de justificación jurídica de la prerrogativa administrativa. La razón suprema del «interés o servicio público» se ha manejado decisivamente hasta establecer el equilibrio jurídico propio del derecho Público, al margen del tradicionalmente construido y señalado por el Derecho Privado» (56).

Los distintos materiales con los que se va formando tienen muy distinta precedencia, responden a finalidades que en ocasiones han sido contradictorias, y lejos de ser un camino lineal, no caben en muestra asignatura, posturas rotundas y que nos remitan a razones verticales. Así se comprende que, a diferencia de otras disciplinas de las ciencias Jurídicas, ocurre aquí que, incluso, el propio concepto está en el centro permanente de atención de los estudiosos, y además lo ha estado siempre, precisamente, como consecuencia de este origen, hecho con materiales de tan distinto linaje. Como explica P. Weil. «A partir de la época clásica, se esboza así, la problemática del Derecho Administrativo: de un lado, la sospecha de que el Gobierno atente contra los derechos naturales e imprescriptibles del ciudadano, y de otra, la necesidad del Gobierno de disponer de los medios necesarios para la satisfacción de los servicios públicos; la primera exigencia provoca la limitación y control de la Administración; la segunda suscita la concesión a la Administración de privilegios y prerrogativas. Tensión que no es, por otra parte, más que un aspecto de la profunda contradicción, a menudo señalada, que caracteriza toda la vida política francesa, que tiene como dato primordial los derechos del individuo, no puede dismular, sin embargo, una sólida tradición de centralización y autoritarismo. Entre estos dos polos, la síntesis es imposible: a lo más que

(53) M. HAURIOU, «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 10.^a Edición, París 1921, pag. 1.

(54) *Op. cit.*, pag. 31.

(55) R. EXTREMA GUERRA, «Contraposición entre el régimen administrativo y el rule of law», Estudios en homenaje a JORDANA de POZAS, Vol. III, Madrid 1961, pag. 17 y ss.

(56) «La Administración y la Ley», R. A. P., n.º 6, pag. 138.

puede llegarse es a tener en cada momento un punto de equilibrio, siempre amenazado, siempre puesto en entredicho, según los movimientos pendulares de la Historia» (57).

Naturalmente, en las distintas épocas se ha puesto el acento en uno y otro platillo de la balanza. Así, en épocas dominadas por corrientes autoritarias, lo que ha interesado es destacar el conjunto de garantías que protegen al ciudadano, frente a la Administración. En otras épocas, dominadas por la agresión de los poderes privados que pretenden usurpar ilícitamente parcelas de poder a la colectividad, se ha tenido que rescatar las técnicas de las prerrogativas, como valladar del común de los ciudadanos frente a los poderes económicos más fuertes. También hay épocas de auténtica confusión, en las que el administrativista queda un tanto perplejo, ya que resulta difícil llegar a conocer siquiera que es lo progresivo y qué es lo reaccionario: dónde está la libertad y dónde el interés público. Hay, efectivamente, tiempos en que el Poder se manifiesta de una manera contradictoria, sin que se sepa muy bien cuáles son las coordenadas en las que se mueve, y donde llega a suceder que se produzca de una manera reaccionaria y autoritaria en unos aspectos y de manera progresiva en otros, fragmentando así a la Sociedad y provocando una clara división de opiniones entre los teóricos.

Pero ahora y aquí, quiero dejar apuntadas las claves para una metodología que sea capaz de aportar cierta luz a ese cúmulo de problemas y que, en mi opinión, pasa por recordar, una vez más, el doble componente del que se nutre y se ha de nutrir el Derecho Administrativo desde sus orígenes hasta nuestros días; doble componente éste que cuando se tensiona al máximo, muestra una faz esquizoide, pero que cuando se busca con técnicas apropiadas a cada momento su punto de equilibrio, por el contrario, ofrece una adecuada armonía.

