

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA LEY

Eduardo García de Enterría*

Una de las grandes innovaciones que la Revolución Francesa aportó al mundo fue la de una nueva idea de la Ley.

La Ley es una manifestación cosustancial a la idea misma del Derecho. El mito de los grandes Legisladores, que habrían liberado o configurado a sus pueblos, ha existido siempre: Moisés, Numa, Solón, Licurgo. Pero la Revolución va a cambiar de forma radical la situación de la Ley en el Antiguo Régimen y va a colocarla en el lugar central de toda la construcción política y, consecuentemente, por lo que ahora nos interesa, de la Administración.

Alexis de Tocqueville, con su penetración indesmentible, no pudo dejar de percibir ese cambio esencial. En el Capítulo VI del Libro II de *L'Ancien Régime et la Révolution*, explica cuál era la posición de la Ley en la Administración absolutista:

“Lors même que la loi n'était pas changée, la manière de l'appliquer variait tous les jours. Quand on n'a pas vu l'administration de l'ancien régime à l'oeuvre, en lisant les documents secrets qu'elle a laissés, on ne saurait imaginer le mépris où finit par tomber la loi, dans l'esprit même de ceux qui l'appliquent, lorsqu'il n'y a plus ni assemblée politique, ni journaux, pour ralentir l'activité capricieuse et borner l'humeur arbitraire et changeante des ministres et de leurs bureaux.

On ne trouve guère d'arrêts du conseil qui ne rappellent des lois antérieures, souvent de date

En el presente artículo el autor realiza un amplio y exhaustivo desarrollo del concepto de Ley. Así, afirma que dicho concepto no es inmutable, sino que ha evolucionado a través de las diferentes etapas históricas de la humanidad, adaptándose a los cambios políticos, económicos y sociales de cada época, e influyendo, a su vez, en el desarrollo del hombre.

Finalmente, realiza un profundo análisis de la relación -muchas veces conflictiva y contradictoria, pero no por ello menos importante- entre la Ley y la Administración Pública, encargada de ejecutarla.

* Abogado Catedrático Universidad de Salamanca.

très-récente, qui ont été rendues, mais non exécutées. Il n'y a pas en effet d'édit, de déclaration du roi, de lettres patentes solennellement enregistrées qui ne souffrent mille tempéraments dans la pratique. On voit par les lettres des contrôleurs généraux et des intendants que le gouvernement permet sans cesse de faire par exception autrement qu'il n'ordonne. Il brise rarement dans tous les sens, suivant les cas particuliers et pour la grande facilité des affaires.

.....

Qui voudrait juger le gouvernement de ce temps-là par le recueil de ses lois tomberait dans les erreurs les plus ridicules.

.....

On peut dire que, chez les hommes de l'ancien régime, la place que la notion de la loi doit occuper dans l'esprit humain était vacante¹.

En realidad, la administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; y, a la vez, en cuanto se tratase de asuntos administrativos, los jueces llamados soberanos, a quienes se habría trasladado el poder absoluto del monarca, decidían según la razón de Estado y no conforme a una Ley cualquiera que pudiera imponerse a ellos imperativamente.

La revolución operará aquí una de sus grandes transformaciones.

Su profeta será Rousseau. En su obra capital, *Le contrat social*, capítulo VI del Libro II, dedicado al tema de la Ley, pregunta:

"Mais qu'est – ce donc enfin qu'une loi? Tant qu'on se contentera de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre"².

Hay que forjar, pues un conceptop nuevo, el que él propone de forma resuelta:

"Quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point-de-vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi"³.

En términos más simples: la Ley es la decisión del pueblo entero (voluntad general) decidiendo sobre el pueblo entero, por medio –y esto es igualmente esencial- de normas generales y comunes.

"Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière ... toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative"⁴.

