

LA ADMINISTRACIÓN Y LA LEY (*)

Por FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. Las consecuencias jurídicas del principio político de la división de poderes.—II. La legalidad administrativa y los nuevos fenómenos postconstitucionales: A) La revisión de la doctrina de la división de poderes. B) La extensión creciente de la actividad administrativa.—III. Consecuencias jurídicas del aumento de las «normas de acción» en el Derecho administrativo.—IV. Posibilidades de fiscalizar el cumplimiento de las «normas de acción» administrativas.

I. Se admite generalmente que el llamado Estado de Derecho tiene su base en el principio político de la división de poderes. Este principio, a diferencia de otros de la ciencia política, tiene, en cuanto a su formulación teórica se refiere, un origen y un autor conocidos. Pero esto no obsta para que la realidad política de los diferentes Estados se hubiese venido aproximando a él desde tiempos anteriores. En efecto, MONTESQUIEU formula su teoría después de observar la práctica política inglesa; por otra parte, ya en el «ancien régime» Francia había contemplado la independización del poder judicial.

Así, pues, el régimen de separación de poderes normal durante la era del Estado constitucional encuentra su explicación real por varios caminos. En primer lugar (y ello se descubre perfectamente en aquellos países que no entran en la nueva era revolucionariamente, sino como consecuencia de una progresiva evolución), la división de poderes es una reminiscencia del Estado dualista medieval. Las Cortes medievales, en una lucha secular contra la Corona, arrancan sucesivamente de ella un conjunto de prerrogativas y facultades que las convierten en los nuevos Parlamentos. Esta es, concretamente, la trayectoria del Parlamento inglés, y esta es la explicación del espejismo que sufrieron nuestros hombres de Cádiz cuando en 1812 creían restablecer las viejas Cortes castellanas y aragonesas.

En segundo lugar, la separación de un poder legislativo viene a ser consecuencia obligada del principio de «soberanía nacional». De una

(*) Texto de la ponencia presentada al Seminario sobre *Problemas actuales de la Administración Pública*, del Instituto de Estudios Políticos, en la sesión del 2 de marzo de 1951.

parte, el artilugio de la democracia representativa consagra la ficción de que es el pueblo soberano quien legisla; de otra parte, obligando al ejecutivo al cumplimiento de la Ley se completan las exigencias que la soberanía nacional encierra.

En tercer lugar, la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo servirá de cauce para lograr el equilibrio entre dos principios de autoridad que pugnan por prevalecer. Nuestra historia del siglo XIX (y esto lo ha visto claro SÁNCHEZ AGESTA) encarna esta etapa de transición, también de un radical dualismo, en que junto al principio tradicional del monarca soberano «por la gracia de Dios» se abre paso el principio de una soberanía nacional que, a través de sus representantes, redacta una Constitución que impone al monarca. Se trata, pues, de dos principios de autoridad que por definición son excluyentes el uno del otro, pero que encuentran un «modus vivendi» alojándose orgánicamente en poderes distintos, con la consiguiente quiebra para la unidad del Estado.

Cualesquiera que sean las explicaciones lícitas que puedan darse de la división de poderes, lo interesante para nosotros es señalar las consecuencias que produce desde el punto de vista jurídico. Ante todo, conviene subrayar el indiscutible carácter residuario con que se presenta el poder ejecutivo después de la división. Lejos de conformarse con la limitación que de su denominación usual parece derivarse (no debe olvidarse que el Estado de Derecho es una tendencia, nunca lograda, de reducir la Administración a ejecución), el poder ejecutivo realiza su competencia estatal a través de un conjunto de funciones que desde el punto de vista material no hay ningún inconveniente en denominar ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales. En efecto, el reglamento, la acción concreta administrativa y la decisión de tipo jurisdiccional, han sido las armas con que el poder ejecutivo de cualquier Estado ha cumplido su misión. La doctrina, atónita ante hecho que escapaba a la rigurosa lógica del esquema de la división de poderes, arbitra para explicarlo la curiosa teoría de las «potestades administrativas», tan cierta como insuficiente (1).

(1) El que orgánicamente se denomina «poder ejecutivo» tiene como tarea fundamental la *administración del Estado*. Las funciones que tiene en sus manos presentan, pues, un carácter evidentemente residuario, ya que —como dice O. MAYER (*Le Droit administratif allemand*, trad. fr., t. I, págs. 2 y 3)—, advenido el Estado constitucional y realizada la división de poderes, se introduce la palabra Administración para *todo lo que no es justicia ni legislación*. De esta forma se explica que sea imposible la determinación de una actividad sustantivamente administrativa referida a todo el Estado, con independencia del poder que la realice, ya que lo que actualmente se entiende por función administrativa implica actos de tipo reglamentario y decisiones característicamente jurisdiccionales, que difícilmente serían comprensibles como administrativas para los mantenedores del punto de vista material.

Resulta de aquí un valor nuclear del Ejecutivo que debe subrayarse con el ma-

Ahora bien, este poder ejecutivo, núcleo del Estado que, aparte la llamada función de gobierno, se diluye en Administración, queda, precisamente por consecuencia del principio de la división de poderes, sometido al poder legislativo. Se declara, efectivamente, como dogma constitucional, la sumisión de la Administración a la Ley (y aquí se puede hablar ya de Administración y no de poder ejecutivo, ya que la función de gobierno escapa a este dogma), y se consigue esta sumisión en dos supuestos diversos: a) Se da el primero cuando el legislador dicta normas delimitando las esferas jurídicas subjetivas de la Administración y de los particulares. Se determina así legalmente el conjunto de poderes de que la Administración puede disponer para el cumplimiento de sus fines; al mismo tiempo la Ley aparece como límite a la actividad administrativa. b) Pero el legislador no se conforma con dictar este tipo de normas a que acabamos de referirnos. Delimitadas las esferas subjetivas, la Ley se desentiende del particular que, dentro de la que le ha sido asignada, desarrolla una actividad lícita; pero con la Administración no ocurre otro tanto. Una serie de normas, que GUICCIARDI ha denominado «de acción», le señalan sus fines propios y el modo como ha de actuar para conseguirlos. Estas normas se dictan para garantía, no de los derechos subjetivos de los particulares, sino del interés público, ya que el legislador asume como tarea propia tanto la defensa de los primeros contra las posibles extralimitaciones de la Administración, como la tutela del segundo contra posibles olvidos de los propios administradores (2).