Creo que ese doble principio, se puede resumir en atinadas páginas de M.S. Giannini: «El Derecho Administrativo nació por efecto de la confluencia de las experiencias constituidas por los tipos estructurales del «actus principis» y del Polizeirecht con los principios constitucionales introducidos por la Revolución Francesa

(57) «El Derecho Administrativo», Madrid, 1986, pág. 29.

y con el espíritu de racionalidad de los legistas franceses y también italianos y alemanes, que mantuvieron en aquel período altamente creador, posiciones dominantes. Es exacto, por consiguiente, que al componer el Derecho Administrativo, concurren la aceptación del principio de división de poderes, el de legalidad de la acción administrativa, el de reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, el de accionabilidad de las situaciones subjetivas del ciudadano, frente a la Administración pública, pero también lo es que a ello concurren, asimismo, la imperatividad de los actos del Príncipe, ahora de los actos administrativos, la coercibilidad que se transformó en autotutela, el carácter autoritario que se transfirió del Príncipe a la Administración, el principio de jerarquía convertido en jerarquía de los órganos, la preeminencia sobre toda otra instancia administrativa que pasa del Príncipe al Gobierno Central, el procedimiento contencioso, el carácter meramente derivativo de los poderes locales territoriales, etcétera, es decir, tantos institutos que ya existían y que, después de una acomodación más o menos cuidadosa, reformadas o perfeccionadas, pasaron a la nueva normación» (58).

5. LOS POSTULADOS DEL ESTADO DE DERECHO Y SU APLICACIÓN AL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO.

A partir de tal génesis, fácilmente se comprende cómo la construcción inicial que se hace en Francia —y por expansión en otros países del Continente, si bien en Alemania tendrá su peculiar evolución— tendrá que hacerse, mediante la técnica de ir vertiendo los antiguos privilegios y prerrogativas de la Corona en los moldes del Estado de Derecho.

Esta técnica va a traducirse en un repertorio de principios fundamentales que servirán para ir tejiendo esa delicada red, con la que apresar los dos fundamentos opuestos a que hemos hecho referencia y aunarlos en un todo común.

Veamos estos principios, que lógicamente responden a la necesaria racionalidad propia del mundo burgués, que tenía así asegu-

(58) «Voz «Dritto Administrativo»», «Enciclopedia del Diritto», Vol. XII, Milán 1964, pág. 361.

rado tanto los requisitos normativos imprescindibles para dedicarse, a partir de ahí, a optimizar sus beneficios, como el entramado ordinamental que le asegurase que quedasen bien atados todos los ligamentos del sistema (59).

Lo que no impide admitir que tales aportaciones sean, en gran medida, conquistas irreversibles, auténticas ganancias para el Estado de Derecho, de las que no podemos prescindir. Aún más, a mi juicio, el ataque o menoscabo a estos grandes principios que a continuación vamos a sistematizar, constituye un daño de gravísimas consecuencias a toda comunidad política organizada conforme a Derecho.

En gran medida, tales dogmas jurídico-políticos son la savia de que se nutre cualquier ordenamiento civilizado y en esa misma medida la destrucción de tales fundamentos o su menoscabo, equivale a dar marcha atrás, volver a la vigencia de la arbitrariedad, del absolutismo y de la inseguridad.

Sucede que a partir de estos fundamentos los ciudadanos son libres, jurídicamente hablando. Tienen así certeza de que el poder tiene sus límites y de que en la gráfica expresión del molinero —a quien el Emperador retó a ver que contestaba a la pregunta de qué hacía si le despojaba injustamente de todos sus bienes— «siempre había jueces en Berlín».

Sin embargo, cuando tales principios se desconocen, sólo se hace respetar frente al poder quien tiene capacidad real de conflicto; por el contrario, quien no la tiene carecerá de medios para defender sus derechos que se convertirán en simples beneficios rogados, que el poder puede otorgar o no en función de la gracia que le merezca el sujeto en cuestión. La certeza y seguridad de los sujetos se convertirá en temor y menesterosidad.

Es peligroso abdicar, incluso momentáneamente, de tales principios, ya que en lo fundamental forman el entramado de lo que se ha dado en llamar «Estado de Derecho», esto es Estado de Leyes y de razón lejos del arbitrio y subjetivismo.

