

**EL CONSEJO DE ESTADO:
ante un cambio de paradigma**
(Toma de posesión de SMM. 28.2.19)

Exma. Sra. Presidenta, Sras. y Sres. Consejeros, autoridades, letrados, señoras y señores.

La muy honrosa decisión de mis compañeros en la Real Academia Española de elegirme su Director, me otorga también, por obra de la Ley, plaza de Consejero nato en el Consejo de Estado.

Estoy muy agradecido al destino que me ha dado la oportunidad de pertenecer como miembro, simultáneamente, al Consejo y a la Academia. Vengo aquí como representante de la Academia, pero es claro que me oirán hablar menos veces de cuestiones lingüísticas que de Derecho, si la señora Presidenta me lo permitiera. Me he pasado la vida estudiando lo que se hace y dice en este Consejo. Reside aquí una de las fuentes del Derecho Administrativo, disciplina a la que he dedicado preferentemente mi vida de universitario, de escritor y de abogado. Me enseñaron a beber en ella mis primeros maestros en la Facultad, Pedro Sanz Boixareu y Eduardo García de Enterría, letrados de esta Casa, y he mantenido desde entonces una relación familiar con la actividad del Consejo, disfrutada no solo con la lectura de sus dictámenes, sino con la relación personal, que dura ya más de cuarenta años, con buena parte de sus miembros. La deferencia de Landelino Lavilla y Miguel Herrero de Miñón, que tan amablemente han apadrinando mi toma de posesión, me ha acompañado con enseñanzas y consejos desde que me recuerdo como jurista. La mesa de los Consejeros permanentes y los sitiales del estrado están repletos de viejos y queridos amigos. Me resultará muy fácil el trabajo en esta querida institución.

En los seis años que han transcurrido desde mi ingreso en la Real Academia Española, he dedicado bastante esfuerzo a demostrar la íntima conexión entre la lingüística y el Derecho. No solo por la evidencia de que para los juristas la palabra, la argumentación y la oratoria son herramientas principales, sino, antes que eso, por la enorme contribución de la legislación y de la obra de los juristas a la formación y evolución de la lengua.

Este papel fundacional del Derecho sobre el idioma que hablamos cuenta con mucho material probatorio. Bastará con que recuerde el reconocimiento de tal influencia en dos obras esenciales de la RAE: el Diccionario de autoridades y la edición del Fuero Juzgo.

El primer Diccionario de la RAE, editado en seis volúmenes entre 1726 y 1739, fue denominado simplídicamente *Diccionario de autoridades* porque a las definiciones de cada vocablo añadió una explicación de su fuente, de la obra en la que había sido encontrado y del contexto en que se usaba. Siempre se dijo que las fuentes habituales del Diccionario habían sido las obras literarias publicadas en España en los siglos anteriores. Pero ahora que disponemos de una buena versión

digital del Diccionario, lingüistas como Guillermo Rojo o Pedro Álvarez de Miranda han podido verificar que, entre las llamadas “otras fuentes,” los padres del Diccionario usaron profusamente las compilaciones y normas de toda clase vigentes hasta principios del siglo XVIII. Es decir, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, una muestra amplísima de fueros y ordenanzas municipales, el Ordenamiento de Montalvo, la Nueva Recopilación, la Recopilación de Leyes de Indias, y hasta algunas modestas Ordenanzas de tasas, como la de 1680, que resultaron ser formidables graneros donde obtener vocablos.

En cuanto al Fuero Juzgo, la Academia decidió editarlo en 1815, por considerarlo una pieza esencial para conocer la historia de la formación de nuestro idioma, que ya aparece en el Fuero, como explica su prologuista, D. Manuel Lardizabal, afirmando los caracteres que tardarían poco en consolidarse como referentes de la lengua castellana castiza.

Pero más allá de estas constataciones, estoy seguro de que lo mejor que podré aportar al Consejo es mi pertinaz vocación de administrativista. Es una suerte poderla ejercer en una institución como esta en un momento histórico en el que se están renovando en profundidad las instituciones sobre las que se construyó la disciplina. Bien sé que las aportaciones del Consejo, como ocurre también con las de la jurisprudencia contencioso administrativa, se incardinan más en los dominios de la tónica que en el de las construcciones generales, pero tengo por cierto que su papel seguirá siendo esencial en la reconstrucción de las instituciones del Derecho Público.

Hasta hace poco, todas las exposiciones generales sobre el Derecho Administrativo, tenían un punto de referencia fijo en los valores y los dogmas de la Revolución francesa. O si se quiere expresar con más exactitud, se han inspirado en los principios y criterios del primer constitucionalismo revolucionario que dismanteló la sociedad estamental, liquidó privilegios y estableció nuevos criterios de organización y funcionamiento para las Administraciones Públicas.