En esa generalidad de origen y de objeto de la Ley (*"quand tout le peuple statue sur tout le peuple"*) estaría su milagroso mecanismo. Fruto de voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales. Esto es, por otra parte, lo que hace a la Ley infalible, incapaz de error. Diderot lo dirá con convicción que nos desarma (cuando tan escarmentados estamos hoy de las Leyes actuales):

¹ Cuando la ley no había sido aún cambiada, su aplicación lo hacía día a día. Si uno no ha visto a la administración del antiguo régimen en acción, leyendo los documentos secretos que dejó, no se podría imaginar el desprecio hacia la ley en el espíritu mismo de aquéllos que la aplican, cuando no hay más asamblea política ni periódicos para frenar la actividad caprichosa y distorsionar el humor arbitrario y cambiante de los ministros y de sus verdugos. Ya casi no hay ordenanzas del consejo que no recuerden leyes anteriores, a menudo recientes, que han sido dadas pero no ejecutadas. En efecto, no hay mandato, declaración del rey, cartas solennemente registradas que no sufran miles de alteraciones en la práctica. Se ve, por las cartas de los controladores generales y de los intendants que el gobierno permite constantemente actuar por excepción, no conforme a lo que él ha ordenado. Él rompe raramente en todos los sentidos, según los casos y por la gran facilidad de los asuntos. Aquél que quisiera juzgar el gobierno de aquel tiempo mediante una recopilación de sus leyes caería en los errores más ridículos. Se puede decir que con los hombres del antiguo régimen, el sitio (lugar) que el concepto de la ley debe ocupar en la mente humana estaba vacante.

² EL CONTRATO SOCIAL. "Pero, ¿qué es entonces una ley? Mientras nos limitemos a aplicarle a esta palabra nada más que conceptos metafísicos, seguiremos razonando sin entendernos".

³ "Cuando todo el pueblo legisla sobre todo el pueblo, no considera sino a sí mismo, y si se establece una relación, es la del objeto entero bajo un punto de vista hacia el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división (del todo). Entonces la materia sobre la cual se legisla es general así como la voluntad que legisla. Es aquel acto llamado ley".

⁴ "Cuando digo que el objeto (fin) de las leyes es siempre general, me refiero a que la ley considera a los sujetos como un cuerpo y las acciones, como abstractas; nunca a un hombre como un individuo o una acción particular ... toda función que se relaciona con un objeto individual no pertenece al poder legislativo"

“Les volontés particulières sont suspectes; elles peuvent être bonnes ou méchantes, mais la volonté générale est toujours bonne: elle n’a jamais trompé, elle ne trompera jamais”⁵.

El mismo Rousseau está en el origen de esa sorprendente convicción, cuando el famoso capítulo 3 del Libro II del *Contrat Social*, contestando a la cuestión de “si la voluntad générale peut errer”, responde:

“la volonté générale est toujours droite ... le peuple ne se trompe point”⁶,

Supuesto que todos participan en la formación de la voluntad general y nadie puede ser injusto consigo mismo.

El resultado de este mecanismo, aparentemente tan simple, es, sin embargo, deslumbrador; significa, nada menos, desterrar para siempre del mundo la posibilidad de una Ley opresora o injusta. Todas las leyes serán, por virtud de esa técnica, Leyes de Libertad. En otro lugar del *Contrat Social* (I, 6) Rousseau explica, en efecto, que por la asociación general que él propugna

“chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui même et reste aussi libre qu’auparavant”⁷.

