

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

DEMOCRACIA,
JUECES
Y CONTROL
DE LA ADMINISTRACION

CUARTA EDICION AMPLIADA

EDITORIAL CIVITAS.



INDICE

Prólogo a la cuarta edición (y aun una réplica)	11
Prólogo a la tercera edición	20
Prólogo a la segunda edición	21

PARTE PRIMERA

DEMOCRACIA Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

I. La polémica sobre el control judicial de la discrecionalidad y su utilidad para la revisión de las doctrinas básicas del Derecho Administrativo	31
II. El argumento del origen democrático del Ejecutivo. El origen no democrático del Derecho Administrativo del XIX. La intensificación de las técnicas de control judicial tras la democratización. Woehrling y Braibant	33
III. La justificación del desarrollo del Derecho Administrativo en los regímenes autoritarios del XIX. La nueva idea de la legalidad y la «libertad de los modernos». La democracia no supone sustituir el «gobierno de la Ley» por el «gobierno de los hombres» designados electoralmente	39
IV. La explicación de la adopción bajo el franquismo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La supresión del contencioso-administrativo durante seis años, su restablecimiento parcial en 1944, el texto refundido de 1952, la Ley de Expropiación de 1954. La formación del texto de 1956; el interés del régimen por adoptar una apariencia liberalizadora y la réplica a la Comisión Internacional de Juristas. El intento frustrado de reforzar la excepción de acto político.....	44
V. La inadecuación del concepto de representación política para explicar la posición de los administradores. La Constitución reserva la representación a las Cámaras Legislativas. Los conceptos de la Revolución francesa. La actuación de la Administración es siempre un <i>quid aliud</i> respecto de la Ley	50

- VI. La corroboración de esos conceptos en la explicación sociológica del sistema democrático por Kelsen. La posición de la Administración en una «democracia de la legislación». La necesidad democrática de la jurisdicción administrativa 53
- VII. La inoportunidad de la concepción jacobina de la representación como identidad. La idea fuerza revolucionaria es la de libertad. La Ley como garantía de la libertad y como expresión de la voluntad general. La voluntad general monopoliza la representación política. El autogobierno local 62
- VIII. *Excursus* sobre la democracia, la fórmula política imprescindible. No es un simple procedimiento de designación de gobernantes. La libertad como componente esencial. Algunas tesis de Touraine. Democracia y justicia administrativa 66
- IX. Sigue el argumento anterior. La interpretación de Sartori: La democracia como régimen abierto, la oposición y la libre iniciativa de los ciudadanos 72
- X. Las circunstancias particulares de las democracias actuales: Estado de partidos o partitocracia y corrupción. Una relación nueva entre sociedad y Estado. La «colonización» de la sociedad por los partidos: clientelismo y dominación de resortes estatales y sociales. Clientelización de la burocracia, sistema de cuotas de partidos en la composición de órganos públicos y constitucionales. La «colonización» del Estado por la sociedad y la corrupción, como excrescencia inesperada de la democracia.... 75
- XI. Un documento capital: el Informe Nolan, en Gran Bretaña, sobre los standards de conducta en la vida pública, como reacción a la partitocracia y a la corrupción. «La gran ansiedad» pública ante la degradación de la vida pública y los escándalos. Inoportunidad de medidas restrictivas a la libertad informativa y de investigación. La erosión de la confianza pública y la necesidad de su restauración. La inexistencia de una «zona gris» en la ética pública. No reformas legislativas sino internas y organizativas. Los Ministros y los funcionarios. La facilitación de las denuncias de irregularidades. El control de las ocupaciones post-ministeriales. Los funcionarios; reservas frente a la politización de la alta buro-

- cracia. Denuncias y recursos. Los *Quangos* u organismos autónomos y la propuesta de su despolitización. La instauración del sistema del mérito y la capacidad en todos sus puestos. Una revolución en la práctica de las Administraciones europeas: La neutralización política de la Administración 84
- XII. La confianza del pueblo como factor básico de la democracia. La idea del *trust* o la fiducia y su aplicación a los gestores públicos. Confianza no es enajenación de facultades. La imposibilidad de reducir el sistema de confianza pública a un sistema de elecciones periódicas. La falta de confianza del pueblo como alienación. La confianza como esencia de la democracia. El problema de la aquiescencia y su posible manipulación («la aquiescencia es la característica de las víctimas»). El conocimiento por cada parte de las razones de la otra como fundamento de la relación de confianza. La exigencia de transparencia en la actuación de los gobernantes y la de justificación constante de sus actos..... 101
- XIII. La exigencia de objetividad, imparcialidad y buena fe en el Gobierno y la Administración, las exigencias del control. El desarrollo de un funcionariado profesional e imparcial desde el siglo XIX. España. EE.UU.: del *spoils system* a la Administración tecnificada e independiente a partir de las Comisiones Reguladoras independientes y de los «jueces de Derecho Administrativo» impuestos desde 1946. El modelo funcional de nuestra Constitución. La fórmula italiana de «separación» entre la Administración y la política: la reserva de la potestad de dictar actos administrativos y la reducción del vértice político al *indirizzo politico* y al control. La tendencia común europea 112
- XIV. La exigencia democrática de un reforzamiento de los controles. Los valores de objetividad e imparcialidad, centrales en el funcionamiento administrativo. La imposición del «reino de la Ley» y la oportunidad de un reforzamiento de la justicia administrativa 121
- XV. La posición del juez dentro del Estado democrático de Derecho. Reino de la Ley y del Derecho y sumisión plena a los mismos. La sumisión al juez está implicada, pues. La vinculación de la Administración al Derecho y al juez es la misma que la de los ciudadanos, sin perjuicio de las

regulaciones materiales de Derecho Administrativo: «sometimiento pleno». La democracia exige un sistema de derechos subjetivos y de recursos para su efectividad. Valor «representativo» simbólico de la justicia administrativa: el juez de Derecho Público como «guardián del principio de constitución del cuerpo social» ...	126
XVI. El problema del control por el juez de la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos como creación de la Ley y no de la teoría. La intención delimitadora de estos conceptos legales. Exclusión de discrecionalidad administrativa para precisar el alcance de esos conceptos delimitadores: «cuestión jurídica». La distinción entre conceptos de experiencia y de valor. El caso de la «utilidad pública» como concepto delimitador de la garantía de la propiedad y de la legitimidad de la expropiación. Injustificación de tratar ese concepto (y el correlativo de «necesidad de ocupación») como habilitantes de discrecionalidad. La rectificación tras la Constitución. Conclusiones generales	134
XVII. El control de la discrecionalidad. La discrecionalidad como atribuida por la Ley y control de sus elementos reglados. El carácter normal de la preocupación por el control de la discrecionalidad. En particular el control por los principios generales del Derecho. El principio de interdicción de la arbitrariedad no es un principio informal y puramente estimativo, antes bien obliga a una profundización de los motivos en otros principios. El desarrollo de las técnicas de control de la discrecionalidad y la aparición de una concepción principialista del Derecho en todos los países	143
XVIII. Cómo los principios generales del Derecho aseguran un valor democrático central, el consenso. Racionalidad como búsqueda del consenso. La legitimidad de ejercicio y la justificación de los actos de los gobernantes. La justicia administrativa como generadora de consenso y de «autoridad» aceptada	153
XIX. Conclusión: La democracia avanzada postula una justicia administrativa plenaria y no mutilada o refrenada. Democracia y fin de las inmunidades del poder. ¿Actos políticos? Tocqueville y el papel del poder judicial en las democracias.....	159

PARTE SEGUNDA

**UNA REFLEXION COMPLEMENTARIA.
SOBRE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA
DE LA DEFERENCIA JUDICIAL
HACIA EL EJECUTIVO**

I. La invocación del sistema americano de control judicial. La singularidad americana	169
II. La Sentencia <i>Marbury v. Madison</i> , 1803, y su afirmación sobre la «extravagancia» de pretender un control judicial del Ejecutivo. La Sentencia <i>Kendall</i> , 1838, y su primera condena al Ejecutivo. La protesta del Presidente ante el Congreso. La distinción ulterior entre actos «ministeriales» y discrecionales	171
III. La creación de las Comisiones independientes a partir de 1887 y la formación de un espacio administrativo objetivado. La innovación de la « <i>Federal Administrative Procedure Act</i> » de 1946. La idea de la delegación a la Administración de poderes legislativos y judiciales. La neutralización política de la actividad de «adjudicación» por la Administración: los <i>Administrative Law judges</i> .	175
IV. El surgimiento de la doctrina de la «deferencia» de los Tribunales hacia la Administración. Deferencia de principio en cuanto a la apreciación de los hechos. Deferencia en cuanto a la interpretación de Leyes ambiguas. La Sentencia <i>Chevron</i> , 1985. La explicación pragmática. La explicación en el principio literalista de la interpretación y en la doctrina de la delegación implícita del Legislativo. Desde la irrazonabilidad, como única excepción a la deferencia, a las indicaciones compulsivas contrarias y, finalmente, a la intención expresa contraria del legislador. El cierre virtual del control.....	182
V. La explicación en la interpretación americana (versión jeffersoniana) de la división de los poderes: independencia absoluta de cada uno. La <i>judicial review</i> limitada al equilibrio constitucional. El «retraso del reloj jurídico» en el Tribunal conservador Rehnquist	194
VI. El caso extremo de la negación de control sobre los actos, aun ilegales, del Presidente. La Sentencia <i>Dalton</i> , 1994, y el retorno a conceptos monárquicos. De la de-	

SUMARIO: I. *La polémica sobre el control judicial de la discrecionalidad y su utilidad para la revisión de las doctrinas básicas del Derecho Administrativo.*

II. *El argumento del origen democrático del Ejecutivo. El origen no democrático del Derecho Administrativo del XIX. La intensificación de las técnicas de control judicial tras la democratización. Woehrling y Braibant.*

III. *La justificación del desarrollo del Derecho Administrativo en los regímenes autoritarios del XIX. La nueva idea de la legalidad y la «libertad de los modernos». La democracia no supone sustituir el «gobierno de la Ley» por el «gobierno de los hombres» designados electoralmente.*

IV. *La explicación de la adopción bajo el franquismo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La supresión del contencioso-administrativo durante seis años, su restablecimiento parcial en 1944, el texto refundido de 1952, la Ley de Expropiación de 1954. La formación del texto de 1956; el interés del régimen por adoptar una apariencia liberalizadora y la réplica a la Comisión Internacional de Juristas. El intento frustrado de reforzar la excepción de acto político.*

V. *La inadecuación del concepto de representación política para explicar la posición de los administradores. La Constitución reserva la representación a las Cámaras Legislativas. Los conceptos de la Revolución francesa. La actuación de la Administración es siempre un quid aliud respecto de la Ley.*

VI. *La corroboración de esos conceptos en la explicación sociológica del sistema democrático por Kelsen. La posición de la Administración en una «democracia de la legislación». La necesidad democrática de la jurisdicción administrativa.*

VII. *La inoportunidad de la concepción jacobina de la representación como identidad. La idea fuerza revolucionaria es la de libertad. La Ley como garantía de la libertad y como expresión de la voluntad general. La voluntad general monopoliza la representación política. El autogobierno local.*

VIII. *Excursus sobre la democracia, la fórmula política imprescindible. No es un simple procedimiento de designación de gobernantes. La libertad como componente esencial. Algunas tesis de Fouraine. Democracia y justicia administrativa.*

IX. *Sigue el argumento anterior. La interpretación de Sartori: La democracia como régimen abierto, la oposición y la libre iniciativa de los ciudadanos.*

X. *Las circunstancias particulares de las democracias actuales: Estado de partidos o partitocracia y corrupción. Una relación nueva entre sociedad y Estado. La «colonización» de la sociedad por los partidos: clientelismo y dominación de resortes estatales y sociales. Clientelización de la burocracia, sistema de cuotas de partidos en la composición de órganos públicos y constitucionales. La «colonización» del Estado por la sociedad y la corrupción, como excrescencia inesperada de la democracia.*

XI. *Un documento capital: el Informe Nolan, en Gran Bretaña, sobre los standards de conducta en la vida pública, como reacción a la partitocracia y a la corrupción. «La gran ansiedad» pública ante la degradación de la vida pública y los escándalos. Inoportunidad de medidas restrictivas a la libertad informativa y de investigación. La erosión de la confianza pública y la necesidad de su restauración. La inexistencia de una «zona gris» en la ética pública. No reformas legislativas sino internas y organizativas. Los Ministros y los funcionarios. La facilitación de las denuncias de irregularidades. El control de las ocupaciones post-ministeriales. Los funcionarios; reservas frente a la politización de la alta burocracia. Denuncias y recursos. Los Quangos u organismos autónomos y la propuesta de su despolitización. La instauración del sistema del mérito y la capacidad en todos sus puestos. Una revolución en la práctica de las Administraciones europeas: La neutralización política de la Administración.*

XII. *La confianza del pueblo como factor básico de la democracia. La idea del trust o la fiducia y su aplicación a los gestores públicos. Confianza no es enajenación de facultades. La imposibilidad de reducir el sistema de confianza pública a un sistema de elecciones periódicas. La falta de confianza del pueblo como alienación. La confianza como esencia de la democracia. El problema de la aquiescencia y su posible mani-*

pulación («la aquiescencia es la característica de las víctimas»). El conocimiento por cada parte de las razones de la otra como fundamento de la relación de confianza. La exigencia de transparencia en la actuación de los gobernantes y la de justificación constante de sus actos.

XIII. *La exigencia de objetividad, imparcialidad y buena fe en el Gobierno y la Administración, las exigencias del control. El desarrollo de un funcionariado profesional e imparcial desde el siglo XIX. España. EE.UU.: del spoil system a la Administración tecnificada e independiente a partir de las Comisiones Reguladoras independientes y de los «jueces de Derecho Administrativo» impuestos desde 1946. El modelo funcional de nuestra Constitución. La fórmula italiana de «separación» entre la Administración y la política: la reserva de la potestad de dictar actos administrativos y la reducción del vértice político al indirizo político y al control. La tendencia común europea.*

XIV. *La exigencia democrática de un reforzamiento de los controles. Los valores de objetividad e imparcialidad, centrales en el funcionamiento administrativo. La imposición del «reino de la Ley» y la oportunidad de un reforzamiento de la justicia administrativa.*

XV. *La posición del juez dentro del Estado democrático de Derecho. Reino de la Ley y del Derecho y sumisión plena a los mismos. La sumisión al juez está implicada, pues. La vinculación de la Administración al Derecho y al juez es la misma que la de los ciudadanos, sin perjuicio de las regulaciones materiales de Derecho Administrativo: «sometimiento pleno». La democracia exige un sistema de derechos subjetivos y de recursos para su efectividad. Valor «representativo» simbólico de la justicia administrativa: el juez de Derecho Público como «guardián del principio de constitución del cuerpo social».*

XVI. *El problema del control por el juez de la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos como creación de la Ley y no de la teoría. La intención delimitadora de estos conceptos legales. Exclusión de discrecionalidad administrativa para precisar el alcance de esos conceptos delimitadores: «cuestión jurídica». La distinción entre conceptos de experiencia y de valor. El caso de la «utilidad pública» como concepto delimitador de la garantía de la pro-*

iedad y de la legitimidad de la expropiación. Injustificación de tratar ese concepto (y el correlativo de «necesidad de ocupación») como habilitantes de discrecionalidad. La rectificación tras la Constitución. Conclusiones generales.

XVII. *El control de la discrecionalidad. La discrecionalidad como atribuida por la Ley y control de sus elementos reglados. El carácter normal de la preocupación por el control de la discrecionalidad. En particular el control por los principios generales del Derecho. El principio de interdicción de la arbitrariedad no es un principio informal y puramente estimativo, antes bien obliga a una profundización de los motivos en otros principios. El desarrollo de las técnicas de control de la discrecionalidad y la aparición de una concepción principialista del Derecho en todos los países.*

XVIII. *Cómo los principios generales del Derecho aseguran un valor democrático central, el consenso. Racionalidad como búsqueda del consenso. La legitimidad de ejercicio y la justificación de los actos de los gobernantes. La justicia administrativa como generadora de consenso y de «autoridad» aceptada.*

XIX. *Conclusión: La democracia avanzada postula una justicia administrativa plenaria y no mutilada o refrenada. Democracia y fin de las inmunidades del poder. ¿Actos políticos? Tocqueville y el papel del poder judicial en las democracias.*

I

La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismos del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales.

Más aún: hay quien piensa, lisa y llanamente, que ese es, justamente, el tema central del Derecho Administrativo. El gran iuspublicista americano Bernard Schwartz lo expresaba crudamente así: «Verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad?»¹.

Ultimamente ha saltado entre nosotros la chispa de una viva polémica sobre este viejo tema. Han sido hasta ahora adalides de este debate autores tan cualificados y tan estimados como los Profesores Luciano Parejo, Tomás Ramón Fernández y Miguel Sánchez Morón². El interés general

¹ B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.ª ed., Boston, 1991, pág. 652: *Indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?*

² La referencia bibliográfica de esta polémica es la siguiente: Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, luego reproducido en un Cuaderno Civitas del mismo título, 1991; *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, en *La protección jurídica del ciudadano. Libro Homenaje al Prof. J. González Pérez*, Madrid, 1993, también en el núm. 76 de «REDA». *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, en el núm. 80 de «REDA». *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, «REDA», núm. 83. Estos cuatro estudios acaban de agruparse en el volumen del autor *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas,

de la polémica, que toca a fundamentos profundos del Derecho y de su desenvolvimiento, ha sido subrayado por la reciente entrada en la polémica de un filósofo del Derecho y experto en Teoría General del Derecho tan autorizado como Manuel Atienza³.

Las discrepancias y las correlativas polémicas constituyen el necesario caldo de cultivo de todas las ciencias y el instrumento imprescindible de su desarrollo y progreso. No otra cosa ocurre en la ciencia jurídica. El sucesivo ajuste, la reconfiguración de los conceptos, la adaptación a las cambiantes circunstancias de la sociedad a que el Derecho sirve (art. 3 del Código Civil), los descubrimientos inesperados de la casuística, la depuración de soluciones, es la vida misma del Derecho. Sería inimaginable la sacralización absoluta de cualquier doctrina (una nueva «Ley de citas», como las que se dieron en otros momentos históricos), doctrina que exigiese sumisión incondicional a sus cultivadores; sería la muerte segura de la ciencia jurídica en un plazo no muy largo.

Hay que saludar, pues, con alegría y con ilusión la nueva ocasión de reflexionar sobre los viejos temas que ese debate ha venido a abrir entre nosotros.

1994. Luciano PAREJO, en su libro *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993. El mismo autor, posteriormente, *La intensidad del control judicial de la Administración Pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad*, en «Revista de Derecho Administrativo» (Buenos Aires), 1994, núms. 15/16, págs. 59 y ss. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, y posteriormente, *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en la obra colectiva *Cuadernos de Derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, 1995, págs. 143 y ss. Alguna vehemencia inicial de los contendientes ha sido aclarada en los últimos debates, dejando a éste en su campo propio, el de la discrepancia teórica, donde ahora mismo exclusivamente está.

³ M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, en «REDA», núm. 85, marzo 1995.

Por mi parte, un explicable impulso me determina a entrar en la polémica. Refiriéndose ésta a los problemas centrales del Derecho Administrativo, como son el valor de la Ley y el Derecho en cuanto reglas de vinculación para la Administración (art. 103.1 de la Constitución) y el correlativo papel del juez en el control de su observancia, puede decirse que resulta imposible, no ya difícil, a cualquier iuspublicista no tener alguna opinión al respecto, opinión que ha podido ser, hasta ahora, evidentemente, acrítica, pero que el debate puede dar la ocasión propicia para analizar, profundizar, precisar y, en su caso, rectificar.

Mis reflexiones no intentarán ahora revisar todos los datos de un debate especialmente amplio y complejo, sino que se ordenarán alrededor de uno solo de sus aspectos, aunque sea quizás especialmente ostensible, la tensión entre los dos valores básicos de la democracia y el control de los jueces.

Me permito citar como exergo de esta reflexión la bella frase de Hegel: «Los que luchan están abrazados». Significo con ella mi profundo respeto científico y personal por los respectivos contendientes.

II

Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que ese control debe respetar, en cualquier caso, subraya una de las posiciones de este último debate, con resolución, el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autonómicos o locales) reserva el sistema político. Ese respeto es tanto más exigible cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre.

Seguramente no habrá nadie que pueda discrepar seriamente de esos asertos en su primera y elemental significación. Más aún: un gobierno de jueces como alternativa al sistema democrático de gobierno sería, simplemente, una catástrofe, y no sólo por el posible argumento de que los jueces no hayan sido designados por elección del pueblo, que es un argumento impropio (los jueces tienen la legitimidad del Derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de la objetividad de ese Derecho; nada añadiría a su función una designación electiva, que más bien pondría en riesgo ese valor esencial de su función que es la independencia, y desde luego el de la competencia, exigencia también de esa independencia misma), sino, sobre todo, porque el poder judicial no está erigido, ni está por tanto capacitado, para gobernar, sino para dar efectividad al Derecho, el cual es una parte, y no toda, del gobierno humano, aunque sea cierto que ese gobierno haya de realizarse en un Estado de Derecho en el marco propio del Derecho. Un gobierno de jueces es, pues, una alternativa absolutamente inimaginable, y por tanto insostenible, rigurosamente, como supuesta fórmula política.

Que el juez deba respetar la posición constitucional de la Administración es la base mínima del sistema contencioso-administrativo.

Este proceso no está montado para sustituir al titular de la decisión política, sino que tiene dos objetos exclusivos: uno, controlar (art. 106.1 de la Constitución) si en dicha decisión se ha respetado el principio, también constitucional (art. 103.1) y base del sistema mismo de Estado de Derecho, de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que es el marco en cuyo seno la decisión debe precisamente producirse; y dos, garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24). Este segundo objeto, por cierto, no debe entenderse, en modo alguno, subsumido en el ante-

rior; es el que da a la jurisdicción contencioso-administrativa, justamente, su esencial carácter «subjetivo», frente al tradicional dogma de un supuesto carácter «objetivo» de la misma y el que elimina de raíz la vieja doctrina sobre el carácter meramente «revisor» de esta jurisdicción, doctrina que ha sido un dogal para su desarrollo en el sentido de una «tutela judicial efectiva».

La cuestión es precisar si para ese control y para esa tutela efectiva tiene alguna transcendencia el hecho de que los titulares últimos de la Administración (aunque parece que esta calidad pretende extenderse a todos los agentes públicos, a través de la fórmula «legitimación democrática directa o indirecta») tengan un origen democrático, han sido designados por el pueblo.

Este dato es considerable, desde luego, pero, a mi juicio, no altera los términos esenciales de la cuestión. Si partimos de la formación histórica del Derecho Administrativo, cuando éste surge rige, en efecto, el sistema imperial puro (en 1806 crea Napoleón la Sección de lo Contencioso-Administrativo en el Consejo de Estado francés) e inmediatamente su sustituto aún más enérgico en doctrina, el principio monárquico, que, con el mínimo intervalo de 1848, se prolongará con el Segundo Imperio hasta 1870, siguiendo dictaduras que no concluyen hasta la instauración de la III República en 1875. Estos tres cuartos de siglo no son, pues, democráticos, por más que una cámara de formación censitaria acogiese a partir de la Restauración una participación del principio democrático, también presente en la Administración local, aunque ésta actúe sometida a una rigurosa y virtualmente completa tutela del Ejecutivo central y de sus Prefectos. En esos tres cuartos del siglo XIX se sientan con resolución las bases de lo que será el Derecho Administrativo francés, modelo para toda Europa, articulado sobre la pieza clave del recurso contencioso-admi-

istrativo, que en 1872 se independizará ya de la simple buena voluntad de Gobierno para convertirse en una «jurisdicción delegada» e independiente.

Sólo una mirada poco atenta podría intentar deducir que el Derecho Administrativo había vinculado su vida a la presencia de administradores no democráticos. Por de pronto, no es, en absoluto, cierto que la entrada en la historia política de gobernantes democráticos haya reducido el papel del juez contencioso-administrativo en país alguno. Si de Francia hablamos, será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el *excès de pouvoir*⁴, que dará su plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la Administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa. Esta es, por cierto, la corriente común en todos los países europeos. No es exacto, pues, frente a lo que parece sostenerse con una seguridad que me sorprende, que el desarrollo del «Estado social y democrático de Derecho» suponga una retracción de los poderes de control del juez contencioso-administrativo y la consagración,

⁴ Aun en el momento de la 2.ª edición de su gran *Traité de la juridiction administrative*, 2.ª ed., 1896, tomo II, pág. 412, Edouard LAFERRIÈRE ve en el desarrollo del recurso por exceso de poder *un certain relâchement de la doctrine juridique*, con cierta desconfianza. LAFERRIÈRE, Letrado del Consejo de Estado, donde había hecho toda su carrera, era entonces Presidente (Vicepresidente, en realidad, supuesta la Presidencia formal, y de hecho honoraria, del Ministro de Justicia) del Consejo de Estado, habiendo sido antes Presidente de su Sección del contencioso desde 1879. Su personalidad domina todo el último cuarto del siglo XIX. Cfr. P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, París, 1962, págs. 17 y ss.

en virtud del principio democrático y de la legitimidad adicional que éste vendría a proporcionar, de una mayor libertad frente a dicho juez por parte de los gestores públicos.

Para no dejar sombra de duda, en el simple terreno de los hechos (luego adoptaré una perspectiva más abstracta), me limitaré a citar dos fuentes recientes, que permiten obviar otras muchas citas, que podrían multiplicarse a voluntad. Una, el recién publicado artículo de J. M. Woehrling, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Europe de l'Ouest*⁵. En pág. 369 dice: «Desde hace aproximadamente 20 años se constata un profundo movimiento de reforma en los sistemas de control jurisdiccional de la Administración en prácticamente todos los países europeos. Se puede afirmar que este movimiento se ha acentuado aun en el período último». Se citan el virtual surgimiento de un verdadero régimen contencioso-administrativo en Holanda y Suecia, superando el sistema de simples recursos graciables ante el Gobierno (mérito, por cierto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)⁶, la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa en Grecia (1974), Portugal (1976), España (1978), como antes en Alemania e Italia. «Estas disposiciones constitucionales —dice el citado autor⁷— constituyen un verdadero mandato constitucional dado a los Tribunales encarga-

⁵ En el vol. 6, núm. 2, invierno de 1995, de la «Revue Européenne de Droit Public», Londres, págs. 353 y ss. Puede verse también, Michel FROMMONT, *La justice administrative en Europe. Convergences*, en *Mélanges René Chapus*, París, 1992, págs. 197 y ss.

⁶ Vid. mi colaboración en el volumen colectivo *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, dirigido por Franz MATSCHER, «Schriften des Oesterreichischen Institut für Menschenrechte», Kehl am Rhein, 1989, págs. 81 y ss. C. PADRÓS REIG y J. ROCA SAGARRA, *La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en «RAP», núm. 136, 1995, págs. 233 y ss.

⁷ J. M. WOEHLING, *op. cit.*, pág. 370.

dos del contencioso-administrativo y refuerzan la legitimidad de sus intervenciones. Este cuadro constitucional juega, pues, un papel directo en la extensión y la intensificación del control jurisdiccional de la Administración». Extensión e intensificación, no retracción o reducción, por tanto.

Para volver al caso de Francia, dado su papel singular en la formación y el desarrollo del contencioso-administrativo, resulta quizás especialmente oportuna la cita del excelente trabajo de un autor tan caracterizado como Guy Braibant (Presidente durante muchos años de la Sección de la Memoria y de Estudios del *Conseil d'Etat*, desde donde ha promovido los trascendentales cambios normativos de 1988 y 1989 en la jurisdicción contencioso-administrativa, profesor él mismo de Derecho Administrativo en el Instituto de Estudios Políticos y en la Sorbona, autor y autoridad notable en la bibliografía francesa; Presidente hasta hace poco del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas), *Du simple au complexe. Quarante ans de Droit administratif (1953-1993)*, que acaba de publicar con ocasión de su jubilación en el Consejo de Estado ⁸.

⁸ En *Études et Documents du Conseil d'État*, núm. 45, 1993, págs. 409 y ss. Parte de 1953 porque ese año «el autor, al ganar la plaza de Letrado (*auditeur*) del Consejo de Estado, “entró en el Derecho Administrativo” como se entra en religión; es también el año de la primera gran reforma de la jurisdicción administrativa desde su recreación en 1799, así como el “año bisagra” en que concluye ese monumento jurídico que es nuestro Derecho Administrativo clásico y el inicio de su cambio profundo», añade. Ese «monumento» habría sido edificado en tres etapas. La primera, que duró más de un siglo, concluyó con la primera Guerra mundial, un Derecho constituido por un principio de fondo, el servicio público y sus corolarios de responsabilidad y contratos y del recurso por exceso de poder; la segunda va de una a otra Guerra mundial y la significan la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales y la aparición de las primeras «crisis» (del servicio público, del establecimiento público y hasta del propio Derecho Administrativo); la tercera, mucho más corta, ocupa el siguiente decenio a la Liberación y la caracteriza el estatuto general de los funcionarios, las medidas de intervención económica y social y la teoría de los principios gene-

Para Braibant se han desarrollado en los cuarenta años que considera tres características, la primera de las cuales sería «la sumisión de la Administración al Derecho», parte integrante de «la concepción francesa del Estado de Derecho» y que la distinguiría de otros sistemas que privilegian la gestión o el *management* o dejan un amplio margen al arbitrio de los administradores. Esta concepción ha sido reforzada por la de los principios generales del Derecho, los cuales en los cuarenta años posteriores «lejos de haber sido puestos en cuestión han sido reforzados, tanto en lo que concierne al contenido de los principios como respecto a los poderes del juez». Señala en particular el afinamiento del poder de control del poder discrecional a través del principio de proporcionalidad, la teoría del balance costes-beneficios, la del error manifiesto de apreciación, subrayando igualmente los progresos en materia de medidas cautelares y de ejecución de sentencias. El juez «ha recibido nuevas armas que completan su arsenal»!

III

El error está en suponer que el Derecho Administrativo, como llega a afirmarse en relación con el específico caso de España, y en concreto el afinamiento de sus técnicas de control, tenga un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos. Esto, de nuevo en el terreno de los hechos, es inexacto, rotundamente. Ningún régimen autoritario facilita el control judicial de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la le-

rales del Derecho. Desde entonces hay elementos de continuidad y de cambio, que pueden unirse bajo el epígrafe de «complicación». Quizás no sea inútil indicar que BRAIBANT ha tenido una significación política, aunque ocasional, marcadamente de izquierda, formando parte del equipo del Partido Comunista que entró en el primer Gobierno MITTERRAND de 1981, como Subsecretario.

gualdad como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculos a su omnipotencia.

Puede preguntarse, entonces, cómo justificar que las bases del Derecho Administrativo se estableciesen en una Francia predemocrática, como hemos visto, y que en España el paso gigantesco que supuso la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa se diese precisamente en 1956.

Respecto a lo primero, yo mismo he intentado dar una explicación recientemente ⁹. El Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del «reino de la Ley», el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente «en virtud de la Ley» se puede exigir obediencia. En la concepción originaria, la Ley no tendría otro objeto (art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad. Es sobre esta técnica de la legalización del poder sobre la que se forma todo el Derecho Público moderno, desde las turbulencias iniciales de la Revolución ¹⁰, Derecho Público que Napoleón consolida y que pasa, seguidamente, a todas las Monarquías europeas, aun a las más reacias a los principios liberales, y desde luego nada propicias, o muy poco, al principio democrático. Desde Napoleón el Derecho Administrativo se articula sobre las enormes posibilidades que abría una legalización general de las competencias, tanto como técnica de ordenación y de control del cada vez más complejo aparato adminis-

⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, reimpresión, 1995, especialmente págs. 181 y ss. Sobre el sistema revolucionario del «reino de la Ley», págs. 125 y ss. Sobre «la libertad de los modernos», págs. 184 y ss.

