

García de Enterría, Eduardo:
***La lengua de los derechos. La formación del derecho
público europeo tras la Revolución Francesa***

Sumario: I. PRESENTACIÓN.—II. LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA LENGUA DE LOS DERECHOS.—III. EL DERECHO SUBJETIVO: EL CONCEPTO PARA LA LIBERTAD.—IV. LA LEY: LA TÉCNICA QUE GARANTIZA EL DERECHO SUBJETIVO.—V. LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA.

I. PRESENTACIÓN

No es fácil, desde luego, acometer una tarea como recensionar una obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹. Inevitablemente, a uno le asaltan muchas dudas acerca de la posibilidad y la oportunidad de comentar y reflexionar, sobre las ideas que fluyen en las páginas de *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Desde luego,

* Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

¹ No procede efectuar una referencia a un currículum inabarcable, pero da idea del significado de Eduardo García de Enterría la siguiente referencia: Letrado del Consejo de Estado (1947); catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Valladolid (1957) y Complutense de Madrid (1962); académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1970); doctor honoris causa por las Universidades de París-Sorbonne (1977), Bolonia (1992), Zaragoza (1983), Mendoza (Argentina, 1986), Tucumán (Argentina, 1986), Nuevo León (México, 1987), Benito Juárez de Durango (México, 1987), Valladolid (1992), Carlos III de Madrid (1993), Universidad de Cantabria (1995), Universidad Externado de Colombia (1995), de Oviedo, de Santiago de Compostela (1996), de Málaga (1999), de Buenos Aires (2000) y de Córdoba (Argentina, 2001). Fundador y director de la *Revista de Administración Pública* (desde 1950) y de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (desde 1974); miembro del Comité de Redacción de *Rivista di Diritto Europeo dell'Economia*, *Yearbook of European Law*, *Nomos-Praxis des europäischen Rechts*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, *European Review of Public Law*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, *Estado e Direito* y de la *Revista Española de Derecho Constitucional*; juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1978-1986); Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales (1984); miembro del *Academic Council*, del *European Law Research Center*, de la *Law School* de la Universidad de Harvard (1991); Premio Alexis de Tocqueville del Instituto Europeo de Administración Pública (Maastricht, 1999).

resaltar lo que significa GARCÍA DE ENTERRÍA para el Derecho Público² (para el Derecho) no sólo no está en mi mano, sino que, además, podría constituir un peligroso atrevimiento. Pero qué duda cabe que todos los que, de una forma u otra, nos dedicamos al Derecho Público, y también quienes no, estamos en deuda con su magna obra. Desde luego, el estudio y aprendizaje de todo el trabajo del autor proporcionaría una formación envidiable por su profundidad, claridad y variedad; sin necesidad de ser exhaustivo, parecen hoy lectura imprescindible desde su *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, La Constitución como norma y Tribunal Constitucional, hasta Revolución Francesa y Administración contemporánea; Democracia, jueces y control de la Administración; Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo: conferencias en Argentina*, y, desde luego, su *Curso de Derecho Administrativo*, el cual, en cada uno de sus dos tomos, explica el lento caminar que ha supuesto la formación del Derecho Administrativo español y de todo el Derecho Público, sus problemas y carencias, sus soluciones y las principales aportaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales. Y, por supuesto, no puede ser olvidado por quien habita en Cantabria, como quien esto escribe, la condición del autor de cántabro admirado y querido, así como la pasión por su tierra, que ha plasmado, aparte de en algún otro libro³, también en *Liébana: tierra para volver*.

El libro recensionado se integra perfectamente en toda la obra de autor, y destila, página a página, su idea del Derecho, de la que todos somos tributarios. Es la segunda edición⁴ de la publicación del discurso del ingreso del Profesor en la Real Academia Española⁵, que, sin huir de la polémica, es de lectura esencial, interesante y amena. Desde luego, un jurista de la

² Sobre el significado de la obra jurídica del mejor jurista español contemporáneo no sólo es altamente recomendable, sino que me parece imprescindible, la lectura de B. Pendás García, «Una confianza audaz en el Derecho. A propósito del Libro-homenaje a E. García de Enterría», *Revista de Administración Pública*, 133, 1994, pp. 189 y ss. El autor expone un pensamiento que no puedo por menos que permitirme el atrevimiento de la apropiación: «en las páginas brillantes de García de Enterría sobre la Constitución como norma, la lucha contra las inmunidades del poder; la sujeción plena de la Administración a la Ley y al Derecho o la prohibición de la arbitrariedad se percibe, ante todo y sobre todo, una confianza audaz en el Derecho. De este modo, muchas generaciones de juristas, armados del arsenal técnico forjado por la “generación” de la “RAP”, han contribuido a satisfacer en parte la vieja deuda que los españoles tenemos contraída con el Estado de Derecho, demasiadas veces maltratado a lo largo de nuestra historia política». «Una confianza...», *op. cit.*, p. 190. Además sobre el significado de la RAP (incluido en el número monográfico) es de lectura interesante, E. García de Enterría, «Para una historia interna de la RAP», *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 611 a 621.

³ También podría citarse, *De montañas y hombres*, Madrid, 2000.

⁴ Es objeto de esta reseña la segunda edición de *La Lengua...* que ha sido publicada por Civitas en 2001, en edición algo más cuidada y con algunas correcciones con respecto a la primera. Ésta editada por Alianza Universidad en 1994 y fue recensionada por J. M. Moreno Robledo, «Reflexiones en torno a la Lengua de los derechos. Discurso de ingreso en la Real Academia Española de la Lengua», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 85, 1996, pp. 235 a 254. No obstante y sin afectar a nada de lo ya apuntado, en esta segunda edición aparecen algunos errores tipográficos totalmente irrelevantes, que por cierto no aparecen en la primera edición, como «simpre» (p. 79); «exsplica» (p. 150) o «condificación» (p. 154).