En su *Discours sur l’Économie politique* (que es la voz “*Economie Politique*” de la enciclopedia) no puede ocultar el orgullo de su descubrimiento:

“Par quel art inconçevable a-t-on pu trouver le moyen d’assujettir les hommes pour les rendre libres? D’employer au service de l’état les biens, les bras, et la vie même de tous ses membres, sans les contraindre et sans les consulter? D’enchaîner leur volonté de leur propre aveu? De faire valoir leur consentement contre leur

refus, et de les forcer à se punir eux-mêmes, quand ils font ce qu’ils n’ont pas voulu? Comment se peut – il faire qu’ils obéissent et que personne ne commande, qu’ils servent et n’ayent point de maître; d’autant plus libres en effet que sous une apparente sujétion, nul ne perd de sa liberté que ce qui peut nuire à celle d’ un autre? Ces prodiges sont l’ouvrage de la loi. C’est à la loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté. C’est cette voix céleste qui dicte à chaque citoyen les préceptes de la raison publique, et lui apprend à agir selon les maximes de son propre jugement, et à n’être pas en contradiction avec lui-même. C’est elle seule aussi que les chefs doivent faire parler quand ils commandent; car si-tôt qu’indépendamment des lois, un homme en prétend soumettre un autre à sa volonté privée, il sort à l’instant de l’état civil, et se met vis-à-vis de lui dans le pur état de nature où l’obéissance n’est jamais prescrite que par la nécessité”⁸.

Se trata, sin duda posible, de

“la plus sublime de toutes les institutions humaines, ou plutôt par une inspiration céleste, qui apprend à l’homme à imiter ici-bas les decretos inmutables de la divinité”⁹.

El nuevo concepto de la Ley es, pues, ni más ni menos, una verdadera relación divina.

De ello se deduce directamente (*Contrat*, II, 11) que

“La fin de tout système de législation ... se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l’égalité”¹⁰.

Rousseau lanzaba así una idea llamada a un largo y glorioso porvenir, la idea de que, a través del mágico mecanismo del establecimiento de las Leyes por la

⁵ “Las voluntades particulares (individuales) son sospechosas; pueden ser buenas o malas (malvadas) pero la voluntad general es siempre buena: nunca ha engañado, nunca engañará.”

⁶ “La voluntad general es siempre derecha (recta) ... el pueblo, jamás se equivoca”.

⁷ ... “Cada uno, uniéndose a todos no obedece sin embargo más que a sí mismo y queda tan libre como antes.”

⁸ “¿Mediante qué arte convencible se ha podido encontrar el medio de dominar a los hombres para (luego) liberarlos? ¿De emplear al servicio del Estado los bienes, los brazos (las manos) e incluso la vida de todos sus miembros y sin obligarlos ni consultarlos? ¿De encadenar la voluntad de su propio sentir? ¿De hacer prevalecer su consentimiento contra su negativa y forzarlos a autocastigarse, cuando hacen lo que no han querido? ¿Cómo es que ellos obedecen sin que nadie mande, que sirvan sin tener amo; aún más libres en efecto bajo una aparente sujeción, nadie pierde de su libertad sino lo que puede perjudicar a la de otro? Esos prodigios son la obra de la ley. Es sólo a la ley que los hombres deben la justicia y la libertad. Es aquella voz celestial que dicta (dictamina) los preceptos de la razón pública y le enseña a actuar según las reglas de su propio juicio sin estar en contradicción consigo mismo. Es también a ella sola que los jefes deben hacer hablar cuando mandan; ya que (inmediatamente) una vez alejado de las leyes, un hombre que pretende someter a otro bajo su voluntad (privada), sale al instante del estado civil y se ubica frente a él en el simple estado natural, en el que la obediencia jamás es prescrita sino por necesidad”.

⁹ “La más sublime de todas las instituciones humanas, o más bien por una inspiración celestial, que enseñó al hombre a imitar en ese mundo los decretos inmutables de la divinidad”.

¹⁰ “El fin de todo sistema de legislación ... se reduce a esos dos objetos principales: la libertad y la igualdad”.

voluntad general, actuando por medio de preceptos igualmente generales, resultará un tipo de sociedad en la que reinará necesariamente la libertad de cada uno, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esta idea pasará al fundamental artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789, y es la que elevará a la más alta expresión la Filosofía del Derecho y del Estado de Kant.

Recordemos el texto del artículo 4 de la Declaración:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.”¹¹

El contenido de la Ley será, pues, articular esa coexistencia de derechos o libertades en la sociedad.

