

LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. POSTULADOS BÁSICOS Y TRANSFORMACIONES*
CONSTITUTIONAL STATE OF LAW CLAUSE, PRINCIPLE OF LEGALITY AND PUBLIC ADMINISTRATION. BASIC POSTULATES AND TRANSFORMATIONS

Orlando VIGNOLO CUEVA**

RESUMEN: El papel central y las luchas constantes del Estado de derecho y el principio de legalidad siempre se ajustaron a la reconducción de la “potentior persona” a los ámbitos propios del derecho. El sello de nacimiento de ambos nunca fue la planificación, programación y potenciación de actividades disímiles, complejas y altamente técnicas, necesarias para satisfacer las crecientes necesidades colectivas. Frente a los cambios producidos desde los años setenta del siglo pasado se hace necesario replantear estos dos institutos sin que se pierda lo ganado, lo cual sería posible si se asimilan ciertos conceptos a sus contenidos, permitiendo que algunas actividades administrativas que parecían situadas en la sombra, puedan tener desde estas ampliaciones un adecuado recubrimiento y reconocimiento jurídico.

ABSTRACT: *The Constitutional State and the Principle of Legality were created to help and to promote the control on the exercise of legal authorities of the Public Power, to liquidate his possible arbitrariness and to protect different aspects of the juridical sphere of the private ones. In sum, the central role and constant fights of these categories always it adjusted to the reconduction of this “potentior person” to the proper areas of the Law. The stamp of birth of both was never the planning, programming and involution of dissimilar, complex and highly technical activities, necessary all of them to satisfy the increasing collective needs. Opposite to the changes produced from the seventies of last century it becomes necessary to restate these two institutes without there gets lost the already gained, which might be possible if one assimilates certain concepts to his contents, allowing that some administrative activities that till now seemed to be placed in the shade, could have from these extensions a suitable covering and juridical recognition.*

Palabras claves: Estado de derecho, principio de legalidad, administración pública.

Keywords: *constitutional State, principle of legality, public administration.*

* Artículo recibido el 6 de octubre de 2010 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2011.

** Abogado por la Universidad de Piura, Perú; doctorando por la Universidad de Zaragoza, España, y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú; orlando.vignolo@echecopar.com.pe.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIV, núm. 131,
mayo-agosto de 2011, pp. 783-813

SUMARIO: I. *El origen, avatares y definitivo avance del Estado de derecho.* II. *El principio de legalidad aplicado sobre la administración pública. La vinculación de este poder público a la norma (La positive y negative bindung).* III. *Transformaciones del principio de legalidad. ¿Hacia la vinculación estratégica a la norma? Explicaciones sobre las teorías de la esencialidad y reserva de la administración.* IV. *A modo de conclusión. ¿Crisis de la positive bindung o convivencia pacífica de ésta con otros moldes de vinculación a la norma?*

I. EL ORIGEN, AVATARES Y DEFINITIVO AVANCE DEL ESTADO DE DERECHO

Aunque se pueden encontrar rasgos básicos del Estado de derecho en la división de poderes formulada por Montesquieu,¹ es entre 1829 y 1834, fechas de publicación de las obras *Das staatsrecht des königreiches württemberg* y *Die polizeiwissenschaft nach den grundsätzen des rechtsstaates* de R. von Mohl,² cuando aparece acuñada por primera vez, con más escepticismo que posibilidades de éxito,³ la expresión que ahora comúnmente usamos. Esta noción sintetizaba la creciente racionalización de la vida jurídica y ponía especial énfasis en el valor que habían tenido distintos sectores jurídicos en la conformación del contenido conceptual de Estado.⁴

¹ Como bien señala Garrido Falla, este principio fusionó las distintas aproximaciones históricas y políticas ocurridas en el mundo anglosajón y europeo-continental anteriores al autor francés. Véase Garrido Falla, Fernando, “La administración y la ley”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 125 y ss.

² El profesor Santamaría Pastor no se muestra totalmente seguro sobre este dato, porque, según señala, apoyándose en los propios escritos de Von Mohl, este autor alemán sintetizó una frase conocida del canciller Von Bismarck, además de utilizar como fuentes adicionales a los libros de Jordan y Politz, Müller, Welcker y Von Aretin, los cuales ya venían usando regularmente esta fórmula. Véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Ceura, 1991, pp. 192 y 193.

³ Krauss y Von Schweininchen en su libro *Disputation ü den rechtsstaat* muestran el calificativo de “artificiosa” que le dio O. von Bismarck a esta frase. Véase Legaz y Lacambra, Luis, “El Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, p. 13.

⁴ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 13. También reconoce este origen doctrinal alemán García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Cívitas, 2000, pp 47-49.

Los albores de esta cláusula la muestran encaminada a sustentar las distinciones entre el poder legítimo (y por tanto jurídico) del que no lo es, entre el nuevo poder liberal del cada vez más detestado poder autoritario propio del absolutismo, pretensión que luego se volvería regular en toda forma histórica del Estado contemporáneo, pues, en esencia, los esfuerzos de los regímenes de distinto sello fueron los de no mostrarse (al menos en apariencia) como usurpadores de las potestades ejercitadas.⁵

En suma, lo que se intenta durante esta primera etapa es concretar la teoría formulada por el primer liberalismo alemán de Kant, Fichte y Von Humboldt, en los simples argumentos de que el orden jurídico positivizado permite el mantenimiento del despliegue vital de cada individuo y la no intervención estatal para la procura (inútil) de felicidad y bienestar a favor de éste.⁶

Fue la apreciable armazón conceptual aparecida en años posteriores en las obras de Von Bahr, Stahl, Gierke, Gneist y O. Mayer,⁷ la que permitió generalizar este concepto (*Rechtsstaat*) en contraposición al Estado de la fuerza (*Machtstaat*),⁸ pero con una clara tendencia a considerarlo como el “Estado de la razón”, capaz de asegurar la libertad de los ciudadanos y la primordial limitación de cualquier organización del poder público. Para alcanzar este fin, los autores men-

⁵ García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 433 y 434. También López-Muñiz reconoce el camuflaje hecho por algunos sistemas políticos no exactamente depositarios del contenido material del Estado de derecho, “por lo demás, en las formas históricas del poder público pueden reconocerse aproximaciones más o menos logradas o realizaciones más o menos parciales o plenas del Estado de derecho. No siempre realidades históricas concretas amparadas bajo tal denominación, hoy ya común, de Estado de derecho responden a lo más esencial de cuanto reclama la juridicidad del poder público, alejándose más de esto que otras organizaciones políticas que no recibieron tal etiqueta”. Véase Martínez López-Muñiz, José Luis. *Introducción al derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 30.