Junto a la primacía jurídica de la Ley con respecto al acto de la

yor cuidado. El explica los fenómenos de concentración automática de poderes (legislativo e incluso, a veces, judicial), que en sus manos se realiza cuando, por cualquier motivo, se produce una crisis en el fundamento político en que se apoya la separación de los mismos. Y ello explica también, aunque esto pudiera parecer paradójico, el fenómeno contrario: la acentuación de las exigencias políticas del dogma de la soberanía nacional, que en determinadas épocas y países ha abocado a Gobiernos convencionales.

Ha sido una vieja doctrina española la que ha sometido a examen esta aparente anomalía de que la Administración disponga de poderes que no siempre se concretan en la nueva función ejecutiva. Nos referimos a la teoría de las «potestades administrativas». Su base estriba en señalar que —como dice GASCÓN Y MARÍN— la división orgánica de los poderes no coincide con la material de las funciones, ya que «ni todo lo que hace el ejecutivo es administrar, ni sólo este poder administra».

De lo que hemos dicho anteriormente, se llega a la conclusión de que no existe la anomalía que la doctrina de las potestades presupone, por la sencilla razón de que tan administrativa es la acción que se realiza a través de las llamadas potestades reglamentaria y jurisdiccional, como la realizada por la potestad ejecutiva estricta; a no ser que se parta de un prejuicio infundado, como es el de la identificación apriorística de la acción de administrar con la función ejecutiva (¿no decimos con el Poder ejecutivo!), punto de partida que hace, desde luego, inexplicables las aludidas potestades sin acudir al recurso de la anomalía.

(2) Vid. GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, Padua, 1943, pág. 8 y sigs.

Administración, el Estado constitucional consagra un nuevo motivo de sumisión al poder legislativo. Este actúa también como órgano de fiscalización política y administrativa del ejecutivo. Una serie de instituciones parlamentarias, como la de la responsabilidad política ministerial ante las Cámaras y la de los ruegos, preguntas e interpelaciones, hacen efectiva tal fiscalización.

La segunda gran consecuencia jurídica del principio de la separación de poderes es que la efectiva obediencia que la Administración haya prestado a la Ley es verificable ante los Tribunales, siempre y cuando como consecuencia de la acción administrativa hubiese resultado lesionado un derecho o al menos un interés legítimo del particular. Parece, desde luego, un contrasentido estimar esto como una consecuencia del principio de separación de poderes; pero como el dogma de la sumisión de la Administración a la Ley es lo suficientemente importante como para que no quede en una mera declaración platónica, se ingenia el procedimiento de poner la jurisdicción contencioso-administrativa en manos de unos tribunales que no son los ordinarios, y que, por otra parte, «estando en la Administración, no son la Administración», según la feliz expresión de HAURIUO. Pero, en definitiva, el sistema en que se resuelve la jurisdicción contencioso-administrativa es una cuestión secundaria. Lo que es necesario subrayar en un primer plano es el hecho de que la acción administrativa pueda ser anulada por unos tribunales cuando no se ajusta a la Ley.

II. El cuadro de legalidad administrativa que dejamos dibujado tiene su efectiva realización en el Estado constitucional liberal. Como está pensado para él, los motivos de inadecuación entre la teoría y la realidad no son numerosos. Responde a las exigencias de un Estado negativo, esencialmente abstencionista, en que la mayor parte de las instituciones sociales, las relaciones de trabajo y la totalidad de la actividad económica son materias propias del individuo, que para llevarlas a cabo sólo necesita del Estado justamente una garantía de no intervención. Nada mejor para conseguir este propósito que salvaguardar jurisdiccionalmente los derechos subjetivos del particular en aquellos casos en que la actividad administrativa infringe una ley anterior, llegando incluso a admitirse la posibilidad de revisión de la actividad administrativa discrecional, en consideración a que ésta es permitida por la Ley en orden a ciertos fines, de los cuales no puede desviarse.

Claro es que el Estado constitucional no desconoció ciertas intervenciones administrativas, y que el Derecho que las regulaba no dudó, en aquellos casos en que se planteaba un conflicto entre el interés público y el privado, en sacrificar éste a aquél. Para citar un ejemplo, bástenos recordar el caso de la expropiación forzosa, que sacrificaba los derechos

del propietario privado a una declaración de «utilidad pública» por parte de la Administración. Sin este sacrificio, todos los grandes programas de obras públicas realizados por el Estado moderno hubiesen quedado en el plano de las utopías.

Estos mismos criterios que hemos visto animar la Ley administrativa (la posibilidad de la expropiación venía establecida por Ley) eran aplicados al resolver los conflictos dimanantes de las situaciones jurídicas particulares que, por consecuencia de contrato, afectaban a la Administración y a algún ciudadano en concreto. Cabe decir a este respecto que la jurisprudencia de ciertos organismos jurisdiccionales, como el Consejo de Estado francés, es una auténtica *jurisprudencia de intereses*, en el genuino sentido de esta palabra. Fué, en efecto, la consideración del interés del servicio público la que movió al Consejo de Estado a no respetar la situación contractual de los concesionarios del alumbrado urbano de gas, al inventarse la electricidad, y fué esta misma consideración la que dió origen al nacimiento de la teoría del riesgo imprevisible.