Por eso, todas las ulteriores aportaciones se reclaman al Estado de Derecho, aunque lo modifiquen con ulteriores contenidos,

(59) Vid. Niklas LUHMANN: «Fin y Racionalidad en los sistemas». Editora Nacional 1983, pág. 86.

como social o democrático, y ninguna apuesta política se decantaría, «al menos claramente», por abdicar de tal solución, aunque no es difícil admitir que en más de una ocasión se han producido ataques que han dejado huellas sobre el Estado de Derecho. Pero, a la postre, siempre acabamos apoyándonos en tales principios cuya fuerza expansiva y demostrativa es imperecedera y a los que no existe alternativa que no pase por la supresión de las libertades (60).

Veamos tales principios, desde la óptica de lo que a la Administración y al Derecho Administrativo interesa primordialmente.

a) *El principio de legalidad.*

La primera conexión que nos cabe establecer a propósito del principio de legalidad es la de qué se hace con la libertad, desde el momento en que a la formación de la Ley concurren las libertades de los distintos ciudadanos que componen la Nación.

La libertad es la cifra misma de la Ley, por contraposición al Antiguo Régimen.

No es difícil concluir que en la proclamación de un Gobierno sujeto a las leyes se encuentra el ideal mismo de la libertad. Y naturalmente una de las primeras consecuencias a extraer sería la de que la Ley ha de ser igual para todos, cualesquiera que fuesen los sujetos obligados al cumplimiento. Como expresa Otto Mayer (61) «la manera por medio de la cual el pueblo ejerce su poder soberano consiste, justamente, en que él mismo elabora las leyes, es decir, prescribe las reglas generales que en adelante serán obligatorias para todos los funcionarios del Estado sin excepción, ya sean jueces u otros, comprendiendo al propio Jefe del Estado; nadie podrá obrar sino conforme a la voluntad general, es decir, según la Ley».

Ley y libertad se yuxtaponen y confunden, haciéndose mutuamente equivalentes. Y los poderes administrativos, emanan de la ley y sin la misma ni siquiera existen. La sujeción de los ciudadanos y de la Administración a la Ley, debe ser total y en aplicación del principio de división de poderes, —última ratio del sistema—, irían

(60) R. ENTREÑA CUENTA: «Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho». R.A.P., n.º 30, pág. 12.

(61) *Op. cit.*, Vol. I, pág. 72.

abocados a constituirse en mera ejecución de la Ley, en su realización concreta y práctica, de manera que en un proceso operativo semejante al judicial, la Administración gestionaría los intereses concretos que la Ley confiara al Gobierno. Esto implica consecuencias nada desdeñables. No habría lugar a los Reglamentos independientes, la discrecionalidad sería meramente técnica (por usar expresiones de nuestros días), la Administración sería el brazo articulado del poder ejecutivo; se confundirían sujeto y función administrativa en una síntesis admirable; todos los actos «administrativos» que se apartasen del fin previsto serían reprochables; no habría más intereses generales que los establecidos y queridos por las leyes; la evaluación de tal interés general correspondería siempre al Parlamento, etcétera.

Ahora bien resultó sencillamente imposible tal esquema.

Como muy bien lo expresa Santiago Muñoz Machado (62), «Realmente, de hecho o de derecho, la Administración no se ha identificado nunca con la función de pura ejecución de la Ley. En efecto, la primera versión revolucionaria del principio de división de poderes, la de la Constitución de 1.791, que es más pura que las sucesivas, prohibirá al poder ejecutivo hacer ninguna Ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar o reclamar su observancia». El término «proclamaciones, según observó en su día Esmein, y ha recordado más recientemente Douence, no podía entenderse como una atribución de potestad reglamentaria al Ejecutivo, sino como una habilitación para ordenar medidas de publicidad, para recordar de nuevo el contenido de Leyes y Reglamentos, sin añadir nada a su fuerza propia. La función ejecutiva se concibe, pues, como de pura ejecución material y de carácter no normativo en esta primera Constitución de 1.791; no obstante lo cual, y como los autores citados han observado, ya en el tiempo de vigencia de dicho texto, el Ejecutivo llegó a dictar verdaderos Reglamentos. Ni siquiera pues, en estos primeros momentos de purismo revolucionario el poder Ejecutivo se limitó a llevar una función de mera ejecución material de la Ley. Mucho menos ocurrirá esto a partir de la constitución del año XIII, en la cual se conce-

(62) «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración» (R.A.P., n.º 84, págs. 519 y ss.).

de a la Administración potestad normativa para la ejecución de la Ley. Ha de tenerse en cuenta, además, que la fórmula «asegurar la ejecución» de la Ley, que era la que daría en aquella ocasión cobijo y reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Administración, estaba referida a las Leyes en general, no a una concreta, sino al bloque entero de la legalidad, lo cual permitirá ya aparición del Reglamento independiente».