⁶ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 193.

⁷ Otro de los avances, hasta ahora reconocidos, que produjo esta importante escuela y sus seguidores, es “un perseverante empeño por diferenciar lo mejor posible dentro del Estado o del poder público la diversa naturaleza de las funciones que permitirían cabalmente distinguir la administración y los otros poderes públicos”. Véase Martínez López-Muñiz, José Luis, *op. cit.*, p. 89.

⁸ Cfr. Castillo Córdova, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2008, p. 91.

cionados crearon nociones materializadas en técnicas de corte formal desplegadas con mucha fuerza en el flamante derecho administrativo. Obviamente, en esta época donde importaba más el Estado de derecho como una condición de realización del Estado, antes que una meta o fin a cumplir,⁹ y al no existir un contenido específico ni seguro de la libertad y los derechos fundamentales, se restringían las posibilidades de limitación efectiva y material de esta categoría sobre los poderes públicos.¹⁰

El Estado de esa época era uno dotado por la ciencia jurídica de una específica estructura organizativa, de un contenido regulatorio para toda la comunidad política y de expresas modalidades o formas de actividad, sin que estos aspectos, en muchos casos, lleguen a ser valores integrantes de su esencia. Cabía además su plena integración con la marca reformista y renovadora del liberalismo político (el Estado de derecho era la traducción jurídica de la democracia liberal). Aunque, valgan verdades, sin extremar el juicio negativo, habría que reconocer que esta noción no siempre ha sido un buen y leal vástago de esta corriente de pensamiento.¹¹

Otro insumo accidental pero con cierta relevancia, es lo resbaloso que resultó la construcción teórica y práctica de este cláusula, característica que se refleja en las continuas y encontradas formulaciones dogmáticas y en los propios vaivenes históricos del siglo XIX.¹² Todo esto determinó la continuación atemperada (más práctica que querida) de ciertas figuras del antiguo régimen. Así, Otto Mayer reconoce que los:

Dos grandes principios que lograron extraerse son, por una parte, *la soberanía absoluta del Estado*; por otra, *la sumisión de cierta esfera de la actividad*

⁹ Esta definición sobre Estado de derecho, de Friederich Julius Stahl, es citada por Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 193.

¹⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., pp. 47-49.

¹¹ Cfr. Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, pp. 13 y 14. Hago la afirmación final, apoyándome en este autor español, ya que aunque el Estado liberal siempre debe practicarse en el Estado de derecho, muchas veces, el segundo ha sido apartado de las raíces del primero, para permitir el surgimiento de los Estados totalitarios o de las “democracias populares”, las cuales se consideraban a sí mismas como Estado de derecho.

¹² Un buen recuento de posiciones, no sólo jurídicas, sobre el Estado de derecho aparece en Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 13.

del Estado al derecho civil y a la jurisdicción civil. Ambos principios han sido conservados. Ya no hay derechos de supremacía que den la medida de la potestad del Estado sobre sus súbditos; *no hay más que un poder del Estado, universal, que actúa soberanamente, en el sentido de la antigua majestas populi romani.* No obstante, a diferencia de ésta y según el modelo que el régimen de policía diera, subsiste la posibilidad de aplicar, al Estado, hasta cierto punto, el derecho civil destinado a regular las relaciones de los individuos entre sí y de recurrir contra él a los tribunales instituidos para juzgar las controversias de derecho civil.¹³

En la búsqueda de cimentar límites jurídicos firmes¹⁴ para administraciones más cercanas a la abstención, antes que a la acción efectiva,¹⁵ se introdujo con muchas dudas,¹⁶ la tesis de que éstas se obligan a realizar sólo aquello que esté permitido por el ordenamiento jurídico.

¹³ Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 67 (la cursiva es mía).

¹⁴ En la cuestión actual y siempre recurrente de limitar al poder mediante el derecho se debe recordar que “la realidad política sólo es positivamente valiosa cuando la *virtus omnium* de la organización no remata en una voluntad nuda y arbitraria, sino en una voluntad impregnada de eticidad, capaz de conferir a la idea absoluta de justicia la precisión y certeza que convierta la validez en vigencia dentro de una situación histórica concreta. El ámbito existencial del Estado es el de la vida social, en cuanto la vida social tiene forma jurídica; por eso el Estado va necesariamente referido al derecho”. Véase Conde García, Francisco Javier, *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 87.

¹⁵ Garrido Falla señala que estas organizaciones estatales surgidas a la luz del constitucionalismo liberal, responden “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”. Véase Garrido Falla, Fernando, “La administración...”, *cit.*, p. 128.

¹⁶ Dos preguntas saltan del texto principal: ¿cuál debía ser la norma que permitiría diagramar las fronteras de las actuaciones estatales? ¿La Constitución era un límite material de las potestades públicas? Para responder a estas cuestiones basta recordar un fragmento de la obra de Mayer: “lo que caracteriza al *Rechtsstaat* no está dado por la vigencia de la Constitución: queda todavía por realizarse. La expresión elegida indica lo que se exige del Estado; es necesario que en todo lugar y momento donde su actividad pueda producir efectos en otras personas (sus súbditos), exista un orden regulado por el derecho, o como expresa la fórmula, que se ha considerado unánimemente como la mejor para exteriorizar este pensamiento, *el Estado debe fijar y delimitar exactamente los derroteros y confines de su actividad, así como la esfera de libertad de sus ciudadanos conforme a derecho*”. Véase Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 79.

co (a manejarse desde y hacia los fines configurados por el derecho). En otras palabras, nace el dogma (ahora constitucionalizado) de que todas estas organizaciones del poder público debían estar sometidas obligatoriamente a la ley.¹⁷ Si se quiere, en otros términos, nace el “paradigma de la predeterminación normativa de la entera actuación de la administración”.¹⁸

La anterior cuestión resume los ingredientes aportados por la Revolución francesa para predominar y frenar de manera real al *acto arbitrario* (nueva categoría de ilícito consumado por un agente público contra los derechos ciudadanos). Por un lado, a través del *principio de legalidad* (nadie está por encima de la ley al ser la manifestación máxima de la voluntad de la colectividad), y en segundo término, mediante el *principio de libertad* (el ser humano puede hacer lo que no está prohibido por la ley, disfrutando al máximo de sus derechos naturales).¹⁹

En consecuencia, resulta certera la alusión hecha por García de Enterría, de que todo el derecho público posrevolucionario o moderno (y el derecho administrativo como su mejor producto) estuvo marcado, de arriba abajo, por la técnica de la legalización total de todas las acciones del poder administrativo, y por la exploración y salvaguarda de ámbitos reales que pudieran responder a la libertad e igualdad de los ciudadanos exigida por una sociedad cada vez más individualista.²⁰

El avance del Estado de derecho llega a un punto culminante con la labor de Kelsen, autor que promueve la plena identificación entre el Estado y la ciencia jurídica (positiva) y la eliminación de cualquier rasgo de corte liberal en el contenido de nuestro objeto de estudio.²¹ Al respecto, decía este autor:

¹⁷ Cfr. Martínez López-Muñiz, José Luis, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸ Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el derecho público*, Lima, Palestra, 2008, p. 32.