⁵ El discurso íntegro puede consultarse en Internet en la página web de la RAEL: www.rae.es. El texto que ahí puede consultarse tiene alguna cita menos, pero contiene algunos párrafos del discurso que, por razones obvias, no se han incluido en ninguna de las dos ediciones de *La lengua...* En todo

talla de GARCÍA DE ENTERRÍA debe participar en la labor de fijar, limpiar y dar esplendor y a todos los juristas nos llena de orgullo que sea él quien precisamente ocupe el sillón «U» de la Academia. Porque, si a algún lenguaje le falta claridad y necesita trabajo y puesta al día, ése es el lenguaje jurídico; y no es porque la situación de este lenguaje especializado sea mucho peor que el de otros, es, más bien, porque en el lenguaje jurídico se ve afectado algo tan fundamental como la libertad, lo cual queda claro de la lectura del libro. Apasionante, sin duda, es la tarea que ha de emprenderse para poner al día el vocabulario jurídico, estando tan necesitado de seguridad como está esa lengua de los derechos a cuyo origen y formación dedica GARCÍA DE ENTERRÍA su libro. Como no podría ser de otro modo, el trabajo ya se ha iniciado y los resultados pueden percibirse en la última versión del Diccionario, en el cual, por ser espejo de la lengua, se observa el enriquecimiento y claridad en algunas definiciones de palabras jurídicas clave. No debe olvidarse que son definiciones semánticas, no jurídicas, pero está claro el necesario rigor y la inevitable comunicación entre uno y otro, ya que el cambio semántico va «calando» poco a poco en todas las mentalidades, y desde luego en la jurídica. Así, en la última edición de 2001 del Diccionario algunas palabras de la lengua de los derechos han tenido importantes modificaciones: por ejemplo, y sólo como una pequeña muestra del cambio emprendido, la voz *Constitución* (que además ha de escribirse con mayúscula inicial), ahora también significa «Ley Fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política». Asimismo, *liberal* ya no es el «que profesa doctrinas favorables a la libertad política de los Estados» (edición del Diccionario de 1992), sino que es el «partidario de la libertad individual y social en lo político y de la iniciativa privada en lo económico», además del que «pertenece a un partido político de ese nombre». Prescindiendo de otros vocablos que han sufrido cambios, como *Parlamento*, resulta interesante y se percibe el cambio aludido, también en la palabra *poder*, que ya no son las «fuerzas de un Estado, en especial las militares», sino que ahora es «en los países democráticos, Parlamento o Asamblea legislativa». Podría continuarse casi indefinidamente el estudio de este cambio de la lengua de los derechos, pero para finalizar se puede citar la voz *expropiar*, que ya no significa «desposeer de una cosa a su propietario, dándole en cambio una indemnización, salvo casos excepcionales. Se efectúa legalmente por motivos de utilidad pública». Ahora la definición es mucho más garantista y parece como si el Estado de Derecho hubiera aparecido de repente también en el Diccionario, pues expropiar ahora es «privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes». A pesar de desconocerlo con exactitud, se puede estar seguro de que no ha sido ajeno el autor a casi ninguno de estos cambios y que el rigor y la

caso, resulta interesante comprobar cuál fue el contenido del discurso de ingreso y, especialmente en el inicio y final del mismo.

perspectiva son mucho mayores y, además, no se agotan en los pocos casos expuestos, pues van más allá, como el cambio en la ordenación de los significados de las voces.

La lengua de los derechos es un ensayo sobre la formación de un nuevo Derecho, base del surgimiento de un nuevo lenguaje, el cual supuso como radical novedad una confianza imprescindible de los ciudadanos en el poder y un intento de someter éste al rigor y la predicibilidad de la Ley. Expone el libro, de forma clara y rigurosa, el ambicioso proyecto de un tiempo de asegurar la libertad y de garantizar «el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». De este libro, que rezuma *auctoritas*, se aprende⁶, al aparecer de forma sucesiva ideas, conceptos y definiciones fundamentales en el surgimiento, evolución y situación actual del Derecho Público. Desde luego, es un libro conceptual, lleno de interesantes implicaciones prácticas, que bien podría ser el germen de un Manual de Derecho Público; más aún, destila una gran cantidad de matices, pues el autor da pinceladas de cuestiones colaterales con consecuencias y efectos de indudable interés y actualidad, así la explicación relativa al origen de los derechos forales y nacionalismos y su relación con la Escuela Histórica del Derecho⁷ es sólo uno de los muchos que podrían citarse. De este modo, en *La lengua de los derechos* se da cuenta del origen y etimología de muchas palabras y conceptos, que han sido incorporados a nuestro acervo jurídico, así el lector reconocerá el origen y consolidación de palabras tan usadas como Legislación, Constitución, responsabilidad o liberalismo⁸. Consecuencia de esta riqueza y además de rebosar el libro hechos que causan cierta sorpresa⁹, en sus páginas se presentan de forma sucesiva pensadores fundamentales en la formación del pensamiento del Derecho moderno, como Guillermo de OCKAM, LOCKE, KANT, HEGEL, SAVIGNY o ROUSSEAU. En definitiva, es inevitable hacer referencia a muchos libros cuya lectura queda pendiente para cualquiera que pretenda comprender la formación del Derecho Público y también del Derecho Privado; ejemplo de ello es *La idea de la razón en el Estado en la Edad Media* de MEINECKE, o *La metodología jurídica en el siglo XIX* de WILHEIM; y ello sin olvidar la referencia a las aportaciones de los autores españoles, muchas veces olvidados, estudiados en la parte final del libro, como *Recuerdos de un anciano*, de A. ALCALÁ GALIANO, o sus *Lecciones de Derecho Constitucional* o el libro de Alejandro OLIVÁN *De la Administración pública con relación a España*.

Por todo esto, resulta una obra de casi imprescindible lectura en la que se desarrolla, principalmente, el proceso de formación de dos técnicas esen-

⁶ Y quien esto escribe ha aprendido y recordado muchos conceptos, procesos e ideas.

⁷ *La Lengua...*, p. 93, nota al pie 95.

⁸ En este proceso de formación de la «lengua de los derechos», España hizo su aportación importante, pues la corriente de pensamiento que defiende las ideas expuestas en este libro, se denominará, en general, «liberalismo», acogiendo el término creado en Cádiz.

⁹ Por ejemplo, la relativa a la edición española de la obra clásica de C. Beccaria, *Dei delitti i delle pene*, que incluía una autorización para la publicación, cuyo sorprendente contenido no puede por menos que ser transcrito: «El Consejo... ha permitido la impresión y publicación de esta obra sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reino y su puntual observancia; mandando, para inteligencia de todos, poner en el principio de esta nota.» *La Lengua...*, p. 113, nota al pie 19.

ciales: el derecho subjetivo y la Ley, los cuales han sido asumidos no sólo por la cultura jurídica, sino por la cultura general, pues cualquiera puede recordar frases como «esto ha de hacerse por Ley» o «aquello es por Ley». De esta forma, el lector percibe, y recuerda una vez más, que muchos de los principios, normas y en general todo el sistema no es porque sí, sino que tienen un origen muy concreto. Por supuesto, si se lee este libro, se verá enriquecida la formación de todo jurista: las aportaciones y las enseñanzas son innumerables para cualquiera, de filiación privatista o publicista, pues las presuntas diferencias entre sectores del ordenamiento jurídico, presentadas muchas veces como mundos separados, quedan diluidas de forma casi imperceptible. En definitiva, queda puesta de relieve la idea del Derecho de GARCÍA DE ENTERRÍA, la idea de un ordenamiento que es garantía, además de estructura, afectando al ciudadano de la forma más previsible posible, pues el Derecho, a través de su lengua, ha de crear fe, confianza y seguridad en los ciudadanos. Así se pensó en la Revolución Francesa y así se pretende que siga siendo. Es absolutamente pertinente cerrar esta presentación recordando las palabras del *Fuler's Case* (citado, por cierto, en la obra) que quedan puestas de relieve tras la lectura de libro: «el Derecho es un arte que requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocerlo».

II. LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA LENGUA DE LOS DERECHOS

El libro se estructura en cinco partes en las que se desarrollan el origen y consolidación de las técnicas principales en las que se articula el sistema jurídico; son cuatro capítulos y un epílogo, el cual resulta una aproximación al estudio de la lengua de los derechos en España. El primero se titula «La Revolución Francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos» y el autor pone de relieve el carácter mesiánico de la Revolución Francesa, sin ocultar una no disimulada admiración por este trascendental afirma desde el inicio un principio importante: la Revolución pretendió la creación de un nuevo hombre, orgulloso y libre, que iniciaba una nueva etapa de su evolución social, mediante la fundación de un nuevo orden político y social. Es más, se trató de «rectificar la historia entera de la humanidad (de) fundar un orden político y social completamente nuevo capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable». Esta Revolución y el cambio social tan radical que conllevó no dejó inerte a la lengua, yendo más allá de un mero cambio de léxico. La palabra adquirió la naturaleza de «instrumento político directo», condición que nunca había perdido ni perderá, pues «quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante». De forma casi inconsciente, a partir de la lectura de esta parte del libro, nos asalta la idea de que esa «lucha por la palabra» tiene hoy un reflejo evidente, que se concreta en un intento del poder por influir, cuando

no controlar, los diversos medios de comunicación. En este sentido, poca duda cabe de que ésta sería la versión del siglo XXI que explicaría las relaciones entre el poder y el lenguaje, entre el poder y la comunicación, que se concretaría en una peculiar situación de la lengua de los derechos en el siglo XXI. Por otra parte, también provocó una transformación lexical; de este modo, el libro entero está repleto de referencias a palabras que aparecen en esta época, que pertenecen a nuestro acervo jurídico, y que están incluidas desde hace tiempo en el Diccionario de la RAEL, como Ley, poder, Derecho, derechos, libertad o Constitución¹⁰.

Ya desde el principio se adivina con claridad una de las premisas fundamentales en lo que es el desarrollo de la obra: frente a la situación del Antiguo Régimen, en el que la lengua del Derecho estaba desprestigiada y falta de rigor, se produce la entrada de la lengua jurídica en la lengua general, una lengua nueva impulsada por la aparición de la libertad de imprenta para un hombre nuevo y libre. Esta lengua no es una lengua desideologizada, neutra, tiene un claro significado político, pues explica las relaciones entre los hombres y las relaciones sociales y políticas como materia del Derecho.

III. EL DERECHO SUBJETIVO: EL CONCEPTO PARA LA LIBERTAD

Tras el análisis de la importancia de la lengua de los derechos, GARCÍA DE ENTERRÍA afronta el surgimiento del concepto de derecho subjetivo y de una técnica para hacer efectiva la nueva libertad (la Ley). El autor expone en primer lugar, el concepto de derecho subjetivo y su lento proceso de formación, por ser una técnica imprescindible para conseguir una efectiva articulación de la libertad, cuya consecución real no puede realizarse si no se vincula a una norma objetiva y en concreto a la Ley. Es, por tanto, un instrumento fundamental para realizar todo el cambio emprendido por la Revolución Francesa. Antes de leer las principales obras de ENTERRÍA, podría tenerse la idea de que es el derecho subjetivo un concepto estudiado y desarrollado principalmente por el Derecho Privado, cuyos tratadistas parecen haber efectuado una cierta apropiación del mismo. Seguramente una idea superficial de la materia puede hacer pensar que las más estudiadas lecturas del concepto de derecho subjetivo provienen de civilistas: no obstante, de esta idea inicial se puede prescindir recordando las páginas imprescindibles del *Curso de Derecho Administrativo*¹¹, pues las implicaciones del concepto para todo el ordenamiento jurídico son fundamentales, y sobre todo para el Derecho Público. De hecho, hoy es evidentemente asumido el con-

¹⁰ Con respecto a esta última, especial interés tienen sus diversos orígenes, para cuya comprensión completa es fundamental el magnífico trabajo del Profesor, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1998.

¹¹ La exposición en esta materia del *Curso* es de referencia en el Derecho Público español, que ha sido asumida íntegra, como otros casos, por una buena cantidad de administrativistas en sus respectivos

cepto y las referencias legislativas múltiples en todo el ordenamiento, tanto a los derechos subjetivos como a los intereses legítimos, como consecuencia de ese lento camino que fuera iniciado en el proceso revolucionario francés. Por ello, este carácter multidisciplinar y horizontal del concepto de derecho subjetivo, se vislumbra enseguida en las múltiples definiciones que del mismo proporciona GARCÍA DE ENTERRÍA, siendo una de las más importantes y completas la que da su *Curso*¹².

El origen del concepto de derecho subjetivo es complejo, largo, y desde Guillermo DE OCKHAM aparecen unidos a su formación los teólogos-juristas¹³ de la Segunda Escolástica, quienes tipificaron unos *iura innata* a todo hombre por el simple hecho de serlo. Este movimiento tuvo cierto éxito y fue asumido por las primeras leyes de Indias, aunque olvidado luego y no utilizado apenas para otros grupos minoritarios. A esto se añadió una fundamental aportación de la Escuela de Derecho Natural, que adelantó el armazón del Derecho en los próximos siglos: la creación de un Derecho de la razón, que fundamenta la explicación última del origen de la sociedad y del Estado como un contrato, concluyendo en la inviolabilidad por el poder político de unos derechos naturales del hombre, que le corresponden como tal y que afectan a toda la humanidad sin que obedezcan a ningún título específico y, por supuesto, no a la herencia, como pensara BURKE. De esta forma, se buscan instrumentos racionales para explicar el sistema jurídico, a través de la idea de los derechos naturales y de los derechos subjetivos obtenidos mediante el pacto social. En definitiva, bajo estas ideas se empieza a convertir al hombre en sujeto de derechos, más que persona subordinada, siendo una concepción individualista que da relevancia extrema a instituciones como el contrato y la propiedad. De todo esto, también da cuenta el autor de las principales tesis, como la defendida por JELLINEK (y tan contestada por la doctrina francesa) de que la idea de recoger los derechos innatos no es de origen político, sino religioso y se origina además en las colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses.