¹⁰ *La lengua de los derechos*, págs. 153 y ss.

trativo, como para establecer un sistema de «libertad de los modernos», en el sentido en que este concepto básico fue teorizado por Benjamin Constant, esto es, como un sistema de seguridad jurídica que garantizaba a los ciudadanos por medio de las Leyes un espacio de libre desenvolvimiento y de predictibilidad y certeza de la acción del Estado. El recurso contencioso-administrativo será justamente la técnica de imponer la efectividad de esa legalidad y de esa libertad correlativa (la libertad de no ser afectado en la propia vida más que en virtud de Leyes generales). El sistema de la legalidad no interfiere en nada la autonomía de posición del autócrata, antes bien permite a éste un mejor control de su Administración y le concentra en gobernar por medio de Leyes generales, cuya iniciativa y sanción él controla, a la vez que le permite presentar ante sus súbditos espacios apreciables de libertad bajo la Ley, desconocidos por el Antiguo Régimen arcaico. Frente a la discreción absoluta propia del Príncipe absoluto, que interfería actual o potencialmente toda la actividad de sus súbditos, una Administración legalizada, con una garantía parajudicial de la observancia de esa legalidad, creaba un ámbito de poder limitado, por vez primera en la historia, y, correlativamente, abría con ello unas posibilidades de desenvolvimiento seguro y abierto de la sociedad civil ordenada sobre el principio individualista (en la economía con la libertad de comercio e industria, en el Derecho civil y mercantil con el pleno reconocimiento de la propiedad y de la autonomía de la voluntad como fuente principal de las obligaciones).

El Derecho Administrativo como ordenación general del sistema de competencias legalizadas en que la Administración ha de actuar, garantizado por la doble corriente del control superior que la centralización puso a punto y del control externo que supone el recurso contencioso-administrativo, era así una pieza esencial de la concepción de

la «libertad de los modernos», que todas las monarquías absolutistas o moderadas (régimen mixto o dualista) del siglo XIX se apresuraron a adoptar. Por eso el recurso contencioso-administrativo se presentó originariamente como una especie de excitación o de denuncia para que el control superior o interno funcionase, de oficio, dada la dependencia formal de sus órganos, Consejo de Estado y Consejo de Prefectura, respecto de las instancias básicas de la centralización, Gobierno y Prefectos, respectivamente; esto mismo resultaba de la concepción del *excès de pouvoir* como un recurso objetivo, o en defensa de la legalidad y no de derechos subjetivos o intereses. En todo caso, es esa legalidad la que el recurso intenta restablecer. En un texto capital, que yo mismo he citado ¹¹, Cormenin recordaba en plena Monarquía de Julio que «la Asamblea constituyente [es]... la fuente del Derecho Administrativo, y aunque se haya después alterado o agrandado en la travesía de su carrera, llevará siempre la huella profunda y reconocida de su origen», porque de la Asamblea viene justamente la idea básica del «reino de la Ley».

Esa es la historia de la implantación en toda Europa durante el siglo XIX de un Derecho Administrativo completamente ignorado por el Antiguo Régimen, fuera de alguna excepción casuística y no significativa. Ahora bien, la democratización ulterior de las estructuras políticas con la desaparición definitiva de un principio monárquico encarnado en el Ejecutivo y copartícipe privilegiado del Legislativo, no supuso, en modo alguno, una desaparición del sistema de la legalidad de la Administración y una entrega del funcionamiento de ésta a la discreción absoluta de los nuevos imperantes, los administradores democráticos. Aquí nos parece que radica el error de la interpretación a

la que nos oponemos. La formación de la democracia como principio único de gobierno no supuso el abandono del sistema de «gobierno de la Ley», que la Revolución Francesa había aportado, para volver a caer en el arcaico sistema prerrevolucionario del «gobierno de los hombres», aunque esta vez fuesen los hombres designados electoralmente. Lejos de ello, la democracia afianzó precisamente el «gobierno de la Ley» por razones más profundas que las que explicaba la idea de «la libertad de los modernos» y la oportunidad de un mejor control del aparato del Estado.

Estas razones más profundas son bien conocidas y están en el corazón mismo del ideario revolucionario: la Ley es el producto quintaesenciado de la «voluntad general», es el fruto máspreciado de la libertad, es la expresión misma del principio democrático, por tanto; es la que permite «no obedecer más que a sí mismo», según el bello mito rousseauiano. Pero, a la vez, la Ley no es simplemente, como la Ley del Rey absoluto, un mandato general, un *iussum*; por el contrario, es el instrumento adecuado para articular precisamente las libertades de todos entre sí, para permitir la coexistencia de las libertades, que siendo propias de todo hombre son entre sí recíprocas. A la vez, la Ley es el instrumento *sine qua non* de la igualdad; frente a las órdenes individuales y arbitrarias, frente a los privilegios y las derogaciones singulares, que definían el contenido típico del sistema jurídico medieval y absolutista, la Ley nueva, en su misma esencia, sólo contiene preceptos generales, universales, que alcanzan por igual a todos los ciudadanos, generalizando y unificando en un solo régimen común («el derecho común de todos los franceses», en la famosa fórmula de la decisión de la Asamblea Constituyente de 4 de agosto de 1789) la pluralidad de *status* y de situaciones jurídicas singularizadoras precedentes. He aquí por qué la Ley expresa la esencia misma de la democracia:

¹¹ *La lengua de los derechos*, págs. 196-7. Procede de CORMENIN, *Droit Administratif*, 3.ª ed., I, París, 1840, pág. XXII.

la libertad, la igualdad, la autodisposición de la sociedad sobre sí misma.

Por ello, lejos de abandonarse el ideal y la técnica de la legalidad de los que el Derecho Administrativo había surgido en los tiempos napoleónicos y de la Restauración y el II Imperio, el advenimiento de la democracia con la III República supuso un reforzamiento resuelto de esas concepciones, respaldadas a su vez por la vivencia de la libertad recobrada, que veía en la Ley su obra propia y, correlativamente, su escudo (en esta dualidad de funciones de la Ley está toda su esencia). Es un hecho que a partir de 1875 se consolida, se afirma y se expande espectacularmente el campo del recurso contencioso-administrativo y con él del Derecho Administrativo, que alcanza ahora su autonomía definitiva y su lugar central como «Derecho Público común», como expondrán sus primeras grandes sistematizaciones teóricas (Laferrière, Hauriou, Duguit, Jèze). Los poderes del juez contencioso-administrativo, y específicamente las técnicas de control de la discrecionalidad, se incrementan espectacularmente. Y así enlazamos ese tiempo democrático inicial con el período de la segunda postguerra, sobre el cual ya hemos hablado.

IV

Más simple resulta explicar por qué el franquismo patrocinó la judicialización definitiva del contencioso-administrativo y la expansión resuelta de su campo de acción a través de la Ley de la Jurisdicción de 1956. El régimen franquista se había iniciado suprimiendo, pura y simplemente, el recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración del Estado (Ley de 27 de agosto de 1938), supresión que no se levantó hasta seis años más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944, aunque reduciendo de ma-

nera sustancial el ya estrecho campo del recurso según había resultado de la Ley Santamaría de Paredes de 1888-1894. Antes y después de ese restablecimiento parcial del recurso contencioso-administrativo la doctrina ya había combatido la supresión total del recurso y después de la Ley de 1944 criticó la amputación que en el mismo ésta había operado ¹².

La aprobación de un Texto Refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo por Decreto de 8 de febrero de 1952 dio lugar a una nueva crítica ante el temor de que quedase consolidada definitivamente esa reducción del papel del contencioso-administrativo contra los actos de la Administración central y por la patente asimetría del mismo con el recurso contra los actos de la Administración Local, en el que la legislación municipal dictada desde 1924 había admitido el llamado recurso de anulación o legitimado por interés legítimo. El propio Preámbulo del Decreto de refundición se vio obligado a admitir que al elaborar el nuevo texto «en ocasiones se hayan sentido deseos de alterar

¹² S. ROYO-VILLANOVA, *Lo contencioso-administrativo en el Estado totalitario*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941. C. GARCÍA OVIEDO, *Consideraciones sobre el recurso contencioso-administrativo en el Estado totalitario*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, págs. 72 y ss. La crítica a la amputación del recurso, en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El texto articulado de la Ley de lo contencioso-administrativo*, en «RAP», núm. 7, 1952, pág. 203. El argumento es siempre el que tan espectacularmente habían aceptado las monarquías absolutas o duales del siglo XIX: «Lo contencioso-administrativo no persigue el garantizar los derechos subjetivos, sino resolver con arreglo a Derecho las pretensiones formuladas por los particulares. Y a todo Estado —sea liberal o intervencionista, democrático o totalitario— le interesa que las pretensiones se resuelvan con arreglo al Derecho promulgado por él mismo, que éste sea respetado en todo caso, por encima de los funcionarios que lo sirven. Una distinta concepción política implicará un Derecho distinto. Pero a todo Estado le interesa enormemente que ese Derecho que él ha promulgado, y en el que se han recogido los principios políticos que le inspiran, sea respetado por todos y no quede desvirtuado en manos de sus funcionarios... para que los funcionarios ajusten su actividad a los preceptos jurídicos» (GONZÁLEZ PÉREZ, *op. y loc. cit.*).

sustancialmente *preceptos legales arcaicos e inadecuados*, pero se han visto frenados en acatamiento a la estricta misión [refundidora], *sin perjuicio de que seguidamente se aborde la reforma de la legislación que se unifica*, como consecuencia de la mayor extensión de la actividad administrativa, de la *imperfeción técnica de nuestro régimen contencioso-administrativo actual*, de la necesidad de discriminar su esfera de acción y de simplificar el procedimiento».

Por ello tras el Texto Refundido de 1952 la doctrina (acababa de iniciarse la nueva época de nuestro Derecho Administrativo que supuso la aparición de la «Revista de Administración Pública» desde 1950) reclamó cada vez con más fuerza una reforma total del contencioso¹³. Tras la inesperada consagración del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en el texto de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, fruto de una audacia calculada de la Comisión redactora del Anteproyecto, se incitó al Ministro Iturmendi, que había patrocinado la Ley y que debía aún el cumplimiento de la reforma total del contencioso que había prometido en el Preámbulo del Decreto que aprobó el texto refundido, a ultimar abiertamente esta última reforma, con lo cual «podría decirse sin hipérbole que su nombre quedaría para siempre ligado a la historia de la constitución de nuestro régimen administrativo, a la

¹³ Vid. en particular, el citado artículo de GONZÁLEZ PÉREZ (que insistirá en ello en otras publicaciones, sin descanso) y el comentario mío *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en «RAP», núm. 6, 1951, pág. 279, que es una crítica circunstanciada al texto antes de su promulgación. «La tarea —se concluía— no está a la altura de la vocación de nuestro siglo por la justicia y por la ciencia del Derecho», con alusión al manifiesto savignyano contra Thibaut, recordando que el artículo 17 del Fuero de los Españoles (1945) «al reconocer el derecho a la seguridad jurídica y el principio del reconocimiento del Derecho por los órganos públicos está imponiendo la necesidad de un sistema contencioso-administrativo progresivo, coherente y sobre todo, pleno y eficaz».

grande, aunque oscura, historia del continuo sometimiento del Estado al Derecho»¹⁴.

El acierto del Ministro Iturmendi fue haber encomendado la redacción del texto de la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa a dos Profesores de extraordinaria capacidad y de claridad de ideas y de pluma poco comunes, los Profesores Manuel Ballbé y Jesús González Pérez; y —segundo acierto— haber confiado plenamente en su trabajo y haberlo hecho suyo hasta que se convirtió en la Ley de 27 de diciembre de 1956. Esta Ley, resulta obvio decirlo, ha sido absolutamente decisiva en la formalización de nuestro Derecho Administrativo. Es la que crea la jurisdicción contencioso-administrativa (hasta entonces el famoso «sistema mixto» era una parodia de jurisdicción, sobre todo en la esfera provincial), la que cumple pasos decisivos en su especialización y la que abre los enormes ámbitos de protección que el recurso francés de exceso de poder había ya ganado definitivamente y que entre nosotros no habían llegado a encarnar. Es, pues, el verdadero origen de nuestro Derecho Administrativo moderno.

He explicado cómo se llegó a ella. Por qué el régimen político, y no sólo la opinión de un Ministro, la toleró no es difícil conjeturarlo. Por una parte, el propio régimen tenía entonces especial interés en presentar una faz de «Estado de Derecho» en el sentido (que era, por cierto, el de los autores clásicos alemanes más relevantes del XIX y XX)¹⁵, de un Estado con Derecho Administrativo pero sin

¹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 236; esta incitación es la frase que cierra el libro, el cual había sido ya publicado con anterioridad en «Anuario de Derecho Civil», VIII, 1955, págs. 1023 y ss.; la frase transcrita, en pág. 1167.

¹⁵ OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., I, Berlín, 1924, pág. 58: «El Estado de Derecho es el Estado con un Derecho Administrativo bien ordenado.» Era la concepción del Derecho alemán desde que el

derechos fundamentales. Es notorio que sobre ese argumento hubo campañas públicas e internacionales, una réplica al famoso dictamen de la Comisión Internacional de Juristas¹⁶, afirmaciones constantes de los defensores y sostenedores del régimen, aun después de su fin, en memorias y alegatos.

Pero, en segundo lugar, como ya se había comprobado en la Francia anterior a la III República y en los demás Estados europeos anteriores a la primera postguerra, resultaba que el desarrollo de una jurisdicción contencioso-administrativa extensa no creaba grandes problemas políticos, precisamente porque venía en refuerzo de la propia legalidad del Estado y del orden y control de la Administración. Ciertas Sentencias pueden producir resquemores personales o cuestiones de amor propio en los administradores, raramente verdaderos problemas políticos. El legislador de 1956 había pretendido, además, esquivar este tipo de problemas con la declaración como materia exenta de los «actos políticos del Gobierno»; pero una jurisprudencia notable, respaldada por la doctrina unánime, encontró el medio de reducir esa exención a una porción marginal,

concepto de Estado de Derecho fue puesto en circulación en 1832 por R. von MOHL y generalizada luego por Otto von BAHR en 1864.

¹⁶ La Comisión Internacional de Juristas de Ginebra había hecho público un *Informe sobre la regla de Derecho en España*, 1963 («Regla de Derecho» es una mala traducción de *Rule of Law*), en la que se exponían las graves carencias del régimen para poder ser considerado un Estado de Derecho. A ese informe el Gobierno español replicó con un libro con el título *España, Estado de Derecho. Réplica a un Informe de la Comisión Internacional de Juristas*, Madrid, Servicio Informativo Español, 1964, 200 páginas, informe elaborado por el Ministerio de Justicia y el Instituto de Estudios Políticos —aunque sin hacer públicos sus redactores—. Al tratar del Poder Ejecutivo, se subrayaban «las garantías jurídicas del ciudadano», pág. 62, la «sumisión del Ejecutivo al Derecho», pág. 68, y el «control jurisdiccional del Poder Ejecutivo» por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, insistiendo en su «independencia» y en la plenitud del «ámbito de la jurisdicción», págs. 74 y ss.; al tratar de la Función Judicial se volvía a notar la existencia de un «control judicial de la Administración», pág. 100.

apenas significativa. Cuando el Gobierno se apercebía de ese pequeño fiasco, promovió una reforma de la Ley en el sentido de ampliar resueltamente la excepción de acto político; una simple y modesta campaña de prensa, en un momento en que la oposición al sistema había comenzado a contar algo, bastó para que el Gobierno Carrero no osase persistir en ese propósito¹⁷, lo que salvó venturosamente la integridad de la Ley de 1956, que penetró así majestuosamente intacta en la nueva época democrática y logró en

¹⁷ El proyecto de reforma se publicó en el «Boletín de las Cortes» de 2 de octubre de 1972. Yo mismo publiqué en el diario «Ya» del 1 de noviembre de 1972 (págs. 7-8) un artículo *Constitución española y reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Como se proponía adicionar la lista de actos políticos del artículo 2, a) con esta fórmula inespecífica: «los que afectan a la garantía y defensa del ordenamiento constitucional», me fue fácil notar que esta idea de que la «defensa de la Constitución» puede dejar sin efecto a las Leyes procedía directamente de la interpretación que Carl SCHMITT hizo del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar, llamado «el párrafo de la dictadura» porque consagraba la posibilidad del Presidente alemán de atribuirse todos los poderes, artículo —decía— «que fue exactamente el punto de apoyo que Hitler utilizó para su palanca revolucionaria». Y concluía: «lo que está en juego es esta opción: si dar prioridad o no al «párrafo de la dictadura» sobre «el párrafo regio del Estado de Derecho», que atribuye a los jueces esa defensa. Indicaba también que la iniciativa de reforma había «que conectarla inevitablemente con las tendencias regresivas que se manifiestan en el momento político actual»». El Gobierno (cuyo representante en este proyecto en la Ponencia de las Cortes era el Secretario General Técnico de la Presidencia José Luis MEILÁN GIL) tuvo que retirar esa propuesta de reforma. Resulta sorprendente que en el Anteproyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción que ha circulado el Ministerio de Justicia en 1994 y 1995 se pretenda insistir en un reforzamiento, también inespecífico, de la excepción de acto político (así ha pasado, por cierto, al Proyecto aprobado por el Gobierno en julio de 1995 y ya publicado, el 30 de septiembre, en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso»). Puede verse, sobre la situación actual de la teoría de los actos políticos, cada vez más reducida en su alcance, además del excelente Auto del Pleno de nuestro Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993, confirmado por la Sentencia, también del Pleno de la Sala 3.ª, de 28 de junio de 1994, concluyente, el reciente análisis de J. AUVRET-FINCK, *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?*, en «Revue de Droit Public», 1995, págs. 131 y ss. Cfr. también *infra*, nota 197, un juicio sobre esa novedad del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, absolutamente censurable.

ella su consagración constitucional (y aún su extensión) más explícita (arts. 24, 103, 106, 117 y 118) en la Constitución.

He ahí una explicación no demasiado complicada.

V

Pero nos interesa retornar de nuevo a las cuestiones de principio, una vez evacuados ciertos problemas históricos ineludibles.

Cuando se enfatiza la legitimidad democrática de los administradores se está apuntando, aunque más intuitiva que técnicamente, a la aplicación a sus actos del mecanismo de la representación política: tales actos vendrían a valer como propios del pueblo a quien los administradores representan. Ahora bien, esto técnicamente no es exactamente así. El mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las Cámaras legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales —mucho menos a toda la miríada de funcionarios a quienes con la fórmula «directa o indirectamente» democráticos parece aun pretender extenderse el mismo principio representativo.

Si acudimos al simple texto de la Constitución, será fácil notar que el concepto de representación política se aplica únicamente a las Cortes Generales y a las Asambleas Autonómicas. En el Preámbulo la Constitución habla de «un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general»; ésta sólo está representada en la Ley, no en ninguno de los demás actos que emanan del aparato del Estado. El artículo 66 precisa que «las Cortes Generales representan al pueblo español». Por ello, el Diputado es representante (arts. 68.2 y 99.1);

a su vez, el Senado es Cámara «de representación territorial». (art. 69.1).

Por su parte, el Rey es «símbolo de (la) unidad y permanencia» del Estado y «asume la más alta representación del Estado» (art. 56); aquí el término Estado arguye una representación institucional y no del pueblo como tal (contra lo que pretendía, por cierto, el «principio monárquico»); la misma expresión, con la misma significación, se utiliza para el Presidente del Consejo de Gobierno en la respectiva Comunidad autónoma (art. 152.1). Por su parte, el Gobierno «dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado» (art. 97). «Municipios, provincias y Comunidades Autónomas... gozan de autonomía» (arts. 137, 140), tienen «instituciones de autogobierno» (art. 148.1.1.º). De nuevo, y sólo aquí, al tratar de las Asambleas Legislativas autonómicas (art. 152) vuelve a usarse el tecnicismo de «representación de las diversas zonas del territorio». Por su parte, el art. 117 precisa que «la justicia emana del pueblo», sin que se produzca tampoco un fenómeno de representación. El término técnico de representación popular está, pues, expresamente reservado en la Constitución únicamente para las Asambleas parlamentarias: Cortes Generales y Asambleas Autonómicas.

Este uso lingüístico no es anecdótico ni casual. Responde a los orígenes mismos del régimen constitucional y está en su misma esencia. Como Carré de Malberg explicó clásicamente¹⁸ y yo mismo he retomado¹⁹, incluyéndolo en un contexto más extenso, la representación política en la concepción de la Revolución Francesa se expresaba en la Asamblea o Parlamento, siendo sus miembros los únicos a

¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, *La Loi expression de la volonté générale*, París, 1930, reimpresión de 1984, págs. 20 y ss.

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo*, cit., págs. 106 y ss.

quienes se reconocía la condición de *representantes*; todos los demás titulares de funciones públicas, y especialmente todos los que participan en el poder ejecutivo, eran simplemente *agentes* ²⁰. La cuestión no es baladí: donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento y la forma de ejercicio de este poder es precisamente la Ley. Es el sistema del *règne de la loi*, del reino o imperio de la Ley, sobre el cual será construido todo el Derecho Público postrevolucionario, hasta hoy mismo ²¹.

La representación política transmite el poder supremo, o la soberanía, radicada en la nación, y tal poder ha de expresarse en Leyes generales. Todo el poder público va a concebirse, a partir de ahora, como una aplicación de la Ley, único instrumento que puede exigir obediencia, única fuente de cualquier posible restricción de la libertad originaria, único instrumento de construir y sostener la igualdad entre todos los ciudadanos, único medio de garantizar los derechos de éstos y de hacerlos efectivos.

Este mecanismo esencial sitúa a los otros dos poderes en la posición de vinculados a la Ley y como ejecutores de sus mandatos abstractos, que ellos particularizan, bien en sede procesal, cuando se suscite cualquier litigio entre partes, bien en sede política o administrativa, cuando el Eje-

²⁰ En la Constitución revolucionaria de 1791 también se reconocía verbalmente la condición de representante del pueblo al Rey, junto al cuerpo legislativo, artículo 2 del Título III de la Constitución. Digo verbal, porque a la hora de definir los poderes del Rey se reducía su papel a la pura ejecución de la Ley, fuera del tema de la sanción de ésta. El artículo 3 de la Sección 1.ª del capítulo II dice así: «No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia.» El Rey no está, pues, en posición igual a la de la Ley y ésta era la razón sustancial que creaba la dificultad de articular los dogmas revolucionarios con la monarquía. La Restauración tuvo que oponer, por ello, al principio democrático el principio monárquico; el doctrinarismo, y así nuestras Constituciones «moderadas», intentó articular a los dos principios en un pacto.

²¹ Sobre ello, mi libro citado *La lengua de los derechos*, págs. 108 y ss.

cutivo gestione los intereses generales. Es esta situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, la que da a los titulares que ejerzan las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples «agentes» de la Ley. No pueden ordenar lo que la Ley no manda, no pueden prohibir lo que la Ley no ha prohibido, son ejecutores de lo ya ordenado anticipadamente por ésta. No les alcanza, en consecuencia, ningún carácter de representantes del pueblo. Tales representantes son quienes han dictado la Ley, de cuya simple ejecución ahora se trata; la voluntad de los agentes es una voluntad individual, no superior en calidad a la de cualquier ciudadano, que, insertándose en la previsión legal, se limita a poner en marcha lo que ésta había ya decidido anticipadamente en términos generales.

La representación política es el instrumento para la formulación de la voluntad general y ésta se expresa sólo en la Ley, con sus notas de superioridad e irresistibilidad; todos los demás actos del Estado son un *quid aliud* respecto de la Ley, no sólo porque no valen lo que ella (no son expresión de la voluntad general), sino porque resulta que están subordinados a ella, de la que se presentan como ejecución, precisamente.

VI

Podría, quizás, pensarse que los conceptos expuestos son meras convenciones doctrinales, construcciones jurídicas artificiosas, explicaciones *ex post facto* que intentan una articulación concreta de algo previamente decidido; más aún, incluso: una mera tradición histórica. Esta posible objeción sería ilusoria.

Una de las más lúcidas investigaciones sobre la esencia de la democracia, la hecha, en el terreno del análisis de la

realidad y no en el de las normas positivas de cualquier sistema o en la «teoría general del Derecho», la de Hans Kelsen²², da a las anteriores conclusiones un respaldo completo, como vamos a ver. Justamente Kelsen, tan riguroso en exigir en la teoría jurídica la «pureza» y abstracción del método y de los conceptos, tiene aquí, cuando resueltamente pasa al análisis de la realidad, en una ocasión decisiva en Europa y en su propia biografía de lucha por la democracia²³, una especial autoridad. En este capital docu-

²² HANS KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, 2.ª ed., Tübingen, 1929 (que es una obra distinta de la 1.ª ed., 1921, una simple separata de un artículo en una revista). Cito por la trad. francesa de Ch. EISENMANN, nueva ed. con prólogo de M. TROPPER, *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, «Económica», París, 1988. KELSEN no hace aquí obra de Derecho, sino de ciencia política rigurosa; incluso entra con resolución en ocasiones en explicaciones psicoanalíticas. KELSEN se movió en el grupo de FREUD, como, en general, dentro del famoso Círculo de Viena; incluso tiene investigaciones propias en psicoanálisis, como la que él mismo cita en este libro, pág. 80, o el profundo estudio que he podido leer en una reciente traducción italiana (*L'amor platonico*, Bolonia, 1985), publicado originalmente en la gran revista freudiana, «Imago. Zeitschrift für Psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiet und Anwendungen», hrsg. von S. FREUD, tomo XIX, 1933, Viena. (Ya en esta misma revista, en el vol. VIII del año 1922, había publicado KELSEN otro trabajo, *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*). La relación con FREUD se inició en 1911 y alcanzó su mayor intensidad (con réplicas de FREUD a las tesis de KELSEN) en la década de los veinte. Sobre esta relación, ofrece una exposición muy completa C. TOMMAS en su «Introduzione all'edizione italiana» de *L'amor platonico*, ya citada. Vid. las referencias a KELSEN en el precioso libro de A. JANIK y S. TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, trad. esp., Madrid, 1974, págs. 16, 167, 305.

²³ Se trata de una obra de combate, militante, pero no por ello menos objetiva y luminosa. KELSEN, que como redactor de la Constitución austríaca de 1920, había sido nombrado Magistrado vitalicio del Tribunal Constitucional (su magna invención), estuvo envuelto en las duras polémicas abiertas contra los demócratas por comunistas, fascistas y conservadores del viejo orden imperial, y directamente atacado por el antisemitismo militante (KELSEN era judío, aunque de religión católica) que concluiría en el nazismo. En 1929, como consecuencia de una Sentencia de la que fue ponente, fue arbitrariamente expulsado del Tribunal. KELSEN aceptó entonces una cátedra en Colonia, de donde, tras el triunfo nazi, emigró a Estados Unidos. Este libro es, pues, la expresión conceptual de su resuelta opción democrática, y ello explica que no sea un trabajo propiamente jurídico. Vid. sobre

mento Kelsen no hace teoría jurídica, sino que intenta justificar en el terreno de los hechos y de la razón práctica su fe democrática. Sus razones nos siguen pareciendo plenamente actuales.

«No menos que cualquier otro sistema político, la democracia no puede evitar que los hombres sean mandados por sus semejantes. Pero la conciencia política protesta contra esta dominación. El conflicto se resuelve mediante una transferencia: construyendo una misteriosa voluntad colectiva y una persona colectiva casi mística distinta de la voluntad y de las personas individuales, es ella quien se presenta como el sujeto de la política; es de ella —la persona anónima Estado— y no de ningún individuo de carne y hueso, de quien se hace emanar el *imperium*. Por esta distinción de ficción, que alcanza mucho menos a la voluntad de los súbditos que a la de los individuos que ejercen el poder, estos últimos aparecen desde ese momento simplemente como los órganos de un sujeto hipostático de ese poder... La personificación del Estado es un velo que disimula el hecho, insoportable a la sensibilidad democrática, de una dominación del hombre por el hombre. No hay duda de que esta pieza fundamental de la teoría del Derecho público contemporáneo tiene también sus raíces en la ideología democrática»²⁴. Esta afirmación está hecha, repetimos, desde el punto de vista social y no jurídico, sin perjuicio de que las construcciones jurídicas se adapten a la realidad social, se conviertan así en realidad social ellas mismas y produzcan determinados efectos sociales, como resulta natural.

«La democracia —sigue diciendo Kelsen— es una forma de Estado o de sociedad en la cual la voluntad general

esto, el prólogo de TROPPER a la ed. francesa cit., y R. A. METALL, *Kelsen. Leben und Werk*, Viena, 1969.

²⁴ KELSEN, *La Démocratie*, pág. 23.

se forma, o —sin metáfora— el orden social se crea por quienes va a regir, el pueblo. Democracia significa identidad entre el sujeto y el objeto del poder, de los gobernantes y los gobernados, gobierno del pueblo por el pueblo»²⁵. Pero ocurre que este pueblo «no aparece como uno, en un sentido mínimamente preciso, más que desde el punto de vista jurídico; su unidad... resulta en el fondo de un dato jurídico: la sumisión de todos sus miembros al mismo orden estatal... El «pueblo» no es, pues —contrariamente al concepto ingenuo que de él se hace—, un conjunto o conglomerado de individuos, sino únicamente un sistema de actos individuales determinados y regidos por el orden estatal. Pues el individuo no pertenece nunca a una colectividad social —aun a aquella que establece sobre él la dominación más fuerte, el Estado— por la totalidad de su ser, de sus funciones y de su vida psíquica y física...; el orden estatal no comprende más que manifestaciones muy determinadas de la vida individual»²⁶. Ahora bien, para formar esa voluntad general que ha de presentarse como la propia de la entidad colectiva y que es la operación política básica, la pieza esencial es el Parlamento. «El parlamentarismo es la formación de la voluntad estatal directiva por un órgano colegial elegido por el pueblo sobre la base de un sufragio universal e igual, es decir, democrático, que toma sus decisiones por mayoría»²⁷.

«La idea dominante es la de la autonomía democrática, la idea de libertad... La idea de libertad es y continúa siendo la dominante eterna de toda especulación política, aunque sea, y aun precisamente por que lo sea en su más profunda esencia, la negación absoluta de lo social, de lo político por tanto, formando así como un contrapunto de

²⁵ KELSEN, pág. 25.

²⁶ KELSEN, pág. 26.

²⁷ KELSEN, pág. 38.

toda teoría social y de toda práctica política»²⁸. Dada la extensión y la complejidad actual de las relaciones sociales, no se podría aceptar seriamente «la forma primitiva de la democracia directa». «Cuanto más grande es la colectividad estatal y menos el “pueblo” aparece en condiciones de desarrollar por sí mismo la actividad verdaderamente creadora que constituye la formación de la voluntad estatal, más dicho pueblo queda forzado, aunque no sea más que por razones puramente técnicas, a limitarse a crear y a controlar el aparato que se encargue verdaderamente de aquella actuación. Por otra parte, se pretende provocar la ilusión de que, incluso en el Parlamento, es la idea de libertad democrática y ella sola la que viene a expresarse en su integridad. *A este fin se hace apelación a la ficción de la representación, a la idea de que el Parlamento no es más que un representante del pueblo*, de que el pueblo no puede expresar su voluntad más que en el Parlamento y a su través, aunque en todas las Constituciones sin excepción el principio parlamentario vaya parejo con la regla de que los diputados no pueden recibir instrucciones obligatorias de sus electores, lo que hace al Parlamento jurídicamente independiente del pueblo en el ejercicio de sus funciones»²⁹.

Está aquí perfectamente descrito el contenido real de la idea técnica de representación política. Más adelante³⁰, Kelsen precisa que en el «proceso de formación de la voluntad estatal», «lo que se tiene la costumbre de llamar, por una imagen antropomórfica, la “voluntad” de las colectividades y especialmente del Estado, no es un dato psicológico —pues psicológicamente no hay más voluntades que las individuales—, sino más bien el orden ideal de la comunidad... Como tal, el orden colectivo es un sistema

²⁸ KELSEN, pág. 38.

²⁹ KELSEN, págs. 39-40 (cursiva mía).

³⁰ KELSEN, pág. 42.

de normas, de prescripciones que determinan la conducta de los individuos miembros de la colectividad... Se presenta la obligación (*Sollen*) establecida por el orden estatal como la voluntad (*Wollen*) de una persona estatal; la "formación de la voluntad estatal" es, pura y simplemente, el proceso de creación del orden estatal».