¹⁹ Cfr. García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, *cit.*, t. II, pp. 561-563.

²⁰ Cfr. García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo, *Democracia, jueces...*, *cit.*, p. 40.

²¹ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, *cit.*, p. 193. Reconoce también esta identificación Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 15.

Por el término Estado se entiende a una comunidad de hombres, debe admitirse que esta comunidad está constituida por un orden normativo que regula la conducta mutua de los hombres que, como suele decir, pertenecen o forman parte de esta comunidad. Lo anterior, en virtud de que pertenecen a esta comunidad sólo en tanto que estén sujetos a un orden normativo, mientras su conducta está regulada por este orden. Que los hombres pertenezcan a una comunidad significa que estos hombres tienen algo en común que los une. Pero lo que tienen de común los hombres que pertenecen a la comunidad llamada Estado, no es otra cosa que el orden normativo que regula su conducta mutua.²²

Las primeras décadas del siglo XX consolidaron la irrupción positivista propuesta por el jurista austriaco, reduciendo el Estado de derecho al halo protector del principio de legalidad y de sus derivados, a pesar de que éstos son aspectos básicamente formales que resultaron insuficientes para controlar el surgimiento de los atroces totalitarismos europeos. Como bien resalta Benda, todas estas instituciones:

Fueron rápidamente víctimas de los abusos bajo el nacionalsocialismo... El que los institutos de Estado de derecho de Weimar no hubieran bastado para impedir la dictadura provocaban cierto escepticismo respecto a la concepción de Estado de derecho... Década y media después aparecería como un sistema formal, técnico y por demás relativizado. Cuando tan sólo se quiere respetar las formas en las que se crea y aplica el derecho, nada impide que aparezca bajo la púrpura del derecho la mayor de las injusticias.²³

Esta idea de Estado de derecho merecía un cambio radical. No bastaba con que formalmente apareciera un poder público que no pudiera “intervenir en la esfera de libertad de los individuos sin una precisa autorización de la ley... así como las reglas de división de poderes, de la supremacía y reserva de la ley, de la protección de los ciudadanos mediante tribunales independientes y de la responsabili-

²² Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, Lima, UNAM-Grijley, 2001, p. 53.

²³ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en Benda, Ernesto *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 489.

dad por actos ilícitos”.²⁴ Hacía falta algo más que permitiera conectar los elementos formales y materiales del instituto. En conclusión, resultaba imperioso superar las imposibilidades de un Estado de derecho de rasgo burgués que sólo respondiera a conceptos de limitación recogidos positivamente, pero que era permisivo con la injusticia y la destrucción de un orden de valores esenciales para el ser humano.²⁵

Los errores de la doctrina, concretizados sobre todo en el decisionismo de C. Schmitt y en las distintas tesis del Estado que exigían sumisión a sus ciudadanos (casi súbditos irreflexivos) antes que convencimiento,²⁶ obligaron a retomar la idea de que el Estado de derecho debía tener un *contenido material complementario*, que revalorizara sus características axiológicas iniciales y lo convirtiera en el hoy indiscutido principio material de ordenación de la actividad estatal, dirigido “a la consecución de unos valores determinados, el más importante de los cuales es el de la garantía y protección de la libertad personal y política... Forma y contenido de Estado de derecho se unen, pues, en un *síntesis no escindible*”.²⁷

Aunque luego, en algunos países, se han escuchado voces que proponen una reformalización del Estado de derecho, debido a que la concepción material podría encasillar las posibilidades de configuración de la mayoría parlamentaria, resulta indudable que la segunda forma es más difícil de ser manipulada según la voluntad del detenta-

²⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 193.

²⁵ Cfr. Benda, Ernesto, *op. cit.*, p. 489.

²⁶ Cfr. Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁷ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 193. En el mismo sentido, Legaz Lacambra menciona que “el derecho pertenece al Estado. No que el derecho sea voluntad del Estado, pues el derecho no es sólo voluntad, porque la voluntad se expresa en la *lex* y el derecho no sólo tiene existencia sólo bajo la *lex*; sino que al ser organización de la vida social, el Estado es necesariamente organización jurídica, porque el derecho es la forma por excelencia de la vida social. Y como forma de la vida social, el derecho es libertad, porque la vida social es vida y libertad, pero es vida en forma, vida estructurada normativamente, y, por lo tanto, es libertad organizada, libertad en la forma de libertad social, en su doble especificación como libertad jurídica y como libertad política... El derecho no necesita, pues, del Estado para ser; pero el Estado no puede existir sin el derecho. En ese sentido fundamental podría afirmarse que todo Estado es Estado de derecho. Pero esta afirmación sólo puede significar que todo Estado contiene y realiza derecho. La libertad pertenece a la esencia del Estado; es el Estado el que necesita de la libertad, no a la inversa”. Véase Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 23.

dor del poder de turno. Por tanto, ésta tiene un papel decisivo en la protección y mantenimiento de lo más importante: la dignidad humana, de la cual “se infieren en su contenido los pilares constitucionales que integran la concepción política de nuestro Estado... como Estado libre y no autoritario de derecho, como Estado social en libertad y no paternalmente tutelado, y como democracia en libertad y no democracia popular”.²⁸

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD APLICADO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA VINCULACIÓN DE ESTE PODER PÚBLICO A LA NORMA (LA *POSITIVE* Y *NEGATIVE BINDUNG*)

El principio de legalidad, manifestación más arraigada y principal del Estado de derecho, surgió de la confluencia de dos postulados liberales creados durante los siglos XVIII y XIX. En primer lugar, era urgente la expulsión de la arbitrariedad de los modelos políticos pos-revolucionarios, y esto sólo podía lograrse desde el señorío de la ley que desterrase la nuda voluntad de un sólo hombre. Se buscó entonces que el sistema de gobierno basado en las decisiones subjetivas del príncipe absolutista y de sus agentes sea cambiado por un régimen general, objetivo, igualitario y previsible. Adicionalmente, se trasladó el centro de gravedad de la soberanía hacia el pueblo y sus representantes democráticamente elegidos, modificación sustancial que supuso la implantación de la vinculación obligatoria de todos los representados al producto normativo creado por estos mandatarios del soberano: la ley.²⁹

Aunque ciertos planteamientos de algún sector de la doctrina intentaron demostrar una dicotomía del principio (legalidad formal *vs.* legalidad material) en pos de formar un ámbito de aplicación concreto y una mayor didáctica en las correspondientes explicaciones,³⁰ de-

²⁸ Benda, Ernesto, *op. cit.*, p. 491.