Esto era consecuencia, en mi criterio, de que la técnica de inserción de la incipiente Administración a la Ley, tenía que realizarse de manera diferente a la que correspondía a los particulares. Y eso por una razón: el interés público —principio que justifica la existencia misma de la Administración recogiendo y elevando exponencialmente los viejos títulos de la «publica utilitas» y del «bonum commune» que ya existían como cláusulas justificativas del Estado policía— reclamará un espacio propio no reconducible a la mera técnica de ejecución.

Los particulares verán a la Ley como límite, como obstáculo y freno, como barrera que se alza frente a su libertad natural que —vía autonomía de la voluntad— se les reconoce tanto en las Constituciones como —poco más adelante— en el Código Civil.

Pero esta concepción tendrá muy poco que ver con la propia del Derecho Administrativo, — pese a los intentos de asimilarlos— puesto que al carecer de tal libertad (teóricamente al menos) se tiene que traducir en pura reducción a la nada si todo el cometido de la Administración se redujera a aplicar la Ley.

Lo cual no obsta a que siga siendo lícito a nuestro juicio que sea la técnica de la vinculación positiva la que mejor explique la inserción de la Administración a la Ley, pero ese es tema que desarrollaremos en su momento.

Ahora tiene que bastarnos afirmar que las exigencias de la realización de fines colectivos, dirigidos al bien común o interés general, se tradujo en una necesaria distorsión del modelo originario.

Así, la Administración será una persona no corriente, sino poderosa (potentior persona), que se ornamenta con una serie de privilegios inconcebibles en la persona particular, al mismo tiempo que resulta fiscalizable por el cometido o fin a que están destinados, lo que asimismo sería impensable en cualquier sujeto privado que, por

definición, autodetermina sus propios fines, sin sujeción a norma o instrucción concreta de norma alguna.

Por otro lado, lo que pesará sobre la Administración no será solamente la ley concreta, sino que habrá que remitirse más ampliamente al «bloque de la legalidad» en expresión de Hauriou (expresión por cierto muy eficaz y que hemos visto reproducida cuando se ha tratado de explicar la sujeción de la norma a la Constitución, como «bloque de la constitucionalidad») lo que viene a implicar, según García de Enterría (63) que la Administración está sujeta a la norma jurídica con el mero requisito de que esté efectivamente integrada en el ordenamiento jurídico mediante la técnica de atribución de potestades (64), que a diferencia de los derechos subjetivos, que aparecen como poderes jurídicos de la voluntad fundados en la propiedad o en la libertad, son poderes dirigidos a un fin; y este fin ha de ser un fin público justificado por el interés general, que caso de enfrentarse con un interés privado, puede llegar a exigir el abatimiento de éste, sin perjuicio de la lógica y justa compensación. Había así de venir en reconocerse una mística del interés general como interés propio de la Administración, al concretar los dictados de la Ley a la que viene así a corporizar. Ese interés general, concretado por la Ley, no significará tampoco la apertura a ámbitos desconocidos por el legislador. Se insiste en que la técnica que acaba imponiéndose, al menos como técnica teórica que es continuamente desmentida en la práctica, es la de una vinculación positiva, de manera que hay una cadena de atribución de poderes —Ley Potestad-Acto-Ejecución que en cierta manera, se asemeja a la cadena de producción de efectos en la esfera del Derecho Privado-Personalidad-Capacidad jurídica-Capacidad de obrar-Legitimación-Poder de disposición. Si falla un eslabón en la cadena, falla por vicio la totalidad del acto en cuestión, porque, como destaca Eisenmann (65) tal vinculación de la Administración no es sino la expresión política de la Administración Pública, cuyo

(63) «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», en R.A.P. n.º 27, 1958; asimismo publicado en los «Studi in onore di Silvio Lessona», Bologna, pág. 297.

(64) Vid. Santi ROMANO. «Frammenti di un dizionario giuridico», Milano 1953, págs. 172 y ss.