A través de WOLF y de la Pandectística alemana, la Ilustración generaliza la idea de la condición natural del hombre en estado de perfecta libertad: los hombres son libres, iguales e independientes. En definitiva, señala el autor que se crea un ambiente libre despejado que parece aire fresco, quedándose preparados para su recepción por las dos grandes revoluciones modernas, la americana y la francesa. En todo caso, la formación es paulatina y las aportaciones sucesivas, afortunadas e imprescindibles, todas las cuales aparecen en el libro comentado, y cada «vuelta de tuerca» en la formación de todo el sistema es descrito con facilidad y gran claridad. Así, es LOCKE, padre del individualismo liberal y comprometido en la *Glorious Revolution* y en el *Bill of Rights*, el pensador esencial de la concepción formal e indi-

manuales. En todo caso, ha de seguirse la reflexión de García de Enterría acerca de los derechos subjetivos en su *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1999, pp. 37 a 56.

¹² Aunque el autor califique la suya del *Curso* como «una cualquiera» dentro de las de Derecho Público, en *La lengua de los derechos...*, p. 77, nota al pie 58.

¹³ Condición ésta que suele ser desconocida, reconoce el propio García de Enterría.

vidualista de unos derechos innatos, y quien crea un sistema de pensamiento político capaz de preservar la parte sustancial de los derechos, y en especial de la libertad y de la propiedad. El autor del *Tratado sobre el Gobierno Civil* perfecciona el sistema, pues sitúa explícitamente en el centro del mismo al individuo y a partir de él unos derechos innatos y un contrato, en el cual el pacto tiene como objeto esencial la preservación de la Libertad. Alejado de la posición de HOBBS y de forma un tanto discutible y algo discutida en la época, pasa el pacto de ser una simple hipótesis lógica para convertirse en un programa de acción política, pues ahora es un acuerdo entre individuos libres para formar una sociedad civil y someterla a la determinación de la mayoría. Además, este planteamiento no se queda en la simple descripción de un ideario político, va más allá, pues su dimensión económica es defendida por los fisiócratas franceses y Adam SMITH, complementándose perfectamente con el concepto jurídico de propiedad de LOCKE, adecuado para la nueva burguesía. Todo esto produce una explosión de los derechos naturales como base de una construcción social y política, de forma que se proclaman por Asambleas representativas de los pueblos revolucionarios como documentos fundacionales de una nueva etapa política.

En este ámbito da cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA también de clásicas polémicas, traídas a colación apropiadamente; aquí se encuentra la relativa a la originalidad de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano con respecto a las Declaraciones norteamericanas. Señala el autor que el influjo de estas declaraciones americanas sobre la DDHC no es discutible y está documentada. En este sentido, se efectúa una completa referencia de la polémica entre germanistas y franceses; los primeros representados por JELLINEK, quien niega originalidad a la DDHC, siendo respondidos con argumentos no exentos de cierto sentimiento y algo de emotividad y hasta de visceralidad: BOUTMY señaló que los derechos americanos se formularon para ser invocados ante los tribunales, mientras que los franceses «para enseñanza del mundo». El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, tras analizar los argumentos proporcionados, concluye de forma convincente que la originalidad francesa sobre las declaraciones americanas estaría en la «formulación solemne de una doctrina sistemática de las libertades y los derechos del individuo respecto al Estado», presentando un carácter más abstracto, filosófico y general¹⁴, y, lo que es más importante, la Revolución Francesa reserva un papel a la Ley en esa construcción social y política, todo lo cual recuerda de forma casi inconsciente la idea de progreso.

Aquí irrumpe con toda su importancia la técnica derecho subjetivo, pues aquellos *iura innata* se instrumentarán a través de este concepto. En todo caso, el concepto de derecho subjetivo requiere *sine qua non* una norma obje-

¹⁴ En cualquier caso, no puede dudarse de la originalidad del sistema legal creado por la Revolución Francesa, pues el sistema de rule of law anglosajón históricamente significa la vinculación de los jueces al common law y la exclusión en su función de órdenes directas del Rey o de sus delegados. Por tanto, expresa la autonomía del common law y de los tribunales, no es la técnica de la legalidad, sin que pueda equipararse a lo que se denomina el reino de la Ley. Sólo más tarde podrá equipararse Estado de Derecho y common law (sólo cuando éste se hace transnacional).

tiva que lo defina, lo delimite y lo proteja, pues la eficacia de estos derechos debía venir de una supernorma con valor superior al Derecho positivo: la Constitución¹⁵ o una norma que tuviese una vocación suprallegal y la DDHC la tenía, tal como se desprende de su Preámbulo. Sin duda, concluye el Profesor, la novedad de la DDHC es la vinculación entre norma objetiva y derecho subjetivo. Pero además, podría agregarse que lo peculiar de esta soldadura entre derecho subjetivo y norma se convierte aquí, como es sabido, en unión entre derecho subjetivo y Ley. De este modo, los límites que se impongan a los derechos naturales no pueden ser impuestos más que por la Ley. Simplificando quizá en exceso, se afirma que a través del concepto de derechos innatos y de la construcción del pacto social, todo el sistema social y político va a intentar ser reducido a una simple articulación entre derechos subjetivos de titularidad estrictamente individual reconocidos por la Ley como se desprende del artículo 2 de la DDHC. La Ley se coloca en el centro mismo del sistema convirtiendo el ordenamiento jurídico en un sistema de Leyes, recordando el «Estado legislador» del que escribiera décadas más tarde el discutido Carl SCHMITT¹⁶.

En resumen, la idea del derecho subjetivo ligado a la Ley va a aplicarse sistemáticamente en el Derecho Público y también en el Derecho Privado. Surge así una nueva concepción del Derecho que sitúa al individuo y a su autonomía personal en el centro mismo del sistema jurídico, con manifestaciones ya desde el Código Civil de Napoleón de 1804 (como los arts. 1.134 y 1.156), llegando también al Código Civil español, que, aprobado décadas más tarde, proporciona ejemplos de lo apuntado, como pueden ser los artículos 1.255 o 1.279.

En toda la lenta formación del concepto de derecho subjetivo dedica el autor un interesante apartado a la Alemania del siglo XIX, pues allí será donde se perfilará el concepto definitivamente. A pesar de que la doctrina científica alemana prescinde de la influencia francesa en la explicación de su formación, demuestra GARCÍA DE ENTERRÍA la evidencia de que KANT y HEGEL fueron influidos en sus ideas jurídicas por la Revolución Francesa y de que SAVIGNY¹⁷ reflexionó sobre las innovaciones que introdujo el Cc

¹⁵ De nuevo reaparece la importancia de la Constitución como norma jurídica, que es como la gran desconocida de toda esta construcción revolucionaria, seguro que simplemente porque no se necesitaba ni interesaba para concluir toda la gran construcción que se emprendió en aquel momento.