Pero en el caso del expropiado, como en el caso del concesionario que había visto desconocida su situación contractual, el Derecho Administrativo clásico arbitraba una cláusula de garantía que restablecía el equilibrio previamente roto a favor de la Administración por consideraciones de servicio público: el expropiado era indemnizado económicamente por la pérdida de su propiedad, y el concesionario obtenía también una compensación económica por el sacrificio de sus derechos. De esta forma el Derecho administrativo no ha sido ni lo suficientemente individualista como para paralizar el servicio público, ni lo suficientemente estatista como para desconocer los derechos subjetivos del particular. Justamente esta naturaleza bifronte del Derecho administrativo entraña la posibilidad de que a él sea sometido el nuevo cuadro de actividades a que nos vamos a referir a continuación.

La situación anterior se ve alterada, particularmente por lo que a nuestra realidad española atañe, por dos hechos de trascendental importancia para nuestro problema: es el primero la revisión a que se ha sometido la doctrina política de la división de poderes; el segundo viene representado por la extensión de la acción administrativa a campos antes insospechados.

A) *La revisión de la doctrina de la división de poderes.*—La división de poderes es una doctrina política, teñida de una ideología difícilmente soslayable cuando a ella se hace referencia. De aquí el descrédito en que cae al entrar en crisis la ideología que la fundamenta. Ahora bien, hay una serie de consecuencias del principio de separación de poderes, que constituyen indudablemente los fundamentos del Derecho administrativo actual, cuya suerte no debe ligarse en modo alguno a la

que la teoría misma de la división pueda correr. La primera entre tales consecuencias es la de la sumisión de la Administración a la Ley.

Cuando la tesis de la soberanía nacional se sometió a revisión en algunos países después de la primera guerra europea, se buscaron nuevas explicaciones a la división de poderes. En Italia, por ejemplo, Rocco habló de una división de funciones que, sin romper la idea del poder unitario del Estado, explicaba la adscripción de competencias legislativas y judiciales a órganos específicos. En España, donde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general reside en el Jefe del Estado, siendo las Cortes únicamente órgano de colaboración y auto-limitación en el ejercicio de ese poder (preámbulo de la Ley de Cortes), también resulta necesaria una nueva explicación de esta cuestión. Porque, en efecto, cabe pensar qué sentido tiene someter la Administración a la Ley allí donde el Jefe supremo de la misma es simultáneamente el legislador. No obstante, sería impropio querer deducir de tal situación un obstáculo insuperable para la legalidad administrativa. En primer lugar, porque si el Jefe del Estado está en cierto sentido *sobre* la legalidad, esto ocurre solamente en cuanto es al mismo tiempo legislador, pero no en cuanto pueda aparecer como sujeto de actividad administrativa (3). Y piénsese que en el Estado constitucional clásico también el legislador está sobre la Ley en cuanto puede lícitamente sustituir la antigua legislación por otra nueva. Sería un error creer que la expresión Estado de Derecho, referida al Estado constitucional, tiene un significado absoluto en el sentido de que la actividad toda estatal ha de estar reglada por norma anterior. Partiendo de esta acepción, ha sido puesta entonces de manifiesto por muchos la íntima contradicción que suponía la tesis de que el Estado, creador del ordenamiento jurídico positivo, estuviese sometido a este orden por él creado. La doctrina de la autolimitación de JELLINEK no fué sino un brillante esfuerzo para resolver este insoluble problema. Ahora bien, la expresión Estado de Derecho ha de ser entendida con una significación menos ambiciosa. Ni el poder constituyente (núcleo de la soberanía) queda sometido a la Constitución vigente, que puede reformar cuando tenga por conveniente, ni el legislativo está limitado por las leyes anteriormente promulgadas. Es el poder ejecutivo, en definitiva la Administración, quien encuentra el límite legal. La sumisión del Estado al Derecho —dice D'ALESSIO— sólo es comprensible cuando se piensa que el Estado, sujeto único, puede presentarse en tres momentos distintos: cuando dicta las normas, cuando procura satisfacción de intereses colectivos y cuando dicta decisiones para dirimir contiendas. De este modo puede decirse que las nor-

(3) Así, hoy día es posible impugnar ante el T. S. —siempre que lesione derechos subjetivos de un particular— o ante la jurisdicción de agravios Decretos firmados por el Jefe del Estado.

mas dictadas por el Estado lo limitan; pero sólo en el momento distinto de la actividad administrativa y judicial (4).

Así, pues, la única condición que debe exigirse para hacer viable la sumisión de la Administración a la Ley es que los órganos típicamente administrativos no tengan en sus manos la posibilidad de hacer leyes, pesando, antes bien, sobre ellos la obligación de obedecerlas. En cambio, el principio de autoridad sobre que se asiente el órgano legislativo (delegación divina, representación popular...), es indiferente.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que el simple hecho de la existencia de normas generales que regulan en forma general y abstracta situaciones concretas que aún no se han presentado, supone una garantía jurídica, cualquiera sea el órgano de que tales normas hayan emanado. Basta para ello que se consagre el principio de que el caso concreto ha de decidirse de acuerdo con dichas normas. Así se explica que lo que HAURIUO ha llamado el «bloque de la legalidad» esté constituido no sólo por las leyes formales que limitan a la Administración, sino también por los propios reglamentos por la Administración misma dictados. La doctrina liberal defendía justamente la existencia de la potestad reglamentaria con razones de este tipo.