Kelsen respalda ahora esta conclusión con una observación etnológica. «Sería limitarse a un examen muy superficial y aun limitado particularmente a los grupos más primitivos, pensar que la voluntad general que constituye el grupo social pueda existir directa y exclusivamente en forma de actos de mando y de órdenes individuales. Sería olvidar que sólo un orden general, si no conscientemente planeado, al menos vivo en la conciencia de todos los miembros del grupo o de algunos de ellos, es lo único que puede permitir el funcionamiento de los órganos que cumplen los actos colectivos individuales. Precisamente las decisiones de los órganos de un grupo primitivo no implican, menos aún que en los órganos de un Estado moderno, un poder discrecional que escape a toda norma general; por el contrario, estos órganos se sienten vinculados en alto grado por normas generales, tanto más eficaces cuanto que tienen un carácter mágico o religioso. Mucho más que los actos colectivos individuales, la colectividad social vive en su conciencia por las normas generales de conducta, recíprocas de los individuos. Y la función de creación de normas generales tendrá siempre tendencia a crearse un órgano colegial y no individual»³¹. La penetración de este análisis, como se ve nada dogmático ni ideológico, no necesita ser encarecida.

Insiste por ello en otro lugar: «La teoría democrática del contrato social es, ciertamente, una ficción ideológica. Pero es quizás verdadero psicológicamente que el equili-

³¹ KELSEN, pág. 43.

brio social reposa realmente más sobre el entendimiento mutuo de los individuos en la democracia que en la autocracia dictatorial real, donde para ellos se trata de soportar la carga común de la sujeción»³².

Kelsen precisa más adelante que los «jefes»³³ que salen del cuerpo social «no tienen por función, en tanto que tales, más que la ejecución de las leyes. Ciertamente, el gobierno —forma jurídica que adopta la dirección de los jefes— puede influir seriamente la legislación; pero precisamente es ya característico que deba poner en movimiento otro órgano para obtener la posibilidad de obrar»³⁴.

Todos estos planteamientos generales conducen a Kelsen a una conclusión que tiene para nosotros especial interés, su visión de la Administración en el seno de una democracia. Una vez resuelto el problema de la creación de normas generales en el grupo, se plantea la cuestión de la ejecución de esas normas. ¿Cómo introducir en ese proceso de ejecución —administrativo o judicial— el principio democrático? «Contrariamente a lo que se podría pensar a primera vista, no se puede creer que la democracia en la ejecución sea una simple consecuencia de la democracia de la legislación, ni que la idea democrática se satisfaga tanto mejor si la forma democrática se aplica al proceso de ejecución. Si se parte de que la legislación está organizada democráticamente, no hay que creer que la legalidad de la ejecución quedará garantizada mejor bajo formas democráticas. Sin duda, la elección democrática de los órganos ejecutivos supremos por el Parlamento y su responsabilidad ante éste constituyen, en una cierta medida, una garantía, pero de ningún modo la única posible, de la con-

³² KELSEN, pág. 65.

³³ El cap. VIII de su libro se llama, expresivamente, «la elección de los jefes», esto es, de los gobernantes, págs. 75 y ss.

³⁴ KELSEN, pág. 78.

formidad de su actividad funcional a la Ley, es decir, de que se conformarán a la voluntad del pueblo y la ejecutarán»³⁵.

Pero existe una contradicción cierta entre la idea de una democracia en la legislación y la de una democracia en la ejecución. Hay el riesgo, más que verosímil, de que los órganos democráticos de la Administración (y más particularmente de una Administración autónoma o descentralizada) «no consideren la legalidad de sus actos como un fin supremo, y que se pongan en contradicción voluntaria con las Leyes votadas por el Parlamento central. La voluntad del todo, tal como se expresa en la legislación central, amenaza ser paralizada por la voluntad de una parte», la particular del administrador, o la particularizada decisión de cada una de las Administraciones autónomas³⁶.

«Como consecuencia del principio de legalidad, el sistema burocrático debe introducirse en la organización de los Estados con base democrática... Pues democracia y burocracia parecen oponerse de manera absoluta desde un punto de vista ideológico, pero no si se consideran en la realidad. Por el contrario, la burocratización significa, con ciertas condiciones, el mantenimiento de la democracia. Precisamente porque el principio democrático se aplica principalmente a las capas superiores, no puede, sin ponerse en cuestión a sí mismo (es decir, su aplicación en el campo de la elaboración de las reglas generales), penetrar en las capas inferiores de la estructura del Estado»³⁷.

Existe una «oposición funcional entre democracia de la legislación y democracia de la ejecución... una democrati-

³⁵ KELSEN, pág. 70.

³⁶ KELSEN, pág. 71.

³⁷ KELSEN, pág. 72. Aquí KELSEN cita a Adolf MERKL, *Democratie und Verwaltung*, 1922, a cuya doctrina he hecho yo mismo referencia en mi libro *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, 1983, ahora en mis *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985, págs. 176, 178, 179.

zación de la ejecución, y especialmente de la Administración, no puede hacerse más que a expensas de la intensidad intrínseca de la función legislativa». «*La idea de legalidad, aunque conduzca a limitar la esfera de aplicación del principio democrático, debe no obstante ser mantenida para asegurar la realización de la democracia*»³⁸. Y más concretamente aún, por lo que hace al tema específico objeto de nuestro estudio, esta afirmación, muy importante: esa idea de la democracia deben tenerla en cuenta especialmente «todas las instituciones de control que garantizan la legalidad de la ejecución», *legalidad que «solo una demagogia de corto vuelo puede rechazar como inconciliable con la democracia*». Duro juicio, que parece ir directamente contra la opinión que estamos intentando combatir.

Pero aún precisa más Kelsen en este párrafo, que nos parece esencial:

«Es ante todo en la jurisdicción administrativa en la que hay que pensar, cuya competencia debe ser extendida y reforzada en la misma medida en que los actos administrativos son obra de instancias democratizadas y en consecuencia accesibles a influencias del partido gobernante.»

³⁸ Cursiva mía. Esta idea, que puede parecer paradójica, es ratificada, sin referirse a ella para nada, por un administrativista contemporáneo tan autorizado como Jean RIVERO, en una reflexión, justamente, sobre democracia y Administración: «El respeto de la legalidad, asegurado por el progreso del control jurisdiccional, es la condición necesaria, pero suficiente, del carácter democrático de la acción administrativa.» Pues «obedecer a la Administración es obedecer a la Ley, por tanto al pueblo soberano». «No es cuestión de introducir la democracia en el interior mismo de los mecanismos a través de los cuales se elabora la misma decisión administrativa, puesto que ésta es, en su esencia, realización de la soberanía del pueblo.» Y añade aún: «Tal es la tradición administrativa francesa.» En su trabajo *À propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: Démocratie et Administration*, en la obra recopilativa de DE LAUBADÈRE, MATHIOZ, RIVERO y VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. I, París, 1980, págs. 257-8.

Es exactamente lo que ha ocurrido en toda la Europa democrática, como ya nos consta.

Y concluye Kelsen:

«El destino de la democracia moderna depende en una gran medida de una organización sistemática de todas estas instituciones de control. La democracia sin control no puede durar. Si excluye esta autolimitación que representa el principio de legalidad, la democracia se disolverá en sí misma»³⁹.

VII

Ahora podemos ver con cierta claridad dónde radica el error de la tesis de la que disentimos, que la democracia en la designación de los administradores asigna un plus de legitimidad a éstos que reduciría correlativamente la función de control del juez sobre su actuación.

Con más o menos conciencia —seguramente con menos, puesto que la cuestión no se hace objeto de especial análisis—, la doctrina a la que nos oponemos parece haber partido de la concepción jacobina de la representación política, según la cual se produce una identificación entre los gobernantes y el pueblo. En los términos de un texto revolucionario conocido⁴⁰, «la Convención, que ha sido

³⁹ KELSEN, págs. 72-3, todos los párrafos transcritos desde la nota 36 (las cursivas son mías). Sobre el tema de la influencia de los partidos en la democracia actual, veremos más adelante que KELSEN es un fervoroso partidario del «Estado de partidos» como condición imprescindible de la democracia actual. «La eliminación de la influencia de los partidos políticos en la ejecución de la Ley es perfectamente compatible con el más amplio reconocimiento de los partidos y la consagración jurídica de su existencia por la Constitución.»

⁴⁰ Citado por L. JAUNE, *Le discours jacobin et la démocratie*, París, 1989, pág. 131. Es, esencialmente, la misma concepción leninista para explicar «la dictadura del proletariado». Vid. T. KONDRATIEVA, *Bolcheviks et jacobins. Itinéraires des analogies*, París, 1989. La utilización del jacobinismo como fuente esencial en la formación del mito comunista, en el esplén-

creada por el pueblo, y el pueblo mismo no son más que uno», lo que justificaría el carácter absoluto del Gobierno revolucionario⁴¹.

Desde su origen teórico en Locke y desde sus primeras configuraciones positivas en las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la americana y la francesa, la concepción de la representación política es radicalmente diferente, porque su idea fuerza es la idea de la libertad. En los orígenes mismos de la democracia americana, Madison y Jefferson previnieron contra la perversión de la democracia en un «despotismo electivo»⁴², de modo que ha podido decirse que «el poder del pueblo se intentó no primariamente para hacer posible su voluntad política, sino para defenderse de la opresión»⁴³. El caso francés lo hemos explicado más detenidamente más atrás. La idea esencial es la de la libertad y de los derechos, como se expresará con toda nitidez en el documento revolucionario inaugural, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. He aquí cómo, sobre la base de la doctrina rousseauiana de la Ley, se va a creer posible articular el poder de todos con la libertad de todos a través de la idea mágica del «reino de la Ley», una Ley creada por todos y cuya función es articular entre sí las libertades de todos y garantizarlas de manera efectiva.

dido libro de F. FURET, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX siècle*, París, 1995, págs. 84 y ss.

⁴¹ Por eso, y paradójicamente, el mismo JAUNE (*Le discours*, págs. 350 y ss.) ha podido notar que la idea jacobina de la representación política está mucho más cerca de la concepción de HOBBS sobre un *pactum subjectionis* y de la mística de BOSSUET, sobre la unión del Rey con su pueblo, que de la estrictamente revolucionaria, contra las apariencias.

⁴² «The Federalist», núm. 48. Cfr. D. EPSTEIN, *The political theory of The Federalist*, University of Chicago Press, 1984, págs. 130 y ss.

⁴³ J. P. GREEN, *Values and society in revolutionary America*, en la obra colectiva *The Revolution, the Constitution and America's third century*, vol. I, University of Pennsylvania Press, Bicentennial Conference on the Constitution, Philadelphia, 1980, pág. 49.

Eso explica que la representación política se localizase precisamente en el Parlamento como fuente de la Ley, y no en el Ejecutivo. Este ejerce un simple *trust*, en los términos clásicos de Locke⁴⁴, una *autorité commise*, en la expresión de Carré de Malberg⁴⁵. Con ella ejercen un poder de gestión de lo que es, y sigue siendo, de todos. Por eso ellos son esencialmente responsables de su gestión, el pueblo (bajo cuya voluntad legal deben actuar) puede exigirles cuentas de su gestión, como a todo el que administra un patrimonio ajeno, responsabilidad que no alcanza, sin embargo, a los verdaderos «representantes», que como tales actúan *in loco et in ius* del pueblo entero. En la expresiva fórmula del mismo Carré de Malberg, «el acto ejecutivo no es nunca un acto legislativo, y debe ser, por el contrario, legal». Es la misma distinción de Rousseau entre «acto de soberanía», que es exclusivamente el de la Ley, la cual no puede ser más que general, y «acto de magistratura», que es siempre un acto singular de ejecución de la Ley⁴⁶.

Por eso no es cierto que la Administración y sus gestores puedan beneficiarse de la idea de representación política. En términos muy simples, uniéndose en esto, por una vez, a los ya expuestos conceptos de Kelsen, su gran antagonista, Carl Schmitt lo afirma con todo énfasis⁴⁷. Otros administrativistas lo hemos afirmado con reiteración⁴⁸.

⁴⁴ LOCKE, *Two Treatises of civil Government*, II, § 135, 136. Más adelante volveremos con algún detenimiento a esta idea del *trust*, con ocasión de nuestro análisis de un importante documento inglés reciente, el *Report NOLAN* de 1995.

⁴⁵ CARRÉ DE MALBERG, *La Loi*, pág. 21.

⁴⁶ ROUSSEAU, *Contrat social*, III, 1. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, pág. 298.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., reimpresión, s. d., Madrid, págs. 246 y ss. (aunque lo dice de la Administración en estricto sentido, excluyendo al Gobierno).

⁴⁸ ASÍ A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, trad. esp., Madrid, 1935, págs. 433 y ss. «La organización administrativa es tanto más

El aserto sigue valiendo para las demás Administraciones territoriales distintas del Estado, no obstante el carácter electivo (o semielectivo) de sus órganos superiores. Ya la primera Constitución revolucionaria francesa, la de 1791, tras afirmar que «ninguna parte del pueblo» puede atribuirse el ejercicio de la soberanía, que sólo corresponde a la nación (art. 1 del Tít. III), dispone con toda explicitud que «los administradores [locales] no tienen ningún carácter de representación. Son agentes elegidos temporalmente por el pueblo para ejercer... las funciones administrativas» (art. 2 de la Sección II del cap. IV), lo que más tarde se explicará con la doctrina del *pouvoir municipal*, de supuesta naturaleza cuasi privada y limitado a funciones de gestión de las propiedades públicas o comunes y a la policía municipal⁴⁹. La voluntad vecinal no puede ser

democrática cuanto mejor asegure la ejecución de la Ley, como forma suprema de expresión de la voluntad popular, debiendo calificarse de antidemocrática a una organización propicia a realizar en los actos administrativos la voluntad de los individuos frente a la voluntad general que se manifiesta en la Ley.» Permítaseme una autocita de un trabajo propio que tiene más de treinta años: «La Administración en cuanto organización no tiene ningún carácter representativo de la sociedad, a la que simplemente sirve» (*La Administración española. Estudios de ciencia administrativa*, Madrid, 1961, pág. 142 —en la edición del Libro de Bolsillo, Alianza, reimpresión, 1995, pág. 83). También en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., págs. 30-31: «La Administración no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad —que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad—, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso al servicio de la comunidad, a la que está ordenada. Así la Constitución al referirse a la Administración, además de subrayar su carácter servicial (art. 103.1: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”), extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada o sometida (art. 103.1: “con sometimiento pleno a la Ley y a Derecho”; art. 106.1: “Los Tribunales controlan la... legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”); no es retórica constitucional, es la esencia misma de esa realidad política.»

⁴⁹ Cfr. mi libro *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4.ª ed., Madrid, 1994. L. VANDELLI, *El poder local. Su origen en la Francia*

nunca una voluntad general, sino una simple «voluntad particular», sometida a aquélla. En fin, nuestra Constitución actual no asigna por ello a los municipios soberanía, sino un simple «autogobierno» (art. 140), a cuyo efecto les atribuye una «autonomía», que la propia Constitución garantiza. En el seno de esta autonomía (de grado puramente administrativo, por diferencia con la reconocida a las Comunidades Autónomas, que incluye la potestad de hacer verdaderas Leyes)⁵⁰, se produce un fenómeno representativo limitado a los efectos del autogobierno, no para instituir un poder supremo, autogobierno ordenado en el marco legal de los dos sistemas propiamente políticos, el estatal y el autonómico, que son los dueños de la Ley, y en cuyo seno el subsistema local se mueve.

Esa es la razón última de que el origen democrático de las autoridades administrativas o de algunas de ellas no pueda invocarse como un título privilegiado para pretender una interpretación propia de las Leyes y del Derecho ante la cual tuviese que ceder la objetiva que corresponde al juez en su función constitucional de control de la legalidad de los Reglamentos y de los actos de la Administración y de tutelar de manera efectiva los derechos e intereses de los ciudadanos.

VIII

Puede ser ahora la ocasión de reflexionar, al margen ya de categorías históricas o dogmáticas, sobre el hecho

revolucionaria y su futuro en la Europa de las Regiones, trad. esp., Madrid, 1992.

⁵⁰ En su primera Sentencia sobre control de constitucionalidad de las Leyes, la de 2 de febrero de 1981, el Tribunal Constitucional puso especial énfasis, a propósito de las Administraciones locales, en establecer que «la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía... es una parte del todo».

mismo de la democracia y sobre sus específicos valores como forma política. Dejamos de momento la perspectiva jurídica para atenernos al análisis social y político de la democracia como fórmula política que domina, virtualmente sin alternativas en este momento, todo el mundo contemporáneo. Nos importa este análisis para verificar si las conclusiones (provisionales) hasta ahora obtenidas pueden articularse razonablemente con la realidad que es la democracia y con los principios y valores que han hecho de ella la forma política ideal. Frente a las complejas clasificaciones de los regímenes políticos que introdujeron Platón y Aristóteles en el pensamiento occidental y que desde entonces han estado constantemente presentes en el pensamiento político, hoy resulta claro que no hay sino dos formas posibles de organizar el mando y la obediencia públicas, democracia y autocracia⁵¹. Acudiremos para el análisis que vamos a intentar a autoridades reconocidas, que den alguna seguridad a nuestros pasos.

La primera observación que quizás convenga destacar es que la democracia no es un simple procedimiento formal de designación de gobernantes. La idea de que el pueblo gobierne por sí mismo se expresa sobre todo, ha dicho Groethuysen⁵², en un principio que puede así enunciarse: nosotros nos sometemos todos a las Leyes que han sido adoptadas sobre la base de una decisión común de los miembros de la colectividad iguales en derechos. Pero la democracia tiene un componente liberal esencial. Aparte

⁵¹ Como ha dicho Kelsen, tras las Revoluciones burguesas de 1789 y 1848, «el ideal democrático ha pasado a ser casi una evidencia del pensamiento político». *La Démocratie*, cit., pág. 15. Toda esta obra básica, que ya hemos utilizado, se organiza sobre ese dualismo esencial. Lo hace explícito G. SARTORI, *Teoría de la democracia*, trad. esp. del original inglés, I, Madrid, 1987, págs. 21-2.

⁵² B. GROETHUYSEN, *Philosophie et Histoire*, trad. fr., París, 1995, en particular el trabajo incluido en este libro *Dialectique de la démocratie*, págs. 175 y ss.

del derecho a la participación en la formación de la voluntad general, el ciudadano no se somete enteramente a ésta, permanece como titular de derechos propios que constituyen otros tantos límites del poder. Libertad, igualdad de derechos y democracia resultan por ello indivisibles.

Alain Touraine en un excelente libro reciente, *Qu'est-ce que la démocratie?*, 1994⁵³, ha insistido en la necesidad de definir la democracia, «no como el triunfo de lo universal sobre los particularismos, sino como el conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política de reconocimiento del otro», citando a Charles Taylor. Por ello la soberanía popular conduce a la democracia «a condición de que dicha soberanía no sea triunfante, que permanezca un principio de oposición al poder establecido, sea éste cual sea. Así, en lugar de dar una legitimidad sin límite a un poder popular, la democracia introduce en la vida política el principio moral de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas» de poder ocupar algún día ese poder. «Sin esta presión social y moral, la democracia se transforma rápidamente en oligarquía, por la asociación del poder político con todas las otras formas de dominación social»⁵⁴, y aún añade: «La democracia no nace sólo del Estado de Derecho, sino de la apelación a principios éticos —libertad, justicia— en nombre de la mayoría sin poder y contra los intereses dominantes».

⁵³ París, Fayard, 1994, pág. 11, la primera cita siguiente. Podríamos invocar otra serie de libros actuales de análoga intención, como los de N. BOBBIO, *Il futuro de la democrazia. Le regole del gioco*, Turín, 1986; R. A. DAHL, *Poliarchy. Participation and opposition*, Nueva York, 1971, y *Dilemmas of pluralist democracy*, Nueva York, 1982. P. COARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, en el núm. 1 de la revista «Diritto Pubblico», abril 1995, págs. 123 y ss.

⁵⁴ TOURAINE, págs. 37-8.

Por ello la oposición al poder, la crítica del mismo —eventualmente, añadimos nosotros, la impugnación judicial de sus actos, para concretarnos al objeto de nuestro estudio—, lejos de suponer un obstáculo a la democracia se integra en su misma esencia. «La vida política está hecha de (la) oposición entre las decisiones políticas y jurídicas que favorecen a los grupos dominantes y la apelación a una moral social que defiende los intereses de los dominados o de las minorías..., porque contribuye así a la integración social. La democracia no se reduce jamás, por tanto, a procedimientos e incluso a instituciones; es la fuerza social política que se esfuerza en transformar el Estado de Derecho en un sentido que corresponde al interés de los dominados, mientras que el formalismo jurídico y político lo utiliza en un sentido opuesto, oligárquico, cerrando el camino del poder político a las demandas sociales que ponen en peligro el poder de los grupos dirigentes»⁵⁵.

Por ello, «la idea democrática ha sufrido una transformación tan profunda que se ha invertido: de afirmar la correspondencia de la voluntad individual y de la voluntad general, es decir, del Estado, defiende hoy la posición contraria y busca proteger las libertades de los individuos y de los grupos contra la omnipotencia del Estado»⁵⁶.

En definitiva, «la democracia es el régimen que reconoce a los individuos y a las colectividades como sujetos, es decir, que les protege y les anima en su voluntad de «vivir su vida», de dar una unidad y un sentido a su experiencia de vivir. De modo que lo que limita el poder no es sólo un conjunto de reglas de procedimiento, sino la voluntad positiva de acrecer la libertad de cada uno. La democracia

⁵⁵ TOURAINE, pág. 38. Por ello, «imaginar que el pueblo sea un soberano que reemplaza al rey no es avanzar mucho sobre la vía de la democracia».

⁵⁶ TOURAINE, págs. 60-1.

es la subordinación de la organización social, y del poder político en particular, a un objetivo que no es social, sino moral: la liberación de cada uno»⁵⁷.

«Nuestro siglo —sigue diciendo Touraine— nos ha obligado a reconocer que la forma del poder político es más importante aun que la organización social de la producción y que una acción que pretende la liberación de los trabajadores puede encerrar a toda la población, incluyendo a los trabajadores mismos, en una nueva esclavitud, si no se fundase sobre la libertad política»⁵⁸. Esta afirmación, derechamente dirigida contra la experiencia marxista, es el paso para sostener que nuestra «última utopía» es, sin alternativa, la de la libertad, que es el nervio de la democracia. «Más aún que en la creación de una sociedad política justa o en la abolición de todas las formas de dominación y de explotación, el objetivo principal de la democracia debe ser permitir a los individuos, a los grupos y a las colectividades llegar a ser sujetos libres, productores de su historia, capaces de unir en su acción el universalismo de la razón y la particularidad de una identidad personal y colectiva. Frente a todas las formas de lo que Alessandro Pizzorno llama la política absoluta, es necesario dar la prioridad al derecho de cada ser humano de afirmar su libertad a través de una experiencia propia y contra las relaciones de dominación particular».

Esta conclusión es muy importante y explica por qué, como dice el mismo Touraine, «la historia de la libertad en el mundo moderno es la de una asociación cada vez más estrecha entre el universalismo de los derechos de los seres humanos y la particularidad de las situaciones y de las relaciones sociales en las cuales esos derechos deben ser defendidos. Asociación que no puede ser realizada más que

⁵⁷ TOURAINE, pág. 262.

⁵⁸ TOURAINE, pág. 263, así como el texto siguiente que se transcribe.

por los actores mismos y no a través del sueño de una sociedad ideal... Todo pensamiento democrático busca dar ventaja al bajo sobre el alto, a la mayoría del pueblo sobre las élites dominantes... el papel principal en la construcción de la democracia debe ser juzgado por los actores sociales mismos, y no por vanguardias o por *senior pars*»⁵⁹.

Todo esto, que en realidad forma parte del mundo de creencias generales en las sociedades occidentales, aunque haya recibido en Touraine una expresión lúcida, podría ser fácilmente glosado y alargado. No es nuestro propósito hacerlo, y nos parece que, a nuestros efectos, podemos quedarnos ahí. Subrayaremos sólo que, en relación con nuestro tema, esa idea de la democracia resulta capital. No es cierto que las impugnaciones de los ciudadanos a las decisiones de los gobernantes deban ser vistas con cualquier desconfianza, sino que resulta que se insertan en el corazón mismo de la idea democrática. No es cierto que las decisiones de estos gobernantes expresen, por virtud de su origen democrático, ninguna verdad sostenida por su carácter de representantes del pueblo; ni siquiera es cierto que sus decisiones, aunque deban buscar el interés general, tengan más valor que el criterio disperso de los ciudadanos, apoyados en sus respectivas situaciones de libertad, que es el valor central de la democracia. Conviene recordar que, a través de los recursos contencioso-administrativos, los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la Ley y no a las ocurrencias de los administradores. Son, pues, los derechos fundamentales de los ciudadanos los verdaderos «fundamentos del orden político y de la paz social», como precisa el artículo 10.1 de nuestra Constitución, los que como tales (entre los cuales el del art. 24.1) debe tratar el juez, sin que a éste corresponda

⁵⁹ TOURAINE, pág. 264.

primar sistemáticamente a las decisiones de los administradores simplemente por el hecho de su posición formal. El sistema de recursos y de eventuales Sentencias estimatorias de los mismos, lejos de desintegrar el cuerpo social, de poner en riesgo la cosa pública, contribuye decisivamente al proceso de integración social, porque se apoyan en el valor básico de la libertad, afirma su vigencia social efectiva, profundiza así la fluidez y la consistencia del tejido social; por otra parte, hace inmediatamente visible y operativo, pasándolo de la esfera de los principios abstractos a la de las realidades concretas, el principio básico del sistema de que sólo la Ley es superior al ciudadano, acendrando así la solidez del sistema mismo.

La justicia administrativa, y su progresivo desarrollo y afinamiento, es así democracia en acto, todo lo contrario de lo que en algún momento haya podido pensarse. Por ello esa justicia, como ya sabemos, es un fruto de la democracia misma, que encuentra en ella uno de sus más adecuados componentes.

IX

Aun estando claro lo anterior, quizás convenga reparar sumariamente sus conclusiones a la luz del excelente libro de Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*⁶⁰, uno de los primeros en la bibliografía universal sobre el tema. Hoy la democracia es «el nombre de una civilización, o mejor, del producto final (hasta la fecha) de la civilización occidental»⁶¹; «por vez primera en la historia del mundo no

⁶⁰ G. SARTORI, *Teoría de la democracia* (ed. original en inglés de 1987: *Theory of Democracy revisited*), ya citada, Alianza, 2 vols., Madrid, 1988. Hay una edición italiana compendiada posterior: *Democrazia. Cosa é*, Milán, Rizzoli, 1993.

⁶¹ SARTORI, pág. 21.

se postulan doctrinas como antidemocráticas»⁶², de modo que «democracia ha llegado a ser una palabra universalmente honorable».

«El elemento caracterizador de una democracia social es que no sólo actúa a nivel social, sino, aún más, su espontaneidad, su naturaleza endógena»⁶³. De modo que no cabe reconocer el supuesto «derecho absoluto de la mayoría de imponer su voluntad sobre la minoría», pues esto irá «a la larga en contra del mismo principio que ensalza»⁶⁴. «El futuro democrático de una democracia depende de la convertibilidad de mayorías en minorías y, a la inversa, de minorías en mayorías»; «consecuentemente, el principio de la mayoría relativa resulta ser el principio de la democracia que funciona democráticamente»⁶⁵.

Hoy el pueblo es cada vez menos una comunidad orgánica para ser una sociedad de individuos agregados, una «sociedad de masas»⁶⁶, en la que el abrigo del grupo primario («las sociedades comunales» tradicionales) ha desaparecido de nuestras vidas y ha de buscarse el ajuste a entornos siempre y rápidamente cambiantes, con el riesgo permanente de la alienación y la anomia⁶⁷.

La democracia tampoco es pura y simplemente «el gobierno de la mayoría». A decir verdad, «el gobierno de la

⁶² SARTORI, págs. 21-22 (y esto se escribe antes aun del desplome general del régimen comunista en Rusia y sus satélites).

⁶³ SARTORI, pág. 29.

⁶⁴ SARTORI, pág. 45.

⁶⁵ SARTORI, pág. 46.

⁶⁶ No una *Gemeinschaft*, sino una *Gesellschaft*, según la conocida dicotomía que formuló TÖNNIES a fines del siglo XIX (como observa SARTORI, pág. 47); el nombre de «sociedad de masas» procede, en buena parte, de ORTEGA —a quién también se refiere, críticamente, SARTORI, pág. 49.

⁶⁷ SARTORI, págs. 48 y ss. Las viejas comunidades homogéneas y orgánicas, que todos los nacionalismos (y quizás especialmente los micronacionalismos) consideran el paraíso perdido, están virtualmente vencidas de hecho en todos los niveles, y especialmente en el territorial, aunque pueda ser lamentable para muchos.

mayoría es sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría *limitada*, que respeta los derechos de la minoría»⁶⁸. «¿De qué modelo se trata? No estoy seguro. Pero de lo que sí estoy seguro es de que la democracia *no es* el gobierno mayoritario *incondicional* (y, por tanto, sin límite)»⁶⁹. No es ésta ninguna posición desiderativa o ideal; se apoya en el hecho de que «el ciudadano de una democracia representativa no pierde su libertad... en el instante en que vota, precisamente porque puede decidir en cualquier momento cambiar su lealtad de la opinión mayoritaria a la minoritaria. El fundamento de la democracia y el hecho de que la democracia se mantenga como un régimen abierto, autodirigido, está precisamente en que se le permita cambiar de opinión. La libertad de cada uno es también la libertad de todos... El mantenimiento de la democracia como un proceso en marcha exige de nosotros asegurar que todos los ciudadanos (mayoría *plus* minoría) ostenten los derechos requeridos por el método a través del cual la democracia opera»⁷⁰.

Las sociedades que no son conflictivas han de ser consensuales; en vez del principio *homo homini lupus*, rige en estas sociedades el principio *homo hominis socius*. El consenso implica aceptación de las reglas fundamentales (la libertad y la igualdad, en nuestro mundo) y de las reglas del juego o procedimentales, antes que un acuerdo sobre gobiernos o políticas gubernamentales determinadas⁷¹. Entre las reglas del juego, que constituyen el segundo nivel de consenso, hay «una regla de extraordinaria importancia que debe preceder a las restantes: la regla que determina *cómo deben resolverse los conflictos*. Si una sociedad política no comparte una norma de solución de conflictos, en-

trará en pugna en cada conflicto, y esto es la guerra civil, o facilita el camino hacia la guerra civil»⁷². «Una democracia (que) carece de norma para procesar los conflictos internos, apenas puede comenzar a funcionar como una democracia. Resulta claro, por tanto, que el consenso procedimental y concretamente el consenso sobre la regla de solución de los conflictos, es la condición *sine qua non* de la democracia»⁷³.

Podríamos seguir la selección y glosa de textos sobre las particularidades generales de la democracia social, pero nos parece que con los aportados hay ya suficientes elementos de juicio. En ningún caso la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecúa exactamente al carácter abierto de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos. Naturalmente que sobre ese fondo general se superponen los valores propios del sistema jurídico, apoyado en la técnica del reino de la Ley, norma común para gobernantes y gobernados, que aquéllos no pueden pretender en ningún caso poder interpretar de forma prevalente a la interpretación en que éstos intenten apoyar sus propios derechos e intereses.

X

Si en lo anterior puede concluirse la relación esencial entre los dos conceptos generales de democracia y liber-

⁶⁸ SARTORI, pág. 55. Cursiva del original.

⁶⁹ SARTORI, pág. 56. Cursiva del original.

⁷⁰ SARTORI, pág. 58.

⁷¹ SARTORI, págs. 121 y ss.

⁷² SARTORI, pág. 123. Cursiva del original.

⁷³ SARTORI, pág. 124.

tad, con su derivación hacia la libertad de discrepar de las decisiones mayoritarias, parece oportuno detenerse un momento sobre las circunstancias particulares que para el funcionamiento efectivo de la democracia presenta el momento actual en todo Occidente.

Nos referiremos en concreto a dos de esas circunstancias: el «Estado de partidos» o la partitocracia y la corrupción, fenómenos extendidos, con mayor o menor intensidad, en todos los países democráticos.

Sobre la partitocracia (fórmula italiana) o Estado de partidos (fórmula alemana, que, por cierto, como veremos, ha hecho suya nuestro Tribunal Constitucional) la atención es ya general. Fue también Kelsen quien forjó tempranamente la fórmula «Estado de Partidos» (*Parteienstaat*). Calificando a los partidos como «uno de los elementos más importantes de la democracia real»⁷⁴, de modo que, a su juicio, «la democracia moderna reposa enteramente sobre los partidos»⁷⁵, afirma con todo énfasis que «la democracia es, pues, necesaria e inevitablemente, un Estado de partidos»⁷⁶.