²⁹ *Cfr.* Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, *cit.*, p. 195.

³⁰ *Cfr.* Duez, Paul y Debyere, Guy, *Traité de droit administratif*, París, Dalloz, 1952, p. 204. Bacigalupo defiende esta posición, a partir de considerar que el principio tiene una doble dimensión, “una *formal*, que es tradicional (a saber: exigencia de una previa habilitación y de un determinado rango normativo de la misma), y otra *material*, más

be reconocerse que la tendencia actual acepta la unidad monolítica de caracteres y componentes de la figura. Incluso, permite asumir sin mayores problemas nociones adicionales que podrían ser compatibles con su contenido.³¹

Considero que los esfuerzos más importantes de concretización³² se deben centrar en entender si la obligación de acatar las leyes que tendría la administración pública, al no actuar por propia autoridad sino amparada en la otorgada por la ley, debe extenderse a las demás fuentes del derecho.³³ Y, en segundo lugar, se hace necesario revisar si la forma de sujeción a la norma jurídica de este sujeto es similar o diferente a la de un privado.³⁴

La respuesta sobre la extensión del principio de legalidad debe partir por reconocer que la concepción revolucionaria sobre soberanía de la ley como norma suprema, exclusiva y única, que desplegaba su imperio de manera irresistible sobre el Poder Judicial y el Ejecutivo ha desaparecido junto con la extinción del Estado legal y la cimentación definitiva del Estado de derecho. Bajo el manto ordenador de este último:

reciente desde el punto de vista histórico-dogmático (exigencia de una determinada densidad regulativa... La primera responde a la pregunta acerca de *si* es necesaria o *no* una previa habilitación legal para que la administración pueda actuar, y la segunda a la pregunta (que sólo se plantea si la respuesta a la primera ha sido afirmativa) acerca de cómo ha de ser dicha habilitación". Véase Bacigalupo Saguesse, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 70.

³¹ En general, entre los subprincipios que podrían mantenerse en la actualidad, tenemos al de juridicidad (propugnado por Merkl) y la reserva de ley (creado por Laband y O. Mayer). Más lejana, difícil de ser mantenida, debido al avance constitucional, tenemos la expresión el "bloque de legalidad" (de Hauriou), concepto por el cual se agrupaba un solo conjunto de leyes, reglamentos, principios generales y costumbres. Véase García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, cit., t. I, p. 437.

³² Decía Santamaría Pastor sobre la indeterminación de nuestro concepto, que en el principio de legalidad "se hace patente esa extraña maldición que parece pesar sobre todos los conceptos fundamentales del derecho público, cuyo grado de confusión corre paralelo a su grado de importancia". Véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 194.

³³ Cfr. García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, cit., t. I, p. 437.

³⁴ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 195.

Todos los poderes (incluso el Legislativo) están sometidos a mandatos jurídicos porque la soberanía ya no reside en la representación parlamentaria sino en la Constitución... la soberanía del número se somete a la soberanía de la razón; la soberanía del Legislador es la mayoría parlamentaria y frente a ella se erige la soberanía de la Constitución que protege a la minoría frente a la eventual tiranía de la mayoría.³⁵

Por tanto, cuando uno hace mención del principio de legalidad debe entender que no se refiere en exclusiva a la vinculación de la organización administrativa a la ley emitida exclusivamente por el órgano parlamentario, todo lo contrario, este concepto tiene un forzoso sentido amplio, en el que cabe incluir a la carta magna y a todas las normas inferiores a ésta.³⁶ En definitiva, es entender que su despliegue supone la obediencia de este poder público a todo el ordenamiento y al conjunto de la ciencia jurídica, siendo ambos signos del indubitable triunfo del Estado constitucional de derecho.³⁷

Sobre las particularidades que tendría el sometimiento de la organización administrativa a la norma jurídica, debo indicar que en general existen dos modalidades tradicionales y contrapuestas del principio de legalidad por las que un sujeto se vincula a la norma jurídica (aunque no son las únicas como veremos en el siguiente acápite). Una de ellas, dominada por el aforismo *todo lo que está prohibido no está permitido*, considera a la norma “como el fundamento previo y necesario de una determina acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válida o lícitamente en la medida en que la norma habilite

³⁵ Blanquer Criado, David, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid, Cívitas, 1998, p. 43.

³⁶ Sobre la sumisión de la administración a los reglamentos y a los actos administrativos no normativos, Garrido Falla señala que el principio de legalidad “no solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del Poder Legislativo se concede, sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia”. Véase Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2002, p. 198.

³⁷ Sobre la última noción surgida a la luz del neoconstitucionalismo, puede verse la obra de Castillo Córdova, Luis, *op. cit.*, p. 91.

al sujeto para ello”.³⁸ En sentido contrario, aparece una vinculación más laxa a la regla positiva (*todo lo que no está prohibido está permitido*) diagramada como un mero límite externo del actuar del sujeto, por lo que podrá “realizar válidamente cualesquiera conductas sin necesidad de previa habilitación, con la única condición de que no contradiga la norma”.³⁹

En ambos casos, fue el austriaco Winkler quien forjó las frases *positive* y *negative bindung* como rótulos, ahora ampliamente aceptados, que permiten referirse a las dos vinculaciones que tuvo la administración pública frente a la legalidad en diferentes lapsos históricos.⁴⁰

Ambas versiones de la noción fueron mutando a lo largo del tiempo. Durante la primera parte de la Revolución francesa se consideró a este poder público como un mero ejecutor de la ley que debía realizar sólo aquello para lo que estuviese normativamente autorizado.⁴¹ Se arraigó entonces la vinculación positiva y una visión judicialista del principio de legalidad, desembocando ambos conceptos en una definición del acto administrativo entendido como “acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en un caso concreto”.⁴² Es decir, se estimaba a esta actuación como una declaración jurídica que fijaba y determinaba cada situación individual en cuanto a las cargas, limitaciones, derechos o ventajas del sujeto correspondiente. La mezcla del

³⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 196. También debe seguirse en este punto, en la doctrina peruana, a Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, p. 69.

³⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 196.

⁴⁰ Cfr. García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, cit., t. I, pp. 440-441.