Finalmente, hay que señalar que el procedimiento normal legislativo, según nuestro ordenamiento, requiere la intervención de un órgano específico, las Cortes españolas, por lo que es posible hablar de leyes formales en un sentido muy aproximado al que tenía esta expresión en el Estado constitucional, pues, con independencia de la composición y significado político del órgano legislativo, es lo cierto que todo procedimiento (incluido el legislativo) implica en sí mismo una garantía.

Ahora bien, no habiendo una incompatibilidad de principios entre nuestro actual sistema y la sumisión de la Administración a la Ley, es necesario conducir ésta a sus últimas consecuencias. Al fin y al cabo, es ésta la exigencia que se contiene en el principio de seguridad jurídica que declara el artículo 17 del Fuero de los Españoles.

Se ha de comenzar para ello por garantizar una «materia legislativa». La Ley de creación de las Cortes españolas, en su artículo 10, parece tener esta pretensión. Pero hace falta una base más amplia. Posiblemente lo que menos importe es si la Ley reguladora es hecha por las Cortes, por el Jefe del Estado o, con forma de Decreto-ley, por el Gobierno, en virtud de la autorización que concede el artículo 13 de la Ley de Cortes. Lo importante es que la acción administrativa en determinadas materias, bien por vía reglamentaria o por vía de actos concretos, tome su fuerza en una ley anterior. Es sumamente delicado llegar a una situación en que el administrado adquiera el hábito mental de pensar que cualquier orden ministerial es omnipotente.

(4) F. D'ALESSIO: *Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., 1943, vol. I, pág. 12.

A su vez, las leyes han de ajustarse, en su caso, a los principios contenidos en las llamadas «leyes fundamentales» del Estado español, a las que se ha querido dar un indiscutible carácter de superlegalidad. Porque si se quiere lograr en un país un clima de respeto a la Ley, es el propio Estado el que debe comenzar predicando con su ejemplo.

Por último, el cuadro de la legalidad administrativa quedará completo cuando se estime obligatorio para la Administración el respeto en su actuación concreta a lo que ella misma ha decidido por vía reglamentaria. El Reglamento, sometido a la Ley y al mismo tiempo creador de legalidad, se convierte así en una de las piezas esenciales del sistema.

B) *La extensión creciente de la actividad administrativa.* — En su trabajo sobre *Los fines de la actividad administrativa* (5), nos ilustra suficientemente JORDANA DE POZAS sobre la significación de este crecimiento exuberante de la Administración pública. El Estado constitucional, inicialmente abstencionista, se limita casi en absoluto a mantener el orden público. Las exigencias de esta finalidad se traducen en una actividad administrativa de policía, que cumple su misión poniendo unas cuantas trabas, no demasiado importantes, a las diversas libertades individuales. La huella de este período ideológico ha sido tan importante, que hoy, cuando la actividad administrativa de policía se suscita para mil fines distintos, los manuales de Derecho administrativo continúan definiéndola en función del orden público.

Pero esta situación inicial pronto se corrige, aunque tímidamente, con el nacimiento de ciertos servicios públicos que dan lugar a la que la doctrina clásica del Derecho administrativo denominó «actividad social» de la Administración. Beneficencia, Enseñanza, Sanidad... pronto se consideran materias propias para la ingerencia administrativa.

Ahora bien, nótese cómo la extensión de la actividad administrativa a estos campos que acabamos de señalar, es una consecuencia obligada de la trayectoria del Estado moderno, resultado de la centralización política y jurídica que desde el Renacimiento viene realizando. Por ejemplo, el Estado se ve necesariamente obligado a montar servicios públicos de beneficencia como contrapartida al despojo de bienes que hace a la Iglesia en los países protestantes y a la desamortización de bienes eclesiásticos que tiene lugar en los católicos. La Iglesia, ahora pobre, no podía ya realizar esas funciones.

La centralización, empero, del campo económico no se había efectuado. No es que hubiesen faltado intentos. El mercantilismo —dice Karl MANNHEIM— trató de establecer negocios que fueran propiedad del Estado, pero durante este período la economía atravesaba una era de expansión en la que los nuevos inventos y la conquista de regiones econó-

(5) En el núm. 4 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, págs. 11 y sigs.

micas en el país y fuera de él constituían el problema inmediato cuya solución exigía un gran número de espíritus independientes y toda una clase de «élites» precursoras. Esta es la razón principal por la que el absolutismo tuvo que dar a la burguesía un campo despejado en cuanto a lo económico y de que la centralización que se había llevado a cabo en el Ejército y la burocracia, no pudiera extenderse a la esfera económica (6).

He aquí, pues, la novedad que supone para el hombre de nuestros días presenciar la progresiva centralización del sector económico en manos del Estado: primero, con la publicación del Derecho de trabajo; después, con el intento sumamente ambicioso de planificar totalitariamente el ciclo económico.

Si a todo esto unimos la revalorización que se produce del concepto de orden público, como consecuencia de ciertas actitudes políticas amenazantes, y, por tanto, el fortalecimiento de la policía entendida al modo tradicional, nos haremos una cabal idea de hasta qué punto es urgente la revisión de las ideas básicas del Derecho administrativo y, concretamente, de la cuestión de la legalidad administrativa que hoy nos ocupa.

III. De cuanto hemos dejado dicho con anterioridad, una conclusión puede ya desprenderse: la decisión de intervenir en un nuevo campo con anterioridad abandonado a la libertad individual, en tanto en cuanto de esta situación hayan podido surgir derechos subjetivos, no debe ser una decisión espontánea de la Administración. La base de las sucesivas intervenciones administrativas debe hallarse en una ley. Por ejemplo, sin prejuzgar la conveniencia o no de las nacionalizaciones, lo que debe rechazarse en todo caso es que esta importante medida pueda ser tomada por la Administración, sin arrancar de un mandato o una autorización legal.