En verdad, la emergencia del Derecho Administrativo, estuvo relacionada con la separación de poderes, y, en concreto, con el empeño por deslindar las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo y entre este y el poder judicial. Las tensiones y conflictos entre poderes, tan nuevos en comparación con el Estado absolutista, se resolvieron matizando el alcance y significado del principio de separación. Por lo concerniente a la articulación entre el poder legislativo y el ejecutivo estableciendo que la atribución de la potestad legislativa al legislativo no sería exclusiva sino compatible con el reconocimiento al ejecutivo de potestad para dictar lo que inicialmente se llamaron proclamações y más tarde reglamentos de ejecución de las leyes. Por lo que respecta a las relaciones entre el poder ejecutivo y el judicial, los conflictos necesitaron más de un siglo para enderezarse. Pero su orientación estuvo clara desde el principio: los jueces ordinarios no debían interferirse en el funcionamiento de la Administración. Por tanto, para el control de la actividad administrativa solo se imaginaron dos opciones: primera, atribuir el control a órganos los propios administrativos; segunda, encomendar esta tarea a una jurisdicción especializada, fuertemente limitada en cuanto a sus potestades de anulación y sustitución de las decisiones de la Administración.

Las polémicas e inevitables conflictos que generaron estas dos parejas de contrarios a lo largo del siglo XIX y prácticamente hasta el término del siglo XX, dieron lugar a la emergencia de lo que podría denominarse el Derecho Administrativo clásico.

Simultáneamente a la aparición de todo ese utillaje jurídico empezó a construirse el Derecho Administrativo como disciplina científica. La gran edificación concluyó estando ya el siglo XX en el horizonte, en una época que F. Burdeau ha llamado “el tiempo de las catedrales” (E. Laferrière, M. Hauriou, L. Duguit, en Francia; V.M. Orlando en Italia; la gran doctrina alemana del Derecho Público de Gerber, P. Laband y G. Jellinek, rematada en el ámbito específico del Derecho Administrativo por Otto Mayer).

En esta construcción del Derecho Administrativo tuvo un papel capital la doctrina del Consejo de Estado francés.

En mis tiempos de aprendiz del Derecho Administrativo me abría paso entre las aportaciones del Conseil con cierta emoción y usaba su doctrina como si fuera una institución española. Descubrimos el *arretismo* y a los *arretistas*. Arrêt, como es bien conocido, es la palabra que designa las resoluciones ejecutivas del Conseil d’Etat y arretista es el título adjudicado a sus comentaristas habituales. Supimos que el Derecho Administrativo era una rama del Derecho de formación pretoriana inspirada sobre todo por el Consejo y los comentaristas. En España, aunque el Derecho Administrativo se formó sobre todo a base a empujones del legislador (siempre mirando de reojo a Francia, de la que recibíamos todas las influencias) una corriente doctrinal importante contribuyó a poner en valor la jurisprudencia administrativa y los dictámenes del Consejo de Estado.

Aquellas curiosidades, no siempre útiles para entender nuestro propio Derecho, nos ponían sobre la pista de las creaciones intelectuales de Maurice Hauriou y de Leon Duguit. Los dos grandes del Derecho Administrativo francés de primeros del siglo XX, siempre en estado de polémica entre ellos a propósito de las nociones de prerrogativa administrativa y de servicio público, que tuvieron la oportunidad de discutir a lo largo de toda su vida porque pertenecieron a la misma generación. Hauriou nació en 1856 y Duguit en 1859. El primero murió a finales de 1928, y el segundo a principios de 1929.

El servicio público, según Duguit, comprendía “toda actividad cuya realización debe ser regulada, asegurada o controlada por los gobernantes...” Y el ramillete de sus extraordinarios seguidores, pertenecientes a la Escuela del Servicio Público (G. Jèze, R. Bonnard, M. Réglade y L. Rolland) matizaron el concepto utilizando los *attendu* de los implacables arrêts del Conseil d’État, que examinaba muchos casos concretos que desmentían la teoría general. Conmover nos parecía a los estudiosos del Derecho Administrativo aquel arrêt Bac d’Éloka de 1921, que echaba abajo la teoría general para considerar que era posible la gestión privada en régimen de derecho privado de servicios públicos, como estaba ocurriendo por aquellos años en virtud de la oleada de nacionalizaciones que siguieron al término de la primera Gran Guerra europea.

En el caso de Hauriou, los desfallecimientos de la doctrina de la prerrogativa y la del servicio público fueron fáciles de seguir porque los comentó el propio decano de Burdeos en los, también para nosotros, muy famosos prólogos de las sucesivas ediciones de su *Précis*, donde examinaba las improntas que la doctrina del Conseil d'État imponía a sus construcciones teóricas. Mi admirado amigo y colega el profesor Santamaría Pastor y yo mismo preparamos una traducción y edición, publicada en 1976, de los once prólogos que Hauriou puso a las sucesivas ediciones de su *Précis*, cruciales para conocer la evolución del Derecho Administrativo.