⁷⁴ KELSEN, *La Démocratie*, pág. 28.

⁷⁵ KELSEN, pág. 29. «Es ilusión o hipocresía sostener que la democracia es posible sin partidos políticos. Pues es completamente claro que el individuo aislado no puede adquirir ninguna influencia real sobre la formación de la voluntad general, de modo que no tiene, desde el punto de vista político, existencia verdadera. La democracia no puede, en consecuencia, existir seriamente más que si los individuos se agrupan según sus fines y afinidades políticas, es decir, si entre el individuo y el Estado se insertan esas formaciones colectivas cada una de las cuales representa una orientación común a sus miembros, un partido político.»

⁷⁶ «La tesis, hoy aún muy extendida, de que hay una incompatibilidad esencial entre partidos políticos y Estados... no es en verdad más que un ideal antidemocrático.» Este aserto fue espectacularmente confirmado por los hechos posteriores al libro de KELSEN (1929), que a partir de una crítica al parlamentarismo y al régimen de partidos, concluyó en los años treinta con fórmulas como las de «partido único», de «representación orgánica», esto es, finalmente, en el fascismo: *tertium non datur*. La afirmación de KELSEN sigue siendo plenamente válida hoy y pocos mejor situados para com-

De ahí viene el hecho de que «en la democracia desarrollada un análisis de la clase política tiene que situar a los partidos en el centro del estudio... una teoría de la clase política a la altura de la época tiene que ocuparse sobre todo de la acción exterior de la organización del partido; la “colonización” del Estado y la sociedad por los partidos pasa a primer plano»⁷⁷. En términos muy simples, y como explicó tempranamente G. Leibholz⁷⁸, ese paso a primer término de los partidos resulta inevitable en el moderno Estado y por sí solo ha alterado la tradicional y abstracta visión de la representación política. Nuestra Constitución, bajo la inspiración de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 21, declara en su artículo 6 que «los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Los inconvenientes de los partidos políticos, que no son pocos, no llegan, sin embargo, a permitir prescindir de su inter-

prenderlo que quienes nos ha tocado vivir la supuesta alternativa. Recientemente un teórico del franquismo, confirmando el aserto de KELSEN, acaba de aducir, al hilo de sus memorias, la partitocracia como objeción central contra la democracia y propone sustituir ésta por un sistema de «cooptación» de los políticos; no parece haberse parado a pensar que tal sistema requeriría inmediatamente la coacción sobre el pueblo para poder mantenerse, esto es, la supresión indefectible de la libertad; lo que se está proponiendo, pues, es un retorno a la autocracia, con toda simplicidad. En Francia el *Front National*, único partido europeo con representación parlamentaria que exhibe idearios fascistas, apoya toda su crítica al sistema en los vicios de la partitocracia y la corrupción, bajo el lema común *tous pourris*. Se intenta reproducir así la reacción de los años veinte y treinta contra los partidos y, derivativamente, contra la democracia.

⁷⁷ Klaus von BEYME, *La clase política en el Estado de partidos*, 1993, trad. esp., Madrid, Alianza, 1995, pág. 41. *Vid. infra* en el texto sobre esa «colonización» aquí aludida.

⁷⁸ En el capítulo IV de su obra básica *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 1.ª ed., 1927; 3.ª ed., 1966. Cfr. J. HECKER, *Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz in der wissenschaftlichen Diskussion*, en la revista «Der Staat», 1995, págs. 287 y ss.

mediación en las actuales sociedades occidentales, no susceptibles de ser gobernadas por una democracia directa ⁷⁹. Por ello, el artículo 6 de la Constitución, al elevar al rango supremo su existencia, ha acertado plenamente.

Es notable que este paso a primer término de los partidos haya coincidido con una cierta «desideologización» de los mismos, que ha implicado «la erosión del partido como comunidad de militantes conjurados», así como la reducción del «sentimiento subjetivo de identificación de los electores con sus partidos» ⁸⁰, implicando una cierta relativización de sus programas. Pero ello ha supuesto, paralelamente, y en cierto modo paradójicamente, un reforzamiento extraordinario de su papel en el desarrollo político y en la formación de la voluntad de las diversas organizaciones públicas, aunque algunos vislumbren una posible decadencia final de los partidos, al menos en su forma actual ⁸¹.

Ahora bien, más que en sí mismo, como fenómeno social y político, el tema de la partitocracia interesa a nuestros fines en cuanto ha supuesto en todo Occidente una relación nueva entre la sociedad y el Estado. Von Beyme ha ordenado esa relación con dos conceptos simples: la «colonización» de la sociedad por el Estado de partidos y la «colonización» inversa, de la sociedad sobre el Estado, que sería el fenómeno de la corrupción ⁸².

⁷⁹ Con su debilidad por las formulaciones abstractas, los alemanes hablan de que los partidos son *Daseinbedingung*, condición de existencia, del constitucionalismo; solo ellos, precisamente, garantizan en concreto las libertades de asociación, de reunión, de opinión, de prensa, sin las cuales, sencillamente, no hay democracia. R. GRAWERT, en el *Handbuch des Staats Rechts*, de ISENSEE y KIRCHHOF (dir.), Band-I, *Grundlagen vom Staat und Verfassung*, Heidelberg, 1987, pág. 168.

⁸⁰ VON BEYME, págs. 46-47.

⁸¹ VON BEYME, págs. 54 y ss.; págs. 58 y ss. sobre fórmulas de posible mejora de su función.

⁸² VON BEYME, págs. 60 y ss.

La primera de esas colonizaciones se expresa en un inesperado reforzamiento actual del clientelismo (o «nepotismo político», en expresión inglesa), especialmente a través de la tendencia de los partidos dominantes a penetrar todos los ámbitos de la vida estatal y social. Aunque esta tendencia sea objeto de las críticas más severas, críticas que hago sustancialmente más, es un hecho que en todos los países continentales europeos se ha extendido, sea cual sea el signo de los partidos en el poder ⁸³. En España conocemos por experiencia común el mismo fenómeno, apreciable no sólo en el ámbito estatal sino también (y quizás especialmente) en el autonómico y el municipal. Los partidos dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza, no sólo en los centros políticos relevantes, que ha sido una tradición en el sistema de partidos, sino en los sucesivos niveles de la Administración, hasta haberse consolidado una verdadera regresión de la independencia, neutralidad y objetividad de los funcionarios, hoy gobernados en buena parte más que por la regla constitucional del «mérito y la capacidad» (art. 23), por el criterio de la «confianza» política ⁸⁴, desde el ingreso a la provisión de

⁸³ Véase VON BEYME, págs. 61 y ss., con datos muy precisos sobre Alemania, especialmente, y ello tanto con predominio de los socialdemócratas como de la democracia cristiana y los liberales. Sobre Francia, *vid.* Y. MÉNY, *La corruption de la République*, París, 1992, y referencias. Sobre Italia, donde ha imperado durante lustros el reparto del poder, tanto político como social, entre los partidos por «parcelas» (*lotizzazione*) en proporción a su respectiva fuerza electoral, *vid.* P. della SETA y E. SALZANO, *L'Italia a sacco*, Roma, 1993. Sobre Inglaterra hablo luego más despacio con ocasión del análisis del *Report NOLAN*, de mayo de 1995, sobre el tema. Sobre España falta, salvo error mío, un estudio de análisis político y social hecho objetiva y sistemáticamente, pero se acepta normalmente como una obviedad en la opinión y en la prensa que el desarrollo de esta tendencia ha sido espectacular. Con información con capítulos por países, incluido España, la obra colectiva dirigida por D. DELLA PORTA e Y. MÉNY, *Démocratie et corruption en Europe*, París, 1995.

⁸⁴ L. MORELL, *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Madrid, Civitas, 1994, importante. En Alemania se ha iniciado por ello una «ciencia politológica de la Administración», «mezcla de política de

cargos y a la promoción de carrera. La duplicación de la burocracia profesional por una burocracia paralela, bien sometida a la legislación laboral, bien a la pura discreción política (asesores, consejeros, gabinetes), con frecuencia con competencias alternativas y sustituibles, es una expresión manifiesta del mismo fenómeno. Simultáneamente, el régimen y carrera de los funcionarios profesionales está hoy, en algunas de sus condiciones esenciales, entregado a la pura discreción política, en mengua manifiesta de su independencia e imparcialidad⁸⁵. Tampoco es infrecuente la utilización partidaria de los funcionarios (un ejemplo notable puede ser la comparecencia del Abogado del Estado en procesos penales contra políticos, en los que no siempre parecen limitarse a defender los derechos de la Hacienda Pública, que es lo que corresponde estrictamente a su oficio).

Por otra parte, está todo el amplio mundo de los organismos públicos, en particular de los exentos del régimen jurídico-público, como las empresas públicas o semipúblicas, Cajas de Ahorros, etc.⁸⁶. La tendencia no se para ahí, donde existe alguna titularidad pública, sino que intenta extenderse a organizaciones sociales (Cámaras Oficiales, organizaciones de consumidores, asociaciones, fundaciones, etc.), a los medios de comunicación, muy especialmen-

partido y de Administración». VON BEYME, págs. 67-8. Para Italia Sabino CASESE, *Magioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia*, Milán, Garzanti, 1995, y en particular el estudio «Il potere amministrativo e il sistema delle spoglie», págs. 74 y ss.

⁸⁵ Recientemente I. MARTÍNEZ DE PISÓN no ha dudado en hablar de *El ocaso de la función pública española: La reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993*, «Cuadernos Civitas», Madrid, 1995, y allí más referencias.

⁸⁶ Cfr. el apartado que dedica a este tema VON BEYME, págs. 76 y ss. Luego hablaremos sobre el caso inglés a través del importante documento oficial que es el Informe NOLAN. Vid. la obra colectiva dirigida por Donatella DELLA PORTA e Yves MÉNY, *Démocratie et corruption en Europe*, ya citada, con capítulos por países y una cumplida bibliografía.

te, a los públicos, grandes complejos industriales y financieros. Aún es claramente perceptible la misma tendencia respecto de órganos constitucionales o paraconstitucionales configurados en vista de una independencia sustancial (medios públicos de comunicación⁸⁷, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional), con la tendencia, no amparada ciertamente en la Constitución⁸⁸, de imponer en su composición el sistema de cuotas de partidos.

⁸⁷ Señaladamente radios y televisiones públicas, tanto estatales como de Comunidades Autónomas. El artículo 20.3 de la Constitución, al hablar de «los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público» habla de «garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad». En la práctica esto se ha entendido como un reparto de los órganos gestores por cuotas de partidos, con abierto predominio del mayoritario, que lo convierte resueltamente en instrumento propio para su propaganda. Esto es una interpretación no admisible de la Constitución, que no se puede imaginar que equipare pluralismo social a pluralidad de partidos. Cfr. mi Prólogo a E. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, pág. 8.

⁸⁸ El Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 108/1986, de 29 de julio, al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (que sustituyó el sistema de designación mayoritaria del Consejo General del Poder Judicial por las Asociaciones profesionales de jueces y magistrados, sistema que la propia Sentencia reconoce que era el que los constituyentes intentaron plasmar en el artículo 122 de la Constitución, por el de designación total por las Cámaras), declara expresamente que existe el riesgo de que «las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olviden el objetivo perseguido [de reflejar el pluralismo social existente] y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyan los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. *La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género... la existencia y aun la probabilidad de ese riesgo... hace posible una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional*», lo cual hace aconsejable, concluye la Sentencia, la sustitución del sistema de la Ley Orgánica (Fundamento jurídico 13; la cursiva es mía). Pero este «consejo» o exhortación a la modificación de la Ley enjuiciada (que el Tribunal Constitucional toma del arsenal técnico de la justicia constitucional alemana: «Sentencias exhortatorias»), no se llevó al fallo y ni el Gobierno ni las Cortes se sintieron vinculados por el «consejo», siguiendo, pues, arbitrariamente, «la lógica del Estado de partidos», como temía el Tribunal Constitucional.

Pero si esa situación ha puesto de relieve que para tratar en sus términos actuales y realistas el tema de la representación del pueblo por la clase gobernante no puede ignorarse esa situación delicada y frágil de la partidocracia, la segunda circunstancia que hace esa toma en cuenta especialmente imprescindible es la siguiente de las «colonizaciones» que vimos que tipificaba Von Beyme, la colonización del Estado por la sociedad, la extensión inesperada y grave en todas las democracias en nuestro tiempo del fenómeno de la corrupción política.

La corrupción es un fenómeno que viene de lejos; Séneca escribió ya hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos⁸⁹. Un Informe reciente de una *Royal Commission* inglesa, el Comité Nolan, «sobre los standards de conducta en la vida pública», Informe sobre el que nos detendremos más adelante, expresaba la misma convicción en términos más actuales: «La debilidad humana estará siempre presente entre nosotros; siempre pueden cometerse errores; y el corrupto buscará siempre nuevas vías para jugar con el sistema»⁹⁰. Pero es un hecho que, sin duda, la corrupción ha cobrado nuevos aspectos en nuestro tiempo y una penetración bastante más extensa⁹¹, en buena parte en virtud precisamente del sis-

⁸⁹ Cit. por M. D'ALBERTI, *Corruzione «sogettiva» et «ogettiva»*, en el volumen dirigido por el mismo autor y por FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, pág. 13. Desde una posición aún más amplia, la antropológica, que incluye el caso de las «sociedades primitivas» («infectadas de corrupción», pág. 9) a las asiáticas y del tercer mundo actuales, J. L. ROCCA, *La Corruption*, París, 1993.

⁹⁰ *Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life*, vol. I, Report, 1995, pág. 83. Este informe fue encargado por el Primer Ministro, según lo comunicó a la Cámara de los Comunes, el 25 de octubre de 1994. El Comité, que fue presidido por Lord NOLAN, un juez, realizó una amplia encuesta pública (cuyos materiales se recogen en el vol. II) y rindió su informe en mayo de 1995. Londres, HMSO, Cm 2850. De este importante documento nos ocuparemos más despacio más adelante.

⁹¹ Véase la introducción de los dos editores (DELLA PORTA y MÉNY) a la obra colectiva ya citada, *Démocratie et corruption en Europe*, págs. 9 y

tema de Estado de partidos. Incluso se ha pretendido que en ciertas situaciones de conflicto social, como las que presenta la ciudad de Chicago —observaron los politólogos americanos— *some corruption is inevitable*⁹². La financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales está, frecuentemente, en los orígenes del surgimiento de prácticas corruptas, las cuales se extienden inmediatamente por sí mismas hacia posiciones individuales. No obstante la reacción social cada vez más fuerte contra estas prácticas corruptas (algunas de las cuales, como en el tercer mundo y en más de un país latinoamericano, han llegado a producir la ruina, sin paliativos, de las respectivas economías nacionales), los politólogos y analistas sociales, lejos de prever su control y paulatina desaparición, hablan de que «la corrupción se incrementará en el futuro»⁹³, facilitada por la mundialización de la economía y el desarrollo tecnológico⁹⁴.

La literatura sobre la corrupción como excrescencia inesperada de la democracia es muy extensa, y no tendría sentido intentar reseñarla⁹⁵. Se puede muy bien dar por

ss. «Una presunción general de no corrupción tendía a ocultar el problema por su negación: la corrupción sería inexistente o marginal... Durante los años ochenta este panorama va a modificarse completamente. Una toma de conciencia nueva de los problemas de la corrupción emerge en numerosos países en Europa, pero también en Asia, en Africa, en los antiguos países socialistas... Los sondeos manifiestan la progresión de la desconfianza hacia los partidos y los hombres políticos... En numerosos países considerados como democráticos..., no aparece ya como un problema marginal en su dimensión y excepcional en su presencia, sino como un fenómeno endémico, una especie de meta-sistema tan efectivo, incluso más, que los aparatos oficiales sobre los cuales se ha implantado y de los que se alimenta... Es el descubrimiento de un «imperfecto democrático» (págs. 10, 12 y 13).

⁹² BANFIELD, *Political influence*, Nueva York, 1961, pág. 257, VON BEYME, pág. 91. DELLA PORTA y MÉNY, *Démocratie et corruption*, cit., pág. 10 (como «aceite necesario para hacer andar ruedas rígidas u oxidadas»).

⁹³ VON BEYME, págs. 94 y ss.

⁹⁴ VON BEYME, págs. 94 y 97.

⁹⁵ Cfr. A. J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, V. LE VINE (ed.), *Political Corruption. A Handbook*, New Brunswick - Oxford, 1989. A. DOIG,

supuesta, sobre todo desde los fines que son los nuestros.

No parece necesario insistir sobre la perversión del sistema democrático en un orden político que alimenta, o que soporta, o que sufre, un sistema extenso de corrupción de los agentes públicos, sistema que se encuentra más frecuentemente en los niveles altos y medios de la clase política que en la estrictamente burocrática. Como ha notado d'Alberti, a la corrupción subjetiva, hecha de comportamientos moral y penalmente ilícitos de las personas, se une una corrupción «objetiva», que desfuncionaliza una gran parte de la estructura política e institucional⁹⁶. Esta situación es, sin duda, lamentable y todo esfuerzo por corregirla en sus vicios será poco; pero es la sociedad en la que nos ha tocado vivir.

XI

Acaba de producirse en Gran Bretaña un importante documento oficial, el ya citado Informe Nolan, elevado al Parlamento el 16 de mayo de 1995, que se enfrenta por vez

Corruption and misconduct in contemporary british politics, Londres, 1984. G. R. SEARLE, *Corruption in british politics, 1985-1930*, Oxford, 1987. Sobre Inglaterra, especialmente, el *Report NOLAN*, de 1995, al que inmediatamente nos referiremos. J. BELLERS, *Politische Korruption. Vergleichende Untersuchungen*, Münster, 1989. Y. MÉNY, *La corruption de la République*, 1992, ya cit., y el libro dirigido por él y por DELLA PORTA, *Démocratie et Corruption en Europe*, 1995, ya citados. G. GAETNER, «L'argent facile». *Dictionnaire de la corruption en France*, París, 1992. F. CAZZOLA, *Della corruzione. Fisiologia et patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988. G. SAPELLI, *Cleptocrazia. Il «mecanismo unico» della corruzione tra economia e politica*, Milán, 1994. M. D'ALBERTI y R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, 1994, ya cit. En español, fuera de obras periodísticas de denuncia, el breve pero luminoso trabajo del juez A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991. Incluso existe una revista especializada, la inglesa-americana «Corruption and Reform», cuyo tomo 7 es de 1992-1993, según mis noticias. En todas estas obras se encontrará mucha más abundante bibliografía.

⁹⁶ En el volumen *Corruzione e sistema istituzionale*, págs. 13 y ss.

primera de una manera sistemática y resuelta con esos dos fenómenos de la democracia actual que son la partidocracia y la corrupción política. Este Informe, «sobre los standards de conducta en la vida pública»⁹⁷, está llamado a marcar un hito en el sistema político y administrativo británico, como ha ocurrido a lo largo de su evolución con otros informes señeros de las *Royal Commissions*⁹⁸, así como a tener un valor referencial de primer orden para todas las democracias europeas. Vamos a detenernos un momento sobre los principios y criterios de este documento porque nos parece que expresan por sí solos, con el sabor inconfundible de la realidad, mucho más que cualquier reflexión abstracta sobre la necesidad de responder con resolución a los retos que a la democracia contemporánea plantean sus específicos problemas patológicos actuales.

El Informe Nolan intenta responder a la «gran ansiedad» pública despertada por el tema de la conducta en la vida política y administrativa. El motivo inmediato parece

⁹⁷ Cfr. *supra* nota 90. Es de notar que, siguiendo las propias sugerencias del Informe respecto a la necesidad de transparencia y publicidad, se ha editado un *Summary of the Nolan Committee's First Report on Standards in Public Life* que resume en unas páginas los criterios y recomendaciones del Informe y que se ha repartido profusamente entre todos los niveles políticos, administrativos, funcionariales, sociales, de comunicación, etc., lo que creo que es la primera vez que se hace con un documento de esta clase. En el texto explicamos las razones de esta amplísima difusión.

⁹⁸ Sobre el sistema de las *Royal Commissions*, que como formaciones independientes, aunque con representaciones en su seno (minoritarias) de los partidos, y bajo la autoridad general del Parlamento, efectúa un estudio objetivo de un problema determinado y propone, sobre esa base, recomendaciones determinadas para afrontarlo, recomendaciones que suelen ser aceptadas por todas las fuerzas parlamentarias, *vid.* las referencias de mi libro *La Administración española*, Madrid, reimpresión 1995, Alianza Editorial, pág. 136 y el libro, ya antiguo, que allí cito, VERNON y MANSERGH, *Advisory bodies A study of their uses in relation to Central Government*, Londres, 1940. M. SCOTFORD ARCHER, *Grande-Bretagne* en la obra colectiva dirigida por G. LANGROD, *La consultation dans l'Administration contemporaine*, París, 1972, págs. 754 y ss. T. J. CARTWRIGHT, *Royal Commissions and Departmental Communities in Britain*, Londres, 1975.

haber sido la denuncia prolongada en los medios de comunicación de escándalos, corrupciones y abusos por parte de la clase política (una situación no muy distinta, por cierto, de la que viene siendo habitual últimamente en nuestra patria)⁹⁹. El Comité Nolan concluye que, sin perjuicio de que la impresión dada por los medios pueda resultar sesgada, no procede, en modo alguno, adoptar ninguna medida restrictiva de su libertad informativa y de investigación, que constituye un factor esencial de la vida democrática¹⁰⁰.

⁹⁹ «El interés del público sobre la conducta de los actores de la vida pública se ha incrementado, ciertamente, en los años últimos», en parte porque «las exigencias del público respecto de la conducta de quienes ejercen titularidades públicas es ahora más alta», y también por la visible intensificación del interés de los medios sobre estos temas. Pág. 15 del *Report*. El Apéndice 1 del Informe hace un breve resumen histórico desde principios de este siglo sobre los casos de *misconduct* y la opinión pública; cita escándalos concretos (MARCONI, POULSON, BELCHER) y concluye que una buena parte de la ciudadanía estima que se ha creado «una atmósfera difusa de “ligereza” en la cual las conductas irregulares en materia sexual, financiera y política están vinculadas y mezcladas», citando diferentes opiniones y encuestas. *Vid.* la colaboración de Andrew ADONIS, *Grande-Bretagne: La vertu civique à l'épreuve*, en la obra colectiva ya citada de DELLA PORTA y MÉNY, *Démocratie et corruption*, págs. 101 y ss. (artículo, por cierto, de un angelismo ingenuo: cita, y parece que cree, la frase de Michael PORTILLO, uno de los líderes del ala derecha del Partido Conservador, y eventual sucesor de MAJOR, que opondría «integridad británica» a «corrupción extranjera»; no es ese el punto de vista del Comité NOLAN, por cierto, según veremos).

¹⁰⁰ Merece la pena recoger literalmente las conclusiones de la Comisión sobre la posible oportunidad, que algunos habían propugnado, de establecer algún límite a las informaciones y denuncias en los medios de comunicación, págs. 15-16: «La prensa puede tener la tendencia a dedicarse a esas cuestiones “ligeras” o estimular su publicación, pero generalmente publica lo que cree que son los hechos y lo que puede resistir un proceso si lo que dicen fuese falso o difamatorio. Una prensa libre, que usa técnicas correctas de periodismo de investigación, es un instrumento indispensable de nuestra democracia. Hubiéramos preferido un mayor reconocimiento de los medios de que una aplastante mayoría de los gestores públicos trabajan seriamente y tienen altos niveles de conducta. Hubiéramos preferido más reconocimiento del valor de nuestros mecanismos democráticos y sobre los riesgos de socavarlos. Hubiéramos preferido que la prensa se concentrara menos sobre la conducta sexual privada. Pero no sostenemos que los medios puedan ser reprobados por exponer casos genuinos de conducta incorrecta.

Pero la «ansiedad» pública sobre el nivel ético de la vida política existe y debe atenderse. «La erosión de la confianza pública en los titulares de los oficios públicos es una cuestión muy seria. Uno de los objetivos de este Informe es reconstruir esa confianza pública. El otro es intentar restaurar alguna claridad y criterios sobre la indeterminación moral que se ha extendido furtivamente. A la vez que la cultura de la indeterminación moral, se ha desarrollado una «cultura de la ligereza» a la que pretendemos poner fin. Un grado de austeridad, de respeto de las tradiciones de una severa conducta en la vida pública británica, es no solamente deseable, sino esencial». Tal es el argumento central del Informe.

Brillan aquí, como podrá notarse, valores tradicionales ingleses que intentan preservarse y desde los cuales se pretende restablecer una situación degradada (aunque la Comisión afirme que la «ansiedad» pública, realmente incrementada, no corresponde correlativamente a un empeoramiento generalizado comprobable de los standards de conducta realmente aplicados); por una parte, el valor central de la confianza pública de los gobernados en los gobernantes, vista como una de las claves del sistema democrático mismo¹⁰¹; y por otra parte, el valor de la austeridad, la ob-

La prensa tiene un deber de investigar —deber duplicado con el deber de hacerlo responsablemente— y en esta tarea puede contribuir a preservar los standards de conducta de la vida pública» (cursiva mía). En particular, sobre las informaciones sobre la vida sexual de Ministros y altos ejecutivos, págs. 47 y ss., con la misma conclusión.

¹⁰¹ El argumento de que un aseguramiento efectivo de los standards de la conducta pública es esencial para mantener o restaurar la confianza pública en las instituciones se reitera constantemente en el Informe. P. ej., aparte de ese reconocimiento general de que mantener esa confianza «erosionada» es uno de los objetivos básicos del Informe, según el texto que se ha transcrito, el argumento puede encontrarse reiterado, entre otros muchos lugares, en págs. 18, 47, 53, 63, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 84, 92. Parcialmente podremos comprobarlo en nuestro resumen del Informe. Más adelante nos detendremos sobre el valor democrático insoslayable de este factor de la confianza pública.

jetividad y la honestidad en la actuación de los agentes públicos, que es a la vez la base inesquivable de esa confianza. Estamos ante la mejor tradición inglesa en temas de razón práctica, y en concreto en la firme creencia colectiva de ese pueblo en una ética pública rigurosa como fundamento mismo de la democracia, valores que ha hecho en tantos temas y ocasiones a los ingleses maestros de la vida política.

El Informe no acepta que exista en la ética pública una «zona gris», expresión usada para racionalizar la existencia de conductas dudosas moralmente. «La extensión general de la expresión, y su consecuencia implícita de que algo ya no parece cierto en la diferencia entre lo que está bien y lo que está mal, nos preocupa»¹⁰². «La experiencia enseña en todas partes que a menos que los standards de conducta más estrictos sean mantenidos, y donde sea necesario restaurados, la corrupción y los procedimientos irregulares llegan a formar parte del modo de vida»¹⁰³. Por ello el Informe no duda en formular él mismo una especie de mandamientos básicos que han de regir en todo caso la actuación de los gestores públicos, los que llama «los siete principios de la vida pública», que destaca en un recuadro como primera parte de su texto¹⁰⁴ y que son, en sus respectivos epígrafes, el desinterés y la correlativa capacidad de asumir el interés público como objetivo de la actuación personal, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia y la capacidad de decisión o *leadership*.

Pero el Informe no queda en estas formulaciones generales, sino que intenta llevar esos mismos principios de modo singularizado a tres campos concretos: la conducta

¹⁰² Report, pág. 16.

¹⁰³ Report, pág. 17.

¹⁰⁴ Report, pág. 14.

de los parlamentarios, la actuación del Ejecutivo (Ministros y funcionarios) y el tema de los Quangos, término inglés ya usual que es la sigla de *Quasi-autonomous non-governmental organisations*, a lo que nosotros solemos llamar Administración institucional (aunque incluya también ciertas formaciones que entre nosotros no están personificadas).

Es importante notar que no se propone la adopción de una legislación específica, que sería lo propio de nuestra manera habitual de proceder. El Comité ve ventajas en mantenerse en el plano de los Códigos de conducta formulados en el seno de cada unidad relevante, con control del *Commissioner* al que luego aludiremos, sobre los principios que ella misma formula, aunque admite la posibilidad de determinaciones legislativas ulteriores más o menos extensas, que en todo caso, indica expresamente, no deben retrasar la implantación inmediata de las medidas que el Informe propugna¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Report, pág. 17. «Concluimos que lo apropiado para las circunstancias del Reino Unido es proveer ampliamente a nuestras recomendaciones mediante nuestros mecanismos no legislativos.» En pág. 40 el tema se plantea específicamente a propósito de una Ley de la función pública (*Civil Service Act*), sobre cuya conveniencia ha empezado a pensar el Gobierno, Ley sistemática y detallista (hoy inexistente) que vendría a poner fin a la tradición en la materia, que sitúa en la Prerrogativa (*Orders in Council* e instrucciones internas, sobre todo de la Tesorería y del *Cabinet Office*) la fuente de su regulación. El Informe ve posibles beneficios de esta «idea de un Civil Service regulado legislativamente», siempre que sea acordado por un consenso entre los partidos, pero no cree que ese proyecto deba retrasar el sistema de códigos de conducta que propugna, materia que no parece propia de la «legislación primaria», que implica rigidez. El sistema de «Códigos de conducta» expresa una concepción de autorregulación y proviene de la propia experiencia anglosajona, que ve grandes ventajas en la disciplina impuesta y vigilada por los propios interesados más que en la abstracta, y sólo excepcionalmente fiscalizable por los Tribunales, impuesta por la legislación. A notar, que en España el sistema de «Códigos de conducta» se ha introducido, partiendo de la influencia anglosajona, en materia mercantil: Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, art. 78, desarrollado por el Real Decreto de 3 de mayo de 1993; al respecto *vid.* TAPIA HERMIDA,

Nos interesa menos para nuestros fines el caso de la conducta de los parlamentarios, que el Informe expone y valora con cuidado. En cambio tienen un interés directo para nuestra reflexión general la valoración que hace el Informe sobre la actuación del Ejecutivo y sobre la Administración institucional, campo fecundo, donde la partitocracia se manifiesta en todos los países, y específicamente también en Inglaterra ¹⁰⁶.

A propósito del Ejecutivo, que personifican en su actuación los Ministros y los funcionarios, el Informe Nolan (que dedica al tema su capítulo 3) comienza observando que, dado el poder que ejercen directamente sobre los ciudadanos, éstos están justificados para exigir en su actuación standards de conducta verdaderamente altos. Aquí «el mantenimiento de la confianza pública es esencial», confianza pública que hoy «está debilitada». Los Ministros y sus respectivos funcionarios tienen el papel más importante en la formulación y la ejecución de la política; son, por ello, el objetivo directo de las prácticas de *lobby* o influencia ¹⁰⁷.

Las normas de actuación en los mercados de valores, «RDBB», 1993, págs. 329 y ss. Existe también entre nosotros una tradición de «normas deontológicas» en las profesiones liberales a través de los Colegios Profesionales, normas que, por cierto, el Tribunal Constitucional ha aceptado que, dentro del espacio legal, puedan tipificar conductas sancionables (Sentencia constitucional de 21 de diciembre de 1989).

¹⁰⁶ En el *Oxford [Dictionary] Companion to Law*, ed. de David M. WALKER, Oxford, 1980, la palabra *quango* se define así: «Un término para Autoridades, Consejos, Comisiones, Corporaciones, Organizaciones y otras unidades libremente creadas por el Gobierno moderno que no son ni Ministerio ni Estado ni autoridades locales»; da ejemplos concretos y añade «y otras muchas especies de gestionar, de administrar, controlar, dirigir y frecuentemente de hacer trabajos cuya necesidad no es siempre visible». Y concluye, finalmente: «Muchas críticas se han dirigido contra la falta de vergüenza [*shameless way*] con la cual los políticos han usado su poder de nombrar como miembros de estas organizaciones o agencias a sus amigos políticos, habitualmente con sueldos excesivos. Están —concluye— entre las peores prácticas del nepotismo político» (pág. 1022). No puede decirse más.

¹⁰⁷ *Report*, pág. 47.