Conviene ser exigentes en esta materia cuando lo que está en juego es nada menos que la libertad del individuo. En ese nostálgico canto a los tiempos que se fueron que es *Le déclin du Droit*, RIPERT señala cómo el Estado en su proceso de agrandamiento progresivo de sus esferas de acción había de encontrar la resistencia de la libertad. Para vencerla —dice— no alegó, sin embargo, su condición de acreedor, sino que, antes bien, se constituyó en deudor del individuo (7). Esta es la postura del Estado positivo actual que monta servicios y se obliga a determinadas prestaciones para con los particulares. Sería insensato estimar que esto es en sí mismo un mal. La idea, por ejemplo, de justicia social, origen y justificación de una parte muy considerable de la actividad del Estado de nuestros días, es una de las más hermosas que pue-

(6) MANNHEIN: *Libertad y planificación*, 2.^a ed., México, 1945, pág. 337.

(7) RIPERT, op. cit., pág. 65.

dan encontrarse en las ideologías de todos los tiempos. Pero lo que en ningún momento debe olvidar el jurista, cuya misión es arbitrar instituciones que respondan simultáneamente a las necesidades de los tiempos y a los más altos ideales de justicia, es que si en efecto el Estado se ha constituido en deudor es porque el individuo ha pagado por adelantado; se ha convenido en que efectivamente la libertad en abstracto que propugnaba el liberalismo es una entelequia; que se dejaba sin contestación al «para qué» de esa libertad, y que es únicamente el Estado quien con sus intervenciones y sus adecuados servicios puede hacer efectivas las distintas libertades; se está de acuerdo en que al individuo de nuestros tiempos le interesa más que una bella «libertad de morir de hambre» un sistema de servicios sociales que le aseguren su «minimum vital» y una situación de seguridad en la sociedad. Pero, repetimos, al admitir todo esto ha puesto su libertad en manos del Estado, que, a cambio, debe iniciar sus correlativas prestaciones. Ni más ni menos que esto significa cualquiera ley que podamos imaginarnos de intervención en la vida económica. Pensemos, por ejemplo, en una ley que suprima la libertad de comercio de un determinado producto. Poco más o menos la lógica interna de una tal disposición es como sigue: «la escasez del producto X da por resultado un deficiente abastecimiento del mercado, situación que, agravada por el acaparamiento y otras maquinaciones, hace imposible la satisfacción de las necesidades a que tal producto está destinado. Ahora bien, si yo Estado prohíbo la libertad de comprar y vender este producto entre particulares y me constituyo en intermediario forzoso, podré calcular racionalmente la producción y el consumo y realizar una distribución equitativa que satisfaga, al menos, las más perentorias necesidades.»

Es decir, se comienza por suprimir una libertad. A cambio, se ofrece una mejor satisfacción de las necesidades existentes. En principio, parece antirracional no comprender las ventajas que para el bien común se derivan de este cambio. Pero, ¿y si el servicio administrativo montado al efecto no realiza después las finalidades que se había propuesto? Entonces la deuda para con el individuo quedará incumplida (8).

No habrá necesidad de insistir en el carácter metafórico de nuestras últimas palabras. Ni se pueden explicar las relaciones entre individuo y Estado con argumentos contractuales, ni al fallo de un servicio administrativo puede aplicarse al tratamiento jurídico de una deuda civil que no se paga. No obstante, hemos querido utilizar este argumento por similitud, para hacer comprender la importancia de todo intento de so-

(8) La preocupación de nuestro tiempo está precisamente constituida por el empeño de salvaguardar la libertad en la inevitable marcha hacia la socialización. He aquí el sugerente título de un reciente libro de LASERRE: *Socializar dans la liberté, vocation de l'Europe*, París, 1949.

metimiento a Derecho de esta nueva y gran parcela de la actividad administrativa.

Pero no perdamos el hilo de nuestro discurso. Si nos hemos referido, por una parte, al crecimiento de la actividad administrativa, y si, por otra, hemos dejado ya sentada la exigencia de que una ley anterior la legitime, ¿qué puede preocuparnos todavía como juristas?

Al comienzo de este trabajo nos hemos referido al doble tipo de normas que constituyen las leyes administrativas: normas de relación y normas de acción. Pues bien, mientras en el Estado liberal abstencionista predominan las primeras, el intervencionismo creciente se refleja jurídicamente en el aumento de las segundas. El contenido de las normas de acción es justamente lo que la doctrina llama «materia administrativa». El carácter jurídico de ésta queda así explícitamente afirmado en lo anterior (9).

Ahora bien, ¿qué importancia puede tener el predominio de uno u otro tipo de normas para el sistema total del Derecho administrativo?

Si pensamos en la segunda gran consecuencia que asignábamos al principio de la división de poderes, es decir, la posibilidad de verificar ante Tribunales independientes la legalidad de la actuación administrativa, comprenderemos cabalmente la cuestión. En efecto, las normas de relación distribuyen las esferas jurídicas del Estado y del individuo delimitando sus respectivos derechos subjetivos. Si el Estado invade con su actividad la esfera delimitada a favor del particular, lesiona un derecho subjetivo de éste, abriéndose la posibilidad de que el lesionado accione ante los Tribunales.

Las normas de acción, en cambio, no habiéndose dictado para proteger intereses particulares concretos, sino para tutela del interés público, resultan difícilmente fiscalizables ante los Tribunales contencioso-administrativos. Por supuesto que el cumplimiento de estas normas por parte de la Administración es asunto que interesa a los particulares. Pero se trata de un interés que no está lo suficientemente protegido por el ordenamiento jurídico como para legitimar una acción ante los Tribunales. El sistema clásico de lo contencioso-administrativo habla en estos casos, no de un derecho subjetivo, sino de un interés legítimo o de un simple interés.