(65) «Le droit administratif et le principe de légalité». Etudes et Documents. Conseil d'Etat n.º 11, pág. 29 (1957).

carácter vicarial (66) hay que afirmar, ya que el «*verus dominus*» seguirá siendo en esta construcción el Legislativo (67).

b) *La potestad reglamentaria.*

Conectando con lo antes expuesto, surge la potestad reglamentaria como fenómeno insospechado, al menos con la extensión y fuerza que va a prestarle la Administración postrevolucionaria, y cuyo eco se trasluce en la vigente Constitución Francesa de 1.958, en la que se crea un espacio reservado únicamente para este instrumento normativo (bien que sometido a ciertos controles que no son desdeñables).

El primer paso se dará en la busca y consolidación de la potestad reglamentaria ejecutiva, basándose, —en lo principal— en razones de índole pragmática (68); después el intento será más ambicioso buscando localizar la potestad reglamentaria autónoma o independiente.

Mucho de lo que a continuación deberíamos añadir, se construye en Alemania a tenor del principio Monárquico (no sólo en Alemania, pero con un énfasis nada despreciable por sus propias razones históricas) y a tenor del significado que en este país tiene el principio de legalidad, en especial a propósito de la distinción entre Ley formal y Ley material.

(66) Vid. J.L. VILLAR PALASI: «Curso de Derecho Administrativo». Tomo I, págs. 61 y ss.

(67) EISENMANN, dirá (*op. cit. loc. cit.*) que... «Afirmo que la Administración está vinculada por las reglas legislativas que le conciernen, es tanto como fijar la relación de poder entre el aparato de los órganos administrativos y el Parlamento —legislador—».

Justamente aquí, en el significado y cariz que tomen las relaciones entre el Poder legislativo y la Administración, se encontrará una de las más importantes encrucijadas de nuestro Derecho, puesto que decidirse por una interpretación, implicará abandonar otra de significado muy distinto.

Tremos viendo en el último capítulo de este trabajo, las distintas teorías y su enmarque doctrinal, y así comprobaremos cómo, justamente el principio de legalidad y la distinta posición que se afirma que ocupa la Administración respecto del mismo, es uno de los aspectos capitales y sobre los que adoptar una u otra postura tiene consecuencias definitivas para la concepción de la asignatura.

Pero sea cual sea la postura que se adopta y el carácter de la vinculación que se tenga respecto a la legalidad, este principio es el norte al que se dirigen todos los pasos de los administrativistas postrevolucionarios, como totem mágico que se les aparece de manera inesquivable, y que no puede sortearse acudiendo al remedio supremo que antes era el Príncipe. Ya no se tratará de teorizar la Administración como «*res legibus soluta*». Se admitirá una u otra teoría —de vinculación negativa o positiva—: se predicará en la teoría una cosa para practicar otra distinta. Pero no habrá un Monarca que como «*Deus ex machina*» dé una solución arbitraria e insospechada, ni que pueda crear una norma singular para excepcionar de manera perjudicial a quien dispute con el Poder.

Tal era por lo menos la ideología subyacente. La evolución del sistema permitirá llegar a situaciones paradójicas y contradictorias.

(68) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo». Vol. I, págs. 162 y ss. (Madrid, 1990).

Por este motivo, vamos a remitirnos a lo que luego se explicitará en el Capítulo siguiente (69).

Ahora bástenos recordar que la potestad reglamentaria sustituye con ventajas al instrumentario normativo de que disponía el Monarca. Y que tamaño poder, sin duda innovador del ordenamiento, constituye una de las más eficaces armas de que jamás pudo disponerse.

c) *La responsabilidad de los poderes públicos: la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Hasta el momento en que se instaura plenamente el Estado de Derecho, lo característico de la soberanía era imponerse a todos sin compensación (70).

El principio «King can do not Wrong», «Le Roi ne peut mal faire» característico del Ancien Regime, traspasó perfectamente el umbral revolucionario y llegó a constituirse en moneda corriente en el régimen constitucional (71); no obstante, como destaca Sandevoir (72) en las Asambleas Revolucionarias se discutió este tema intentando ciertas minorías consolidarlo y creando el germen de lo que, andando el tiempo, será el fundamento de esta responsabilidad.