⁴¹ El profesor Garrido Falla reconoce que esta forma de legalidad administrativa “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 las actividades económicas 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 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”. Véase Garrido Falla, Fernando, “La administración...”, cit., p. 128.

⁴² Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 126.

principio de legalidad en la teoría del acto administrativo fue advertida por Santamaría Pastor, como “una transcripción del mecanismo judicial de ejecución de la ley, único a sazón que se conocía”.⁴³

Posteriormente, la aceptación de la *negative bindung* de la administración, en similar posición a la que tendrían los ciudadanos, apareció con la reimplantación del principio monárquico en los principados alemanes y en la Francia bonapartista durante el siglo XIX. En ambos casos, se consideró que la soberanía reside en el monarca y no en el parlamento. Como el primero de los nombrados junto con sus funcionarios debían servir al interés general respetando las leyes y no sólo ejecutándolas, era indispensable que cuente con ámbitos de actuación limitados externamente por la norma. Únicamente en materias como los derechos fundamentales (básicamente libertad y propiedad) se continuó con la vinculación positiva, sin permitir la irrupción del fenómeno de la deslegalización, que creció sin parar durante esta etapa relativamente larga.⁴⁴

Fue la doctrina germánica la que retomó el camino de la vinculación positiva reaccionando frente a las deficiencias clamorosas mostradas por la *negative bindung*, creando primero la *reserva de ley* como principio desprendido del de legalidad⁴⁵ capaz de ser extendido no sólo a las intervenciones administrativas sobre la libertad (en el ejercicio del *ius puniendi* estatal) y la propiedad (especialmente en tributos),

⁴³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972, p. 230. El autor propone un fundamento de raíz histórica sobre el origen de la visión judicialista del principio de legalidad, que se centra en “el predominio numérico de los abogados entre los dirigentes revolucionarios y, en particular, entre los componentes del Estado llano en los Estados generales de 1789 y en la Asamblea Constituyente y Legislativa”.

⁴⁴ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 197.

⁴⁵ O. Mayer, creador y propulsor del principio de reserva de ley, indicaba que “sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el Poder Ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del Ejecutivo —existente para estos objetos especialmente señalados—, la reserva de ley. Esta reserva de ley se determina en las cartas constitucionales de distintas maneras. La forma clásica es el establecimiento de los titulados derechos fundamentales... con la reserva expresa o tácita de las limitaciones que estas libertades puedan sufrir por la ley o en virtud de la ley”. Véase Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 98.

sino a toda actuación que limite o recorte derechos, situaciones en las que siempre se requerirá una previa habilitación de una ley aprobada por el Poder Legislativo.⁴⁶ Luego, esta doctrina trató de fundamentar la contradicción de los llamados *espacios jurídicos vacíos*, figuras inadmisibles ya que todo poder-función administrativa en el Estado de derecho, sea reglado, discrecional, normativo o no normativo, debe ser atribuido o desarrollado basándose en una norma jurídica previa, puesto que:

la producción jurídica es un proceso de *legis executio* paulatina a partir de la norma fundamental; en la medida en que la administración se inserta necesariamente en una fase de ese proceso no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes (tanto cuando ella misma dicta reglamentos como cuando desciende a los últimos grados de la aplicación singular, o aun de los actos ejecutivos de mero hecho).⁴⁷

Esta reacción, iniciada por Kelsen y Merkl, que fue continuada por la doctrina de diversos países durante el comienzo de la segunda posguerra,⁴⁸ permitió el reingreso boyante de la *positive binding* desde la guía del *principio de la previa norma*, pero ahora transformada en una figura de doble uso. Por un lado, se le estima como un medio de juridificación y control judicial de toda actividad administrativa. Y, adicionalmente, podía ser empleada como una cláusula de aseguramiento de la libertad e igualdad de los ciudadanos en un marco de *seguridad jurídica*.⁴⁹

⁴⁶ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 198.

⁴⁷ García de Enterría y Martínez-Caralde, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, cit., t. I, p. 440.

⁴⁸ M. Bullinger, en el prólogo al libro de M. Bacigalupo, hacía mención de la tendencia alemana de reexaminar el Estado de derecho en fechas posteriores a la reimplantación de la democracia y la caída del III Reich, “la experiencia durante la dictadura condujo de nuevo en Alemania... a una abierta influencia de las ideas de democracia y de Estado de derecho en la teoría dogmática del derecho administrativo”. Véase Bacigalupo Saguesse, Mariano, *op. cit.*, p. 10. Sobre este punto, considero que los esfuerzos alemanes por edificar un Estado de derecho perfecto, capaz de resistir a cualquier agresión tiránica, tienen su punto más alto con la aparición y aplicación cabal del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn: “El Poder Ejecutivo y los tribunales están vinculados a la ley y al derecho”.

⁴⁹ Cfr. Martínez López-Muñiz, José Luis, *op. cit.*, p. 31.

Como se notará, la introducción del último principio plantea un nuevo elemento esencial de la legalidad y el propio Estado de derecho (o constitucional de derecho, para ser más exactos). No se puede entender, al menos no en las actuales circunstancias, que la búsqueda de seguridad y paz jurídicas en equilibrio con la justicia no sea función propia de la ciencia jurídica, más si:

la ley que responda a los supuestos de Estado de derecho deberá también decir lo que para el individuo se ajusta a derecho o es injusto. La pacífica convivencia de todos únicamente puede ser esperada cuando está claro para el ciudadano o cuando queda claro, después de una consulta jurídica o, de ser necesario, tras un fallo judicial, a qué tipo de conducta se está obligado por el ordenamiento jurídico.⁵⁰

La historia reciente se cierra con la constitucionalización universal de esta vertiente del principio de legalidad, recogida como un modo de vinculación o enlace diferente al producido por la práctica de la libertad de acción que tienen los privados.⁵¹ Con lo dicho, se alcanza la plenitud de la tarea por limitar y reducir el poder de la administración pública, a partir del paradigma de que ésta es “una ‘*potentior persona*’ vista (como sujeto con entidad propia en abstracto) desde la óptica de la incidencia unilateral en las posiciones de los sujetos privados en el curso de la relación jurídico-administrativa basada en la contraposición interés público-interés privado, cuya resolución sólo tiene una única solución justa”.⁵²

Las respuestas alcanzadas abren dos nuevas preguntas en el vigente contexto: ¿una excesiva juridificación de los ámbitos administrativos permite una mayor efectividad del Estado de derecho?, ¿cabe una administración moderna y eficaz que opere de acuerdo a los postulados del Estado de derecho? De las respuestas de ambas cuestiones nos ocuparemos en los dos acápites siguientes.