Los regímenes administrativos jurídicamente desarrollados han llegado desde luego a admitir la legitimación al recurrente en contencioso-administrativo que sólo podía alegar un interés lesionado. Pero se exige en todo caso que este interés sea un interés legítimo. El simple interés que todo ciudadano pueda tener en que se cumpla la ley no es bastante.

(9) ZANOBINI ha afirmado rotundamente el carácter jurídico de la acción administrativa en el vol. V (1950) de su *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 4.

Ahora bien, esto que resulta suficiente en los tiempos del Derecho administrativo clásico, comienza a no serlo ya ahora. Las normas que regulan la nueva actividad administrativa son lo suficientemente numerosas e inciden en terrenos demasiado importantes como para que nos desentendamos de si crean o no derechos subjetivos a nuestro favor.

Y es el caso, sin embargo, que, por buenos que sean nuestros deseos, resulta difícilmente realizable todo intento de hacer de las normas de acción una fuente de derechos subjetivos del particular entendidos al modo tradicional. Porque, en efecto, las nuevas leyes empiezan normalmente por declarar abiertas a la actividad administrativa una serie de esferas que con anterioridad habían constituido un terreno de libre disponibilidad del individuo; a continuación, se ponen en manos de la Administración una serie de prerrogativas y de poderes discrecionales que se consideran indispensables para que realice la misión que por la ley le ha sido encomendada; finalmente, se organiza y monta un servicio público casi siempre encaminado a *procurar ciertas prestaciones* a los particulares.

Pues bien, en cada uno de los momentos que acabamos de señalar pueden entrar en juego los intereses del particular. Sin embargo, en ninguno de ellos es posible dotarles de la suficiente protección jurídica como para que aparezca el derecho subjetivo. Veámoslo.

Que pueden existir intereses particulares contrarios a la declaración legal de intervenir en un campo antes privado, es algo tan evidente que no necesita demostración. Así, por ejemplo, en las leyes de nacionalización, los propietarios de las empresas nacionalizadas; en las leyes que acorten la jornada de trabajo o aumenten los salarios, los empresarios, etc., etc. Pero normalmente este primer momento es político y prelegislativo, anterior, por tanto, al verdadero inicio de la cuestión jurídico-positiva de la legalidad administrativa. Cabe pensar que los intereses particulares puedan ser pisoteados, pero nunca se podrá argumentar sobre la base de que existía un derecho subjetivo a que el *status* legal anterior no fuese modificado por una nueva ley. Frente a la ley no hay derechos subjetivos (10).

Un segundo momento descubrible en gran parte de las modernas «normas de acción» decíamos que consistía en conceder a la Administración prerrogativas y poderes discrecionales.

(10) Se ha de recordar una vez más que la frase «limitación del Estado por la Ley» como expresión de lo que el Estado de Derecho sea, es equívoca. Es únicamente la sumisión de la Administración a la Ley la que se ha convertido en dogma fundamental de tal tipo de Estado. El Estado-legislador sigue estando sobre sus propias leyes (art. 5.º del C. C.), y los llamados derechos subjetivos del particular sólo tienen una eficacia jurídica en tanto se apoyen en normas vigentes no derogadas por otras posteriores. La propia distinción entre leyes ordinarias y constitucionales tiene un valor jurídico cuestionable, de no existir una jurisdicción de control de la constitucionalidad.

Cuando estas prerrogativas no se conceden concretamente contra determinados particulares, resulta imposible configurar a favor de éstos un derecho subjetivo que fundamente una acción para revisar en vía contencioso-administrativa el uso que de tales prerrogativas ha hecho la Administración. Y, sin embargo, ¿por qué negar en principio el interés que cualquier ciudadano puede mostrar por estas cuestiones? Piénsese en algún ejemplo de estas prerrogativas: supongamos que la ley estima (en todo caso, esta materia debe de estar prevista, si no legal, al menos reglamentariamente) que determinados cargos administrativos deben tener asignado un coche oficial para la mejor realización del servicio que les está encomendado. Dos cosas resultan entonces evidentes: 1.^a, que la finalidad que la propia ley haya declarado al asignar el coche determina que pueda producirse un uso legal y un uso ilegal del mismo; 2.^a, que esta materia interesa a la mayor parte de los ciudadanos. ¿Posibilidad entonces de dotarles de acción contenciosa para llevar el asunto a los Tribunales? Ninguna. Los Tribunales no se han inventado para estos casos.

A la misma conclusión se llega al reflexionar sobre los poderes discrecionales que las leyes conceden hoy a la Administración. En una gran parte de los casos, esta discrecionalidad es hija de ciertas apreciaciones técnicas que únicamente la Administración, a través de sus funcionarios especializados, puede realizar; otras veces, es la misma oportunidad de la medida, en razón del interés público, la que fundamenta la discrecionalidad. Ni para fiscalizar la conveniencia técnica, ni para fiscalizar la oportunidad política, sirven los Tribunales. Por muchos recursos por exceso de poder que se arbitren, la Administración seguirá siendo siempre «juez del interés general», como decía GUILLOUARD.

Por último, las leyes de acción organizan servicios públicos, cuya finalidad es proporcionar ciertas prestaciones a los particulares. ¿Cabe dudar aquí del interés que puede suponer para los particulares posibles beneficiarios del servicio que éste, efectivamente, se organice cuando la ley lo ha ordenado y ha arbitrado los medios materiales para ello, y que las prestaciones se efectúen debidamente?

Con el análisis precedente creemos haber demostrado la imposibilidad de someter la totalidad de la actividad administrativa autorizada por las llamadas «normas de acción» a las garantías del sistema clásico contencioso-administrativo. Y habida cuenta de la creciente cantidad de dichas normas, hemos de deducir entonces la insuficiencia del sistema.