¹⁶ Sobre el uso del término *Estado legislador*, puede señalarse que en la traducción española se hace referencia al «Estado Legislativo» o «Estado Legislativo parlamentario» del cual Carl Schmitt señaló: «Por Estado Legislativo se entiende aquí un determinado tipo de comunidad política, cuya peculiaridad consiste en que ve la expresión suprema y decisiva de la voluntad común en la proclamación de una especie cualificada de normas que pretenden ser Derecho, y a las que, en consecuencia, son reducibles todas las demás competencias y esferas de actividad del dominio público.» Más adelante, señala que «el Estado legislativo es un Estado dominado por normas impersonales —es decir, generales— y pre-determinadas —es decir, concebidas como duraderas—, de contenido mensurable, en el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley». C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1968, p. X.

¹⁷ La aportación de Savigny ha de situarse en el final de la etapa de definitiva configuración del derecho subjetivo, la cual será obra de la Pandectística alemana del siglo XIX. El conocido origen de esta escuela ya propugnó, contra lo que suele ser entendido por habitualmente, no una exaltación nacional

de Napoleón. En efecto, toda la idea kantiana del Derecho está basada en la idea de libertad; y en este fundamento se basó la justicia del Derecho positivo como la ética kantiana de la autonomía de la persona y de su voluntad. Así, la idea de KANT del Estado y muchos de los conceptos de su obra se nutren claramente del pensamiento que la Revolución Francesa acababa de poner por primera vez en la Historia. El caso de HEGEL es más claro aún, pues reflexiona sobre la base de los derechos y de la libertad; para él, ésta es la base entera del Derecho, de forma que tiene plena conciencia del concepto de derecho subjetivo, robusteciendo su idea de derivación de la ley y eliminando cualquier equívoco de su origen como derecho innato, pues el derecho subjetivo debe ser reconocido y protegido por el derecho objetivo como condición de su misma existencia. Podría afirmarse, sin necesidad de ser reiterativo, que no se puede hablar de mayor influencia de uno o de otro, porque la Revolución Francesa es la culminación de todo un pensamiento posterior; en todo caso, sí podría indicarse que los grandes pensadores citados por el autor asumieron un bagaje anterior de ideas de libertad, entre las que se sitúan de forma clara y prioritaria los principios plasmados en la Revolución.

IV. LA LEY: LA TÉCNICA QUE GARANTIZA EL DERECHO SUBJETIVO

Tras la exposición de la elaboración y consolidación del concepto de derecho subjetivo, la obra se centra en lo que son las bases de la formación del Derecho Público revolucionario: la Ley como instrumento llamado a construir el edificio cuya base es el derecho subjetivo. Para una más adecuada aproximación a la idea de Ley, el autor se centra en una comparación entre el nuevo Derecho y la idea sustancial del Derecho Público del Antiguo Régimen, en donde la idea principal era la razón de Estado, entendido como medio de quebrantar el Derecho positivo. De aquella forma, el bien público podía exigir e imponer cualquier modificación jurídica, incluso quebrantando el Derecho común y derogando las Leyes establecidas sobre la base de la superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano.

A partir de la Revolución Francesa, la idea del gobierno de las leyes tiene un éxito fundamental en nuestra Historia por la brillantez de sus fundamentos, por la belleza de su contenido, por su eticidad y su racionalidad

del Derecho germánico, sino una meditación (lo cual no es poco, aunque García de Enterría dice que «sólo» —p. 93—) detenida sobre el Derecho Romano técnicamente elaborado, exponiendo de forma sistemática y elaborada a través de instituciones articuladas racionalmente para servir de instrumentos aptos para la sociedad presente. En lo que aquí importa, la aportación de Savigny fue la configuración del método dogmático articulando «instituciones jurídicas», conjuntos orgánicos alrededor de los cuales se alinean normas y principios y en cuyo seno se produce la figura básica de la relación jurídica; en ésta, una de las partes, al menos, es el titular de un derecho subjetivo. De ahí pasará a la Pandectística alemana y marcará toda la construcción técnica del Derecho, de forma que el concepto se articula como un mecanismo técnico insustituible de funcionamiento del sistema.

frente al complejo mundo jurídico anterior. Así, señala el autor que «frente a toda esta construcción, religiosa o mítica, barroca y misteriosa», las ideas que la Revolución Francesa ofrece son «de una perfecta simplicidad» (p. 102). En este sentido adquiere todo su significado el artículo 3 de la DDHC: «toda soberanía reside esencialmente en el pueblo», pues sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma impidiéndose la apropiación del poder por un solo agente, y la delegación del ejercicio de la soberanía total, sino, a lo sumo limitada, produciéndose la distinción entre representantes y agentes.

Así, el Profesor expone el esquema sobre el cual girará el teórico ejercicio del poder desde aquellos momentos hasta nuestros días: a partir de ahora, todos los agentes van a ejercitar los poderes que la Ley haya previsto para la materia concreta en que se ejercitan. Esto se define «de forma prodigiosa», señala ENTERRÍA, en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la DDHC, auténtico núcleo duro de la declaración a los efectos aquí expuestos: encierran la idea de la legalización general del ejercicio de poder y engloba lo que será la organización política y del Estado durante varios siglos, pues: «acabamos de entrar en el tercer, y no se vislumbra aún el fin de modelo» (p. 109). Pueden servir estas ideas de reflexión para percibir lo que ha cambiado y lo que se ha alejado la situación actual del Derecho y del Estado, en donde se han generalizado y nos hemos acostumbrado a prácticas, como las Leyes de Acompañamiento o la desformalización de procedimiento legislativo, que resultan alejadas, cuando no contrarias, a aquel teórico sistema revolucionario, no exento de cierta utopía. Pero no todo parece perdido hoy, ni hay que ser excesivamente derrotista, pues desde entonces, por lo menos, ha quedado la relación política del ciudadano con el poder no como una relación de sujeción o subordinación personal, sino como relación específica de simple obediencia a la Ley. De modo que la Ley no tiene otro objeto que proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la de todos y asegurando así la convivencia. De esta forma, el poder se descompone en un conjunto de competencias legales específicas y potestades asignadas a los distintos agentes, pues todos los ciudadanos están sometidos a la Ley y ninguno, tampoco hoy, debe obedecer más que en virtud de mandato legal.