De aquí arranca la idea esencial de la Ley como garantía de los derechos, que entierra resueltamente su vieja concepción como *quod principi placuit legis habet vigorem*, lo que al príncipe place tiene fuerza de Ley, que hacía equivaler a ésta con el producto de una simple voluntad humana superior (para explicar tal superioridad estaban las aplicaciones teológicas del poder). Viene a resultar inesperadamente, en virtud del mágico y prodigioso hallazgo de Rousseau, que la Ley no tiene otro objeto ni produce otro efecto, justamente, que localizar, proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la libertad de todos y asegurando su simple coexistencia.

Concluye Rousseau con su énfasis característico:

“Il n’y a donc point de liberté sans Lois, ni où quelqu’un est au dessus des Lois . . . En un mot, la liberté suit toujours le sort des Lois, elle regne ou périt avec elles; je ne sache rien de plus certain” (Lettres écrites de la Montagne, Lettre VIII).¹²

Pocas veces se habrá dado en la historia un influjo más relevante de una doctrina, aquí de la Rousseau, sobre el curso histórico.

La Revolución Francesa pondrá en pie esa nueva idea de la Ley como expresión de la voluntad general, estableciéndose sobre materias generales y cuyo contenido produce libertad. La cuestión esencial del orden político pasa a ser así la titularidad del poder legislativo, ese poder mágico que rectificaría todas las iniquidades de la historia y del que surgiría el hombre nuevo, gobernado sólo por la libertad.

II

La Revolución Francesa se apropiará, en efecto, de esa idea nueva de la Ley, y edificará sobre ella un sistema nuevo de poder. El mismo Rousseau había dicho en las mismas *Lettres écrites de la Montagne*:

“Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas; il a des chefs et non pas des maîtres; il obéit aux Lois, mais il n’obéit qu’aux Lois et c’est par la force des Lois qu’il n’obéit pas aux hommes” (Lettre VIII).¹³

Estos conceptos esenciales pasarán a nutrir la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Carta magna de la Revolución. *“Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”*, dice su artículo 5. *“Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu”*, precisa el artículo 7, *“que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu’elle a prescrites”*.¹⁴

Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer *“en vertu de la Loi doit obéir à l’instant: il se rend coupable de la résistance”*, artículo 7.

En la Constitución de 1771, la primera revolucionaria, estos conceptos aparecen ya incluidos como la clave de la construcción política. Al definir la posición del Rey, que hasta ahora ha sido titular de todos los poderes, el artículo 3, sección 1, capítulo II, Título III, dice: *“Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la Loi. Le Roi ne régne que par elle, et ce n’est qu’au nom de la Loi qu’il peut exiger l’obéissance”*. Es el sistema que se llamará del *Règne de la loi*, expresión que pasará a las monedas como dorso del anverso que reproduce la efigie del Rey (Decreto a la Asamblea de

¹¹ “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como únicos límites aquéllos que aseguran a los demás miembros de la sociedad, el gozo de los mismos derechos. Esos límites sólo pueden ser determinados por ley”.

¹² No hay entonces libertad sin leyes, ni donde esté por encima de las leyes... En una palabra la libertad sigue siempre la suerte de las leyes; reina o perece con ellas; no sé nada más cierto.

¹³ Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes mas no amos; obedece las leyes pero sólo a ellas y es por la fuerza de las leyes que él no obedece a los hombres.

¹⁴ “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido más que en los casos prescritos por la ley y según las formas que ellas prescriben”.

9-15 de abril de 1791). Los agentes judiciales que salgan del Juzgado para hacer una ejecución, dispuso la Ley de 6-27 de marzo de 1791, artículo 38, deberán expresar que actúan *“au nom de la Loi”* y portar una medalla con estas palabras: *Action de la Loi*, etc.