Deberes propios de los Ministros son, por ello, la transparencia y la separación de sus funciones ministeriales de las que son propias del miembro de un partido. En todo caso, «el control y el análisis de su conducta por el público y por los medios es, con mucho, el medio más efectivo» de imponer esos standards ¹⁰⁸. Regula especialmente el supuesto de la denuncia de prácticas irregulares en los Ministros, según el criterio de que «es importante para el interés público y para la reputación del Ministro y la del Gobierno que las denuncias sean investigadas rápida y efectivamente». El Informe ofrece criterios concretos a este respecto. Finalmente, se propone que sea regulado el trabajo privado que puedan realizar los ex ministros, para evitar que puedan ser retribuciones de decisiones de favor realizadas durante el ejercicio del cargo en beneficio de ciertos grupos. El Informe es muy preciso en cuanto a los criterios sobre el particular ¹⁰⁹, así como sobre el tema de la aceptación de regalos y de hospitalidad, recordando que este control es necesario para establecer una «fuerte seguridad de la confianza pública».

Sobre el tema de los funcionarios, el Informe parte de un hecho: que «es un regalo impagable que tengamos un *civil service* imparcial e incorrupto» desde 1854. Su posición prevalente, con un fuerte control sobre todas las manifestaciones administrativas, se mantuvo hasta los años ochenta (parece, pues, una crítica de la política administrativa de Mrs. Thatcher), en que se multiplicaron las agencias administrativas separadas de la organización administrativa general y se delegaron en ellas funciones y respon-

¹⁰⁸ *Report*, pág. 50.

¹⁰⁹ *Report*, págs. 51 y ss. Se trata de establecer un *Ministerial Business Appointment System*, ya establecido con buenos resultados sobre los funcionarios que pasan al sector privado. El tema de «regalos y hospitalidad», llegando a una minucia que sorprendería a cualquier comisión oficial «contingencial», en pág. 57.

propuesta de contratos u otros temas «que requieran una aplicación de normas» jurídicas ¹¹⁴.

El tema de los *Quangos* o entidades institucionales es quizás el más importante de los estudiados por el Informe y las propuestas relativas a ellos son, sin duda, las más espectaculares y osadas. Comienza afirmando que no va a tratar de todo el vasto problema del *government by quango*, o *quangoland*. Recoge la existencia de una preocupación real por la multiplicación de su número y por su falta de responsabilidad democrática, pero el Informe se va a centrar, pragmáticamente, no en esos problemas generales, sino en dos problemas concretos, que ha hecho de tales entidades uno de los instrumentos más claros de la partitocracia y una de las vías menos controladas de la corrupción: la designación de sus gestores, hasta ahora predominantemente influida por consideraciones de partido, y el mantenimiento de sus standards de honestidad y probidad ¹¹⁵.

¹¹⁴ *Report*, pág. 64. Podría verse en esta regla un correlato de la técnica de los *Administrative Law judges* americanos, insertos, no obstante el equívoco de su nombre, en las Agencias administrativas, con un *status* parajudicial, no afectados por el *spoils system*, y que son a quienes toca instruir y resolver inicialmente los procedimientos de *adjudication*. Ver sobre ello más adelante, así como la segunda parte de este libro.

¹¹⁵ Todo el último capítulo del *Report*, págs. 65 y ss., se dedica a los *Quangos*. Se especifica que el Informe se refiere únicamente a los NDPB (*non Departmental Public Bodies*) de carácter ejecutivo (excluyendo así órganos que en el sistema continental no suelen estar personalizados, los órganos consultivos y los llamados *Tribunals* —a no confundir con las *Courts* estrictamente judiciales—, que son formaciones administrativas especializadas en estudiar y resolver —con un *status* de independencia— reclamaciones según las diferentes materias), esto es, en general, a lo que entre nosotros son Administraciones institucionales, así como, en particular, a las formaciones (no todas personificadas) del Servicio Nacional de Salud (*NHS bodies*). Se ofrecen datos sobre la extensión del fenómeno: en 1994 había 1.345 NDPB, aunque de ellos los ejecutivos o activos eran 325, que gastaban 15 mil millones de libras. Un estudio de la Universidad de Essex que se cita eleva a 5.500 las organizaciones extragubernamentales existentes. Se calcula que en 1996 una cuarta parte del conjunto del Presupuesto del Estado en-

En ese enorme *quangoland* existen 42.000 puestos de trabajo cuyo nombramiento corresponde al Ministro, 10.000 (2.000 en los *quangos* ejecutivos y sanitarios a que el Informe se contrae) de los cuales renovables anualmente, aunque sólo algo más de una tercera parte son trabajos remunerados por un salario y no simplemente por dietas. Actualmente la discreción del Ministro en esos nombramientos respecto de las entidades adscritas a su Departamento es virtualmente total, aunque el *Cabinet Office* (que es el órgano central que dirige toda la política de la función pública) suele mantener una lista de candidatos potenciales, del mismo modo que ha editado una «Guía sobre procedimientos de nombramientos públicos», que prevé la posibilidad de consultar para la selección a empresas, sindicatos, organizaciones profesionales, etc. De hecho, es pequeña, señala el Informe, la proporción de nombramientos que siguen esas reglas. Ante la propia Comisión el Gobierno anunció ya su intención de mejorar este sistema, ofreciendo criterios concretos; la Comisión da por bienvenidos a esos propósitos, pero va mucho más allá.

La propuesta central del Informe es que se mantenga la responsabilidad del Ministro en estos nombramientos, como medio de asegurar respecto de ellos su propia responsabilidad política (que la tradición política inglesa extiende a las actuaciones de todos sus dependientes), pero que se concluya resueltamente con el sistema de patronazgo o clientelismo político que hoy prevalece manifiestamente ¹¹⁶. Pero salvado ese principio de la decisión minis-

tero transitará por los *Quangos*: A. ADONIS, *Grande-Bretagne: La vertu civique à l'épreuve*, en DELLA PORTA y MÉNY, *Démocratie et Corruption en Europe*, cit., pág. 116.

¹¹⁶ «Hemos oído de muchos de nuestros informantes que un número desproporcionado de puestos son dados a activistas del Partido Conservador [recordemos que el Informe se refiere sólo a la esfera central, donde el Partido Conservador lleva catorce años en el Gobierno], normalmente ex-candidatos [no triunfantes de las diferentes elecciones] o quienes han dado

terial, que viene exigido por la tradición inglesa del control parlamentario de la actividad de los Ministros, la decisión de éstos debe producirse sobre la base del sistema del mérito, la transparencia y la publicidad. «No vemos —afirma la Comisión— ningún caso en que la designación de ciertos cargos deba calificar a éstos de «políticos», para ser ejercidos por los partidarios del Gobierno. No aceptamos la sugestión de que hay una expectativa general de influencia política en los nombramientos de los gestores de las entidades institucionales»¹¹⁷.

Tales nombramientos han de realizarse en función de las capacidades de las personas, de su formación general o específica, del interés objetivo del puesto mismo. Las ba-

dinero al Partido, en los dos casos como premio a la lealtad y como un medio de asegurar que las entidades apoyen la política del Gobierno y evitar toda crítica a las decisiones ministeriales», pág. 70 del *Report*. No se puede ser más explícito. Salva, sin embargo, que aunque la prueba en este sentido ha sido amplia, no ha sido concluyente y definitiva. Pero la tesis final es ésta (pág. 71): «Si no se hace todo según el Partido es por el buen sentido de las personas más que porque el sistema excluya dicho abuso. Participamos de esta preocupación, particularmente por la ausencia de un sistema independiente de frenos y contrapesos, y también porque la sospecha de parcialidad es casi imposible de probar o de negar. De ahí resulta una incertidumbre que no proporciona un sólido fundamento para construir confianza pública en el sistema.» Tal supuesta incertidumbre ni siquiera existe entre nosotros, pues todos aceptan que estos cargos pertenecen al «botín» del Partido que manda. Del mismo modo en EE.UU., como luego examinaremos más despacio. Sobre la falta de objetividad con que estos nombramientos se hacen en Norteamérica, ésta es la rotunda afirmación calificada de Christopher EDLEY Jr., en su libro, recientemente traducido al castellano, *Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración Pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, pág. 156: «Los nombramientos [del Presidente de los EE.UU.] verdaderamente meritocráticos [i.e., debidos al mérito y capacidad del designado] es probable que sólo se produzcan por casualidad.» Y en nota añade: «Esta alegación refleja mi opinión sobre este asunto, formada durante mi experiencia en la Casa Blanca y en la Administración durante el mandato del Presidente CARTER y como observador alarmado de los nombramientos realizados durante el mandato del Presidente REAGAN.» Concreta esa experiencia con CARTER en pág. 14.

¹¹⁷ *Report*, pág. 74.

ses sobre las cuales los nombramientos han de efectuarse han de ser explícitas, especificando la serie de capacidades y de experiencias que se deseen para cada cargo. La selección debe practicarse por comisiones técnicas en las que han de incluirse miembros independientes, tras una amplia consulta. La propuesta que salga de estas comisiones no será estrictamente vinculante, pero si el Ministro se aparta de ella deberá motivarlo y además comunicarlo así al *Commissioner for Public Appointments* (Comisionado para los nombramientos públicos), que es el órgano específico de control que el Informe propone instituir.

Este Comisionado (que puede ser uno de los ya existentes *Civil Service Commissioners*, que controlan toda la administración funcional) ha de ser independiente y externo al proceso de nombramientos, único modo de que «crezca y se afirme la confianza pública en el proceso de nombramientos»¹¹⁸. Ha de disponer de medios de control e intervenir en todos los nombramientos, publicando guías de actuación y memorias anuales. Ha de vigilar especialmente la publicidad y transparencia de todo el proceso, excluyendo toda sensación de secreto. La existencia de vacantes y de sus características debe anunciarse, aunque no necesariamente de forma pública cuando existan otros canales para acceder a los mejores candidatos¹¹⁹. Se debe pedir a éstos una declaración de actividades políticas significativas (pertenencia a la organización de un Partido, discursos o actuaciones públicas en su favor, candidatos en procesos electorales) en los últimos cinco años. En definitiva, todos estos principios deben de plasmarse en un «Código de procedimiento para los nombramientos públicos», cuyas grandes líneas esboza el Informe¹²⁰. El apartamien-

¹¹⁸ *Report*, pág. 77. Hoy existe un «oscuro proceso de nombramientos» que genera sospechas «que fragilizan la credibilidad de la entidad».

¹¹⁹ *Report*, págs. 78 y ss.

¹²⁰ *Report*, pág. 81.

to de estos principios deberá ser motivado y documentado y, esto nos importa destacarlo, será siempre *capable of review*, impugnabile en vía judicial ¹²¹.

El sistema se cierra con la aplicación rigurosa a los titulares de estos cargos de todo el sistema disciplinario configurado inicialmente para los funcionarios y que el Informe perfila con detalle para «asegurar el más alto nivel de honestidad», «los más altos standards de imparcialidad, integridad y objetividad» ¹²². Para ello, establece el Informe, todas las decisiones que adopten los gestores «deben ser capaces de ser justificadas en público», lo que obviamente incluye la justificación en el Parlamento o ante el juez. Propone, en concreto, formular Códigos de conducta, un control, tanto interno, sobre la base del control financiero, aunque extendiendo su intervención a «todos los aspectos de la probidad» ¹²³, incluyendo, por tanto, el fondo de las decisiones discrecionales, como un control externo, sobre la base de auditorías externas y denuncias o reclamaciones públicas, fijándose en cuanto a éstas en la función del *Ombudsman* que funciona con especial eficacia en Inglaterra desde 1967. Recomienda, igualmente, que se organice un sistema de denuncias confidenciales que garanticen el anonimato. Si el *Ombudsman* no tuviese competencia, se impondría un *appeal mechanism*, un sistema de alzadas ante órganos o personas independientes ¹²⁴.

No se habla específicamente en el Informe del sistema de recursos judiciales, sin duda por la particularidad del encargo recibido y de la materia estudiada, así como por las peculiaridades mismas del sistema judicial inglés, pero es evidente que todas las enfáticas y reiteradas afirmaciones

del Comité Nolan sobre la necesidad y conveniencia de controles externos, de publicidad, de objetividad, de transparencia, de exigencia de justificación de las decisiones públicas, sobre el legítimo título del público en interesarse por la actuación pública y para que en ésta prevalezcan los más altos standards de objetividad y probidad, tales criterios resultan sin más aplicables a la pertinencia del control judicial. Aunque hago las reservas propias de mi falta de familiaridad con el sistema jurídico inglés, creo que puede afirmarse que esta concepción tan explícita del funcionamiento de la Administración que sale del Informe Nolan, y su convicción reiterada de que «un sistema de control externo ha de actuar como una disciplina más efectiva sobre los Ministerios y generar una mayor confianza pública» ¹²⁵, no dejará de ejercer influencia en la extensión y la intensidad de la *judicial review* inglesa sobre la Administración ¹²⁶.

¹²⁵ Report, pág. 77.

¹²⁶ Resalto un simple dato: una sola vez se encuentra en el Informe el epígrafe «garantías jurídicas» (*legal safeguards*), a propósito de los nombramientos públicos y es para notar que si el control judicial se mueve hoy en «garantías contra la discriminación por razón de sexo o de raza», la doctrina *ultra vires* o de falta de competencia o su uso «perverso» o irrazonable y las reglas de la *natural justice*, que se refieren a la ausencia de motivos de abstención o recusación en el órgano que decide y en el principio de la audiencia del interesado en el expediente, observa el Informe: «los Tribunales laborales (tanto *tribunals* como *courts* o verdaderamente judiciales) pueden exigir al Ministerio que abra (*disclose*) sus procedimientos [internos] y razone y justifique la medida»; reconoce que en el caso de los nombramientos públicos este tipo de acción no sería fácil y concluye: «Por eso son necesarias garantías administrativas.» Esta es otra de las perspectivas del Derecho Administrativo anglosajón: extremar las garantías administrativas previas más que fiarse en el control judicial posterior (como se verá en la segunda parte de este estudio), lo cual, por cierto, explica en buena medida el sentido del Informe. Un jurista cualificado como Nicola LACEY, no duda en decir: «Los teóricos del Derecho necesitan concentrarse en que el poder esté en las manos debidas en primer lugar, más que en poner énfasis en su control *post hoc*», en su colaboración *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the legal Paradigm*, en la obra colectiva dirigida por Keith HAWKINS, *The uses of*

¹²¹ Report, pág. 82.

¹²² Report, pág. 82.

¹²³ Report, pág. 89.

¹²⁴ Report, pág. 95.

El Informe Nolan, adoptado unánimemente en el seno de la Comisión y ya aprobado por el Parlamento, opera, pues, una verdadera revolución en la práctica hasta ahora virtualmente general en todas las Administraciones europeas. Sin exceso puede decirse que este Informe abre una nueva época en la historia administrativa, comparable a la que en la propia Inglaterra se abrió en 1854 al instaurar sistemáticamente el principio del mérito en la función pública, hasta entonces regida por el único principio de la confianza personal y política de los Ministros. La exigencia de objetividad, de imparcialidad y de rendimiento de la Administración (y en la base, la absoluta necesidad de reforzar la confianza pública en el sistema, hoy erosionada) han prevalecido resueltamente frente al criterio de que los gobernantes democráticos disponen de una discreción absoluta para la designación de los gestores de entidades autónomas y para mantener su línea de actuación, rompiendo así la idea de que tal discreción se les ha confiado por el solo hecho del proceso electoral del que en último término procede su poder ¹²⁷. Esta importante iniciativa supone la

discretion, Oxford, 1992, pág. 382 (sin embargo, observamos a LACEY, si tratamos de justicia administrativa, específicamente, no tenemos más remedio que ocuparnos de ese control *post hoc*, precisamente).

¹²⁷ Veremos más adelante que esta idea es explícita en el Derecho Público norteamericano. La Sentencia del Tribunal Supremo *Buckley V. Valeo*, 1976, declaró enfáticamente que el concepto *Officers of the United States* que emplea el artículo II de la Constitución, incluye «todas las personas de las que pueda decirse que ocupan un oficio bajo el Gobierno», e implica que los titulares respectivos deben ser nombrados por el Presidente. «Todo nombramiento para un cargo que ejerza una autoridad significativa en el ejercicio del Derecho de los Estados Unidos debe de ser hecho del modo previsto en el artículo II de la Constitución», esto es, por el Presidente. Esta base constitucional hace indisputable el principio, que domina toda la organización administrativa y el Derecho de funcionarios, haciendo de éstos un «botín» (*spoils system*) del Presidente ganador de unas elecciones. Es una de las bases esenciales del Derecho Administrativo norteamericano y en ese sentido lo destaca en el primer capítulo de su *Administrative Law* Bernard SCHWARTZ, 3.ª ed., Boston, 1991, págs. 6-8. Pero veremos que el Estado americano ha sabido crear también unos espacios neutralizados a ese libre

neutralización política virtual de toda la Administración, y ello justamente para sortear los dos riesgos unidos a la democracia de nuestro tiempo, el clientelismo de los partidos y la corrupción, y para poder mantener así los valores esenciales de la democracia.

He aquí cómo hay que entender hoy el significado de la democracia en el funcionamiento de la Administración. No se trata ya de una simple opinión de autor, sino de una espectacular toma de posición de uno de los sistemas políticos más prestigiosos de occidente, prestigioso tanto por la calidad de su Administración como por la vivencia efectiva y constante de los valores democráticos.

XII

Al margen ya del contenido concreto del Informe Nolan, nos interesa parar mientes con algún detenimiento en una de sus ideas centrales, la idea de que es obligado construir o restaurar «la confianza del pueblo» en las instituciones, hoy degradada y en riesgo de perderse. Hemos podido ver que el restablecimiento de esa confianza se declara ser el objeto básico del Informe, y que así se reitera constantemente como pauta para todas y cada una de sus propuestas.

Aunque el Informe habla constantemente de *public confidence*, y no emplea nunca, salvo error mío, el término técnico de *trust* (quizás para no dar a su empleo un sen-

poder de designación y de remoción del Presidente mediante dos instituciones capitales, las Comisiones Independientes (que, por cierto, la «Nueva Derecha» reaganiana, predominante aún hoy en el Tribunal REHNQUIST, ha estado a punto de declarar inconstitucional) y los llamados *Administrative Law Judges*, jueces (aunque no judiciales, sino funcionarios, aunque con un status parajudicial) a los que se atribuye la instrucción y la «resolución inicial» en los procedimientos administrativos de adjudicación o de decisión de derechos de particulares; sobre lo cual, véase la segunda parte de este estudio.

tido jurídico, que hubiera sido impropio), no parece difícil ver aquí una alusión a la tradición inglesa que, desde Locke¹²⁸, como ya notamos más atrás, concibe la relación entre gobernantes y gobernados sobre la idea justamente del *trust*, la fiducia para una gestión o fin concretos. Recordemos la observación de Maitland de que «quienquiera que desee conocer Inglaterra, aun si no se preocupase por los detalles del Derecho Privado, debe de conocer un poco de nuestro *trust*», concepto «que ha sido desarrollado con fuerza entre nuestro pueblo»¹²⁹. Esta idea se repite casi literalmente en un estudio reciente de puro análisis social, al que nos referiremos enseguida con más detención, el del americano Joel F. Handler, que será raro —no siendo un jurista— que haya leído a Maitland. Dice Handler: «El *trust* es ubicuo... Como forma de organización social es usada donde quiera que haya principales y agentes, donde entreguemos dinero o bienes, o responsabilidad, o autoridad a otras personas —por ejemplo, miembros de la familia, agentes de bolsa, secretarios, empleados, conductores de camiones, médicos, *baby-sitters*, etc. Confiamos tanto en extraños como en personas íntimas; la confianza [*trust*], se ha dicho, es necesaria para reducir las complejidades de la vida»¹³⁰.

Como ya quedó dicho más atrás, la posición de los gobernantes no puede explicarse con la técnica de la representación política. Este concepto, tanto en la naturaleza de las cosas como en el texto mismo de nuestra Constitución,

¹²⁸ LOCKE, *On Civil Government*, II, § 149: todos los poderes son *fiduciary powers to act for certain ends... power given with trust*.

¹²⁹ MAITLAND, *Trust and Corporation*, en sus *Selected Essays*, ed. por HAZELTINE, LAPSLEY y WINFIELD, Cambridge University Press, 1936, págs. 142 y 143. «Nuestro *trust* es un gran asunto».

¹³⁰ J. F. HANDLER, *Discretion: Power, Quiescence and Trust*, 1992 (en la nota siguiente damos la referencia bibliográfica completa). El tema de la confianza o fiducia como instrumento de organización social parece contar con una bibliografía atenta, que cita HANDLER.

está reservado a las Cámaras legislativas, cuyo producto típico, la Ley, es el único que en las organizaciones políticas puede presentarse como expresión de la voluntad general. Los gobernantes son, simplemente, gestores, subordinados a esa voluntad general formalizada, y su posición se expresa, mucho más simplemente, en esa idea de Locke: están en una relación fiduciaria con el pueblo, por la cual éste, titular de la cosa pública, confía su gestión a las personas que él elige; pero el objeto de esa gestión sigue siendo propiedad del pueblo y sus fines no son otros que los intereses del propio pueblo. Lo esencial del *trust*, a lo que alude la significación primaria de la palabra, es la confianza, la cual (como ocurre con el mandato en los Derechos romanizados) no se entrega de una vez por todas, sino que ha de mantenerse viva de forma constante y desde la cual pueden dirigirse instrucciones al fiduciario y, eventualmente, revocarlo. Nada más opuesto a esta idea de la confianza o la fiducia que imaginarla como una enajenación de facultades, bien se conciba esa enajenación como perpetua (idea central de las monarquías absolutas, renovada con fórmulas plebicitarias por las modernas dictaduras), bien como temporal, por el período de la legislatura a que se refiere una elección, pasado el cual haya de procederse a nuevas elecciones, de las cuales sale o una ratificación del gestor en ejercicio o un nuevo gestor alternativo, el cual pasaría a ocupar la misma posición formal que el anterior como titular incondicionado del poder.

Las elecciones, que son, sin duda, capitales para la democracia, como procedimiento instrumental de la expresión de esa confianza popular, no alcanzan, sin embargo, a absorber la plenitud de ésta, la cual es imprescindible que se mantenga viva durante todo el período de gestión, como el nervio que vivifica y anima la actuación de los gestores y, con ella, a todo el sistema democrático.

Que no pueden entenderse las elecciones como una enajenación del poder de gestión, aunque sea temporalmente, lo vemos especialmente claro en la situación actual de la democracia, con sus connotaciones perversas de partitocracia y corrupción. Hoy los partidos se nos aparecen como estructuras cerradas, tanto en contenido programático o ideológico como, especialmente, en cuanto equipos de hombres, un sistema autoalimentado en el cual los ciudadanos ordinarios y anónimos (y, con frecuencia, ni los propios militantes) no tienen prácticamente ninguna posibilidad de penetrar o de influir. En estas condiciones, limitar el poder del pueblo en una democracia a optar global y totalmente, en una sola ocasión solemne que tiene lugar tras cuatro o cinco años —o siete: caso del Presidente francés—, entre el mantenimiento en el poder total de un partido de esas características o la sustitución del mismo por otro partido de las mismas o similares características formales, es negar precisamente la esencia democrática misma. De esta concepción (y, sobre todo, de su práctica) surge, lógicamente, el desinterés sistemático del pueblo por la vida política, la apatía, la abstención, la resignación a esos vicios negativos ligados a los partidos, la abdicación en éstos (gobernados siempre oligárquicamente, como Michels probó) de toda la vida pública, la aceptación resignada de la corrupción que acecha inevitablemente en los pliegues de la partitocracia; en último extremo, todo ese panorama llega a poner en riesgo grave la supervivencia de la democracia misma.

En términos muy simples, tal concepción, que es la que es vivida en la práctica en muy buena parte de los países, lleva derechamente a una grave ruptura de la confianza del pueblo en sus gobernantes, y, por tanto, a una quiebra radical de la democracia, precisamente, por más que los procesos electorales se desenvuelvan con toda corrección procedimental y temporal.

La falta de confianza en la clase política es la expresión de que el pueblo se siente, literalmente, alienado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo y cuya actuación no considera que se realiza en su propio beneficio, sino en el de los propios titulares de la gestión, que han pasado así a apropiarse de ésta y de sus fines. Supone, así, la ruptura de la relación de *trust*, confianza o fiducia y, con ello, de la legitimidad del sistema mismo, la más grave, pues, de las deficiencias imaginables en una democracia.

Ese resultado no es, en este momento, una realidad establecida plenamente en los países occidentales, aunque sí lo sea en muchos del tercer mundo en que los ritos democráticos han pasado a ser puramente convencionales que difícilmente ocultan a una oligarquía establecida de un partido, o del conjunto de los partidos que se distribuyen entre ellos abiertamente el privilegio.

Llegados a este punto (esa ha sido la explicación de la crisis política italiana, por cierto, con todos los matices que se quiera), puede darse un paso dialéctico muy importante, el que permite afirmar que es, justamente, la confianza del pueblo la esencia misma del sistema democrático; las elecciones son, simplemente, un instrumento para alcanzar el objetivo, el cual, sin embargo, ha de mantenerse íntegro en los períodos interelectorales como exigencia y fundamento mismo del sistema. El pueblo ha de sentirse como el verdadero titular del poder y tiene que creer que sus intereses son el verdadero objetivo de los gobernantes como fiduciarios del pueblo. Lo grave de las perversiones del sistema democrático que son la partitocracia y la corrupción es que olvidan —o no sólo eso, más grave aun: destruyen— la subsistencia de esa confianza en nombre de un uso puramente formal y abusivo del argumento electoral, al que pretenden reducir, con notorio desvío, la esencia misma de la democracia.

Un buen sistema democrático es, pues, aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de los gobernantes, por supuesto, pero también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura real del *trust*, fiducia o confianza, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. El análisis social y el argumento jurídico se apoyan entre sí para llegar a esta conclusión, que es tan importante en el terreno de los principios como en el de las aplicaciones prácticas.

Hemos visto que justamente esta preocupación central es la que ha animado el capital documento que es el Informe Nolan, con el que los ingleses acaban de postular una verdadera restauración de su democracia, hasta hace poco tenida por paradigmática, frente a los riesgos actuales de la partidocracia y de la corrupción. Como hemos podido ver, el objetivo declarado al comienzo mismo del documento, y reiterado como un *leit-motiv* a lo largo del mismo, es restablecer esa *public confidence*, gravemente afectada hoy por las prácticas que el Informe se esfuerza en corregir. El diagnóstico ha sido, pues, certero e inequívoco, y también la elevación resuelta de ese valor al corazón mismo de la democracia.

Aunque ya hayamos expuesto con algún detalle las medidas correctoras que el Comité Nolan propone, nos interesa ahora establecer, en el terreno de los principios en que ahora estamos, que existen análisis bastante precisos que han determinado cómo mantener viva en las relaciones sociales esa confianza que anima y vivifica toda relación de *trust*.

No se trata de análisis jurídicos, que estos concluyen pronto (sin confianza no hay *trust*, sencillamente, como no hay mandato: el contrato se ha roto), sino de análisis sociales, lo que tiene para nosotros ahora mayor interés. Ci-

taremos sólo el trabajo, antes aludido ya, del profesor californiano Joel F. Handler, *Discretion: power, quiescence and trust*, incluido en el volumen colectivo *The uses of discretion*, 1992, dirigido por Keith Hawkins¹³¹.

Handler se plantea como cuestión a dilucidar por qué hay aquiescencia a una determinada relación establecida (aunque él, por cierto, no examina la relación política en sí misma, ni aplica sus conclusiones, como intentamos hacer ahora nosotros, a la teoría de la democracia). La aquiescencia puede ser la expresión de un consenso, y esto es lo ideal; pero puede ser también justamente lo contrario, el resultado de una alienación o del terror; «la aquiescencia —observa con agudeza Handler— es la característica de las víctimas». «La ausencia de quejas o de reclamaciones puede ser debida a un consenso manipulado», o al fatalismo, a la desesperación, a la apatía, a la internalización por el dominado de los valores y creencias del dominador, a la adaptación del oprimido a la opresión, la cual desarrolla, característicamente, una «cultura del silencio». Reconocemos aquí los métodos característicos de la dominación autocrática. Por ello, utilizar el posible argumento de que la erosión de la confianza pública en una democracia sólo puede manifestarse en una ola general de quejas o de protestas, o en una abstención general y sistemática en las elecciones, y que sin una manifestación inequívoca de ese carácter ha de entenderse que subsiste una aceptación generalizada del equipo gobernante, en su tiempo democráticamente elegido, no puede satisfacernos en modo

¹³¹ Keith HAWKINS, ed., *The uses of discretion*, en los «Oxford Socio-Legal Studies», Clarendon Press, Oxford, 1992. El trabajo de HANDLER, en págs. 331 y ss. Utiliza otra literatura, entre la cual quizás merezcan destacarse dos trabajos, a alguna de cuyas tesis nos referiremos en el texto: el de A. BAIER, *Trust and Antitrust*, en la revista «Ethics», 96, 1986, págs. 231 y ss., y el de S. LUKES, ed., *Power*, New York University Press, 1986. Otro título que siento no haber podido consultar, es el de N. LUHMANN, *Trust and power*, trad. del alemán, Nueva York, 1980.

alguno. Hoy sabemos muy bien, para seguir usando los términos de Handler (que los toma de Lukes), aunque en otro contexto, que «el más efectivo e insidioso uso del poder es prevenir y distraer los conflictos antes de que surjan».

Handler explica, siguiendo a Baier, que la base sólida de toda relación de *trust* (concepto que él usa en un sentido más amplio que el jurídico estricto, como ya notamos) está en la racionalidad, en «el conocimiento por cada parte de las razones de la otra para confirmar la relación, razones que se consideren también dignas de confianza por el primero»; «es, pues, el mutuo conocimiento de las condiciones recíprocas de la confianza entre las partes lo que eleva al *trust* por encima de celos y hace de la dignidad de la confianza una virtud no sospechosa». De este modo, y por esta vía única, el *trust* se fortalece y produce sus efectos integradores insustituibles.

He ahí por qué el fortalecimiento, el afinamiento, la operatividad práctica de la relación fiduciaria entre gobernados y gobernantes no puede consistir, como algunos parecen pretender, en una fe ciega de los primeros en los segundos, una fe global expresada, además, de antemano en el momento de las elecciones que apuesta por el simple azar de su acierto, no revisable ya hasta la siguiente cita electoral. No es la fe ciega, sino la confianza racional, constantemente renovada, fruto del conocimiento personal y de la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes (aunque no tenga que ser, naturalmente, una aceptación ni unánime ni que cubra la totalidad de sus decisiones), lo que únicamente puede ser la base eficaz de esa relación.

Ahora bien, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o

puesta en duda. Pretender que todo eso ha de entenderse suplido por una opción global anticipada en las solemnidades electorales es, literalmente, una broma. El poder realiza miles, millones de actos, de decisiones entre alternativas. ¿Por qué canal misterioso ha de entenderse que todos y cada uno de esos actos han quedado consentidos de antemano, en su globalidad? ¿En alguna de sus aplicaciones funcionan así las relaciones fiduciarias o de confianza o de mandato? ¿Por qué habría de ocurrir de otra manera a propósito de la magna fiducia que es la democracia? Como cualquier otro administrador de lo ajeno, los gobernantes deben de rendir cuentas, es evidente. Sería absurdo pretender para esos agentes una dispensa de este deber elemental, que está necesariamente en la base de toda relación fiduciaria. El artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 así lo previó lúcidamente: «La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración». (Obsérvese, por cierto, cómo la posición de los agentes se califica de administrar, y de administración obligada a la rendición de cuentas, no de representación, que supone una actuación *in loco et in ius* del pueblo)¹³².