La cuestión se agrava con algo, que, con anterioridad, hemos dejado ligeramente esbozado. Nos referimos al fortalecimiento que se había producido del concepto de orden público, y, por ende, de los poderes y medios de la policía. Por lo que a España respecta, sabemos que estaban excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que

afectan al orden político o de gobierno y al orden público (art. 4.º del Reglamento de 1894). Ahora bien, hoy se refuerzan tales excepciones, ampliándose al ámbito de su vigencia. Y así, la Ley de 18 de marzo de 1944, al restablecer la vigencia del régimen contencioso-administrativo después del paréntesis de nuestra guerra, amplía el orden político o de gobierno a las resoluciones administrativas sobre responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos. Lo cual no es sino una consecuencia de esa politización de lo administrativo que tiene lugar como contrapartida de una corriente opuesta de burocratización de la política, propia del Estado postconstitucional superador del régimen de partidos. Es decir, una nueva quiebra para el sistema contencioso-administrativo clásico.

A la vista de cuanto dejamos dicho, sólo cabe adoptar una de estas dos actitudes diferentes: o resignarse ante la fatalidad de los hechos, dada la necesidad de que vienen revestidos, o intentar configurar un nuevo sistema de garantías que haga compatible una acción administrativa rápida, enérgica y eficaz con esas libertades positivas que al particular garantizan los nuevos Estados.

Naturalmente, la primera de estas posturas no puede satisfacernos. Ni a ella nos debe invitar la falsa idea de que la libertad individual es un concepto que carece de valor. Por otra parte, también hay que huír de un planteamiento de la cuestión en que Estado moderno y libertad aparezcan como términos inconciliables. Un destino terrible —dice MANNHEILN— espera a las generaciones que han sido educadas en la falsa disyuntiva entre libertad y planificación y en la idea de que no es posible ninguna síntesis en el plano del análisis teórico (11).

Pero no se trata solamente de la libertad del particular. En anteriores líneas hemos dejado esbozada una referencia al «interés general» que conviene ahora precisar.

El Derecho administrativo parece albergar en su seno, desde sus orígenes, una contradicción irreductible. Por una parte, a él se debe la creación de un sistema de garantías jurídicas del particular frente a la Administración que forman hoy parte entrañable de su esencia; por otra, el Derecho administrativo ha sido instrumento sutil de justificación jurídica de la prerrogativa administrativa. La razón suprema del «interés o servicio público» se ha manejado decisivamente para establecer el equilibrio jurídico propio del Derecho público al margen del tradicionalmente construido y señalado por el Derecho privado.

Ahora bien, la consagración jurídica del dogma del «interés público» se ha conseguido a través de dos momentos: en primer lugar, resolviendo todo conflicto entre interés público e interés individual favorablemente al primero; en segundo lugar, hurtando a las jurisdiccio-

(11) Op. cit., pág. 346.

nes encargadas de ventilar tales conflictos la posibilidad —frente a la demanda del particular— de apreciar la conveniencia y oportunidad del uso de los poderes discrecionales (12). Ambos podemos agruparlos en lo que pudiéramos llamar *defensa del interés público frente a los particulares* (que defienden sus propios intereses).

Sin embargo, el Derecho administrativo clásico no olvidó tampoco en ningún momento el establecimiento de un nuevo frente en la defensa del interés general, esta vez no orientado hacia los particulares, sino hacia los *administradores*.

La razón última de esta actitud está en una elemental medida de prudencia. La Administración, persona moral, se ve necesitada de actuar a través de sus órganos, cuyas voluntades son las de las personas físicas que figuran como sus titulares. La justificación de la personalidad moral de la Administración está precisamente en la existencia de un interés —el interés general— propio de la misma. Pero por muchas vueltas que se dé a las teorías de la personalidad jurídica y del órgano, nunca podrá ocultarse esta cruda realidad: que los titulares del órgano, pueden hacer funcionar la máquina administrativa no tanto en beneficio del interés público como en beneficio de los intereses que ellos representan como particulares (13).

De todas formas, puede afirmarse que el que acabamos de señalar fué un frente secundario en la gran batalla del Derecho administrativo. Hoy, empero, quizás las cosas comiencen a tornarse. Ya hemos visto con anterioridad cómo el cumplimiento de las obligaciones que para la Administración dimanaban de las «normas de acción», interesando a todos los ciudadanos, difícilmente pueden legitimar a uno solo de ellos para acudir a los Tribunales. Esto suponiendo que son los Tribunales organismos aptos para tal misión. Realmente, se trata de normas especialmente dictadas para salvaguarda del interés general y, mejor que la propia Administración, nunca podrán los jueces determinarlo.

Quiérese decir con todo esto que las nuevas circunstancias van a hacer necesario un giro radical en la lucha por la legalidad administrativa. Si hasta ahora —con las limitaciones que se desprenden de cuanto hemos dicho anteriormente— puede decirse que se ha buscado la legalidad de la Administración en nombre de los derechos del particular, en adelante tal legalidad aparecerá como la condición *sine qua non* en la defensa del interés público. Los sistemas que se arbitren para fiscalizar esta legalidad serán fundamentalmente sistemas ideados para defensa del interés público frente a los propios administradores.

(12) La única excepción a este principio es la llamada jurisdicción «*di merito*» en Italia.

(13) Los ejemplos que nos da el Derecho Administrativo clásico de haber previsto esta posibilidad son frequentísimos. Piénsese en la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911.

Aunque el contencioso-administrativo tradicional basado en el derecho subjetivo como fundamento del recurso se ha quedado pequeño ante las nuevas exigencias de la legalidad administrativa, no queremos decir con esto, ni mucho menos, que abogamos por su desaparición. Antes bien, hay que mantenerlo y fortalecerlo incluso con la consagración en nuestro sistema jurídico de algunos de los motivos que constituyen el exceso de poder. Al mismo tiempo, dado el número considerable de servicios públicos cuya finalidad actual consiste en facilitar concretas prestaciones al particular, urge la creación de un completo sistema de responsabilidad civil de la Administración, como contrapartida a los posibles perjuicios que para el particular puedan derivar del incumplimiento de las tales prestaciones.