Dejando ahora aparte nuestra peculiar evolución, hay que re-

(69) Una explicación muy precisa y clara se encuentra en la lúcida exposición que hace el Profesor Nieto en su obra «Estudios históricos... cit.», pág. 157 a 159 que me permito reproducir: «La Ley supone una orden del Legislativo al Ejecutivo y, al tiempo, contiene un repertorio de derechos individuales que, si la Administración no respeta, su defensa corre a cargo de los Tribunales. Ahora bien, la ley cubre, cuantitativamente, una mínima parte del principio de la legalidad, puesto que la Administración está obligada a acordar su actuación también a las normas que ella misma ha dictado, o sea, a los Reglamentos, y es un hecho que en la mayor parte de los litigios lo que los ciudadanos invocan es un Reglamento y no una Ley. Lo que significa en consecuencia, una doble sumisión de la Administración: respecto de las Cortes y respecto de ella misma mediante un proceso de autovinculación.

Las razones de esta autovinculación pueden parecer extrañas, pues resulta un poco incomprendible, a primera vista, este afán de la Administración por imponerse a sí misma obligaciones, que luego con frecuencia no está dispuesta a cumplir. La producción reglamentaria es, en efecto, incontestable, tanto que los propios órganos administrativos no están siempre en condiciones, incluso queriéndolo, de sujetarse a tales normas. El fenómeno resulta aparentemente contradictorio y para explicarlo hay que tener en cuenta, que responde a una mentalidad burocrática característica, sin excepciones, de la sociedad moderna.

(70) Tal es la clásica expresión de LAFERRIÈRE: «Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation».

(71) En contra SANDEVOIR: «Etudes sur le recours de pleine juridiction», París 1964. Vid. la crítica que a esta tesis hace el profesor LEGUINA VILLA en su conocida obra «La responsabilidad civil de la administración pública», 2.ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 151, nota n.º 96.

(72) *Op. cit.*

cordar ahora que en Francia, sólo se reconocerá decididamente el principio en 1.873 (Arrêt Blanco), si bien su extensión no alcanza la actual.

Pero el principio que aparece en la Declaración de Derechos (art. 15) era cabalmente distinto: «La société a le droit de demander compte a tout agent public de son administration», lo que implica que en los distintos Códigos Civiles, como sucede en el artículo 1.902 del nuestro, sea a través del agente especial como se construye la tesis de la responsabilidad. Tal idea se observa bien en Duguit, cuando señala: «El Estado no puede ser responsable con ocasión de la Ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos jurisdiccionales o administrativos. Si estos actos, en efecto son conformes a la Ley, la cuestión de la responsabilidad no se plantea ni para el Estado ni para el agente público. Si son contrarios a la Ley no se plantea para el Estado, pues éste ha hecho una Ley, ha creado el derecho, y ha querido que esta Ley sea ejecutada. Si no lo es o es violada, es que el agente pone su propia voluntad en lugar de la del Estado Soberano. No hay, pues, sino una voluntad que pueda ser responsable, la del agente público» (73).

Y no es Duguit, precisamente, quien pueda ser tildado de no atender y desear la solidaridad ya que si por algo destaca este autor es precisamente por ese dato.

Tan rigurosa lógica, movida por el deseo confesado de permitir que el Estado sea el motor de una transformación social permanente, se vería impedida si fuese responsable de los daños que tal acción provoque. El Estado, se demostraría, en su tarea de conformación social, se ve obligado a abatir determinados derechos e intereses sin cuyo menoscabo o extinción sería imposible ninguna actuación, ciertamente. Pero el tema se sitúa en que el Estado, en estos cometidos, no perjudica por igual a todos los ciudadanos, sino sólo a unos pocos simplemente considerados; mientras que su acción benefactora revierte para la Comunidad «in totum». El sacrificio singular de los derechos y titularidades de unos ciudadanos se traduce en ventajas para los demás que no aportan nada para con-

(73) «Las transformaciones del Derecho Público». Traducción de A. POSADA y R. JAÉN, 1915, pág. 335.

seguir esa satisfacción concreta. Y tal sacrificio singular por el que se mutilan los derechos e intereses de algunos (o de algún) ciudadanos sin compensación, para el lucro y beneficio de los demás, se compadece muy mal con las exigencias del Estado de Derecho, que evidentemente no tenía respuesta alguna para el supuesto de esa contradicción. Ni siquiera en el caso en que el título en cuya virtud se produce el menoscabo o abatimiento de tales derechos, fuese la ley podría estimarse lícita tal acción, ya que volvería a violar el principio de igualdad al crear un «ius singulare» de contenido negativo, tal como había ocurrido con la vieja teoría inglesa de los «bill of indemnities», que fue uno de los orígenes en que se fundó la Revolución Americana para rechazar, por injusto e innatural, ciertos excesos del derecho de la Corona inglesa.