⁵⁰ Benda, Ernesto, *op. cit.*, p. 49

⁵¹ Cfr. García de Enterría y Martínez-Caralde, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, *cit.*, t. I, p. 441.

⁵² Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación...*, *cit.*, p. 32.

III. TRANSFORMACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

¿HACIA LA VINCULACIÓN ESTRATÉGICA A LA NORMA? EXPLICACIONES SOBRE LAS TEORÍAS DE LA ESENCIALIDAD Y RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN

El profesor Garrido Falla había propuesto hace algún tiempo atrás que las dos modalidades del principio de legalidad puedan fundarse en una solución ecléctica, como forma de aprehender las diferentes actividades no homogéneas y las “posturas” positivas o negativas que tendría la administración pública frente a la ley. Las posibilidades en estos tipos de actuaciones podrían venir completamente predeterminadas y detalladas en una minuciosa regulación de la organización, medios y fines a conseguir, o, por el contrario, bastaría sólo el reconocimiento de competencias con tinte discrecional desde reglas jurídicas laxas que permitirían márgenes de apreciación imposibles de ser negados por cualquier otro sujeto.⁵³

Aunque la tesis anterior no sea del todo certera,⁵⁴ pone en evidencia un escenario que ha ido apareciendo a luz de la vertiginosa incidencia administrativa sobre toda la realidad, merced a las obligaciones normativamente impuestas. Todas ellas implican la superación del individualismo y la necesidad de configurar efectivamente el orden social en pos de lograr la vigencia real de los derechos fundamentales y los niveles adecuados de bienestar reclamados desde el colectivo.⁵⁵

⁵³ Cfr. Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho...*, cit., pp. 203-206.

⁵⁴ Cfr. Martínez López-Muñiz, José Luis, *op. cit.*, p. 31. Indica el autor que los argumentos de Garrido son insuficientes para poder llegar a una solución ecléctica que distinga campos de actividad de la *positive* y *negative bindung*.

⁵⁵ Explica Ariño, resumiendo la creciente cantidad de tareas que debe hacer una administración pública bajo los mandatos del Estado social, que ésta debe ofertar, aunque sin necesidad de publicar el sector, la actividad o realizar lo debido mediante una empresa de su titularidad: “bienes tutelares, como educación, sanidad, vivienda... garantía de rentas, como ocurre en lo relativo a los pensiones de jubilación, desempleo, o familia... garantía de las relaciones laborales, a través de regulaciones legislativas, actuaciones reglamentarias, e intermediaciones del más variado signo... garantía del medio ambiente”. Véase Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Lima, Ara, 2002, p. 140.

Lo dicho no es otra cosa que la definición de la cláusula constitucional del Estado social en su interpretación normativa.⁵⁶

Las imposibilidades del Legislador para reglar todos los supuestos en los que la administración debe desenvolverse, al mínimo detalle y con extrema abundancia, siguen contradiciendo aquella evolución dogmática comúnmente aceptada, pero cada vez más desgastada, que se resume en el siguiente argumento: “La administración está sometida al Legislador de tal forma que necesita habilitaciones permanentes para actuar... es el Legislador el que fija los objetivos y fines a alcanzar por la administración y quien, al mismo tiempo, le proporciona el utillaje apropiado para ello”.⁵⁷

Cuando aparecen materias que requieren explicaciones no previstas únicamente en el contenido de la *positive bindung*⁵⁸ (o del señalado principio de la previa norma), tales como los múltiples y amplios ámbitos de discrecionalidad administrativa permitidos por la ley⁵⁹ y el uso instrumental —ahora menos recurrente— que tuvo el derecho administrativo de especies del derecho privado para salvaguardar “de

⁵⁶ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, cit., p. 227. En el Perú, hemos reconocido constitucionalmente esta segunda modalidad del Estado social, tal como lo puntualizan Abruña y Baca. “Nuestra Constitución política, al igual que la española, su inmediata predecesora en este punto, opta nítidamente por la interpretación normativa de la cláusula, la cual desarrolla en forma exhaustiva e inequívoca y así se explicita en el artículo 44, CP, que *son deberes primordiales del Estado... garantizar la plena vigencia de los derechos humanos... y promover el bienestar general*” (la cursiva es nuestra). Véase Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁷ Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988, p. 407.

⁵⁸ En la doctrina nacional, alejándose de la tesis planteada y criticando —fundamentalmente— los postulados (extremos) de la española Beladiez Rojo, acerca de que la vinculación positiva no constituye una exigencia necesaria del principio de legalidad salvo en materias reservadas a la ley, en intervenciones administrativas que incidan en las libertades ciudadanas, y cuando lo exijan los contenidos de algunos principios tales como la seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad o la igualdad, encontramos a Baca Oneto, Víctor, *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Piura, Ara-Universidad de Piura, 2003, p. 136.

⁵⁹ En su destacable razonamiento, Baca Oneto considera que la discrecionalidad es siempre producto de la vinculación positiva, en tanto, ésta proviene “de la existencia de normas que autorizan a la administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico, en donde no sólo encuentra su límite, sino también su orientación”. Véase Baca Oneto, Víctor, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

mejor manera” el interés general —a la sazón, situación también querida por el Legislador— es cuando más se hace indispensable repensar las bases conceptuales originales del principio de legalidad.

Las dificultades de una única explicación para una exclusiva e irrefutable vertiente de la figura, se consuma con el actual (y al parecer antiguo y permanente)⁶⁰ avasallamiento de la división absoluta de poderes propuesta por Montesquieu.⁶¹ Esta tesis, aunque resulta una cuestión básica e insoslayable en los sistemas occidentales en los que se practica el Estado de derecho,⁶² nunca pudo acercarse a lo que planteó en su momento el autor ilustrado. Ni existen los números previstos por él (ahora son muchos más los poderes públicos y las potestades por distribuir), ni el instituto resulta completamente aplicable

⁶⁰ El profesor Embid ensaya, siguiendo a los franceses Eisenmann, Sabine y Althusser, tres explicaciones sobre las dificultades de la separación radical de los poderes de Montesquieu: la primera que indica que esta tesis buscó la combinación de los poderes existentes antes que su división, luego, la explicación de ésta es un mito construido por sus comentadores antes que un planteamiento original del pensador francés, y finalmente, la solución que la muestra como una forma de colocar en una posición ventajosa a la nobleza del momento; Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, p. 405.