Todo esto dista de ser retórico; es, por el contrario, la instauración de un mecanismo técnico riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey para abajo) ejerce sólo el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece, y ningún otro poder. Sólo la Ley manda y todos los agentes, administrativos o judiciales, en cuanto *“agentes”* comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la Ley se ha producido y que seguidamente deciden lo que la Ley ha determinado previamente como procedente.

De este modo, y por vez primera en la historia humana, todo el aparato de poder se objetiviza en un abstracto sistema de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditadamente con la *sage lenteur* de las Asambleas, fijas e inmutables para los aplicadores, seguras y ciertas, pues, para los ciudadanos. La Ley escrita pasa así al lugar central del sistema.

III

La Administración Pública experimenta aquí la más relevante transformación de su historia. Hasta ese momento la Administración era un atributo personal del monarca absoluto, vicario de Dios en la tierra que, en virtud de esta superioridad formal, gobernaba por su sola prudencia a la grey de su pueblo. Frente a este criterio de la sola prudencia en la atención al bien general, el aparato administrativo va a tener que tener en cuenta a partir de ahora las prescripciones de la legalidad, únicas en virtud de las cuales puede ordenar y prohibir. Es verdad que esta ejecución legal no será nunca puramente automática, porque la Ley otorga con normalidad poderes discrecionales a la Administración, poderes en cuya aplicación la Administración mantiene una reserva de prudencia propia para valorar las situaciones concretas (por ejemplo, realización o no de una obra pública, el trazado de una vía, la designación de la persona que estime

apropiada), pero estos poderes discrecionales están, ellos mismos, encuadrados por la Ley que, primero, los otorga, y, en segundo término, los ordena hacia fines concretos, regulando también la competencia y el procedimiento concreto para su ejercicio.

El fenómeno de la legalización completa de la actuación administrativa, en virtud del principio de que sólo la Ley puede mandar sobre hombres libres, dista de ser un postulado puramente teórico. Por el contrario, los primeros textos revolucionarios se preocuparon de establecer con todo rigor la regla de que la Administración sólo puede mandar lo que la Ley ordena y, correlativamente, un control de la observancia de la legalidad por la Administración, control que se encomendó, en el caso de las Administraciones locales, a las entidades de rango superior y al Gobierno central en los demás casos.

La Constitución de 1971, Título III, capítulo IV, Sección II, disponía en su artículo 4 que

“il appartient au pouvoir législatif de déterminer les règles et le mode de leurs [des administrateurs] fonctions, tant sur les objets ci-dessus exprimés que sur toutes les autres parties de l' administration intérieure”.¹⁵

La legalización de la Administración, su sumisión a la Ley para que ésta determine de una manera previa *“les règles et le mode de leurs fonctions”*, queda así consagrada desde el primer texto constitucional revolucionario. Pero no se trata sólo de un enunciado retórico, sino que la propia Constitución se preocupa inmediatamente de hacer eficaz ese sometimiento, implantando un sistema de control de observancia de la Ley. El artículo 5, precisa, en efecto:

“Le Roi a le droit d'annuler les actes des administrateurs de département contraires aux Lois ou aux ordres qu'il leur aura adressés”.¹⁶

(El Rey es aquí el Consejo de Ministros, llamado entonces *“Conseil d'Etat”*: Ley de 27 de abril de 1791).

El artículo 6 :

“Les administrateurs de département ont de même le droit d'annuler les actes des sous-administrateurs de district contraires aux Lois ou aux arrêtés des administrateurs de

¹⁵ “Pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el mecanismo de sus funciones, tanto sobre las materias arriba expresadas así como las otras partes de la administración interior”.

¹⁶ “El rey tiene el derecho de anular las actas de los administradores de departamento contrarias a las leyes u ordenanzas que él les dicto”.

département ou aux ordres que ces derniers leur auront donnés ou transmis".¹⁷

En fin, el artículo 7 prevé que si los "administrateurs de département" no ejercieren ese poder de control, el Rey, como cabeza del Ejecutivo, podrá sustituirlos anulando directamente los actos "des sous-administrateurs".