Mas, sobre todo, y esto sí es una tarea de incalculable alcance político para el país, urge la plasmación de un completo sistema de fiscalización «de oficio» (no a instancias del particular) y ante organismos adecuados (no ante Tribunales contenciosos) de la legalidad objetiva —es decir, de la que plasma en «normas de acción»— de la actividad administrativa.

IV. En el presente trabajo hemos mirado más a demostrar la necesidad del sistema que a diseñarlo en sus concretas piezas. Esta última es tarea que requiere una nueva meditación. Sin embargo, habremos de adelantar algunas ideas que demuestren la viabilidad práctica del proyecto y los derroteros principales por que se encauzaría.

A nuestro entender, un proyecto de este tipo ha de plantearse necesariamente las siguientes cuestiones: 1.º, organismo adecuado para realizar, en nombre del interés general, la defensa de la legalidad administrativa; 2.º, extensión de las competencias de que había de gozar en esta materia, o, lo que es lo mismo, motivos de fiscalización; 3.º, responsabilidad a que darían lugar las infracciones de la legalidad objetiva en menosprecio del interés general.

A) Se desprende de cuanto hemos dicho anteriormente, que los órganos adecuados para realizar la fiscalización de la legalidad objetiva de la actuación administrativa, no pueden ser los Tribunales de Justicia. La jurisdicción contencioso-administrativa no sólo debe continuar encargada de la protección de los derechos subjetivos del particular lesionados por actividad administrativa, sino que debe también extenderse en dirección a un contencioso de anulación. Pero, técnicamente, no son los organismos idóneos para la defensa del interés público.

La cuestión estriba, por consiguiente, en la determinación de aquel organismo apto, por su constitución y significado, para una cabal comprensión de en qué consista el interés general consagrado en la Ley, y para proceder a su defensa. Naturalmente que estas circunstancias se

dan en la Administración pública, pero como precisamente lo que se busca es el control de la actividad administrativa, por definición habrá que situar el organismo fiscalizador fuera de su ámbito.

Realmente cuantas exigencias estimemos oportuno señalar para la consecución de la finalidad propuesta, pueden darse en las Cortes españolas (14). De acuerdo con nuestro sistema jurídico-político vigente, las Cortes son el órgano normal de legislación. En principio, pues, no puede dudarse de su capacidad para comprender cuáles fueron los fines que se persiguieron con las leyes administrativas anteriormente dictadas.

En los países de régimen parlamentario e incluso presidencialista, el poder legislativo tiene en sus manos la función de fiscalización de la actividad administrativa en el sentido más amplio de la palabra. Al señalar, empero, nosotros a las Cortes como el órgano que realmente debe realizar entre nosotros tal función, hemos de partir naturalmente del significado que actualmente tiene nuestra institución desde el punto de vista de nuestro Derecho político vigente. En este sentido se ha de señalar que la responsabilidad política del Ejecutivo ante el Poder legislativo, no es condición indispensable, ni mucho menos, para que la fiscalización de la legalidad objetiva administrativa sea posible. Antes al contrario, ésta podía ser la gran tarea que convirtiese a la Cámara legislativa española en la pieza esencial de nuestra vida pública. Al fin y al cabo todo consistiría en dar la adecuada extensión y desarrollo, y la efectividad real necesaria, al sistema de ruegos y preguntas regulado en la vigente Ley de Cortes.

B) El segundo de los delicados problemas que presentaría el proyecto que esbozamos se refiere a la extensión que habría de darse al sistema de fiscalización administrativa en manos de las Cortes. El límite máximo, claro es, está constituido por la infracción, que en perjuicio del interés público pueda cometer la propia Administración de la Ley administrativa. Pero un proyecto ambicioso en esta materia, no puede olvidar que no solamente es importante la fiscalización de las actividades administrativas concretas, sino que parece necesaria la presencia permanente en el orden del día de la cuestión de la reforma misma del organismo administrativo.

Ahora bien, en términos generales puede decirse que la fiscalización de las Cortes habría de dirigirse hacia una fórmula de control general de la «moralidad administrativa». Precisamente porque hoy la Administración requiere medios rápidos de acción y sistemas donde muchos

(14) No decimos que se dan, sino que *pueden darse*. Si efectivamente se cargase a las Cortes españolas con el cometido que aquí se propugna, sería necesario proceder previamente a una reorganización de su estructura y funcionamiento que las convirtiese en organismo idóneo para la nueva tarea.

viejos trámites deben desaparecer en holocausto de una mayor eficacia del servicio, es necesario la creación, como consecuencia de tal actividad, de un organismo como el que propugnamos inspirador de un rígido clima de moralidad administrativa que pese en todo momento sobre las decisiones administrativas.

C) Actualmente la Administración no responde políticamente ante las Cortes. Ya hemos dicho anteriormente que no es necesario recurrir al sistema de responsabilidad política clásico en la división de poderes para lograr el objetivo que proponemos. Realmente la misión de las Cortes, más que a hacer efectiva una responsabilidad, habría de tender: de una parte, al estudio y puesta en vigor de la legislación necesaria para que los fallos administrativos descubiertos puedan obviarse en el futuro; de otra, a una actividad de simple esclarecimiento de los hechos que, al mismo tiempo que sirva a ilustrar a la opinión pública afianzando el crédito de las instituciones públicas del país, ponga en manos del Jefe del Estado los elementos de juicio precisos para exigir las responsabilidades políticas que estime convenientes.