⁶¹ La escasa puntualización del contenido de las potestades que deben realizar los tres poderes públicos, punto débil de su tesis, mostrada en un extracto del libro XI: “Por el Poder Legislativo, el príncipe, o magistrado, promulga leyes por cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra o la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre los particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado”. Véase Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 2000. Esta cuestión llevó a que los posteriores receptores de su teoría, incluyendo los propios revolucionarios, cambiarán el sentido de muchos de sus postulados, o, a interpretarla, fusionada con una posición abiertamente contraria: el principio de legalidad, propugnado por Rousseau, que colocaba al Poder Legislativo, depositario de la representación del cuerpo político y productor de los actos legislativos emanados de la voluntad general, por encima de los otros dos. Véase Boquera Oliver, José María, *Derecho administrativo*, Madrid, Cívitas, 1997, p. 36.

⁶² *Cfr.* Embid Irujo, Antonio, “El coloquio de Heidelberg sobre el control judicial de las decisiones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991, p. 443.

en su contenido a las sucesivas fases históricas,⁶³ ni menos puede ser defendido a rajatabla por los tribunales de justicia.⁶⁴

En la actualidad, las organizaciones administrativas aprueban reglamentos cotidianamente e incluso pueden tener competencias legislativas otorgadas desde la carta magna,⁶⁵ razones ambas que vuelven inaplazable la reelaboración de las relaciones que puedan existir entre el Legislador, los jueces y la citada administración pública. En concreto, nuestro objetivo más modesto debe ser el reacomodo del principio de legalidad a los actuales tiempos de vorágine y de respuestas rápidas frente a los requerimientos sociales, pero claro, esto no debe implicar la modulación de la indudable y obligatoria vinculación jurídica del poder administrativo a la Constitución y al derecho en su conjunto.

Antes de entrar al detalle de las corrientes que han intentado replantear la cuestión desde la década de los setenta del siglo pasado, puede resultar útil esbozar algunas líneas más sobre la última idea del párrafo anterior. Lo ganado desde el principio de legalidad hasta ahora —la sujeción del poder al derecho, la juridicidad de su actividad, la mejora de las posibilidades judiciales para aplicar y defender el contenido de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los

⁶³ Cfr. Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, p. 403. Prueba de lo afirmado en el párrafo principal, es el poco tiempo que duró la prohibición de normar mediante reglamentos que los revolucionarios impusieron a la administración pública, sólo prevista en la Constitución del 14 de septiembre de 1791. Esta cuestión fue luego hartamente superada por las necesidades de regulación específica no realizada por la asamblea parlamentaria.

⁶⁴ Una muestra de esta cuestión es la sincera reflexión que plantea el TCE cuando reconoce que “no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable”. Véase STCE 77/1983, de 7 de noviembre, f. j. 2 (la cursiva es nuestra).

⁶⁵ En el ordenamiento peruano, el presidente de la República, jefe máximo de la administración gubernativa estatal o central, tiene habilitada por la CP (artículo 118.19) la potestad para dictar decretos de urgencia con rango de ley, en supuestos económicos y financieros que deban catalogarse como extraordinarios y urgentes. Véase Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *op. cit.*, pp. 94 y ss. En el mismo sentido, se ha indicado que: “el Legislativo administró —y administra— directamente por medio de leyes singulares, leyes-medida; el Judicial sustituyó —y en ocasiones— sustituye a las decisiones administrativas”. Véase Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, p. 406.

particulares, la progresiva eliminación de la arbitrariedad en campos antes minados para las reglas del Estado de derecho—⁶⁶ no puede ser perdido o despreciado frente a la creciente búsqueda de eficacia y eficiencia administrativa. Los impulsos de una construcción doctrinal, de una reforma promovida por los políticos y, en general, cualquier argumento propugnado por un operador, deben observar el necesario equilibrio entre las ataduras legítimas impuestas a los poderes por el derecho y la adaptabilidad de estos últimos al cambio. Por eso, cualquier intento de reconstrucción siempre deberá tener como rasero máximo las definiciones limitativas producidas desde el principio de legalidad que aparecen de manera inherente en cualquier forma de actuación administrativa.⁶⁷

En concordancia con lo anterior, todo en la administración pública no puede darse desde los “innovadores” postulados de las ciencias administrativas no jurídicas o en los dictados alocados de los políticos. Antes que eso, debe asegurarse la vigencia y larga vida de la legalidad y el Estado de derecho (al menos en la sustancia que hasta ahora hemos venido analizando). Es preferible tenerlos a ambos fuertes, antes que dejarnos vencer por los cantos de sirena del pragmatismo.

Ahora, vamos entrar de lleno en la evolución del principio de legalidad propuesta en el ámbito hispanoamericano por Parejo.⁶⁸ Esta tesis se forjó en el seno de una conocida polémica española de los

⁶⁶ Estas zonas habían sido puestas en evidencia en los años sesenta por el pionero trabajo de García de Enterría (“La lucha contra las inmunidades del poder”). Indicaba el autor español que, de diferentes maneras, la administración ha intentado mantener áreas inmunes al censo judicial, siguiendo una tendencia a conservar círculos de actuación con altas dosis de arbitrariedad. Estos espacios, a criterio del autor, serían los actos discrecionales, los actos políticos y los actos normativos (reglamentos). Véase García de Enterría y Martínez-Caralde, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Cívitas, 1974, pp. 19-22.

⁶⁷ Cfr. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El reto de una administración racionalizada*, Madrid, Cívitas, 1983, pp. 19 y 20.

⁶⁸ Digo esto, porque los datos que utiliza el profesor español no son totalmente originales, por el contrario, son de raíz germánica (propuestos por autores como Ossenhühl, Bullinger, Oppermann, Erichssen y por diversos pronunciamiento del *BVerfGE*). Estas nociones aparecieron en la discusión sobre las nuevas relaciones que debían surgir entre los poderes del Estado, seguida por la doctrina de derecho público de ese país durante los años setenta del siglo pasado. Véase Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, pp. 407-415.

años noventa centrada en precisar la extensión e intensidad del control judicial de los actos discrecionales. En ella participaron varios autores reputados tales como el propio Parejo, Fernández Rodríguez, Sánchez Morón, García de Enterría.⁶⁹ Lo que vamos a analizar a continuación es el detalle de una de estas líneas de discusión esgrimida como argumento de defensa por Parejo.⁷⁰

Este autor en sus intentos por reivindicar la atacada discrecionalidad administrativa, defiende una modalidad de *vinculación estratégica* de la administración a la ley, capaz de afinar y superar las deficiencias vigentes de la tradicional “vinculación positiva”. Toma como punto de partida la siguiente afirmación: “El principio superior del Estado de derecho no es una magnitud jurídica fija y rígida; antes al contrario, es flexible y admite su modulación según la realidad social y