Ya Rousseau había notado la necesidad de ese control de la observancia de la legalidad por la Administración: "Il n'y aurait point de liberté dans un Etat ou le corps chargé de l'application des Lois aurait droit de les faire parler à sa fantaisie, puisqu'il pourroit faire exécuter comme des lois ses volants le plus tyraniques" (Lettres écrites de la montagne, Lettre IX),¹⁸ principio que los revolucionarios, como se ve, aplican desde el primer momento.

Esmein, en su clásico *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, (1908), vio en esas reglas de la Constitución de 1791 el origen del contencioso administrativo moderno, aunque no se hiciese bajo forma judicial.

En el proyecto de constitución jurídica de 1793 se decía en su Declaración de Derechos, artículo 32:

"Il y a oppression ... lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. Il y a oppression lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution".¹⁹

Si reconvertimos "droit de résistance" a recursos de anulación, está aquí ya formulada toda la técnica de legalidad de la Administración y de su control efectivo.

Resulta importante notar que tanto la exigencia de una Administración ejecutora de la Ley como el control de

la observancia de esa regla se mantendrán por el Gobierno revolucionario o jacobino a partir de 1792. Es verdad que los "comisarios en misión" serán quienes ejerzan en el territorio los poderes efectivos y que sus decisiones, como delegadas de la propia Convención, tendrán la fuerza de "leyes provisionales".

Pero el Decreto de 14 frimario del año II, que ha sido considerado como la verdadera Constitución provisional del Gobierno revolucionario, establece reglas inequívocas: una, la de su artículo 11 ("*il est expressément défendu à toute autorité et à tout fonctionnaire public de faire des proclamations ou de prendre des arrêts extensifs, limitatifs contraires au sens littéral de la loi sous prétexte de l'interpréter ou de suppléer. A la Convention seule appartient le droit de donner l'interprétation des décrets et l'on ne pourra s'adresser qu'à elle seule pour cet objet*"),²⁰ que hace más energética la sumisión de los agentes administrativos a la ejecución de la Ley. Otra, el control de ese sometimiento. El artículo 4 dispone :

*"la surveillance active relativement aux lois et mesures militaires, aux lois administratives, civiles et criminelles est délégué au Conseil exécutif, qui en rendra compte par écrit, tous les dix jours au Comité de salut public pour lui dénoncer les retards et les négligences dans l'exécution des lois civiles et criminelles, ainsi que les violations de ces lois et de ces mesures..."*²¹

La Constitución directorial del año III mantiene en vigor el régimen puramente jerárquico de los recursos de anulación, artículo 193 y siguientes. Además, existe también una serie de recursos organizados en leyes especiales encomendados a órganos administrativos o en algún caso al "Corps Legislatif", en lo que Burdeau ha visto las raíces de un sistema contencioso - administrativo propiamente dicho.

Pero la instauración definitiva de este sistema será la obra de Napoleón, como es bien conocido. Hasta entonces Ministros y autoridades departamentales

¹⁷ "Los administradores departamentales tienen el mismo derecho de anular las actas de los sub-administradores de distrito contrarias a las leyes u ordenanzas de los administradores departamentales, o las ordenanzas que estos últimos hayan dictaminado o transmitido".

¹⁸ No existía libertad en un Estado en que los encargados de aplicar la Ley tengan derecho de moldearla a su antojo, ya que podrían ejecutarla como si ella fuera una ley tiránica.

¹⁹ "Hay opresión ... cuando la ley es violada por funcionarios públicos en su aplicación a los hechos individuales. Hay opresión cuando actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos es contra de la expresión de la ley. En todo gobierno libre, el modo de resistencia a esos diferentes actos de opresión debe ser regulado por la constitución".

²⁰ Está expresamente prohibido a toda autoridad y todo funcionario público hacer proclamaciones o tomar medidas extensivas, limitativas contrarias al sentido literal de la ley, so pretexto de interpretar o enmendar. Corresponde sólo a la Convención el derecho de interpretar decretos y podrá dirigirse sólo a ella para ese efecto.