¹³² En realidad, la exigencia de justificación de los gobernantes ante los gobernados emana, en el instrumentario conceptual revolucionario, de tres fuentes: ese específico artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la paralela idea de la «responsabilidad» de los gobernantes (sobre la cual, me permito remitir a todos los textos aportados en mi libro *La lengua de los derechos*, cit., págs. 142-145; a destacar quizás los *Bill of Rights* americanos, donde puede leerse —artículo IV del *Bill* del Estado de Maryland de 1776— que todos los investidos de poder legislativo o ejecutivo «son los mandatarios del público y, como tales, responsables de su conducta»); y, en fin, el concepto del derecho de resistencia a la opresión, que en la Declaración francesa formula como esencial en el frontispicio de su artículo 2.º El derecho de resistencia, que parecería remitir a una institución del antiguo Derecho (basada en la ruptura de la recíproca fidelidad vasallática), institución que hubiese sido inaplicable en una sociedad moderna y compleja, se entiende por los revolucionarios como la posibilidad de reclamar y de exigir responsabilidades; así, ese mismo precepto ya citado del *Bill of Rights* de Maryland concluye: «La doctrina de la no resis-

Pero no se trata sólo de una cuestión de teorías. Que las cosas funcionan así se acredita con la experiencia práctica: ningún pueblo confía en quienes pretendan disponer de un status superior que les dispense de explicar sus actos y de rendir cuentas de los mismos. Sólo un dogmatismo extremo, apoyado al final, necesariamente, en la coacción o la violencia, pueden sostener a los pueblos en una aquiescencia no rebelde frente a tamaña pretensión. La realidad y el sentido común recobran por sí solos sus derechos, por encima —o por debajo— de los dogmas, que aquí suelen ser, con frecuencia, dogmas de apropiación por el administrador del patrimonio ajeno que tiene en simple gestión. He aquí, en efecto, que la confianza pública en el poder se pierde, he aquí que hay que emprender —como hemos visto intentar al Informe Nolan— costosas obras de ingeniería política y social para intentar restaurarla. He aquí que la democracia no se construye con palabras y con dogmas, sino con hechos, hechos que el pueblo, bien entendido, puesto que él es el protagonista del sistema, ha de comprender y ha de creer.

Aquí está la razón, en esa estructura inescusable de la confianza, de por qué la democracia exige para que pueda funcionar eficazmente transparencia absoluta y, en su servicio, libertad de información, libertad de investigación de la gestión pública, libertad de crítica, derecho de pedir jus-

tencia contra el poder arbitrario y la opresión es absurda, servil y destructiva del bien y de la felicidad del género humano.» El derecho de resistencia se canaliza, pues, hacia la responsabilidad o dación de cuentas y ésta, a su vez, finalmente, hacia una acción judicial que pide que se restituya al demandante su situación arbitrariamente afectada por el agente que obra al margen o en contradicción con la Ley (*La lengua de los derechos*, pág. 140), con independencia ya de la posible responsabilidad personal del agente. Análogamente, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, en los *Scritti giuridici in Memoria de V. E. Orlando*, vol. I, Padua, 1957, pág. 407 y *passim*.

tificaciones al poder¹³³ y a someter a éste, en último extremo, a un juicio independiente capaz de controlar todos y cada uno de sus actos en cuanto cualquier duda razonable pueda plantearse sobre la corrección de su actuación. En la medida en que esa corrección se mide, según el canon constitucional, por su objetividad (= racionalidad, más igualdad, sin ventaja ilegítima de nadie) y por la observancia de la Ley y del Derecho (que es la pauta democrática misma, como ya sabemos), ese control ha de ser, también y necesariamente, un control judicial, el cual no sólo no debilita, y menos desconoce, las estructuras democráticas, sino que justamente las clarifica y las robustece.

Nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles. La posibilidad de citar ante un Tribunal a la Administración y a sus agentes para someterlos en el proceso a la necesidad de que acrediten la observancia de la Ley y del Derecho, que la Constitución les impone, la racionalidad social y ética de su actuación, lejos de oponerse al principio de-

¹³³ Aquí puede traerse a colación la doctrina de Habermas sobre la «ética comunicativa», que hoy es sentida como una de las justificaciones más profundas de la democracia. Para esta doctrina (HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. esp., Madrid, 1988, y en otras muchas obras), sólo una ética comunicada y participada entre todos los miembros de la comunidad (por diferencia de la ética kantiana, que partía de un imperativo categórico personal e íntimo) puede asegurar, a la vez, la universalidad de las normas admitidas y la autonomía de los sujetos, en cuanto implica una corroboración discursiva de las pretensiones de la validez de las normas éticas, no basadas ya en las máximas de una voluntad solitaria, sino en una comunidad de comunicación. Esto supone una racionalidad discursiva, argumentativa y transparente en la sociedad. *Vid.* sobre la aplicación de estos conceptos, que corroboran las tesis, más pragmáticas, del texto, A. OLIET PALA, *Liberalismo y democracia en crisis*, Madrid, 1994, págs. 307 y ss. J. MUGUERZA, *Ética y comunicación*, en el vol. colectivo *Teorías de la democracia*, dir. por J. M. GONZÁLEZ y F. QUESADA, Madrid, 1988.

mocrático, resulta ser así uno de los instrumentos más eficaces, e incluso imprescindibles, para su sostenimiento.

XIII

Tras la larga derivación histórica, sociológica y política que nos ha entretenido en los últimos apartados, podemos quizás adentrarnos mejor pertrechados en nuestro campo más específico.

El Derecho parte de una determinada realidad social a la que, en alguna forma, pretende reconfigurar o, en último extremo, fijar y sostener. El artículo 3 del Código Civil impone, en la simple función interpretativa de las Leyes, atender a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Afirmar apodícticamente en nuestro tema que los respectivos partidos en el poder representan la voluntad del pueblo y que cuentan a su favor con una legitimidad formal que les justifica sustancialmente ante los órganos de control, es rendir tributo a una mística de la representación política como identificación, que sólo es propia de ciertos períodos o concepciones revolucionarias, pero que carece de sentido en nuestra sociedad individualista, vivaz y escéptica, y en la realidad política sobre la cual esta sociedad, mal que bien, se organiza y se gobierna. La representación política que ejercen los agentes públicos (con independencia de que jurídicamente no sea tal representación en sentido técnico, como hemos expuesto ya más atrás y como resulta de nuestra Constitución) no es predicable en un Estado de partidos. Estos han venido a hacer virtualmente triangular lo que en la teoría clásica era una relación bilateral (elector-elegido), como notó tempranamente Leibholz. La intermediación de los partidos ha venido a hacer precisamente más acuciante la exigencia de un gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al ar-

bitrio de los elegidos, y no hay otras reglas objetivas formalmente exigibles en la sociedad que las que son Ley y Derecho, como es evidente, Ley y Derecho a los que, con absoluta precisión, el art. 103.1 de la Constitución, impone que todo el poder administrativo esté en situación de «sometimiento pleno».

Pretender oponer, como alguna vez se ha intentado, a las exigencias del control, en sus varias aplicaciones (político, presupuestario, legal o jurídico, preventivo, sucesivo) la necesidad de un desembarazo de los gobernantes para poder actuar con eficacia¹³⁴, resulta en la situación actual de la democracia, a la que nos hemos referido en los anteriores apartados, una completa ingenuidad. La famosa eficacia, si pretendiese hacerse a costa del Derecho y como una alternativa al mismo, no es más que la fuente de la arbitrariedad, como enseña la experiencia humana ya más vieja y hoy vívidamente renovada. Es necesario, como ya observó Locke, confiar el gobierno a personas sobre las que resulta inevitable desconfiar. Elegir gobernantes, como ya sabemos, no es alienar de una vez por todas, y ni siquiera por un plazo temporal, la facultad completa de decisión, sino confiar a unos determinados equipos políticos la gestión pública bajo el gobierno de la Ley, que sigue siendo la estruc-

¹³⁴ Como ha observado certeramente Nicola LACEY, a la idea de que la discrecionalidad tiende a estimular la eficacia, la motivación profesional, la individualización de la decisión, la rapidez y la flexibilidad, puede serle opuesta, con el mismo carácter general, la idea contraria: que la discrecionalidad engendra ineficacia, al estimular la innecesaria consideración de nuevo de cada decisión, deshonestidad, a través de la individualización sobre la base de criterios sospechosos, disparidad de soluciones, secreto, falta de responsabilidad, abuso de poder, incertidumbre y confusión. «Este género de atenciones —dice— pueden ser perfectamente razonables a un nivel muy general, pero cuando hay que abordar la discusión de la discrecionalidad en áreas concretas, como también si su aplicación merece el *status* de verdad no discutible, son argumentos injustificables.» Nicola LACEY, *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm*, en la obra colectiva, ya citada, dirigida por Keith HAWKINS, *The uses of discretion*, 1992, pág. 371.

tura de hierro ineludible del gobierno democrático, y la observancia efectiva de esta Ley no puede quedar a la sola discreción de los comisionados por el pueblo.

Más aún: ante la prepotencia de los partidos, ante el panorama de una corrupción peligrosamente extendida, ha resultado una exigencia especialmente enérgica en el funcionamiento de la Administración actual la de robustecer su objetividad e imparcialidad, la de su buena fe correlativa¹³⁵ y todo ello, necesariamente, con la garantía de su neutralidad política¹³⁶.

Desde la mitad del siglo XIX esta idea fue abriéndose ya camino, a medida que el sistema de partidos se desarrollaba, con la formación de un funcionariado profesional y estable, no sometido al dominio político incondicionado de la clase política, con la confianza personal como valor supremo, que había llevado con toda consecuencia al sistema del botín entre la clientela política del partido en el gobierno y de las correlativas «cesantías». No es cosa de recorrer los hitos de esta historia de la profesionalización, estabilización e independización de los funcionarios, a la que está ligada la formalización de una Administración mo-

¹³⁵ La aplicación a las relaciones Administración-administrados del principio de buena fe es una exigencia rigurosa del principio de objetividad e imparcialidad de la Administración, hoy constitucionalizado. Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Nápoles, 1995. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2.ª ed., 1989. F. SAINZ MORENO, *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en «RAP», núm. 89, 1979, págs. 293 y ss.

¹³⁶ Cfr. sobre el valor esencial de la neutralidad política en la Administración y en la función pública en particular, G. TIMSIT, *Théorie de l'Administration*, París, 1986, págs. 57 y ss. H. LECHERER, *Der öffentliche Dienst*, en el *Handbuch des Staats Rechts*, dirigido por ISENSEE y KIRCHHOF, tomo III, Heidelberg, 1988, págs. 756 y ss. V. KONDYLIS, *La notion de neutralité politique de la fonction publique*, en «Revue Européenne de Droit Public», vol. 7, núm. 2, été 1995, págs. 357 y ss.

terna tecnificada prestadora de servicios al público y no sólo de favores a los fieles. En España ese proceso se inicia, es bien sabido, con la aparición de «cuerpos especiales» singularmente capacitados, en tanto que los «cuerpos generales» no ganan esa misma estabilidad hasta 1918¹³⁷. Esta tendencia es análoga, aunque en general más temprana y también más resuelta en todos los Estados europeos, y marca el afianzamiento de una Administración tecnificada y valiosa, volcada al servicio del público y no de los intereses del Partido.

Así ocurrió en toda Europa. Sin embargo en EE.UU., donde los poderes de *appointment* y de *removal* del Presidente sobre los funcionarios se han visto, y aún hoy sustancialmente, como un correlato de la responsabilidad que dicho Presidente asume como titular del Poder Ejecutivo¹³⁸, esa misma exigencia social de una Administración tecnificada y a cubierto de los cambios políticos y del *spoil*

¹³⁷ Vid. hoy para España los estudios pormenorizados desde 1852 hasta la actualidad de I. MARTÍNEZ DE PISÓN en el «Anuario Jurídico-Económico Escorialense», San Lorenzo del Escorial, 1989, 1990, 1991, 1992 y 1993, muy elaborados, que utilizan anteriores trabajos valiosos de otros autores, que damos por referidos. Para el problema general, puede verse J. D. ABERBACH, R. D. PUTNAM y B. A. ROCKMAN, *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Harvard University Press, 1981. J. E. LANE, ed., *Bureaucracy and Public Choice*, Londres, 1987. G. D'AURIA y P. BELLUCCI, *Politici e burocrati al Governo dell'Amministrazione*, Bolonia, 1995.

¹³⁸ Sobre el lugar central del *appointment power*, poder de designación, del Presidente, SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.ª ed., ya cit., págs. 6 y ss. Su correlativo poder de remoción o *removal*, en otro libro de SCHWARTZ, *The New Right and the Constitution. Turning back the legal clock*, Boston, 1990, al que en la segunda parte de este libro tendremos que recurrir con frecuencia; en págs. 197 y ss. se toca especialmente el tema del *removal power*, que se inicia con este aserto: «El control presidencial sobre el poder ejecutivo depende, en último extremo, del poder de remoción. Si el jefe del Ejecutivo puede remover del cargo a su sola voluntad, es imposible que los titulares de tales cargos puedan resistir efectivamente su voluntad. El poder de remoción es así la sanción prevista por la Constitución para permitir al Presidente controlar la rama ejecutiva del Gobierno en todas sus actuaciones oficiales.»

system no condujo propiamente a esa profesionalización e independización general de la burocracia, solución que contradecía principios constitucionales. La exigencia de la tecnificación de la Administración se recondujo a una vía singular, la de las Comisiones Independientes, de la que el primer ejemplo se produjo en 1887, con la creación de la *Interstate Commerce Commission*, a cuya Ley de creación se ha llamado «el punto de salida del Estado Administrativo contemporáneo»¹³⁹. Estas Agencias independientes Reguladoras proliferarían en adelante, de modo que en ellas se ha concentrado toda una Administración objetivada y tecnificada, que ha gestionado los grandes servicios federales con imparcialidad, eficiencia y continuidad (ferrocarriles, banca, aviación, radio, comunicaciones, medio ambiente, etc.), «liberándolos lo más posible de las influencias políticas o arbitrarias»¹⁴⁰.

El instrumento para esta independencia ha sido la atribución a los *commissioners* o gestores de la Comisión de un estatuto de independencia que les exime del control jerárquico del Presidente y que, al establecer un plazo legalmente fijado de ejercicio de la función, les pone a cubierto de todo poder de *removal*. Aunque se criticó esta técnica, diciendo que suponía haber creado una «cuarta rama acéfala e irresponsable del Gobierno» (aparte de las ramas correspondientes a los tres poderes), una convención general no escrita hizo a estas Comisiones consustanciales a una Administración objetivada. En 1926 la Sentencia *Myers* declaró inconstitucional la limitación del poder de *removal* en un caso concreto (aunque no se trataba de una verdadera Agencia independiente), declarando que el poder de «selección de los agentes administrativos por el

¹³⁹ SCHWARTZ, *The New Right*, pág. 191.

¹⁴⁰ Palabras de un Senador en 1927, con ocasión de la creación de una nueva Comisión de este tipo, que cita SCHWARTZ, *The New Right*, pág. 195.

Presidente es esencial para que éste pueda cumplir la ejecución de las Leyes, de modo que sin este poder de remoción él no puede continuar siendo responsable». Pero en 1935 una nueva y decisiva Sentencia, *Humphrey's Executor*, declaró ilegal y anuló la remoción de miembros de la *Federal Trade Commission* que había efectuado Roosevelt durante el período legal de su función, constitucionalizando así definitivamente la importante práctica de las Comisiones independientes, que desde entonces no han hecho sino robustecerse (aunque pende hoy sobre ellas la amenaza explícita de la «Nueva Derecha» instalada en el Tribunal Supremo desde los tiempos de Nixon y robustecida hasta la casi dominación en los tiempos de Reagan y Bush)¹⁴¹.

A notar que esta técnica de las Administraciones independientes, gobernadas por gestores protegidos frente a instrucciones o remociones procedentes de los Gobiernos, se han extendido últimamente a toda Europa, y desde luego en España; en una parte muy importante se han impuesto nada menos que por el Tratado de Maastricht, de la Unión Europea¹⁴².

Pero aún hay que notar que la neutralización política de la Administración americana no ha parado ahí. Desde la capital *Federal Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, que es (y continúa siendo) la norma básica del Derecho Administrativo americano, se ha calificado formal-

¹⁴¹ Sobre ello, SCHWARTZ, *The New Right*, págs. 199 y ss. y la segunda parte de este libro.

¹⁴² Vid., por todos, A. BETANCOR, *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1994, y allí referencias. El Tratado de Maastricht artículos 107 y 108, ha impuesto a todos los Estados de la Unión Europea el modelo de Administración independiente para la organización y gestión de los respectivos Bancos Centrales (en España, Ley del Banco de España, de 1 de junio de 1994). Vid. la obra colectiva, dir. por J. V. LOUIS, *Banking supervision in the European Community*, Bruxelles, 1995, y mi colaboración, págs. 169 y ss.

mente de quasi-judicial la actividad administrativa de *ad-judication*, o de dictar actos administrativos que resuelven cuestiones de intereses privados, como es casi lo normal en los actos administrativos, lo que ha servido para que los funcionarios que tramitan los procedimientos para dictar tales actos, con potestad también de dictar la «resolución inicial» de los mismos (luego sometida a una alzada ante la propia Agencia), sean calificados de *Administrative Law Judges*, que la propia APA configura legalmente, con un status parajudicial de independencia respecto de la propia Agencia¹⁴³. De nuevo las exigencias de funcionamiento de la Administración han impuesto la objetividad y la imparcialidad y, por tanto, una cierta «separación» entre la Administración y la política.

Hay que decir que ese es, exactamente, el modelo funcional (y derivativamente administrativo) de nuestra Constitución. Por una parte, a la propia Administración se la impone «servir con objetividad los intereses generales» (art. 103.1), no, pues, los intereses de un partido, no digamos los personales de cualquier gestor. Por otra parte, los funcionarios públicos deben seleccionarse «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad», no por el de la confianza política, y debe garantizarse «la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3). Es muy discutible que estos principios hayan sido respetados en la legislación abierta desde la Ley 30/1984, que más bien ha acentuado el clientelismo político en la función pública¹⁴⁴, pero

¹⁴³ El término de «jueces» es equívoco en su empleo, pues se trata de funcionarios administrativos indudables, no integrados en modo alguno en el poder judicial. Tratamos del tema en la segunda parte de este libro.

¹⁴⁴ I. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995, y su libro, ya citado, *La destrucción de la función pública española*, L. MORELL, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, 1994, ya cit. A. NIETO, *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en *Estudios sobre la Cons-*

en todo caso las guías constitucionales son perfectamente explícitas sobre la necesidad de separar, en alguna medida, el plano estrictamente político y el administrativo, sin perjuicio de la dirección política general que corresponde, sin ninguna duda, al Gobierno (art. 97).

Pero en Italia acaban de dar un paso más enérgico. Como una de las medidas de reforma administrativa, apadrinada por el Ministro y Profesor de Derecho Administrativo Sabino Cassese, con las que contrarrestar la situación generalizada de partitocracia y corrupción¹⁴⁵, Leyes de 1992 y 1993 han desapoderado, pura y simplemente, al personal político de la facultad de dictar actos administrativos, trasladando tal facultad a los funcionarios de carrera, actuando bajo la orientación política general y con el control de ese personal político. Se ha reconocido así al funcionariado una «autonomía decisional», para atribuirle la gestión administrativa, técnica y financiera, mientras que a los políticos se reserva únicamente *l'indirizzo politico e il controllo*, la orientación o dirección política y el control, pretendiendo así una resuelta separación entre la política y la Administración, hasta ahora confundidas «en una única mezcla, que ha permitido a los políticos prolongar su propia sombra dentro de los confines de la Administración cotidiana, considerada fuente de mayor poder que la que resulta del *indirizzo politico*, con efectos nefastos en el

titudin Española (Homenaje a E. García de Enterría), vol. III, Madrid, Civitas, 1991, págs. 2185 y ss.

¹⁴⁵ Sobre esta reforma llamó tempranamente la atención M. SÁNCHEZ MORÓN, *Sobre la reforma administrativa italiana del período de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo*, en «RAP», núm. 134, 1994, págs. 471 y ss. Sobre el principio de «separación entre Gobierno y Administración», págs. 481 y ss.; le parece «una reacción lógica frente a la situación anterior» (pág. 481) y «lógica reacción contra la politización administrativa» (pág. 482). ¡Pero esta facultad de decisión que corresponde desde ahora a los funcionarios incluye las decisiones discrecionales y los funcionarios ya no son representantes del pueblo ni están democráticamente legitimados!

plano de las relaciones entre poderes públicos y empresas»¹⁴⁶.

La idea esencial es, pues, que el vértice político debe limitarse a la formulación de los objetivos, a la asignación de recursos y al control del trabajo de los funcionarios superiores. Para concretar la vía de «definición de objetivos y programas» y evitar que pueda convertirse en un pretexto para reservarse de hecho la gestión, la nueva legislación italiana ha configurado un instrumento técnico específico, la «directiva administrativa», instrumento que traza la línea de separación entre la función de *indirizzo* y la función de gestión¹⁴⁷. Por otra parte, se prohíbe expresamente la avocación de resolución de casos específicos por el Ministro (salvo razones de necesidad y urgencia especificadas en el acto de avocación, y con comunicación al Presidente del Gobierno). Todo ello se presenta como una exigencia del principio constitucional de imparcialidad de la Administración.

En fin, hemos podido ver por menudo en un apartado precedente cómo la Administración inglesa, a través de la enérgica conmoción que ha derivado del Informe Nolan, está exactamente en la misma línea de objetivización de la actividad administrativa y de preservar ésta de los influjos partidistas de los políticos.

De esta manera, una tendencia común en todos los Estados occidentales está llevando resueltamente a una ver-

¹⁴⁶ D'ALBERTI, *Corruzione «soggettiva» e «oggettiva»*, cit., pág. 20. CASSESE ha notado que esta radical innovación, una de las de mayor ambición de la reforma, ha tenido hasta ahora una aplicación limitada, «porque los políticos se resisten a ceder poder real y los funcionarios no desean asumir responsabilidades»: *Magioranza e minoranza*, cit., pág. 74. Vid. también M. CLARICH, *La nuova disciplina del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, en el vol. colectivo dir. por L. VANDELLI, C. BOTTARI y O. ZANASI, *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Quaderni della Spisa, Bologna-Rimini, 1995, págs. 18 y ss.

¹⁴⁷ CLARICH, *La nuova disciplina*, cit., pág. 19.

dadera «separación» entre Gobierno y Administración, o al menos a la neutralización política de ésta, cortando así, precisamente, el nexo que, en el sentir de la tesis que estamos combatiendo, legitimaría de manera especial en los actos de la Administración los orígenes democráticos del Gobierno.

He aquí, pues, que la clase política ha entrado en cierto modo en sospecha como gestora de la Administración, mucho más como gestora a la que por principio haya que considerar siempre acertada y dispensada de controles.

XIV

Por todo ello puede decirse con alguna seguridad que la situación actual de la democracia impone un reforzamiento, y en modo alguno una relajación de los controles¹⁴⁸. Que ello deba hacerse preservando la eficacia, es obvio, como también que para salvaguardar ésta no deben llegarse en ningún caso a pretender sacrificar controles igualmente efectivos.

Más aún: ese imprescindible reforzamiento de los controles, exigido para que la «cosa pública» no deje de ser tal y pueda pasar a ser, aun parcialmente, patrimonio privado de cualquier persona o grupo, aun de aquellos que hayan sido instituidos en el mando a través de procesos electorales, no se contenta ya con imponer el imprescindible reino de la Ley, sino que tiende a extenderse al fondo mis-

¹⁴⁸ Cfr. F. BALDINI, *La riforma dei controlli amministrativi*, en la obra colectiva «CORRUZIONE e sistema istituzionale», dirigida por D'ALBERTI y FINOCCHI, ya cit., págs. 81 y ss. El Informe Nolan es categórico al respecto, como hemos podido ver. Kelsen es aun más categórico: «El destino de la democracia moderna depende en una gran medida de una organización sistemática de todas estas instituciones de control. La democracia sin control no puede durar»: *La Démocratie*, cit., pág. 72-3.

mo de lo que hasta ahora han venido siendo facultades discrecionales, donde tan fácilmente pueden anidar prácticas corruptas. Así ha ocurrido en Italia con otra de las Leyes de la reforma Cassese, la de 24 de enero de 1994, que atribuye nuevos poderes de auditoría de oportunidad, y no sólo de legalidad, al Tribunal de Cuentas (que allí ejerce el control preventivo del gasto que en España ejerce la Intervención General, y no sólo el sucesivo sobre las cuentas vencidas de los entes públicos)¹⁴⁹. Hemos visto exactamente la misma idea en el Informe Nolan¹⁵⁰, sin que la coincidencia pueda explicarse como influencia. Ello quiere decir que hay una tendencia a reducir márgenes de discrecionalidad especialmente amplios, como puede observarse también entre nosotros sin más que prestar una lectura general a la reciente Ley de Contratos de la Administración Pública, de 18 de mayo de 1995, comparada con la situación legal anterior, que había permitido prácticas abusivas, si no abiertamente corruptas, en la práctica de la misma. «Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia [de 30 años desde la Ley anterior] —dice el Preámbulo de la Ley— es la de la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia».

Es el valor de la objetividad y la imparcialidad en la actuación administrativa el que pasa a primer plano en una situación de Estado de partidos, que impide diluir el interés general en los intereses partidarios múltiples, si no en

¹⁴⁹ BALDINI, *La riforma*, cit., págs. 86 y ss.; se trata de prevenir «la abusiva utilización de la discrecionalidad administrativa».

¹⁵⁰ *Report*, cit., pág. 89: «Recomendamos que el papel de los *accounting officers* de las entidades autónomas y sanitarias se redefina para poner énfasis en su responsabilidad formal sobre todos los aspectos de la honestidad.»

los individuales que se hacen presentes en las formas más descarnadas de la corrupción. Esa objetividad, exigencia de la igualdad y de la justicia, está destacada felizmente como el primer valor con que la Administración debe actuar en el artículo 103.1 de la Constitución («la Administración sirve con objetividad los intereses generales») y ha sido destacada como esencial en comentarios a este precepto bien conocidos, como los de Alejandro Nieto y Luis Morell¹⁵¹; en los términos precisos del primero, «mientras se viva dentro de la Constitución, el artículo 103.1 servirá de criterio de conducta para los poderes públicos. Y en el momento en que dichos criterios dejen de ser operativos, no se tratará ya de una infracción constitucional, sino de algo mucho más grave: el Estado y su aparato administrativo habrán dejado de ser democráticos». Difícilmente podría decirse más.

Desde Aristóteles, se sabe¹⁵² que la democracia es frágil y que corre el riesgo de degradarse en demagogia. La vigilancia de sus principios estructurales para permitir que puedan jugar sus enormes beneficios incluye la atención constante para evitar un descarrío que puede llevar a la democracia a su opuesto vicioso, según Aristóteles, la demagogia, por la cual se mercede la confianza pública o se intenta manipular torticeramente su aquiescencia, se acude sistemáticamente cuando no a la mentira abierta, a medias verdades, a la manipulación de las conciencias, al abuso del poder, a la amenaza abierta o implícita. Esa atención impone mantener con absoluto rigor el principio del reino

¹⁵¹ A. NIETO, *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en *Estudios sobre la Constitución Española*, III, ya citada, págs. 2185 y ss.; el texto que se transcribe, en pág. 2230. L. MORELL, *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública*, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. J. González Pérez*, I, Madrid, 1993, págs. 149 y ss.

¹⁵² ARISTÓTELES, *Política*, ed. de J. MARIAS y M.^a ARAUJO, Madrid, 1951, Libros VI y VII, págs. 166 y ss.

de la Ley y del Derecho ¹⁵³, porque la Ley incluye la esencia misma del principio de representación política del que la Ley surge; más la igualdad, que sólo una aplicación unitaria de la Ley hace posible; más la libertad, que está en la base de la Ley y que sólo en la Ley encuentra un escudo operativo eficaz, por encima de las grandes y enfáticas declaraciones vacías de sustancia; más la confianza de los gobernados, porque la Ley es verdaderamente su propia creación. Como vimos más atrás que Kelsen expuso lúcidamente, el mantenimiento de una legalidad democrática, que es, junto a la libertad, el contenido esencial de la democracia misma, exige una Administración burocratizada neutralizada políticamente, sin que pueda válidamente invocarse una ejecución «democrática» de la Ley, que vendría a destruir la democracia entera.

Ahora bien, ese principio encuentra un inexcusable instrumento en una justicia administrativa efectiva, general, plenaria (como también concluyó Kelsen, por cierto, como sabemos); sin justicia administrativa no hay efectiva sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, como impone el artículo 103.1 de la Constitución, componente absolutamente imprescindible de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución) digno de ese nombre.

La oportunidad de un reforzamiento (precisamente; en modo alguno una reducción) de la justicia administrativa para atender los riesgos degenerativos actuales de la democracia, y en particular la partitocracia, que sustituye al «demos» por una élite privilegiada y cooptada, y la corrup-

¹⁵³ ARISTÓTELES ya notó que para la «conservación de los regímenes... nada debe vigilarse tanto como que los ciudadanos no quebranten en nada la Ley, poniendo especial cuidado en las pequeñeces». *Ibidem*, pág. 223 (recordemos que para Aristóteles los ciudadanos son quienes gobiernan en las democracias: «todos participan de las magistraturas con la única condición de ser ciudadanos, pero el poder supremo corresponde a la Ley», pág. 176).

ción, que privatiza las funciones públicas, ha sido subrayada entre nosotros por Sabán ¹⁵⁴. La exigencia de una justicia administrativa extensa y reforzada «se ha visto impulsada por los preceptos constitucionales, de gran operatividad en este terreno y, en concreto, de las posibilidades otorgadas por el principio de tutela judicial efectiva... de este modo se han podido superar innumerables barreras formales que entorpecían, hasta impedirlo, un efectivo control de la actividad administrativa..., privilegios que han sido en parte doblegados». «Al propio tiempo, los Tribunales han ido aceptando la aplicación de técnicas de control que permiten una mayor eficacia en el enjuiciamiento de los actos, como pueden ser la finalidad del acto y desviación de poder, la desmitificación de la discrecionalidad técnica ¹⁵⁵, y algo de la mayor transcendencia práctica y de lo que se encuentran escasas referencias, la introducción de criterios igualitarios a efectos de prueba, o, lo que es lo mismo, la ruptura de la presunción de validez del acto impugnado». En concreto, propone una serie de reformas inaplazables frente a hipotéticas conductas corruptas, entre las que se encontrarían: 1) remover los obstáculos jurídicos que impidan «una adecuada fiscalización de motivos y fines de la actividad administrativa»; 2) supresión de todos los trámites procesales «que hacen depender el proceso de la voluntad de una de las partes».

De todo ello trataremos más técnicamente, especialmente cuando nos refiramos a algunos de los problemas bá-

¹⁵⁴ A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, cit., págs. 75 y ss. SABÁN es Magistrado de lo contencioso-administrativo y ha tenido antes de ser Magistrado una experiencia extensa como funcionario del Cuerpo Superior de la Administración.

¹⁵⁵ Puede verse un vivaz alegato contra el concepto mismo de discrecionalidad técnica y la propuesta de su reducción resuelta en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (por vez primera recibida en Italia), en el reciente libro de Daria de PETRIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

sicos del control de las facultades administrativas que se presentan como discrecionales o indeterminadas.

XV

Tras los anteriores planteamientos generales sobre el sentido de la democracia y de la representación política, y sobre sus peculiaridades actuales, así como sobre la posición política y jurídica de los administradores democráticos, nos queda ya el campo despejado para entrar, finalmente, en los temas más técnicos de la posición del juez dentro del Estado democrático de Derecho y de su función ante las decisiones administrativas en los ámbitos de la discrecionalidad y de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Hemos hablado hasta ahora de «reino de la Ley», porque esta expresión fue configurada en los orígenes mismos del Derecho Público europeo para oponerla a un sistema de gobierno por los hombres, con su sola voluntad y sus propios criterios libres y soberanos¹⁵⁶. El gobierno democrático es un «imperio de la Ley» (Preámbulo de la Constitución), Ley que los gobernantes particularizan y aplican, lo que los jueces han de controlar (art. 106).

Pero quizás es el momento de notar que el concepto, hoy constitucional, de «imperio de la Ley» ha de entenderse no en su sentido estricto de imperio de las leyes formales. Imperio de la Ley es, en la Constitución misma, imperio de la Ley y del Derecho. Como he explicado en otro lugar¹⁵⁷, aunque la dualidad de términos «Ley» y «Derecho» como instancias que dominan la actuación de los po-

¹⁵⁶ Remito de nuevo al libro cit., *La lengua de los derechos*.