En mi condición de administrativista bisoño me preocupaban, leyendo las grandes transformaciones que puede producir una sola decisión del Conseil d'État, los materiales tan endeble de que estaba hecho el Derecho Administrativo. Buscaba, como hacíamos todos los aprendices, si estas resoluciones tan relevantes tenían par en los dictámenes de nuestro Consejo de Estado y, aunque este había perdido la potestad jurisdiccional desde principios del siglo XX, no dejamos de enriquecer cualquier escrito con su doctrina. De aquella época, hacia 1977, es un artículo mío, el primero que escribí en la RAP, titulado *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español*. Ni que decir tengo a una audiencia tan conocedora de los problemas de los reglamentos ejecutivos como la que me escucha, que el artículo estaba repleto de referencias a la doctrina del Conseil y del Consejo sobre dicha clase de reglamentos, tan trabajada por ambas instituciones.

Este Derecho Administrativo clásico empezó a ser profundamente reformado tras la promulgación de las constituciones promulgadas al término de la II Guerra Mundial y, en España, después de la Constitución de 1978. Y en los últimos treinta años ha sufrido una renovación radical. La construcción inicial del Derecho Administrativo estuvo vinculada a una época revolucionaria, la de las primeras Constituciones, que ya no volverá.

Las Constituciones ya no pueden ser revolucionarias, sino 3.0, como ha propuesto Sommek, o cosmopolitas como he sugerido yo mismo. No tienen los Estados esa soberanía compacta, indivisible e irresistible, que les permitía organizar los poderes y garantizar los derechos a su libre criterio. El soberano no puede apartarse en la actualidad de los condicionamientos internacionales y europeos, salvo que acepte el aislamiento. El poder constituyente se ha moderado y fragmentando y comparte sus viejas facultades creativas con poderes supra territoriales e infraterritoriales que lo condicionan. Las Constituciones de los tiempos que vienen serán siempre diacrónicas, diatópicas y multitextuales

Bajo la cobertura de la primera generación de Constituciones nació y se pudo mantener un Derecho Administrativo muy estatalizado, construido a base de experiencias locales, aunque, en general, muy influido por la doctrina francesa en toda Europa. Todo ello ha sido sustituido por un cosmopolitismo jurídico creciente. La centralización formaba parte del modelo, no la potente descentralización. También la ley general y única, no la legislación fragmentada y multipolar. La relación con los ciudadanos se montó sobre las nociones de acto unilateral y ejecutivo. Obras clásicas y esenciales, como la de Hauriou en Francia o

la de Otto Mayer en Alemania, estuvieron basadas, como ha resumido con precisión H. Bauer, en la idea de que “el Estado no pacta con el súbdito”. Nada tiene que ver todo esto con el auge de la participación y el convenio como formulas de gestión. Los contratos administrativos se caracterizaron por las prerrogativas que la Administración retiene y ahora está retornando su régimen a la igualdad entre las partes. El contencioso se ha concibió como un proceso al acto, y la responsabilidad patrimonial de la Administración como una suerte de seguro de riesgos. Ya no es igual.

Todos estas características del Derecho Administrativo clásico han sido cuestionados en Europa, con lo cual se inició y sigue una renovación general de todas los instrumentos y técnicas de que se valía la Administración para organizarse y atender los intereses generales.

Pero más allá de estos cambios de alguna instituciones concretas, que, obvio será decirlo, no siempre las arrumban ni invalidan, pero sí las transforman, el Derecho Administrativo está afectado en los tres últimos decenios un cambio de paradigma. Desde el primer constitucionalismo, Francia, España y los principales países del continente europeo concibieron sus Administraciones Públicas como grandes prestadoras de servicios económicos y sociales. Crearon estructuras institucionales o empresariales para satisfacerlos y las dotaron de un régimen jurídico especial.

La concepción del Estado y su relación con la sociedad que todo ello implica ha tenido que enfrentarse a un nuevo modelo en el que los ciudadanos y sus organizaciones sociales y empresariales han tomado un protagonismo diferente a costa del que tenían las Administraciones públicas. El Estado gestor de servicios ha pasado a ser regulador y garante. Regulador de actividades privadas para asegurar su ajuste con los intereses generales, y garante de que las necesidades esenciales de los ciudadanos y la seguridad del sistema no se resientan.

Todos los países europeos han asumido ese cambio de concepciones. Las fuentes que lo inspiran no son locales, ni predominantemente francesas, sino supranacionales y cosmopolitas porque se ha aceptado en todo el Occidente constitucionalista el paradigma nuevo sobre la posición del Estado en las sociedades avanzadas. Las fuentes intelectuales primarias hay que buscarlas en el derecho norteamericano, y las grandes construcciones dogmáticas en el *Regulierungsrecht*, que se ha abierto paso con fuerza en Alemania para explicar el nuevo Derecho Público. En esta tarea reconstructiva puede decirse que, por primera vez en la historia de nuestro Derecho Administrativo, los autores españoles están creando sus propias explicaciones.

La gran transformación a que me refiero vuelve a entregar un gran papel a la tónica, a la creación desde los casos concretos, y por tanto al Consejo de Estado, que se enfrenta cada día al trabajo apasionante de crear, de explicar, de urdir buenas soluciones para preservar los intereses generales.

Cuánto celebro, señora Presidenta, señores consejeros y letrados, llegar al Consejo en este momento.

Muchas gracias.