²¹ "El cuidado activo relativo a las leyes y medidas militares, leyes administrativas, civiles y criminales se delega al Consejo ejecutivo, quien informará por escrito todos los días al comité de salubridad pública para exponer las tardanzas y los descuidos en la ejecución de las leyes civiles y militares, así como las violaciones de esas leyes y medidas".

acumulaban las funciones de administrar y de decidir recursos. La constitución del año VIII, completada en esto por la Ley de 28 pluvioso del mismo año VIII, crean órganos especializados en la resolución de impugnaciones de los administrados contra los actos de la Administración, el *Conseil d'Etat*, la Constitución, artículo 52, y los *Conseils de Préfecture*, la citada Ley. En 1806 (Decretos de 11 de junio y 22 de julio) se singulariza en el seno del *Conseil d'Etat* la "*Commission du contentieux*" y se ponen en pie la primeras reglas de procedimiento para estos asuntos, que quedan así separados de los generales consultivos de que el *Conseil* continúa conociendo. Ha surgido así el primer contencioso-administrativo, propiamente como tal, aunque aún en la forma de "justicia retenida". Una "jurisprudencia administrativa" surgirá, cuya evolución continua (sobre todo a partir de 1872, en que se impone el sistema llamado de justicia delegada, que asegura la independencia del órgano de enjuiciamiento) creará el Derecho Administrativo contemporáneo. El sistema de garantías a la libertad y a la observancia de la Ley por cualquier autoridad o agente queda instaurado de manera efectiva, dando lugar a una técnica depurada, que irá sucesivamente enriqueciéndose.

IV

Tocqueville, que había visto tan certeramente la inconsistencia de las leyes en la administración del Antiguo Régimen, y que había dicho que estaba vacantes entonces "*la place que la notion de la loi doit occuper dans l'esprit humain*", no acertó a ver luego cómo esa "place vacante" es la que la Revolución trató de ocupar. Por eso, inesperadamente para su lucidez, minusvalizó, o incluso negó, sorprendentemente, la efectividad, de la gran creación revolucionaria en esta materia. El capítulo IV del *Livre deux* de *L'Ancien Régime et la Révolution* lleva el siguiente epígrafe: "*Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime*".²²

La explicación que da Tocqueville es simple. Dado que el poder judicial del Antiguo Régimen, por su estamentalización en los parlamentos judiciales, era –tendencialmente al menos– independiente del Rey, éste hizo costumbre de desapoderarlo para conocer él mismo los asuntos que interesaban directamente a su

poder, creando para su uso particular "*une espèce de Tribunal plus dépendant, qui présentait à ses sujets quelque apparence de la justice, sans lui en faire craindre la réalité*".²³ Observa al efecto que en la mayor parte de las ordenanzas y edictos publicados por el Rey en el último siglo de la monarquía se verá que era común precisar que las contestaciones a las que la ejecución de esas disposiciones pudiesen dar lugar serían resueltas por el intendente o por el consejo, prohibiendo "*a nos cours et Tribunaux d'en prendre connaissance*".

Cuando la materia estaba regulada por leyes antiguas o por costumbres, se usaba resueltamente por el Consejo la vía de la avocación. Así, se estableció en los espíritus la idea de que si derivaban de un acto administrativo no pertenecían a los jueces ordinarios, que debían reducirse a pronunciarse sobre intereses particulares. "*En cette matière –concluye– nous n'avons fait que trouver la formule: à l'ancien régime appartient l'idée*".