¹⁵⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984 y reimpresiones, págs. 102 y ss.

deres públicos sólo la utiliza la Constitución al explicar la vinculación jurídica de la Administración, no debe olvidarse que el concepto básico constitucional es «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1), y no de simple Estado legal. Según el Preámbulo de la Constitución, el «imperio de la Ley» es un medio para «consolidar un Estado de Derecho». El verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el Derecho, mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, a los que expresamente proclama «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1.1). La construcción constitucional pretende, pues, un imperio del Derecho, entidad en la que entran, además de las leyes formales, todos los «valores» constitucionales, desde los proclamados como «superiores» en el mismo artículo 1 de su texto hasta todos los esparcidos a lo largo de éste y, señaladamente, los derechos fundamentales (art. 53.1), en los que se incluyen ciertas «garantías institucionales», y los llamados expresamente «principios» en el artículo 9.3. No es, pues, una idea estrictamente legalista la que, paradójicamente, incluye el concepto del artículo 106.1 de la Constitución, al encomendar a los Tribunales lo que llama el «control de la legalidad de la actuación administrativa»; es, más bien, como por lo demás resulta obvio partiendo del inmediatamente anterior artículo 103.1, que el concepto de legalidad incluye el contenido material, y no sólo formal, de la «Ley y el Derecho», que es lo que sustantivamente vincula a la Administración en toda su amplitud y sin límite alguno, «plenamente».

Esa vinculación de la Administración al Derecho no es un mero concepto retórico o desiderativo. Como todos los conceptos constitucionales, es, estrictamente, un concepto normativo, al que hay que atribuir la plenitud de efectos jurídicos. Ahora bien, un «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» no puede tener sentido alguno si no implicase

una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz. Sería incomprendible interpretar que la Ley y el Derecho, que someten plenamente a la Administración, tuvieran para ésta, no obstante, un mero valor indicativo, el de una recomendación o admonición moral que sus órganos democráticos pudiesen luego seguir o no, o seguir en una medida mayor o menor, según su buen e ilustre arbitrio.

No hay Derecho sin juez. El juez es una pieza absolutamente esencial en toda la organización del Derecho y esto no es excepción en el Derecho Público cuando se trata de la observancia del Derecho por la Administración. El juez «es la boca que pronuncia las palabras de la Ley», no en el sentido en que Montesquieu pensó, esto es, como limitado en su función a una función particularizadora, meramente automática, del texto literal de las leyes formales, sino en el más tradicional de *iurisdictio*, de decir el Derecho cuando las partes de cualquier relación regida por éste discrepan sobre el alcance de su vinculación efectiva. Visto tras la evolución histórica del Derecho Administrativo, hoy el proceso contencioso-administrativo no es ni un cuasi-proceso, como aun sigue siendo en alguna medida el presupuesto histórico que continúa pesando en el contencioso francés, con su sistema de «separación» de este proceso de los estrictamente judiciales¹⁵⁸, ni una excepción, que sólo

¹⁵⁸ Aunque esto está cambiando aceleradamente. En un reciente número especial sobre «El Derecho Administrativo», la revista «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», con motivo de su cincuentenario, 20 de junio de 1995, un Presidente de Sección del Consejo de Estado nota de manera expresa: «Lo que ha cambiado es, sobre todo, que los poderes del juez administrativo y las garantías del justiciable no han cesado de extenderse en todos los dominios del contencioso. Lo que sorprende es menos el acercamiento entre el exceso de poder y el contencioso de plena jurisdicción que el acercamiento, querido por el legislador, entre el contencioso-administrativo y el contencioso judicial. La institución del *référé* [medidas cautelares] administrativo en 1955, la de las multas coercitivas a la Administración en 1980, en fin, las de un procedimiento jurisdiccional de ejecución de las de-

haya que aplicar limitada o restrictivamente, imperando en el resto el buen arbitrio de los órganos democráticos. No es así como está organizado ni el Estado ni el Derecho Público actuales, pero, sobre todo, no es así como nuestra Constitución lo ha articulado, que es para nosotros lo esencial.

La posición del juez ante la Administración como sujeto, en cuanto ésta está «sometida plenamente a la Ley y al Derecho», es, inicialmente al menos —luego nos haremos cuestión de esta reserva—, la misma que ante cualquier otro sujeto, y por las mismas razones: porque la Administración no es «señor del Derecho», no está al margen del Derecho, no está vinculado a una parte sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto de los demás sujetos, o porque para ella el Derecho sea sólo un buen consejo, que sea libre de cumplir o no; en concreto, pues, porque la Administración, como los demás poderes públicos, está sometida plenamente «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» en paridad con los ciudadanos, como dice, en todos sus términos, con inequívoca explicitud, el artículo 9.1 de la Constitución. *Será el contenido material del Derecho Público lo que difiera del propio del Derecho Privado, y ello marcará las diferencias de régimen entre la Administración y los ciudadanos; pero ninguna diferencia existe, en el plano formal, entre el grado de vinculación a la Ley y el Derecho*

cisiones de las jurisdicciones administrativas en 1995 [Ley de 8 de febrero de 1995, sobre la cual P. FRAISSEIX, en «Revue du Droit Public», 1995, 4, págs. 1053 y ss.] son las principales etapas. La idea de que el Derecho Administrativo es un Derecho desigual, en el cual la Administración, garante del interés general, dispone de prerrogativas de poder público, ya no se admite bien, incluso por el Legislador, que es más sensible a conceptos tales como el respeto del Estado de Derecho o el derecho a un proceso equitativo.» M. BERNARD, *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort?*, pág. 199. Cfr. también F. BENVENUTI, *Per un Diritto amministrativo paritario*, en los *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padua, 1975, págs. 849 y ss.

que es propio de la Administración y la que alcanza a los ciudadanos, como tampoco en cuanto al «sometimiento pleno» al control del juez, pieza inseparable de la efectividad organizadora y práctica de cualquier Derecho. El «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración implica, pues, en conclusión, el «sometimiento pleno» al juez, inexcusablemente.

Queda entonces por determinar si, fuera del plano general en que hasta ahora hemos razonado, desde los contenidos materiales propios del Derecho Administrativo, que son los que, como hemos notado, definen el contenido particular de la vinculación jurídica de la Administración, puede justificarse algún grado de exención o de privilegio de la Administración en el momento de hacer efectiva su vinculación al juez.

Haremos ese análisis respecto a dos instituciones particulares, que es precisamente donde la polémica en la que estamos participando surgió inicialmente: casos de la aplicación por la Administración de los llamados «conceptos jurídicos indeterminados» y de la utilización de potestades discrecionales.

Antes de ese análisis estrictamente jurídico nos interesa, recogiendo y generalizando indicaciones que han quedado ya hechas en las páginas precedentes, introducir una observación de principio. Siguiendo a Dworkin¹⁵⁹, Touraine ha observado con acierto que una generalización de la justicia es un factor completamente esencial para la efectiva integración democrática. «Es necesario que los recursos sean activamente utilizados por los «miembros más débiles» de la sociedad. Es necesario que la mayoría reconozca los derechos de las minorías y, en particular, que no imponga a la minoría que la defensa de sus intereses y la

¹⁵⁹ R. DWORIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 2.ª ed., 1978 (hay edición española), en particular capítulos IV y VII.

exposición de sus puntos de vista tengan que realizarse sólo por los métodos que convienen a la mayoría o a los grupos más poderosos. La idea de la democracia no puede ser separada de la de los derechos y, en consecuencia, no puede ser reducida al tema del gobierno por la mayoría... La idea de los derechos fundamentales o morales no reposa, más bien lo contrario, sobre el interés bien entendido de la sociedad, sino sobre un principio exterior a la organización de la vida colectiva. La democracia no puede, pues, reducirse a instituciones públicas, a una definición de los poderes o del principio de libre elección de los dirigentes por espacios de tiempo determinados; la democracia es inseparable de una teoría y de una práctica del Derecho»¹⁶⁰.

Pero aun, en un libro reciente, el de Marcel Gauchet¹⁶¹, encontramos una enfatización del poder del juez

¹⁶⁰ A. TOURAINE, *Qu'est-ce que la Démocratie?*, cit., págs. 39-40.

¹⁶¹ Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, París, 1995. Para el autor, la democracia se despliega y sufre un proceso de metamorfosis en el tiempo, renovándose a través de tanteos e intentos sucesivos que no cesan de modificar las vías y de enriquecer las formas. Desde hace unos veinticinco años ha surgido una configuración inédita donde la opinión pública y el juez han pasado a ocupar el primer rango. La prosperidad material y la pacificación política han concluido por liberar «una poderosa dinámica de individualización» (pág. 23). La reconciliación de las masas con los valores del universo democrático, asegurada por los derechos sociales del Estado Providencia, han llevado a una reviscencia de la preocupación por las libertades individuales. El Estado de Derecho ha pasado así a primer plano. De la equidad entre grupos, la prioridad ha pasado a la defensa de la personalidad contra los abusos del poder público, defensa en la cual el juez se impone como el brazo armado natural. Una regulación administrativa sin precedentes ha hecho resurgir el ideal de una regulación automática de los fenómenos sociales. El Estado garantizador pasa a primer plano sobre el Estado gestor y planificador, asumiendo una función última de árbitro en el seno de un espacio policéntrico donde cada parte se ordena mediante una creación permanente de Derecho respecto al cual el juez es el instrumento natural. Todo esto «confiere al poder judicial una preeminencia que no había poseído jamás» (pág. 24). Se desarrolla como «un poder sobre los otros poderes» y aquí destacarían, por una parte, la opinión pública, por otra parte, el juez, en los dos casos con una profundización del régimen representativo

que hace de él —con referencia al juez de Derecho público, constitucional o contencioso-administrativo— una pieza central del sistema representativo mismo —representación en el sentido simbólico del concepto, que es el que «nos permite gobernarnos nosotros mismos a través de otros hombres que nos gobiernan»¹⁶². «El juez recuerda a la acción pública cuál es su regla, es un esfuerzo reflexivo para que la acción conducida en nombre del pueblo se remita a los principios, sólo por relación a los cuales toma sentido... Al recordar a los gobernantes y a los representantes el límite del Derecho de sus acciones y, en consecuencia, la fuente de sus poderes, el juez les hace ver la distancia que les separa del colectivo soberano del cual emana su mandato. Hace así visible la separación entre los delegados y el poder de delegación, poder del cual la opinión pública constituye la sombra durante los intervalos del sufragio»¹⁶³.

La elevación del juez al orden político ha sido realizada «por la afirmación del individuo bajo el aspecto de la reivindicación de sus derechos». Es el fruto de una emancipación del individuo nunca vista. «Por vez primera en la historia, una sociedad ha trabajado masivamente para ha-

(pág. 26). Ese dúo de poder informal que son la opinión y el poder arbitral del juez «tienen por función completar el sistema representativo y, se permitirá decir incluso, de hacer a ese sistema verdaderamente representacional» (pág. 36). La tesis central del libro es que la necesidad que ese dúo representativo cumple fue sentida perfectamente durante el período revolucionario, aunque los revolucionarios fueron incapaces de resolver el problema, y que este fracaso fue el que hizo frustrarse toda la técnica de la representación de la Revolución.

¹⁶² GAUCHET, pág. 286: es la frase que cierra el libro. Y antes (pág. 280) ha dicho: «El poder de vigilancia de los otros poderes es una pieza maestra en el proceso de institución simbólica del soberano.» Y en pág. 37: «La representación no es un simple mecanismo de transferencia del poder del todo a un órgano específico. Es un proceso de figuración colectiva a los ojos de sus actores y de figuración de la toma de lo colectivo sobre sí mismo.»

¹⁶³ GAUCHET, pág. 36.

cer independientes a sus miembros, desligándoles del deber de contar con los otros... De ahí la situación en que el individuo se encuentra justificado para recurrir contra la colectividad en nombre de los derechos, los cuales, por su parte, no tienen existencia más que por los medios que la colectividad ha puesto a su servicio... Estado e individuos son socios en una relación contenciosa que no puede encontrar su salida más que en un arbitraje independiente en Derecho... Es esta necesidad de liberalización creada por el éxito de la estatalización la que provoca una apelación generalizada a una mediación judicial, a fin de precisar la relación de dependencia compleja que se da entre el poder público y los administrados»¹⁶⁴, dando a este mecanismo una importancia social de primer orden.

Y también esta observación, que me parece digna de ser destacada: «La dominación de los representantes sobre los representados, cruz de todo sistema representativo, se asegura de manera incomparablemente más eficaz si, además de la sanción electoral, que no interviene más que a intervalos más o menos alejados, se instaura una instancia arbitral para verificar en permanencia que los poderes delegados, sean cuales sean, permanezcan en los límites impartidos a la delegación... Los poderes que el pueblo delega se sitúan bajo la inspección de un poder encargado de vigilar que no excedan de su mandato»¹⁶⁵. El juez se erige, así, en pieza central del sistema democrático.

En otros términos, dice Gauchet, lúcidamente, «el juez es el guardián del principio de composición del cuerpo social. Tiene por función la de mantenerlo inalterado, esto es, de preservar las condiciones que hacen su poder soberano, igual a sí mismo en todos los instantes del tiempo... Si se le opone al pueblo, es con el fin de evitarle ponerse

¹⁶⁴ GAUCHET, pág. 40.

¹⁶⁵ GAUCHET, pág. 42.

en contradicción consigo mismo»¹⁶⁶. Difícilmente podría decirse mejor.

Todas estas ideas, que no son construcciones abstractas, sino interpretaciones —a mi juicio, certeras— de la realidad política y social actual, contribuyen a destacar la importancia decisiva de la generalización del recurso contencioso-administrativo como expresión misma del principio democrático. De ahí también la importancia capital de su apertura a la protección de todos los «derechos e intereses legítimos», que efectúa directamente el texto constitucional en su artículo 24. Conviene, en efecto, no perder de vista que la justicia administrativa no tiene sólo en el artículo 106.1 de la Constitución su estatuto básico, sino, paralelamente, en el artículo 24, que ha generalizado el recurso a todas las situaciones individuales, a las que ordena dispensar una «tutela judicial efectiva». Nadie ha podido pretender que este precepto básico no sea aplicable en su integridad a la justicia administrativa y así resulta de la uniforme jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria.

XVI

Entramos ahora en el problema técnico del posible control por el juez de la aplicación que hace la Administración de lo que se ha convenido en llamar, partiendo de la doctrina alemana, conceptos jurídicos indeterminados.

Lo primero que hay que notar es que esta figura de los conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean —y han empleado siempre— precisamente las leyes¹⁶⁷. La Ley prohíbe la

¹⁶⁶ GAUCHET, pág. 46.

¹⁶⁷ Por ello algunos autores alemanes prefieren utilizar, en vez de esa fórmula abstractizante de conceptos jurídicos indeterminados, la más específica de *unbestimmte Gesetzesbegriffe*, conceptos «legales» indeterminados.

«competencia desleal», fija los standards de conducta del «buen padre de familia» o de la «diligencia del buen comerciante», prohíbe el «abuso de derecho» o impone la «buena fe», etc. No cabría legislar sin utilizar ese tipo de conceptos y cuando las partes en un proceso discrepan sobre su aplicación al caso parece claro que corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho discutido se acomoda o no a este tipo de conceptos a los que la Ley ha conectado alguna consecuencia jurídica.

El caso para nosotros se presenta cuando las leyes utilizan ese tipo de conceptos para atribuir o delimitar ciertas potestades a la Administración o para imponer límites o prohibiciones. La Ley dice que se pueden expropiar cosas y derechos «por causa de utilidad pública e interés social»; los municipios gestionan «los intereses propios de las correspondientes colectividades» o tienen derecho a intervenir «en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses»; «situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública»; «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Estas expresiones y otras muchas análogas tienen una clara función delimitadora. No quiere decir lo mismo expropiar propiedades *sólo* por causa de utilidad pública que por la simple voluntad y criterio subjetivo y circunstancial de la Administración y de sus gestores. No quiere decir lo mismo «intereses propios» que intereses de cualquier clase, ni el «círculo de sus intereses» incluye el ámbito de derechos o intereses ajenos o generales. No se puede pretender que existe una catástrofe, y habilitar los medios correlativos para su tratamiento, si resul-

Por ejemplo, H. I. WOLFF, O. BACHOF, R. STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, 10.ª ed., Munich, 1994, págs. 362 y ss. En cualquier caso, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se construye siempre en el ámbito de la relación entre la Administración y una Ley, relación específica y, como tal, al margen de la posición política general de la Administración, que no entra propiamente en juego en estos casos.

ta que la tranquilidad es absoluta. No se puede adoptar cualquier decisión si resulta que carece de motivos o de fundamentos objetivos o si la situación de que se parte es contraria a la que podría justificar la decisión que se adopta.

Esta función delimitadora de supuestos de hecho o de determinados valores es patente, pues, que es común a la técnica misma de legislar. La cuestión se presenta cuando resulta que la Administración ha efectuado una apreciación previa de la presencia o de los límites de esos conceptos legales en base a la cual ha dictado un acto administrativo y el ciudadano ha abierto un proceso contencioso-administrativo en el que cuestiona la validez del acto justamente porque la apreciación del supuesto de hecho no sea conforme, según su criterio, al concepto indeterminado formulado por la Ley en la que el acto pretende apoyarse.

Parece claro que ahí no existe ninguna potestad discrecional de la Administración para apreciar a su voluntad la presencia y el alcance del concepto legal en la situación disputada. Tiene, simplemente, el privilegio posicional de la decisión previa, que la permite avanzar su estimación propia de la realidad del concepto legal de cuya aplicación se trata, y de esa posición privilegiada arranca una presunción puramente formal de legalidad que configura al recurso contra tal estimación con un carácter impugnatorio. Pero el juez que examina, ante la apreciación contraria del mismo concepto por el recurrente y con la valoración de la prueba de autos, la presencia del supuesto de hecho en que el concepto jurídico indeterminado se basa, no está más que aplicando la Ley que ha enunciado dicho concepto con la función delimitadora a que hemos hecho referencia; de ningún modo puede pretenderse que está entrando en un ámbito político que sólo los representantes democráticos podrían valorar; está interpretando y aplicando la

Ley, simplemente, y si no lo hiciese y pretendiese dar la cuestión por saldada con la interpretación en que la Administración ha basado su acción, como interpretación definitiva y apodíctica, estaría faltando a su ministerio, a su función constitucional de control de legalidad de la actuación administrativa. Como dicen con toda rotundidad Wolff, Bachof y Stober «la interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica»¹⁶⁸.

Aquí procede establecer, con todo, una distinción, según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o conceptos de valor; respecto de los primeros, que se ventilan en la apreciación de los hechos, la competencia de control del juez es ilimitada¹⁶⁹; los segundos, que no se controlan exclusivamente por la apreciación de los hechos, sino que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos («impacto ambiental») o políticos («interés público», «utilidad pública»), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez. Esta es una forma simple de explicar la doctrina (en la que no nos detendremos) del «margen de apreciación» de que se beneficia la apreciación administrativa de estos conceptos de valor, margen

¹⁶⁸ WOLFF, BACHOF, STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, pág. 363.

¹⁶⁹ Es la frase literal de WOLFF *et al.*, *ibidem*. Para obviar más referencias, o más precisiones, que daré por supuestas, me permito remitir a lo que Tomás R. FERNÁNDEZ y yo mismo exponemos en *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., Civitas, 1995, págs. 445 y ss., así como al libro de F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, aún no superado.

que otorga una cierta presunción de acierto dentro del «halo del concepto», pero aunque no llega hasta excluir la entrada del juez en su control directo (el problema sigue siendo «una cuestión jurídica»), sí limita la posibilidad de una apreciación inmediata y propia por el juez de su efectividad y prima la ventaja posicional de la Administración respecto a la corrección de su apreciación. La posibilidad del control judicial está siempre abierta, pues, para verificar si esa posición inicial de objetividad en la apreciación administrativa puede o no mantenerse, lo cual deberá ejercerse normalmente a través de un control de los límites o de los excesos, siempre, por supuesto, posibles y que la prueba puede perfectamente poner de manifiesto y acreditar.

Antes dijimos de manera incidental que si la Constitución ha dicho que la expropiación forzosa de bienes y derechos procede sólo por causa de utilidad pública o interés social, quiere decir algo completamente distinto que si dijera que la expropiación procede siempre que quiera la Administración o sus gestores, a su albur. Desde la primera Ley española de expropiación forzosa de 1836, pasando por las de 1879 y 1954, ha estado tradicionalmente vedado a los Tribunales contencioso-administrativos españoles enjuiciar si esa causa legitimadora del ataque central al derecho de propiedad que es la expropiación se cumplía o no se cumplía en el caso concreto, incluso si se daba el fundamental requisito de la «necesidad de ocupación», que es el que determina la extensión concreta de la expropiación a una propiedad determinada, concretando en ella la presencia de la «utilidad pública» legitimadora. Con esa prohibición de que entrase el juez en esas materias ¹⁷⁰, la fun-

¹⁷⁰ Prohibición formulada por las propias Leyes de Expropiación; así la vigente Ley de 1954, artículo 126.1, sobre necesidad de la ocupación. Las Leyes de 17 de julio de 1836 y 10 de enero de 1879 se dictaron o cuando no existía recurso contencioso-administrativo —la primera— o cuando fal-

ción delimitadora (y aquí garantizadora de un derecho fundamental, el de propiedad) del concepto jurídico de «utilidad pública» quedó simplemente vacía y no pudo nunca (nunca, repetimos, contra la voluntad de las Constituciones respectivamente vigentes, que consagraban esa supuesta garantía a la propiedad) ser aplicada. Ese concepto quedó así equiparado, de hecho, al que formulábamos de manera alternativa y con alcance esencialmente distinto: se pueden expropiar las cosas que libremente determine la Administración y en la extensión que en cada caso ella decida.

Sólo en virtud de la Constitución de 1978 la situación ha cambiado radicalmente. El Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de enjuiciar si la calificación hecha por una Ley formal de una determinada causa de utilidad pública o interés social como *causa expropriandi* es o no constitucional (Sentencias de 2 de diciembre de 1983 —Rumasa— y 26 de marzo de 1987 —Ley de Reforma Agraria de

taba la cláusula general de competencia de la jurisdicción, que no se introduce en España hasta la Ley Santamaría de 1888; en todo caso, el artículo 5 de la Ley de 1836 dispone expresamente que en caso de discrepancia sobre la necesidad de la ocupación «el Gobierno... lo terminará definitivamente»; lo cual da por supuesto el artículo 19 de la Ley de 1879, cuyo Reglamento de 13 de junio de 1879, artículo 14, declara que la declaración de utilidad sólo «podrá recurrirse dentro de la vía gubernativa». La primera Ley que admitió la expropiación por interés social, la de 27 de abril de 1946, implícitamente niega en su artículo 7 todo recurso contra la declaración de tal interés. Para la jurisprudencia, antes y después de la Ley de 1954, fue muy fácil concluir que tanto la declaración de utilidad pública como la de necesidad de la ocupación eran actos infiscalizables como supuestamente discrecionales (aunque jurídicamente esta calificación resulte absurda): Sentencias, entre otras muchas, de 23 de mayo de 1905, 11 de febrero de 1930, 21 de mayo de 1958, 23 de abril de 1967, 3 de junio de 1977, 25 de septiembre de 1978 (las últimas ya posteriores a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que rectificó la irrecurribilidad de los actos discrecionales; en una interpretación muy estricta, alguna Sentencia, como la de 24 de octubre de 1959, admitía —teóricamente— el recurso sólo por desviación de poder; la de 1 de marzo de 1978 limitaba el recurso a las causas de nulidad plena del artículo 47 LPA, no se entiende bien por qué).

Andalucía—); ni siquiera el legislador es ahora libre para una determinación de esta naturaleza, pues, desde el momento en que tiene que respetar los límites que le impone (art. 53.1) el concepto jurídico indeterminado de utilidad pública e interés social que deliberadamente usa el artículo 33.3 de la Constitución con intención garantizadora del derecho fundamental de propiedad («nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos *sino* por causa justificada de utilidad pública o interés social») ¿Cómo hacer para que esa «causa justificada» esté efectivamente presente, cómo controlar su justificación si se dejase al simple albur del legislador, en el caso de la Ley, o de la Administración o de sus gestores, en el caso de que ella decida la expropiación o su extensión? El carácter normativo de la Constitución sólo se asegura si el juez constitucional es capaz de controlar al Legislativo y, por idénticas razones si el juez contencioso-administrativo controla, a su vez, las determinaciones de la Administración sobre esa cuestión esencial, en cuanto que son determinaciones perfectamente vinculadas por el constituyente.

Nada más obvio que la «causa justificada» deba, en efecto, justificarse; lo que necesitaba explicación, y nunca se ofreció, ni se intentó siquiera (fuera del abusivo concepto de que se trataba de actos discrecionales, esto es, que admiten en su aplicación tanto una solución como otra, lo que vulneraba de manera frontal y casi cínica la garantía constitucional explícita) era la solución contraria, que ha reinado pacíficamente, no obstante, durante siglo y medio.

A resultas de ello, tras la Constitución de 1978 han comenzado a aparecer Sentencias contencioso-administrativas que enjuician directamente si existe o no causa de utilidad pública en las expropiaciones decididas por la Administración ¹⁷¹, o si la presencia de tal causa justifica o no

¹⁷¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994, 15 de ju-

la aplicación concreta de la expropiación a una finca determinada o a una cierta parte de la misma ¹⁷².

Hay que decir que ese tipo de control de las causas legitimadoras de la expropiación aducidas por la Administración y su aplicación concreta a una propiedad determinada es un control perfectamente normal en las jurisprudencias europeas ¹⁷³.

Lo que en cualquier caso nos interesa notar, ya con carácter general (en la Tercera parte de esta obra se incluye un análisis más detenido de este tema de los conceptos jurídicos indeterminados), es que:

1.º El control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, por amplio que sea el «halo

nio de 1994 y 14 de febrero de 1995. Las tres se refieren a un mismo supuesto de instalación de un cementerio privado en Alcobendas. El Tribunal Supremo, partiendo de que existía sobre los mismos terrenos declarados de utilidad pública a efectos expropiatorios por la Comunidad Autónoma de Madrid un cementerio de las mismas características autorizado por el Ayuntamiento, observa que tal declaración de utilidad pública «resulta artificiosa... e improcedente la ubicación del cementerio prevista en el acuerdo recurrido y, por ende, la necesidad de ocupación subsiguiente», añadiendo que el cementerio privado existente «puede entenderse como desarrollo de la libertad de empresa establecida en el artículo 38 de la Constitución», de tal modo que «la actividad de la Comunidad no complementa... las instalaciones y servicios mortuorios propios del municipio, sino que más bien pretende sustituir la que ya había iniciado, desarrollando atribuciones que le correspondían, el Ayuntamiento de Alcobendas». Son términos literales de la última de las tres Sentencias, que incorporan, como se habrá notado, un inequívoco juicio de fondo. Una gran novedad en el terreno de los principios, que es de esperar que deje de ser excepcional.

¹⁷² Necesidad de ocupación. Sentencias, entre otras muchas, de 8 febrero 1993, 9 de marzo de 1993, 3 de julio de 1993 y 9 de diciembre de 1993 (con referencia ya a la Constitución como norma de apertura de la recurribilidad de estos actos).

¹⁷³ Francia: J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, París, 1995, págs. 74 y ss. Italia: Mario BESSONE e Gian Carlo ROLLA, *Il privato e l'espropriazione*, II. *I profili processuali*, Milán, 1990, págs. 54 y ss. Alemania: H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., Munich, 1994, págs. 650 y ss., en particular 652 y ss.

del concepto», y pocos más amplios que el de utilidad pública, es siempre posible.

2.º En la medida en que esos conceptos proceden de las leyes (o de la Constitución, como en este caso), ese control es siempre una cuestión jurídica.

3.º Dada la función delimitadora de determinados supuestos de actuación pública o de los límites de las potestades administrativas de intervención que el empleo de esos conceptos por las leyes tiene siempre, el control por el juez del modo como la Administración los estima presentes en el caso es un modo obligado de verificar esa deliberada función delimitadora de la Ley en su aplicación por la Administración.

4.º De modo que rehusar el control judicial por principio del uso de tales conceptos indeterminados por la Administración equivale a convertir en ilimitados y dejados al solo arbitrio de ésta los supuestos de hecho o la extensión de las potestades que la Ley ha querido determinadas y limitadas; es, pues, inaplicar manifiestamente la Ley que los ha formulado.

5.º En todo caso, como se ve, a lo largo del proceso puramente racional-jurídico del control de la presencia efectiva del concepto legal en el caso que se enjuicia no hay el menor resquicio para poder introducir en dicho proceso el argumento del origen democrático (directo o indirecto), o no democrático, de los agentes que han dictado la decisión alrededor de la cual el proceso se debate; eso se refiere al interior de la organización del sujeto Administración, no al modo con que ésta debe actuar ante la Ley, a la cual está siempre enteramente vinculada.

XVII

Diferente es el caso de los poderes discrecionales, aunque presente en algunos aspectos ciertos puntos de contacto con el anterior.

Sin necesidad de entrar de lleno en un tema tan amplio, y de repasar toda su compleja temática, que no es ahora nuestro objeto, me permitiré observar que, a los fines que nos ocupan, lo esencial de la discrecionalidad es lo que, con encomiable precisión, dice la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: la discrecionalidad «surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público». Todo poder discrecional, pues, ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley¹⁷⁴; tampoco, en ningún caso, la discrecionalidad pue-

¹⁷⁴ Reitero aquí la vieja convicción sobre la llamada «vinculación positiva» de la Administración a la legalidad, muchas veces formulada y reiterada por mí. En nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, cit., I, págs. 428 y ss., por toda referencia. También la opinión a la que nos oponemos en este trabajo ha afirmado su oposición, o al menos su reserva sobre esta idea, como igualmente Alejandro NIETO más de una vez. Como no es cosa de generalizar una polémica a toda clase de discrepancias, como ya indiqué al comienzo, permítaseme sólo ahora sobre esto, sin perjuicio de poder volver sobre el tema en otro momento, tres observaciones. Primero, que una parte esencial para explicar el mecanismo de la vinculación positiva es el concepto de potestad, concepto básico, que permite diferenciar clases distintas del mismo, lo que no siempre parece tenerse en cuenta por los objetores. Segundo, que creo apoyarme en la construcción técnica básica de todo el Derecho Público europeo posterior a la Revolución Francesa, como he intentado justificar en mi libro *La lengua de los derechos*, ya citado. Y aún una tercera razón: que puedo invocar en mi apoyo al, quizás, más autorizado jurista del siglo XX, Hans Kelsen —y su epígono administrativista Adolf MERKL—, a cuya construcción de este punto, central en su teoría del Derecho, me complace remitirme ahora; no es, ciertamente, mala compañía.

de equipararse a la Ley o pretender sustituirla. Esta es, en último extremo, la razón de que no pueda nunca intentarse aplicar a la discrecionalidad la irresistibilidad (hoy ya relativa) propia de la Ley, o su valor como expresión de la «voluntad general». Por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un *quid aliud* respecto de la Ley, como cualquier otro producto administrativo, y estará por ello «sometida plenamente» a la Ley y al Derecho.

Dicho lo cual, podríamos concluir aquí. Pero importa añadir que el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida. Esos elementos pueden ser muchos, pero necesariamente tiene que haber algunos: la existencia de la potestad, su extensión concreta, y la realidad de los hechos que legitiman su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, el fondo parcialmente reglado. Sobre el fin, convendrá señalar de manera especial que nuestra Constitución es probablemente la única que ha elevado al rango constitucional el principio del control preceptivo y general del fin por el juez, artículo 106.1 («los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, *así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*»).

No me parece por ello que resulte criticable el «afán» de precisar y matizar esos controles. Este afán es absolutamente general en todas partes¹⁷⁵ y no creo que pueda

¹⁷⁵ Recuérdese lo indicado al comienzo de este trabajo y la enfática afirmación de SCHWARTZ que documenta la nota 1. Pero quizás no sea inoportuno traer aquí, dada la actual resistencia de los Tribunales norteamericanos a entrar en esta materia, influidos por las concepciones de la «Nueva Derecha» reaganiana, como estudiaremos en la segunda parte de este libro, el esquema de control de la discrecionalidad que formula uno de los especialistas americanos más cualificados en este tema específico, Kenneth Culp DAVIS (ver la nota 10 de la segunda parte de este libro; sus aportaciones son constantemente citadas en obras monográficas actuales sobre el tema, como

suponerse que implique un desdén por las necesidades de la política. Ocurre que los juristas se ocupan del Derecho y no de la política (aunque no deje de haber, y no es nada malo por sí solo que así ocurra, juristas que hacen política y políticos que intentan intervenir en el Derecho, una tentación no infrecuente, por cierto) y que la relación entre esas dos realidades formidables la establece la Constitución, que es, a su vez, una norma jurídica ella misma.