Para conseguir aunar estos tres aspectos —la soberanía, la igualdad y la conformación social— se entiende que es necesario bajar un tanto el punto de mira de la doctrina, reduciendo —aparentemente— sus exigencias, mediante la técnica —elemental pero eficaz— de pedir responsabilidades directamente a ese segregado del poder que es la Administración como si de esta forma no se estuviera pidiendo explicaciones al poder mismo. Se dirá así que es la Administración, el brazo articulado del Poder, la que como artefacto que penetra en el tejido social, puede equivocarse y lesionar indebidamente, debiendo responder de ello.

Ciertamente, la explicación que ofrecemos arriba es extraordinariamente sucinta y aún demasiado simple, y, como toda simplificación, inexacta en la reducción que opera en la realidad. Nos apresuramos a decir que no es, ni de lejos, nuestra intención en estos momentos proceder a un examen completo de tan complejo tema.

Lo que nos importa destacar es que otro dogma, de más difícil consolidación pero no por ello menos importante, es precisamente el de la responsabilidad. M. Hauriou, sintetizaría esta evolución en su conocida frase «que la Administración actúe, pero que responda».

d) *La protección jurisdiccional de los derechos.*

Sin duda hay que afirmar con toda rotundidad que la existencia de una jurisdicción peculiar y especializada constituye un factor

capital en la explicación del concepto de disciplina esta asignatura. Hasta tal punto reviste importancia este dato de la jurisdicción que hay construcciones teóricas nada desdeñables que se fundan en este elemento para explicar lo que significa e implica el Derecho Administrativo.

Como explica A. Nieto (74) «el control jurisdiccional de la Administración» nace separado del principio de legalidad, sobre el que únicamente incide en un punto: *en la defensa de los derechos individuales reconocidos en las leyes administrativas* (75) «dejándose los demás aspectos de la defensa de la legalidad al control político ejercicio por el Parlamento y por el Jefe del Estado. El sistema originario, absolutamente coherente consigo mismo, se mantiene durante mucho tiempo, hasta que a finales del siglo empieza a deteriorarse para dar paso al Derecho Administrativo moderno».

Y añade unas líneas después (76) ...«En estas circunstancias surge con naturalidad la tendencia a conexionar más aún los dos principios. La función político-constitucional de la legalidad se desvanece y su lugar es ocupado por un control jurisdiccional decididamente imperialista.

A partir de ahora toda la legalidad va a ser objeto de revisión por los Tribunales. Legalidad y control jurisdiccional aparecen como dos caras de una misma moneda. La Administración está para ejecutar las Leyes y los Tribunales para comprobar si esta ejecución ha sido correctamente realizada (77). De esta manera se altera subrepticia, pero fundamentalmente, el Derecho Administrativo decimonónico y aparece el Derecho Administrativo moderno».

De esta certera explicación, quiero ahora retener lo que parece más directamente proyectable sobre nuestra disciplina como producto propio del quehacer revolucionario: la protección jurisdiccional de la libertad y la propiedad mediante la creación de unos Tribunales con esta especial misión. Bien entendido que en tal frase resumimos la evolución histórica de más de un siglo ya que la génesis y evolución del contencioso-administrativo ha exigido de la con-

(74) Estudios Históricos..., cit., pág. 263.

(75) El subrayado es nuestro.

(76) *Op. ult. cit.*, pág. 264.

(77) Subrayado en el original.

tribución de numerosas fuerzas para que la expresión —un tanto lapidaria— que hemos utilizado llegase a ser cierta.