Extrae el siguiente texto de la motivación de un Intendente para justificar la avocación de un asunto ante el *Conseil*:

"Le juge ordinaire est soumis à des règles fixes, qui l'obligent de réprimer un fait contraire à la loi; mais le conseil peut toujours déroger aux règles dans un but utile".²⁴

Aquí, justamente, está el error interpretativo, que me permito observar. Tocqueville es insensible al cambio de sentido de la Ley que ha aportado la Revolución, tanto como expresión y garantía de la libertad como en cuanto pauta efectivamente vinculante a la Administración y a sus órganos y parece pensar que la Ley en el régimen postrevolucionario tiene la misma escasa consistencia que él había observado, como vimos en él, *supra*, que tenía en el Antiguo Régimen. Ahora bien, la justicia administrativa que surge de la Revolución no tiene por objeto "*déroger aux règles dans un but utile*", como decía el Intendente que Tocqueville cita; no es un simple instrumento de la razón de Estado para inaplicar o forzar la interpretación de la Ley, antes por el contrario es un sistema que pretende, justamente, asegurar la estricta observancia de la Ley por la Administración, principio esencial del orden político y de la libertad que la Revolución ha creado.

²² "Que la justicia administrativa y las garantías de sus funcionarios son institucionales del Antiguo Régimen".

²³ Una especie de Tribunal más dependiente, que presentaría una cierta apariencia de justicia, sin dejar de ver o tener la realidad.

²⁴ El Juez ordinario está sujeto a reglas fijas, que lo obligan a rechazar un hecho contrario a la ley; sin embargo, se puede ir contras estas reglas si se tiene un objetivo útil.

Nadie discute hoy, en efecto, ese aserto. El actual Estado de Derecho no sería siquiera concebible sin un sistema de justicia administrativa y los principios en que el Estado de Derecho se asienta se apoyan en la idea de la libertad y los derechos humanos y repudian *a limine* cualquier interpretación que intentase dejar la arbitrariedad de la administración, o la consideración sistemática de los intereses gestores de ésta, como superiores a las determinaciones legales y a la libertad.

V

La sumisión de la Administración Pública a la Ley y el control efectivo de ese sometimiento por un sistema eficaz de justicia administrativa que garantice a los ciudadanos, constituye un rasgo esencial y definitivamente establecido del Estado contemporáneo. El sistema de justicia administrativa se ha ido sometiendo a la Ley. Lo que comenzó presentándose como un control "objetivo", realizado en el propio interés de la legalidad administrativa, ha pasado a ser, sin perjuicio de ese efecto reflejo, una técnica de garantía "subjetiva" de los ciudadanos, cuyos intereses vitales de cualquier carácter no pueden ser afectados por las Administraciones Públicas más que "en virtud de la Ley", porque sólo en la Ley las sociedades occidentales admiten la prevalencia del poder público sobre esos intereses privados.

Este rasgo, por cierto, es el que, por encima de la homogeneidad sustancial de la técnicas de organización y de gestión, separa necesariamente los modos de actuar de las Administraciones Públicas respecto

de los que son propios de las Administrativas Privadas. En las reflexiones de este Instituto de *Maatricht*, este hecho, me imagino, será considerado como apodíctico. El Derecho Administrativo no es un apéndice prescindible o de ornato para las Administraciones Públicas; es un componente esencial de su estructura y de su funcionamiento.

Y ese Derecho Administrativo no reduce, en modo alguno, a la Administración a un mero aparato de ejecución automática de la Leyes predeterminadas. La Administración Pública no podrá nunca reducirse a un sistema de respuestas fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos es que son poderes discrecionales, que es verdad que es la Ley la que los otorga y regula, que es verdad que el juez administrativo podrá controlar en cuanto a sus posibles excesos, pero que sustancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o una mala gestión.

El Derecho Público no pretende eliminar, en modo alguno, la política, que es esencialmente, *sine qua non*, libertad de opciones; intenta sólo ponerle ciertos límites, postulados por la concepción del hombre y de la sociedad sobre la que vivimos e intentamos seguir viviendo.

De nuevo reaparece aquí la idea ilustrada de la Ley como expresión y garantía de la libertad, que hoy sentimos como consustancial a nuestra civilización.