No creo que sea el momento de precisar ahora las distintas técnicas de control judicial de la discrecionalidad,

la de D. J. GALLIGAN, *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, Oxford, 1990, o la colectiva dirigida por Keith HAWKINS, *The uses of discretion*, Oxford, 1992, que ya he citado más atrás varias veces). Cito a DAVIS por su *Administrative Law Text*, 3.ª ed., St. Paul, Minn., 1972 (que, a su vez, condensa su famoso y extenso *Administrative Law Treatise*, 4 vols., 1958), págs. 91 y ss. DAVIS cree que en EE.UU. existe «en todos los niveles... un poder discrecional excesivo... Necesitamos eliminar el poder discrecional *excesivo*» e «innecesario», lo que no quiere decir eliminar el poder discrecional en sí mismo, que supondría «paralizar el proceso gubernamental» (págs. 92-3). DAVIS propone tres operaciones para esa tarea: delimitar, estructurar y controlar el poder discrecional necesario (pág. 93). Delimitar [*confining*] implica mantener el poder discrecional dentro de sus límites establecidos por las Leyes, las reglas administrativas, la jurisprudencia, evitando que se desborde fuera de esos límites. Estructurar [*structuring*] es controlar el modo de ejercicio del poder discrecional dentro de esos límites; concretamente, para esta operación utiliza siete instrumentos: planes, documentos oficiales de la política que se realiza, reglas establecidas (estos tres instrumentos significan que las opciones discrecionales deben adoptarse en función y a la luz de los objetivos), apreciación de los hechos, razonabilidad, precedentes judiciales y equidad u objetividad en los procedimientos. Todos estos instrumentos deben buscar la transparencia [*openness*], que es una protección muy eficaz contra la arbitrariedad. Todos estos criterios están sumamente desarrollados, con gran sutileza. Finalmente, al referirse al control se refiere sobre todo a los controles internos, entre los que incluye las alzas ante órganos superiores que pueden reproducir el juicio discrecional, fórmula que le parece aconsejable en general; órganos consultivos, etc. Como se ve, una preocupación general por disminuir los poderes discrecionales excesivos o innecesarios se matiza luego de forma sumamente cuidadosa con la discrecionalidad justificada y respetable. Cualquier administrativista responsable hace lo propio, ciertamente; no conozco a nadie que pretenda destruir la presencia ineludible de la discrecionalidad en la vida política. Su equilibrio mental estaría en cuestión, sin duda.

que están en todos los manuales y monografías. Prestaré solamente alguna atención al control a través de los principios generales del Derecho, entre los cuales el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tiene explícito rango constitucional (art. 9.3), no obstante lo cual parece concitar algunas reservas por su supuesta imprecisión.

La técnica de los principios generales del Derecho, aparte de su valor propio en todo el ámbito jurídico como técnica de superación del positivismo legalista, que pretendía reducir todo el Derecho a la simple exégesis de las Leyes escritas, ha tenido un desenvolvimiento espectacular precisamente en el Derecho Público ¹⁷⁶. En el caso del Derecho Administrativo esta fuente peculiar del Derecho se generaliza y se extiende, con toda deliberación, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir de esta segunda postguerra como técnica de control de la Administración y precisamente de su actuación discrecional. El

¹⁷⁶ En el Derecho Constitucional, resulta obvio a través del espectacular desarrollo de la justicia constitucional y de la concreción definitiva de ésta en los problemas de la constitucionalidad material, y no meramente formal, de las leyes, contrastadas con valores constitucionales de fondo actuando como verdaderos principios generales. Cfr. mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., págs. 209 y ss. y allí cit. Sobre la significación excepcional de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *vid.*, por todos, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, págs. 238 y ss. En el Derecho Administrativo, la generalidad de la doctrina y de las jurisprudencias los utilizan; el texto se refiere a ello enseguida. Quizás no esté de más destacar cómo una doctrina como la italiana, con un fuerte influjo positivista, aunque nunca haya excluido la fina utilización de los principios en esta materia (baste citar la sutil y precisa casuística sobre los vicios de los actos discrecionales reunida alrededor del concepto de *excesso di potere*, tempranamente recogida entre nosotros por S. MARTÍN-RETORTILLO en «RAP», núm. 23, 1957), esté ahora en pleno entusiasmo «principalista»; remito al reciente y valioso libro de F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 1995, que ya he citado, págs. 75 y ss.

libro de Jeanneau ¹⁷⁷ sistematizó esta gran novedad, que no ha hecho desde entonces sino desarrollarse y afirmarse definitivamente ¹⁷⁸.

El Consejo de Estado mantuvo esta posición tras la Constitución de la V República de 1958 en cuestiones esenciales: así con relación a la validez de los Reglamentos independientes, directamente ordenados a la Constitución, y a los que no es posible poder reprochar infracción de Ley, por tanto, pero sí —y aquí está una de las aportaciones sustanciales de la jurisprudencia del Consejo de Estado— infracción de los principios generales del Derecho; y más espectacularmente aún, en el supuesto del artículo 16 de esa Constitución, asunción por el Presidente de la República de todos los poderes en situaciones de emergencia, afirmando que tal situación excepcional (similar a la habilitada por el famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar, que consagraba la «dictadura constitucional» del Presidente, en la famosa caracterización de Carl Schmitt, y que fue el artículo preciso sobre el que Hitler instauró su poder) no exime al Presidente de la observancia de los principios generales del Derecho, posición desde la cual el Consejo de Estado no dudó en anular una condena de muerte ¡ya firme y pendiente de ejecución! acordada por un Tribunal de excepción creado en virtud de una Ordenanza dictada por el General de Gaulle en uso de dichos poderes, Ordenanza que la alta jurisdicción entendió que violaba tales principios ¹⁷⁹.

¹⁷⁷ JEANNEAU, *Les principes généraux de Droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954. Antes ya, J. RIVERO, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, en «RAP», núm. 6, 1951, págs. 289 y ss.

¹⁷⁸ Cfr. la referencia de BRAIBANT, nota 8 *supra* y texto correspondiente. No parece necesario dar más referencias, que se encontrarán en cualquier manual; no es ya una «teoría», es una técnica, perfecta y cotidianamente operativa.

¹⁷⁹ Es el famoso *arrêt Canal*, de 19 de octubre de 1962. Su texto, en

La Ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa acogió resueltamente esta corriente, al sustituir sistemáticamente la expresión «infracción del ordenamiento jurídico» por la tradicional de «infracción de la Ley», y explicar luego en su Exposición de Motivos que «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». Parece innecesario precisar cómo la jurisprudencia ha seguido fielmente esta concepción.

Tras la Constitución de 1978 la cuestión admite menos duda todavía. La Constitución instala una jurisprudencia de valores, entre los cuales se califican de «superiores» todos los derechos fundamentales —la libertad, la igualdad— (art. 1.1), además de la justicia misma¹⁸⁰. Hay un mandato expreso a todos los poderes públicos, y por lo tanto al juez, de hacer esos valores «reales y efectivos» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2). Por otra parte, en fin, la Constitución formula expresamente «principios», así llamados (art. 9.3), los cuales, expresos en esa enumeración o dispersos por otros lugares de su articulado, tienen pleno valor normativo, como el Tribunal Constitucional se ha cuidado de establecer desde su primera Sentencia de inconstitucionalidad, la de 2 de febrero de 1982 («valor aplicativo y no meramente programático»).

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es uno de esos principios constitucionales del artículo 9.3 y está derechamente dirigido al centro mismo de los poderes discrecionales. Como tal fue formulado

«Revue de Droit Public», 1963, págs. 121-2. Comentado por mí en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 71.

¹⁸⁰ Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del Ordenamiento*, en los *Estudios sobre la Constitución Española*, ya cit., I, págs. 29 y ss.

en la Constitución¹⁸¹ y como tal viene siendo aplicado por la jurisprudencia e interpretado por la doctrina. Pero jurisprudencia y doctrina no han hecho nunca de ese principio un principio abierto, informal y puramente estimativo en su aplicación, de modo que con su sola invocación el juez pudiera pasar a la decisión de su fallo; por el contrario, lo han reconducido siempre, como ocurre con todo concepto jurídico, a técnicas precisas, que se concretan en una serie de principios generales del Derecho perfectamente caracterizados y delineados: aparte de la desviación de poder formal, falta de motivo o de razón suficiente, proporcionalidad, apreciación inexacta de los datos de hecho de que se parte, buena fe, manipulación de los medios elementales de vida como instrumento coercitivo, etcétera.¹⁸²

¹⁸¹ Cfr. mi artículo *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, en «RAP», núm. 124, 1991, págs. 211 y ss. Como en este trabajo se nota y se documenta, el principio fue fruto de una enmienda victoriosa del Senador LORENZO MARTÍN-RETORTILLO.

¹⁸² En este sentido, mi viejo trabajo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en «RAP», núm. 30, 1959. Mucho más sistemática y acuciosamente, el catálogo de vicios de los actos discrecionales que tipifica la doctrina alemana. Para no citar más que los canónicos recogidos en los dos manuales hoy más autorizados, *vid.* WOLFF, BACHOF, STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, cit., págs. 378 y ss. y H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 118 y ss. Suelen enumerarse: transgresión de los límites de la discrecionalidad (*Ermessenüberschreitung*), falta de utilización (o utilización insuficiente) de la discrecionalidad (*Ermessensunterschreitung*), abuso de poder discrecional (*Ermessensmissbrauch*), ejercicio defectuoso de la discrecionalidad (*Ermessensfehlgebrauch*), violación de los derechos fundamentales o de principios generales del Derecho Administrativo (y especialmente de los de necesidad, proporcionalidad, igualdad y otros valores constitucionales), reducción a cero del poder discrecional (*Ermessensreduzierung auf Null*), cuando la posibilidad de elección queda reducida a una sola por la ilegalidad o desproporción de las otras alternativas. Por otra parte, en Derecho alemán se admite que en ciertas situaciones puede darse una combinación de potestades discrecionales con conceptos jurídicos indeterminados (*Koppelungsvorschriften*), o intercambialidad de ambas técnicas (*Austauschbarkeit*). La tipificación de vicios en el ejercicio de la discrecionalidad o de las técnicas de reducción de ésta realizada por la doctrina y la

Ultimamente Tomás R. Fernández pretende reconducir todas las formas de arbitrariedad al *standard* de la razonabilidad¹⁸³. En cualquier caso, lo que importa notar es que la Sentencia que trate de indagar una arbitrariedad deberá utilizar principios auxiliares para llegar a un *topos* jurídico identificable, como es común, por lo demás, con cualquier principio general del Derecho, que en modo alguno son la expresión o el instrumento del *iudex rex*, sino más bien lo contrario, una vía estrecha para articular cada caso en el complejo del sistema jurídico (por eso son «generales», y no la supuesta justicia del caso concreto, por eso son «del Derecho», esto es, principios técnicos y no morales)¹⁸⁴. Es, por tanto, completamente inexacto que el uso de la técnica de los principios generales del Derecho lleve directamente al decisionismo judicial desnudo; más bien la proposición correcta sería la opuesta, precisamente¹⁸⁵.

Lo que es necesario retener, por tanto, es que cuando el juez reprocha arbitrariedad a la Administración, no lo hace de una manera estimativa y por simple convicción subjetiva, de modo que se limite a una censura abstracta, sin contornos precisos; esto sería, en efecto, activismo judi-

jurisprudencia alemanas y su rigor técnico son —contra la idea que parece haberse transmitido— de una riqueza y profundidad normalmente desconocidas en otros sistemas.

¹⁸³ T. R. FERNÁNDEZ, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en «REDA», 83, 1994, incluido en el libro ya cit. *De la arbitrariedad de la Administración*.

¹⁸⁴ Cfr. mi libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, reimpresión, 1986. J. LEGUINA, *Principios generales del Derecho y Constitución*, «RAP», núm. 114, 1987, págs. 7 y ss. M. BELADÍEZ, *Los principios jurídicos*, Madrid, Civitas, 1994.

¹⁸⁵ Baste remitirse a la central investigación de J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956; hay traducción española, Barcelona, 1961. Obra capital; la bibliografía podría multiplicarse fácilmente. Alguna puede verse en las obras citadas en la nota anterior.

cial. Por el contrario, está aplicando la Ley y el Derecho, en este caso nada menos que la Constitución, y lo hace precisamente usando una técnica perfectamente objetivada para los juristas, la técnica de los principios generales del Derecho, que le obliga a una cercanía inmediata a los hechos del caso y a un razonamiento que se descompone en valores jurídicos identificables; en modo alguno a enunciados puramente retóricos.

Quizás convenga notar, y esta observación me parece especialmente importante, que en el mundo anglosajón se han apercibido de que es, justamente, el desarrollo de las técnicas de control jurídico de la discrecionalidad (no únicamente de la discrecionalidad administrativa, también y quizás especialmente, la del legislador con ocasión de la justicia constitucional) la que ha llevado «al desarrollo de una concepción más extensa y abierta del Derecho, comprendiendo “principios” tanto como “reglas”», citándose en este sentido el importante ejemplo de Ronald Dworkin y el de Nonet y Selznick; ello ha implicado, se ha dicho, «una completa revisión de la ideología y de la metodología jurídica»¹⁸⁶. Hay que decir que así ha ocurrido precisamente en Francia con el Consejo de Estado, como hemos visto, que es por ello mucho menos legalista o positivista que el Tribunal de Casación y que de hecho, en alguna medida, ha transmitido a éste tal visión abierta del Derecho.

En definitiva, un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el que abre —y obliga— el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la

¹⁸⁶ Nicola LACEY, *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm*, ya citada, págs. 366-7. Cita el conocido libro de DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977. P. NONET y P. SELZNICK, *Law and Society in transition: toward responsive Law*, Nueva York, 1978.

Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración, ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho —concepto este último que por sí sólo remite a los principios generales—, así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de justicia. Estos no suplantán, pues, a través de ese control, la función propia de los órganos políticos y administrativos, sino que atienden a que la actuación de éstos se mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la Ley y el Derecho. Por lo demás, tal es la esencia misma del Estado de Derecho, sin que resulte preciso insistir en ello.

A través de ese control, por tanto, no incurren los jueces en ningún exceso en su función, sino que actúan el más riguroso *officium iudicis*, de acuerdo con el papel que a este oficio asigna la Constitución misma y de acuerdo también con el sentido actual más depurado de la aplicación del Derecho y de la función judicial.

Se comprende, por tanto, que carezca de sentido intentar proclamar esa práctica, seguida, por lo demás, por todas las jurisprudencias europeas, como un atentado a la independencia y responsabilidades propias de los órganos políticos y administrativos. Del mismo modo, no se alcanza a ver que el argumento del origen democrático de los agentes altere esta conclusión en ningún sentido. Más bien la democracia, como ya nos consta, impone por sí sola la exigencia de una objetividad absoluta en las decisiones administrativas, que sólo en el Derecho, y no en el interés de

ningún partido ni de ningún agente, pueden justificarse ante el público y sustentar con ello la confianza de éste, confianza que es justamente la democracia en acto, su esencia misma, como ya nos consta.

XVIII

No parece preciso insistir en la actualidad general que la técnica de los principios generales del Derecho tiene hoy en todos los sistemas positivos como esencial en el proceso aplicativo del Derecho. Pero acaso no resulte ocioso subrayar que esta técnica viene a enlazar en sus efectos con uno de los valores centrales del ideario democrático, el consenso.

En su último trabajo en la polémica indicada al principio, Tomás R. Fernández¹⁸⁷ ha observado certeramente que la exigencia de razonabilidad en la actuación de la Administración, que está en el fondo del principio de interdicción de la arbitrariedad, la necesidad de que las decisiones administrativas puedan soportar una explicación objetiva, no es una invención del estamento de los juristas para su propio recreo o para autoafirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político; es, más bien, una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual. Se trata de un «esfuerzo permanente de justificación de las decisiones que muestre su carácter razonable y plausible cuando menos y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya

¹⁸⁷ T. R. FERNÁNDEZ, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en «REDA», núm. 83, además de en su recopilación final *De la arbitrariedad de la Administración*. Págs. 395-6 de «REDA» para los textos que se transcriben.

la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama».

Se trata, pues, de «un esfuerzo de indagación de un fundamento adicional a la mera fuerza, capaz de legitimar el poder, de encontrar para él una respuesta susceptible de ser aceptada en el seno de la comunidad en la que se expresa por una parte significativa de sus miembros, de obtener un mínimo consenso, sin el cual ningún poder puede mantenerse mucho tiempo». Pues «en esta necesidad de ser aceptado, de no ser considerado arbitrario, radica la única debilidad del poder, que por esa razón interroga siempre al Derecho en busca de un fundamento, de una justificación que asegure esa justificación a la que aspira». Al formular esta pregunta, el poder acepta, a su vez, el riesgo de ser interrogado por sus propias razones, de ser cuestionado por el Derecho». «Como muestra la experiencia histórica, no basta una respuesta cualquiera para hacer aparecer el poder ante los demás como un poder legítimo. Ni siquiera es suficiente que esa respuesta sea pasivamente aceptada por una parte significativa o, incluso, mayoritaria de la sociedad. Se necesita siempre una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer o, cuando menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe alguna oposición activa, ésta sea más bien marginal y, por lo tanto, inocua».

Y también: «Este es el cuadro de la sociedad en que vivimos, con toda evidencia, y en este cuadro, en este escenario nos movemos, queramos o no, todos los operadores jurídicos, ya se trate de legisladores, de gobernantes o funcionarios, de jueces, abogados, profesores, etc. No hay

ningún poder indiscutible ni indiscutido en la sociedad de nuestros días. Todos valemos, al menos en términos de tendencia, lo que para los demás valen nuestras razones, y es bueno que así sea, porque la igualdad que resulta de nuestra valoración en función del valor de nuestras propias razones es el fundamento último y la esencia misma de la convivencia democrática».

Me parece una observación esencial, a la cual, por cierto, se ha adherido de forma expresa el Profesor Manuel Atienza en su intervención en esta polémica ¹⁸⁸. «El Estado de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. El Derecho es precisamente el instrumento —o uno de los instrumentos— de racionalización del poder. Esta idea tiene como necesaria *consecuencia* que las decisiones de los órganos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico». En su intervención en esta polémica, Atienza ha hecho, pues, suya la idea expuesta, que parece, en efecto, especialmente oportuna.

Aarnio ha notado, con toda pertinencia, en la misma línea, que en la sociedad actual «se ha reemplazado la fe en las autoridades» por «la exigencia de que las opiniones sean justificadas. La exigencia de la justificación fáctica ha desplazado a la fe en el poder mismo» ¹⁸⁹. Esto es, por de pronto, un hecho, mucho antes que una opinión de algunos juristas. De ahí, la generalización virtual de estos cri-

¹⁸⁸ Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica, ya cit. En concreto págs. 15 y ss.

¹⁸⁹ A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. esp., Madrid, 1991, pág. 15. Se podrían entresacar muchos más textos de esta valiosa obra, a la que me limitaré a remitirme.

terios de control de la discrecionalidad como criterios de racionalidad práctica en todos los países occidentales. Recordemos igualmente la insistencia sistemática del *Report Nolan* en que la objetividad y la probidad en el ejercicio del poder son la única forma de asegurar hoy la confianza del pueblo en el sistema institucional, que es el valor básico de la democracia, y no —como alguna vez se pretende— el respeto puramente formal y de principio al partido ganador de las últimas elecciones.

Esta observación nos parece la definitiva para concluir esta reflexión sobre las relaciones entre el sistema democrático y la extensión concreta de la justicia administrativa. Argumentar sólo sobre la legitimidad de origen de los administradores democráticos ¹⁹⁰ para pretender justificar en ellos una presunción general de exactitud y de justicia en sus decisiones, de tal modo que el control judicial de las mismas tendría que reducir su intensidad de exigencia y de justificación, implica, además de todo lo que hemos venido poniendo de manifiesto, olvidar que hay otro segundo principio de legitimidad democrática, la legitimidad de ejercicio, que exige a los gobernantes dar razón de sus actos, justificarse ante los ciudadanos, responder a las eventuales quejas y reclamaciones, demostrar que sus actos son objetivos y razonables y no arbitrarios y caprichosos, o quizás corrompidos. La justicia administrativa está ordenada, justamente, a esta necesidad, que dimana del principio de la legitimidad democrática de ejercicio. La afectan menos, por tanto, las cuestiones relativas a la legitimidad de origen de los gobernantes, la cual por sí misma no parece trasladar, inicialmente al menos, una virtud es-

¹⁹⁰ Obvio es notar que la dualidad de términos legitimidad de origen/legitimidad de ejercicio pertenece a la más rica tradición occidental de la ciencia política, desde ARISTÓTELES. Por todos, L. WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Berlín, 1916; reimpr. Aalen, 1961.

pecial a sus actos jurídicos, fuera de la elemental de la competencia que resulta para ellas del sistema constitucional.

Eventualmente, si los administradores son capaces de responder a esas peticiones de justificación que los ciudadanos les dirigen, las Sentencias desestimatorias ejercerán una función positiva de despejar las dudas sobre su actuación y de ilustrar, por tanto, al cuerpo social, además de a los mismos reclamantes, del rendimiento objetivo y razonable de los gestores públicos. Las Sentencias estimatorias harán presente a los reclamantes victoriosos, pero también al público y a los mismos administradores, que la justificación del Derecho sólo es posible otorgarla a los actos del poder que son algo más que desnudas decisiones de superioridad, a los actos que pueden explicarse como racionales y razonables, como impregnadas de principios jurídicos, ante un juez objetivo, esto es, como no arbitrarias.

A esta necesidad de explicar los mandatos en términos de razonabilidad está ligado, por otra parte, el concepto mismo de autoridad, en el sentido de *auctoritas*, esto es, la cualidad que inviste a ciertos centros o personas de un plus de superioridad moral por causa de lo razonable de sus actos. En un trabajo clásico, Carl J. Friedrich ¹⁹¹, observando que, según Mommsen, la voz *auctoritas* viene de *augere*, aumentar, afirma que la expresión indica un suplemento a un mero acto de voluntad por adición de las razones que lo justifican. Es añadir normalmente sabiduría a la voluntad con conocimiento de los valores compartidos y consagrados por la tradición, a las cosas que el pueblo quiere hacer. Hobbes, Rousseau y muchos otros pensaron que la voluntad soberana era la fuente de todo el Dere-

¹⁹¹ Carl J. FRIEDRICH, *Authority, Reason and Discretion*, en la obra colectiva *Authority*, por él mismo dirigida, que es el vol. I de la colección *Nomos*, Harvard University Press, 1958, págs. 28 y ss., especialmente a partir de pág. 30.

cho. Por contraste, una buena parte de la tradición jurídica angloamericana, sigue diciendo Friedrich, retiene la vieja noción —una noción cuyas huellas, a través de la Edad Media, remontan a los estoicos—, de la razón, y más específicamente de «la razón artificial del Derecho», en los conocidos y admirables términos de Coke ¹⁹², la cual es de decisiva importancia para proporcionar al Derecho la necesaria autoridad. Desde este punto de vista, se asigna al juez la posición central en un sistema jurídico, desde el momento en que es un hombre «sabio en Derecho» que presta a las «decisiones» legislativas o ejecutivas una cualidad adicional, poniéndolas en relación con los principios básicos del Derecho y haciéndolas así «autorizadas». La autoridad es la «fuerza recta y justamente aplicada», esto es, fuerza capaz de ser ejercida con la general aprobación de aquellos a quienes afecta, porque poseen razones adecuadas para ello. «Cuando yo hablo de autoridad, dice Friedrich, quiero decir que las comunicaciones de una persona que la posee muestran una muy particular relación con la razón y con el razonamiento; tales comunicaciones u opiniones u órdenes no necesitan ser demostradas a través de un discurso racional, pero poseen *la potencialidad de una elaboración razonada*» ¹⁹³. De este modo la autoridad es una *cualidad* de la comunicación, más que de una persona. La «elaboración razonada» es la fuente de la autoridad, que es un valor social básico.

Por ello un gran administrativista actual, Rivero, ha podido observar muy agudamente y muy certeramente que hoy «en la óptica de la ejecución la eficacia no está del

¹⁹² Cfr. mi libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios*, cit., págs. 51 y 80.

¹⁹³ FRIEDRICH, pág. 35; subrayado del original. Esa potencialidad es, justamente, la que debe desplegarse en el proceso impugnatorio cuando éste se produce.

lado de la autoridad, aun siendo tecnócrata, sino del lado de la adhesión, es decir, de la democracia» ¹⁹⁴.

Que la compleja Administración actual tenga autoridad ante los ciudadanos, a quienes debe servir, está, pues, ligada a su capacidad de explicar en términos de razonabilidad todos sus actos, incluidos sus actos discrecionales, y quizás especialmente, para no presentarlos como fruto de la simple y desnuda voluntad. El juez contencioso-administrativo es un instrumento especialmente adecuado para esta exigencia, que es un valor básico y central, como vemos, de la sociedad democrática.

XIX

La conclusión de todo lo anterior no parece complicada: lo que el Preámbulo de nuestra Constitución, en una mezcla de esperanza utópica y de voluntarismo, llama «una sociedad democrática avanzada» postula por sí misma y por todos y cada uno de sus valores propios una justicia administrativa plenaria y no mutilada, o refrenada, o simplemente acomplejada, frente a una supuesta mayor legitimidad de aquellos cuya actuación debe controlar, según la Constitución.

Bien entendido, la posición del juez frente a los administradores no es tampoco fruto de ninguna superioridad moral; procede, simplemente, de su condición de órgano de la Ley y del Derecho, que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general y que, como tales, someten plenamente a la Administración pública en cualquiera de sus manifestaciones, en los términos que, en caso de

¹⁹⁴ RIVERO, *À propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: Démocratie et Administration*, ya cit., pág. 264.

conflicto, al juez toca precisar según el sistema constitucional de poderes.

Sigo pensando, por ello, lo que hace más de treinta años expresé, cuando la idea democrática era apenas una visión esperanzada, esto es, que el Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo o evanescente, justicia frente a la cual el poder público, o más precisamente aún sus ocasionales (y justamente porque son ocasionales) titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad¹⁹⁵. Hoy esta posibilidad de inmunidad judicial de cualquier titular o ejerciente del poder público está ya formalmente prohibida por la Constitución, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de proclamar muchas veces¹⁹⁶. (Por eso resulta difícil de comprender el intento de rehabilitar por

¹⁹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, «Revista de Administración Pública», núm. 38, agosto de 1962, y varias reimpressiones separadas en «Cuadernos Civitas».

¹⁹⁶ Baste citar alguna declaración reciente: las Sentencias constitucionales de 17 de diciembre de 1992, 29 de abril de 1993 y 6 de febrero de 1995 hablan de una «fiscalización plena sin inmunidades del poder de la actuación administrativa». J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico*, 1993, ya citado, págs. 25-26, dice de mi trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., que «su doctrina ha pasado a ser jurisprudencial», «un ejemplo arquetípico de “prejurisprudencia”», lo que me libera de recoger ahora listas de Sentencias que, en efecto, han recogido su tesis central, que excluye la validez de las inmunidades del poder. Citemos sólo una reciente Sentencia del Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994, que a propósito de la excepción de acto político invoca «la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo», a la vez que nota que la Constitución, especialmente su artículo 24, determina «la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo». Aun más explícito, el anterior Auto de la propia Sala de 18 de enero de 1993, recaído en el mismo procedimiento, resolviendo unas «alegaciones previas» de inadmisión.

Ley, y aun expandir, el concepto de «acto político»)¹⁹⁷.

Como hice en aquella ocasión, ya lejana, a que me he referido, cerraré esta reflexión con el texto lúcido de uno

¹⁹⁷ Resulta claramente inadmisibile, en elementales términos constitucionales, y aun de sentido común, el asombroso intento del reciente Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso», Serie A, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995) de restablecer la vieja doctrina de los «actos de gobierno», pero en términos aun más extensos, según parece a primera vista, de lo que pretendió la doctrina de hace más de un siglo. El artículo 3.c) del Proyecto, en efecto, excluye de la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos «los actos de dirección de la política interior y exterior» del Gobierno del Estado y de los Consejos de Gobierno autonómicos. Ahora bien, ese término de «dirección política» es el que utiliza el artículo 97 de la Constitución para definir la función del Gobierno («dirige la política interior y exterior»), y el que hemos visto que en Italia se utiliza para definir la totalidad de la función que los políticos ejercen en la Administración, de modo que una interpretación literal e ingenua haría sencillamente inmune al juez cualquier acto adoptado en Consejo de Ministros o por su Presidente (y por los correlativos órganos autonómicos). Esta conclusión pretende excluirla la Exposición de Motivos, en una confusa e inexacta justificación (apela a «la generalidad de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo», lo que es por completo inexacto, según las Sentencias que se han citado en la nota anterior). La última razón que se da es que no hay que confundir Gobierno y Administración, que los actos del primero son «de naturaleza estrictamente política», pero sin dar el menor criterio para identificar tal naturaleza en el caso específico en que el problema se plantea más agudamente, esto es, cuando el Gobierno actúa como órgano incrustado en la Administración, o, aun sin esto, cuando el Gobierno está expresamente limitado por leyes expresas (Sentencia constitucional de 15 de marzo de 1990 y la del Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1994), leyes que nada permite dejar sin efecto a través de una simple calificación verbal, la cual significaría, simplemente, un permiso para violar la Ley libremente, al no ser posible un control del juez sobre tal violación. Sí excluye, por supuesto, y aquí no hay la menor duda ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, los actos de «relación entre poderes» constitucionales (disolución de las Cortes, orden del día de éstas, etc.), que el Gobierno no adopta como órgano de la Administración, pero resulta que esos actos ya están excluidos del control por el concepto anterior del propio texto del nuevo artículo 3.c) del Proyecto, de modo que no necesitan para nada del concepto de acto político que se enuncia a continuación. Por lo demás, uno podría pensar que si existe alguna función de «dirección política» sería la de dictar leyes delegadas (Decretos Legislativos) y Reglamentos, que por sí solos re-

de los primeros pensadores sobre la democracia y sus contenidos sociales implicados, Alexis de Tocqueville:

«Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños de-

presentan más del 95 por 100 de las normas vigentes en el ordenamiento; pero resulta que la Constitución, artículos 82.6 y 106.1, declara justiciable expresamente esta materia. Parece que los redactores del Proyecto de Ley interpretan el artículo 97 de la Constitución, en el que, tras la expresión antes transcrita, se añade que el Gobierno «dirige la Administración y la defensa del Estado», en el sentido de que esta dirección de la Administración sería distinta de la dirección política propiamente dicha. Pero esta interpretación del texto del artículo 97 no es seriamente sostenible; la dirección política es la función propia del Gobierno, una de cuyas aplicaciones es dirigir la Administración, civil y militar, como otra es la de la defensa del Estado; no son éstas últimas funciones que quepa separar de la dirección política y, en todo caso, nadie, que yo conozca al menos, como tampoco el Proyecto, ha propuesto un criterio para distinguir uno y otro espacio por partes separadas, como los trozos de un queso. En ningún país europeo se encontrará un régimen como el que parece que pretende instaurarse, sin duda poco reflexivamente. *Vid.* una reciente exposición francesa, donde se acredita la virtual desaparición del concepto, incluso en materia internacional, J. AUVRET-FINCK, *Les actes du gouvernement, irréductible peau de chagrin?*, en «Revue de Droit Public», 1995, págs. 131 y ss. Este exceso parece la culminación del criterio que combatimos, de atenuación o exención normal del control judicial sobre el poder democrático. Así la citada Exposición de Motivos concluye que «la injerencia judicial en tales asuntos (políticos) no es posible... so pena de poner en peligro el delicado equilibrio de poderes que la Constitución sanciona». Sólo en las últimas y extremas posiciones de la «Nueva Derecha» americana podría encontrarse hoy una opinión análoga, como veremos en la segunda parte de esta obra. En la tercera parte de esta obra se hace un análisis más detenido de este Proyecto de Ley de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa que frustró la disolución de las Cortes de diciembre de 1995.

talles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan»¹⁹⁸.

¹⁹⁸ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, en la ed. de Gallimard, París, 1951, II, pág. 331.