Esta construcción se quedaría incompleta si el sistema no tipificase el acto contrario a la Ley: el acto arbitrario, entendido como aquellas órdenes que no estén debidamente cubiertas por una Ley. De esta forma, ésta habilita y mide los poderes de autoridades y define negativamente un correlativo ámbito de libertad de los ciudadanos. Ese derecho de libertad habilita un modo de resistencia contra la agresión ilegítima en que consiste el acto arbitrario por ilegal. Sin duda, en la obra del propio GARCÍA DE ENTERRÍA se pueden observar interesantes derivaciones, como en el *Curso*, en el que, en relación con los reglamentos ilegales se afirma: «La inaplicación es la técnica por excelencia arbitrada frente al Reglamento ilegal. Pero se comprende que la misma, no obstante su energía, no es suficiente como medio práctico para luchar contra los Reglamentos ilegales, desde el momento en que la apariencia de estos Reglamentos, aún inaplicados, permanece y continúa produciendo una buena parte de sus efectos perturbadores. Un paso

más del ordenamiento consiste en pasar de esa suerte de resistencia pasiva que es la inaplicación a una resistencia activa y ofensiva»¹⁸.

Toda la evolución posterior consistirá en reconducir el derecho de resistencia (procedente del Antiguo Régimen) hacia una acción judicial, por la que se pide al juez que restituya al demandante su situación arbitrariamente afectada por el agente público que actúa al margen de la Ley. Apuntándose ya la técnica del control de legalidad de los actos de los agentes públicos y la posible sanción de nulidad, que va vislumbrando una inevitable estructuración de todo un ordenamiento jerarquizado. Como consecuencia de ello, uno de los principios más relevantes del nuevo reino de la Ley que la Revolución Francesa instaura, está en el principio de responsabilidad de todos los representantes y agentes públicos. Más aún, la conocida interpretación del principio de separación de poderes motivó que los jueces no pudiesen controlar la legalidad de los actos administrativos, y la Administración arbitró un sistema de autocontrol que derivaría más tarde en el recurso contencioso-administrativo: a partir de ahora nadie podrá dar una orden o ejecutarla sin tener que ser llamado a rendir cuentas por ello.

De acuerdo con aquel sistema, la Ley se articula como un arma de libertad, producto de la libertad de los ciudadanos que se reúnen para decidir. Pero podría preguntarse si es la Ley hoy efectiva articulación de la misma libertad; a este respecto, podrían recordarse las palabras célebres de DIDEROT, citadas por el autor: «Las voluntades particulares son sospechosas: pueden ser buenas o malas; pero la voluntad general es siempre buena; no ha engañado nunca, no engañará jamás.» Sin duda, afirmar estas palabras, recién entrado el siglo XXI puede parecer, en el mejor de los casos, una cierta ingenuidad. Y no sólo por los problemas de elaboración de la Ley, sino también por la aplicación de la misma: porque hoy, ¿es la Ley instrumento exclusivo de libertad?, ¿qué finalidades puede perseguir la Ley?, ¿cabe alguna defensa de la Ley si ésta persigue una finalidad que no es la búsqueda de la libertad? En definitiva, podría plantearse cuál es hoy la finalidad de la Ley, prescindiendo de retóricas declaraciones constitucionales y dudando de la infalibilidad de nuestros representantes y por supuesto de la nuestra. En cualquier caso, hay que reconocer que da la sensación que persiste en nuestras conciencias la idea de que la Ley es omnipotente y que puede servir tanto como instrumento de política económica, como para posibilitar la ilegalización de un partido político o para perseguir alguna finalidad difícilmente comprensible y conocida. Podría dudarse, por ello, del éxito de aquellos revolucionarios de hace más de dos siglos, que era desterrar para siempre del mundo la posibilidad de una Ley opresiva. No cabe duda de que cualquier operador del Derecho y cualquier ciudadano puede comprobar (a veces para su propio pavor), que la legislación no parece hoy producto de la razón precisamente, ni infalible, ni garantizadora: la dispersión normativa, la insoportable tecnificación en cada vez más materias, las mayores lagunas o la inexistencia de una auténtica lengua de los derechos, son datos que no indu-

¹⁸ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso...*, *op. cit.*, p. 219.

cen al triunfalismo, aunque nos quede la declaración de que el poder no puede más que actuar en virtud de la Ley. Aunque esto sea también discutido en ocasiones.

De toda la construcción revolucionaria se deriva el intento de reducir todo el Derecho a la Ley, pues a partir de aquel momento, en lugar de hombres van a mandar leyes. No obstante, y al hilo de lo ya apuntado, pueden recordarse las palabras del autor: «Hoy, dos siglos después, nuestra fe en la Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De ROUSSEAU, buscando su sueño liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en HOBBS, en la expresiva fórmula de DAHRENDORF, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y anomia moral, y no propiamente en el esperado reino de libertad» (p. 123). Más aún, el principio de seguridad jurídica muchas veces no se encuentra por más que sea buscado, aunque sepamos que no hay otra alternativa que seguir rigiéndonos por leyes. En la actualidad, no podríamos ir mucho más allá de reconocer la necesidad de reorientar la teoría de la Ley y de la representación política, comenzando por pensar con mayor rigor en el concepto de Ley y en el del reino de la Ley, situándose siempre en sus contornos e intentando ubicarla en una realidad jurídica, política y social contemporánea y no a años-luz de la misma. Todo esto no son sólo palabras, son conceptos técnicos cuyo desconocimiento a veces por personas de la más alta cualificación asusta.

El concepto de reino de la ley no es retórico, es técnico y GARCÍA DE ENTERRÍA lo explica de forma magnífica: todo órgano público ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, mediante el procedimiento y las condiciones tasadas por ella misma. Tras el período revolucionario y por primera vez, todo el aparato del Estado se objetiviza en un abstracto y mecánico aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas: el que obedece, lo hace sólo al Derecho. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad y de seguridad jurídica donde la libertad de los hombres puede desarrollarse sin temor a una injerencia imprevista y en donde la Administración ejecuta la Ley. Estas ideas, solicitadas entonces por la nueva sociedad capitalista y burguesa, son aplicables hoy, pero en un Estado que tanto ha crecido y tanto se ha complicado, las ideas revolucionarias y liberales, no parecen tan claras. Y no se trata sólo de acudir al recurrente Estado Social y a su problemática y crisis, hay otras cuestiones en nuestro país que no deben olvidarse y que no inducen al optimismo en cuanto al reinado de la Ley: la existencia de un inacabado sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que fomenta reiteradas reivindicaciones; o la indefinición de la Ley en el ámbito autonómico para regular algunas materias, como la universitaria o la incapacidad de arbitrar un sistema de cooperación y coordinación en la aplicación y elaboración de Derecho comunitario, son sólo algunas de las cuestiones que fomentan la limitación y hasta la desautorización de la Ley y complican, en España, la pulcritud en la aplicación de su reino.

V. LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA

La tercera parte del libro hace referencia a la consolidación de las distintas ramas del Derecho Público y su recepción europea. En efecto, todos los principios que surgen con la Revolución Francesa tuvieron una gran capacidad para transformarse en ordenaciones jurídicas sistemáticas. La formación de este Derecho Público se produce en medio del mismo fragor revolucionario, con una gran celeridad y destreza técnica que hoy causan asombro y que en el siglo XXI parecen imposibles. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA expone la lógica sorpresa de la «aparente» falta de grandes juristas que la personifiquen, con la excepción de PORTALIS. Así, todas las ramas de Derecho Público se alimentan de esa construcción que supuso la Revolución Francesa, quedando fuera el Derecho Constitucional, en el que se desconoce la superlegalidad constitucional, seguramente como víctima de la superioridad legal.

Los efectos que tiene en el ámbito de las distintas ramas del Derecho son la demostración de que las ideas revolucionarias no quedan en una mera declaración retórica. Estos efectos son analizados por GARCÍA DE ENTERRÍA comenzando por el ámbito del Derecho Penal. Como expone el autor, el *ius puniendi* en el Antiguo Régimen era una facultad personal del monarca, siendo por ello indeterminada y los principios de actuación reconducidos a la filosofía del orden y del pecado. La pena se concebía como la expiación de un pecado, un anticipo del juicio divino. Como premisa, defendida de forma convincente y de modo que no siempre es defendida por la doctrina penalista española, afirma el autor que «carece de sentido negar a BECCARIA su puesto glorioso en la historia humana, así como a la DDHC el formidable honor de haber hecho la primera plasmación legal de esos conceptos, y atribuir, como hace buena parte de la doctrina alemana, la invención del principio de legalidad de los delitos y de las penas a A. V. FEUERBACH, que lo único que hace es darle su expresión latina, ya clásica».

De acuerdo con el esquema señalado, el *ius puniendi* de que es tributario el Derecho Penal contemporáneo, ya no es el derecho de una persona superior, sino que es la simple aplicación de una Ley que ha previsto anticipar las conductas punibles y la pena concreta que cada una de éstas merece. Esta predeterminación legal creará un ámbito social secularizado de seguridad jurídica en cuyo seno se desarrollará la libertad. Desde entonces, nadie será presumido culpable, el proceso penal será un cuadro legal en que las garantías esenciales de la libertad se manifiestan, apareciendo importantes libertades, como la de designar, abogado y propugnándose por vez primera la humanización de las penas. Despierta especial interés alguna curiosidad apuntada, como la aparición de la rápida y expeditiva guillotina como ejecución de la pena de muerte en una aplicación de estos principios.

También se percibe la influencia de los principios revolucionarios en el Derecho de organización de los tribunales y en el Derecho Procesal. En efecto, la justicia del Antiguo Régimen se presentaba como un inextricable embrollo, en el que cohabitaba un impresionante y caótico cortejo de funcionarios. Tras la Revolución Francesa, se estableció un solo orden de Tri-

bunales formulándose, por vez primera, la separación de la autoridad judicial de los titulares del poder ejecutivo: independencia de juez y objetividad de Derecho que hoy aparecen como teóricas verdades. Todo el sistema se coronó con dos técnicas, junto a la motivación¹⁹, la primera un Tribunal de casación adscrito al poder legislativo y la segunda el denominado referé legislativo. Todo lo cual demostraba la natural desconfianza hacia unas personas que no se caracterizaban, precisamente, por su encendida defensa de los principios revolucionarios. Estas ideas demuestran una posición muy distinta de la actual, o quizá no, pues a veces se percibe, aquí y fuera, una sospechosa coincidencia entre ciertas decisiones judiciales y algunos declarados intereses. De nuevo estas ideas recuerdan ciertas actitudes muy actuales, recordadas por el autor en otro momento²⁰: «¿Será cierto que cualquier solución a una cuestión de aplicación del Derecho admita una interpretación necesariamente —o, al menos, normalmente— política?... Los mismos partidos políticos, así como sus confesados partidarios mediáticos, toman posición constantemente en contra o a favor de un reo..., hasta sobre si es o no correcto interponer un determinado recurso o formular un conflicto jurisdiccional, siempre abiertos a las posibilidades ordinarias de las partes según la Ley... resulta necesario salir de ese reduccionismo, que pretende concebir el Derecho como un mero instrumento de poder, cuando no de venganza pura y simple». A partir de estas reflexiones, concluye de modo que recuerda la aludida idea del Derecho de GARCÍA DE ENTERRÍA: «es necesaria una interpretación uniforme del Derecho para todo el pueblo, exigida por los básicos principios de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica... La objetividad del derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la Ley y hacerla posible es la primera de las funciones de la ciencia jurídica» pues «como jurista y como ciudadano no estoy dispuesto a que la norma de la convivencia la acuerde libremente cualquier juez. Supongo que la mayoría de los ciudadanos, en cuanto libres, pensará lo mismo».

Además de referirse al Derecho Tributario²¹ (ahora aparecen principios como el de legalización total de los gastos, el de equilibrio presupuestario, o el de especialidad), el autor se centra en la lógica influencia que tuvo en el Derecho Administrativo. En efecto, ya se ha indicado que uno de los ejes en los que se centra el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA es la técnica del reino de la Ley, en virtud del cual quien manda o ejerce cualquier autoridad es un simple agente de la misma y no un hombre superior al ciudadano llamado a obediencia. Todo ello encontró, desde luego, un campo fértil en el funcionamiento de la Administración Pública, y sus aplicaciones evi-

¹⁹ Desde el siglo XVI ningún tribunal motivaba sus decisiones, resaltando un carácter absoluto y caso divino de su posición y el carácter soberano del Rey y pues esa soberanía incluía la potestad de decidir en equidad. La Revolución Francesa rechaza esta situación y se dispone que las sentencias serán pronunciadas públicamente y motivadas, enunciando todos los términos de la Ley aplicada. No obstante, en el pasado hubo alguna interesante excepción, como la aludida en *La lengua...*, p. 172, nota al pie 22.

²⁰ «Derecho, política y subjetivismo», *ABC*, p. 3.

²¹ Y su importancia para el desarrollo del Derecho Parlamentario.

denes hasta hoy mismo. Ésta tuvo un desarrollo espectacular durante el Despotismo Ilustrado y, tras la Revolución Francesa, adquirió una posición aún más fuerte, quizá de forma contraria a lo que se pensó en un primer momento. La introducción de la igualdad y el individualismo en una sociedad implica un desarrollo de lo que se denominó la «centralización», entendida como concentración de «todas las desigualdades en un centro público al que se encomienda la gestión de todas las necesidades o conveniencias que trascienden de las fuerzas limitadas de cada individuo» (p. 181). Esto es precisamente lo que ocurre cuando Napoleón organiza creativamente la Administración Pública francesa y pasa a ser modelo inmediato para toda Europa, de modo que, desde entonces, en todo el mundo la Administración Pública no ha cesado de crecer. Llama la atención, al hilo de estas consideraciones del autor, el imparable desarrollo que, a pesar de movimientos más o menos de moda que pretenden disminuir la importancia de lo público, ha tenido, tiene y parece que tendrá lo administrativo y lo burocrático. Quizá por ello deba pensarse más en organizar lo desorganizado que en suprimir o en empobrecer lo que, de momento, tiene apariencia de caótico.