Hay que recordar que en origen, el proceso contencioso responde, como por demás viene sucediendo siempre en este Derecho, a la tensión autoritarismo-libertad que es haz y envés de la misma hoja, ya que en la «intenció» creadora corresponde, como destaca Sandevoir (78) «a la voluntad de preservar los derechos de los particulares frente al arbitrio administrativo, pero corresponde también a la determinación de conferir a la Administración las prerrogativas que la importancia de su misión necesita».

No es éste desde luego, y según tenemos visto, lo que surgiría directamente de la Revolución ya que la Ley 16-24-agosto-1790, ya referenciada, apuesta por una interpretación del principio de división de poderes en sentido de separación estricta, con clara ganancia para el Ejecutivo quien, originariamente, saldría vencedor del proceso. No insistiremos en este punto por haberlo explicado ya de la mano de la obra de García de Enterría.

Ahora hemos de limitarnos a señalar que las exigencias de la libertad y de la garantía llevarían a la busca y localización de la sede donde resolver el conflicto que en primera fase sería resuelto por la propia Administración (Ministro-Juez), creándose el Consejo de Estado, primero en jurisdicción retenida y luego delegada (79).

El dogma se instaurará de forma definitiva, hasta el punto de que la visión procesalista de la disciplina ha conseguido imponerse en determinadas épocas, de manera que ha habido intentos muy loables —de los que luego daremos cuenta— de definir el Derecho Administrativo a partir de las estructuras de lo contencioso, haciendo caer dentro de nuestra disciplina lo que se ventila ante tal juris-

(78): «Etudes sur le recours de pleine juridiction», *op. cit.*, pág. 244.

(79): No entramos en el tema español ya que aquí interesa solamente la configuración del dogma. *Vid.* en general para nuestro país A. NIETO: «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en Europa», R.A.P., n.º 50; J.R. PARADA VÁZQUEZ: «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», R.A.P., n.º 55, pág. 63 y ss.; GARRIDO FALLA: «La evolución del recurso contencioso-administrativo en España», R.A.P., n.º 55 y ss. A. NIETO: «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», R.A.P., n.º 57, pág. 9 y ss. J.R. PARADA: «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», R.A.P., n.º 59, págs. 11 y ss. J.A. SANTAMARÍA PASTOR: «Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845) ya citada; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder», R.A.P., n.º 38 (hay edición en Cuadernos Civitas, Madrid, 1974). Sobre la evolución posterior, hay que acudir imprescindiblemente a la conocida obra de L. MARTÍN REBOLLO: «El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888», I.E.A. Madrid 1975.

dicción formando así para algunos autores una fusión inextricable: sólo lo que se dirime ante los Tribunales de lo contencioso es Derecho Administrativo; todo lo que es Derecho Administrativo puede verse en los Tribunales de lo contencioso.

Queda aquí apuntada la idea de que la jurisdicción de la libertad de los modernos será precisamente la que forman estos Tribunales, sin cuya evolución no hubiera sido posible construir el derecho Administrativo como unidad científica.

Hasta aquí hemos venido dando cuenta de los principios fundamentales que conforman el Derecho Administrativo surgido de la Revolución directa o indirectamente.

A partir de ahí, se sientan las bases para una construcción dogmática de la disciplina, bien que tocará a otro pensamiento, el de Alemania, la resolución de otros problemas —igualmente importantes— como son los de los derivados de la atribución de personalidad al Estado, el problema de la primacía entre las fuentes, la clasificación de los distintos tipos de leyes y, juntamente con Francia si bien con mayor radicalidad, se teorizará asimismo el principio monárquico como fórmula de pacto Monarquía-Burguesa.

Damos cuenta a continuación en el siguiente capítulo de tales aportaciones, para así poder mostrar después cuáles eran las construcciones dogmáticas que tales principios iban a permitir, puesto que es obligado en todo pensamiento científico crear categorías cerradas y encuadrarlas dentro de un sistema.

Pero el contraste entre una Alemania fragmentada y gótica, con la luminosidad revolucionaria de Francia, —con la consecuencia de que tiene Alemania que resolver los principios que ya estaban solucionados en el vecino francés— nos parece de notable utilidad porque obliga a recomponer todo el mosaico de principios que habían surgido en Francia y que inmediatamente plantearon su ajuste en otros ordenamientos.

Veamos pues el contrapunto alemán al rigor y lógica francesa.