Éstas eran las ideas de Napoleón de racionalización y de claridad cuando se elabora la Constitución de Bayona: se esfuerza por crear una zona de libertad civil de los modernos²², lo cual obliga a excluir la condena irreflexiva y automática de los españoles que favorecieron la aplicación de aquella Constitución. En ese objetivo está la obra codificadora napoleónica (CC, Cp, Código de procedimiento civil y de procedimiento criminal), la ordenación de la justicia y la creación de una Administración Pública. Así, la Administración napoleónica se articulará sobre una nueva técnica de organización que hace pasar la línea de mando sobre órganos unipersonales en tanto que se desplazan los colegiados hacia la deliberación o la consulta. Organiza el territorio en un cuadro de prefectos, subprefectos y municipalidades, organiza la carrera administrativa como una posibilidad ofrecida a los más aptos, instituye y despliega la enseñanza en todos sus grados, así como la sanidad o el fomento. «Sobre estas razones es un hecho que es bajo Napoleón cuando se toma el primer sistema de justicia administrativa, que desde entonces recibirá el nombre de contencioso-administrativo» (p. 191): creándose primero los Consejos de Estado y el de la Prefectura y, en 1806, la Sección de lo contencioso-administrativo en el primero, «que tiene la virtud de hacer

²² De la «libertad de los antiguos» García-Pelayo ponía de relieve que «carecían de ese carácter planificador de la vida política con arreglo a unos principios apriorísticos, racionales y generales que distingue a las modernas Declaraciones», más aún afirmaba que «... el instrumento en que se manifiestan tales derechos no es la ley general, sino la costumbre o la norma particularizada» que se refieren a una sola parte de la población. M. García-Pelayo, «Derecho Constitucional Comparado», desde 1991 también en *Obras completas I*, Madrid, 1991, p. 346. En este sentido, expone García de Enterría que el radical cambio de mentalidad que supuso la aparición de la libertad de los modernos, puede percibirse de forma clara en el derecho de propiedad, pues del cambio de concepción de este derecho va a surgir precisamente el paradigma del nuevo derecho subjetivo. Se produce en este momento una concepción de la propiedad como un poder absoluto del hombre sobre las cosas, que parece una transposición de los poderes de Dios sobre el mundo. El contraste de la concepción histórica del derecho de propiedad es evidente, de forma que surge el nuevo concepto que tiene una «formidable potencia destructiva».

efectiva esta vía de recurso contra los actos administrativos que los jueces eran incompetentes para conocer», mediante el sistema de justicia retenida. Como es conocido para alguien que se haya aproximado al Derecho Administrativo a través de su *Curso*, el Derecho administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado en sus decisiones de recursos, empezando por los recursos por vicios de incompetencia de la autoridad y exceso de poder. Los principios del Derecho Administrativo, distintos de los del Derecho Civil, se pueden concretar en una sola idea: «la Administración Pública debe actuar dentro de los límites de la legalidad; la obediencia en este campo puede imponerse sólo en nombre de la Ley» (p. 193). Nadie tiene un derecho personal a que la Administración actúe de manera que respete la Ley; pero todos tenemos un efectivo e inequívoco derecho a que la actuación de la Administración Pública no afecte a nuestro círculo vital sino a través de competencias y procedimientos legales. Y si no es así, el ciudadano puede reaccionar frente al acto arbitrario. Desde entonces, acto arbitrario, derecho de resistencia y responsabilidad de los agentes se han constituido en pilares del Derecho Administrativo desde entonces y hasta ahora, sin que deban perder su condición de garantía del ciudadano frente a la actuación de la Administración Pública.

Igual que ahora no se ve un cambio del sistema elaborado hace más de dos siglos, tampoco la Restauración acabó con el nuevo Derecho creado tras la Revolución Francesa, pues se percibió la idea de que no era posible la vuelta a los dogmas del Antiguo Régimen. «Únicamente» fueron dos principios que no fueron aplicados: el principio democrático y el principio de valor supralegal de los derechos fundamentales. La Restauración se organizó sobre el principio monárquico que se legitimaba sobre tres pilares: la cotitularidad del poder con las Cámaras; el poder reglamentario independiente del Rey y la atribución del aparato técnico del Estado a la titularidad personal del Monarca. La burguesía y las nuevas clases encontraban así garantizado el espacio de libre desenvolvimiento individual que significaba la “libertad de los modernos”. Finalmente, GARCÍA DE ENTERRÍA reconoce que todas estas ideas posrevolucionarias quedan sólo apuntadas, pues «no es nuestro objeto describir ese largo proceso de solidificación definitiva de las nuevas estructuras jurídico-públicas que han articulado desde entonces la sociedad francesa» (y la europea), pero no cabe duda de que sería muy interesante una segunda parte del estudio, y, desde luego, contar con el desarrollo de estas ideas en España.

Pero la aprobación de estos principios y del sistema no se produjo sólo en Francia, pues todos los Estados absolutistas iniciaron, tras su victoria, un apresurado proceso de recepción de ese mismo sistema jurídico, recepción que se desarrolló en un período de tiempo breve y que está culminada. Pues «el Derecho público revolucionario y napoleónico se ofrecía a los juristas europeos como una creación deslumbradora: reducido a principios claros y simples, sustituía el caos jurídico precedente por una normación ordenada que, sin afectar gravemente a la titularidad soberana de los monarcas... edificaba a la vez un último marco de igualdad social y de libertad civil de

los modernos, en el que la nueva sociedad burguesa podía encontrar satisfacción y desplegar sus potencialidades de desarrollo social y económico» (p. 201). Este proceso de recepción se produjo en muchos países, aunque en España desgraciadamente sólo de forma parcial, siendo donde más significación tuvo en los Estados germánicos centrales²³. En definitiva, a finales del siglo XIX el Derecho Público del reino de la Ley ha triunfado en toda Europa y también en Iberoamérica, posteriormente se internacionaliza y tiene su reflejo incluso en algún Tratado. Esta generalización se convierte en algo así como el aire que respiramos, de forma que junto al viejo *Corpus iuris civilis* aparece un novísimo *Corpus iuris civitatis*.

²³ El autor da cuenta de una sorprendente influencia asiática, concretamente en Japón, de los principios revolucionarios franceses, *La lengua de los derechos*, p. 203.