⁶⁹ La posición de Parejo Alfonso es abiertamente defendida y aplaudida por Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 30-35. Fernández Rodríguez se muestra en contra de ella y de sus antecedentes germánicos (la teoría de la esencialidad, la protección dinámica de los derechos fundamentales y la rehabilitación de los poderes discrecionales en favor de una administración legitimada indirectamente en la democracia) calificándolos como excesivos y conducentes a la radicalización de las posturas alrededor de la procedencia del control plenario y sustitutivo de las decisiones discrecionales. Véase Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 78-80

⁷⁰ La revisión más minuciosa de la famosa discusión entre Parejo y Fernández Rodríguez plantea una cuestión clara: hay menos diferencias y disparidades entre ambos autores sobre el concepto y control judicial de la actividad discrecional de la administración pública que la que se puede inferir a primera vista. Esta cuestión había sido resaltada por Atienza, así desde “el punto de vista del discurso explícito —y una vez expurgados los textos de malos entendidos, argumentos retóricos, etcétera— las diferencias que resultan son en mi opinión más de énfasis que teóricas; más —como antes decía— discrepancia de actitudes que de creencias... En mi opinión, la contraposición —ciertamente, bastante radical— que anima la polémica (los contrastes que acabo de señalar serían, si acaso, síntomas de un hiato más profundo) se encuentran en un extremo apenas explicitado en la discusión, y que pertenecería, si se quiere, a un tercer nivel de abstracción: el de la teoría del derecho pura y simple. A lo que me estoy refiriendo es, pues, a dos formas de entender el derecho y su función en el contexto del Estado democrático”. Véase Atienza Rodríguez, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pp. 14 y 15.

el tipo de acción administrativa de que se traten”.⁷¹ Si esto es así, el principio de la previa norma no lo puede todo, necesita ser complementado con otras formulaciones que permitan superar los problemas de regulación o programación mínima, con diverso contenido, forma e intensidad, según cada sector. Por tanto, en los actuales momentos es materialmente imposible garantizar una “vinculación positiva tipo, estándar u homogénea”.⁷²

Continúa su teoría, tratando de liquidar cualquier posible signo de inconstitucionalidad. Para lograr esto, recurre al papel que tienen la organizaciones administrativas en el presente Estado social democrático de derecho, centradas en ser poderes, que aunque dotados de legitimidad democrática indirecta, se convierten en los más aptos para afrontar los contextos sociales altamente complejos, tecnificados y mutables del presente. Más aún, su fundamento y fin institucional se agotan “en la servicialidad eficaz y objetiva, por tanto en la satisfacción del interés general, lo que le presta la correspondiente legitimación (derivable del Estado de derecho y del Estado social) por los medios y el fin; todo lo cual le presta un específico perfil institucional y funcional”.⁷³

Por eso, si se quiere cumplir con la razón de ser de la administración pública, no deben redoblarse los esfuerzos en liquidar su discrecionalidad, aceptando sólo una limitada regulación positiva previa como modalidad exclusiva y excluyente de la legalidad. Todo lo contrario, el camino a seguir es la “recuperación e, incluso, la reivindicación de la discrecionalidad”,⁷⁴ sumado al entendimiento de que en el derecho son aceptables tanto las ordenaciones y regulaciones ordinarias (que rígidamente determinan las clásicas potestades regladas) como las normas que sean “instrumento de dirección o programación de la acción administrativa. Por eso, en muchos sectores la ley se limita a establecer criterios materiales, principios, estándares,

⁷¹ Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionalmente distintas y complementarias. Un estudio del alcance e intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 99.

⁷² *Ibidem*, p. 96.

⁷³ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 99.

objetivos, transfiriendo la decisión de fondo a otros poderes, que han de crear las reglas (generales o de caso concreto) aplicables”.⁷⁵

Un último componente de esta tesis es la admisión de un sistema de fiscalización judicial pertinente, que no sustituya por su propia decisión aquella regla creada por la administración merced a la porosidad de la correspondiente norma jurídica. En consecuencia, debe ser un censo que “no puede reproducir exactamente la actuación administrativa, por desbordar tal reproducción el ámbito de su función propia; debe limitarse a reproducir los extremos o aspectos formalizados o reglados (en el sentido de regulados), es decir, estrictamente jurídicos de dicha actuación”.⁷⁶

El planteamiento general del autor debe valorarse como una forma válida de entender el *presente* de las relaciones entre el Legislador y la administración, ineludiblemente maleable, vertiginoso y de múltiples respuestas; que va decantándose por un enfoque dogmático diferente acerca del principio de legalidad. Considero que este instituto puede ser planteado como exigencia de programación o densidad normativa mínima o suficiente en la que se puede generar (y resulta viable) la aparición de espacios administrativos decisorios provocados desde la propia indeterminación o la falta de regulación normativa. Por tanto, no hace falta exigir que en todos los casos exista una habilitación forzosa o una regulación absolutamente detallista capaz de descender a todos los resquicios de la realidad.⁷⁷

Pero a desmedro de lo dicho, tengo muchos reparos respecto al argumento que puede desprenderse de esta teoría acerca de una posible limitación —en cuanto a su intensidad— de toda fiscalización judicial recaída sobre los actos discrecionales. Esta tesis, por cierto ampliamente criticada por la doctrina,⁷⁸ se basa en la legitimación democrática

⁷⁵ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁶ Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar dos funciones...*, *cit.*, p. 103.

⁷⁷ *Cfr.* Bacigalupo Saguesse, Mariano, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁸ Al respecto, me remito a lo señalado por García de Enterría: “Cuando se enfatiza la legitimidad democrática de los administradores se está apuntando, aunque más intuitiva que técnicamente, a la aplicación a sus actos del mecanismo de la representación política: tales actos vendrían a valer como propios del pueblo a quien los administradores representan. Ahora bien, esto técnicamente no es exactamente así. El mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las cámaras legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la

tica indirecta y capacidades técnicas y especializaciones superiores de la administración productora de estas decisiones respecto de los jueces.⁷⁹ Sin embargo, estos fundamentos no resultan del todo convincentes y hasta podrían decretarse contrarios a varias figuras constitucionalmente reconocidas (como el censo judicial universal sobre todo tipo de actuaciones administrativas, el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras).

Extirpada esta explicación, debemos quedarnos sólo con lo relevante de la teoría de Parejo, a saber, una posible convivencia entre las vinculaciones positiva y estratégica a la norma. Al respecto, indica el autor que la atribución normativa específica implica que sólo:

elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales... Ahora podemos ver con cierta claridad dónde radica el error de la tesis que disintimos, que la democracia en la designación de los administradores asigna un *plus* de legitimidad a éstos, que reduciría correlativamente la función de control del juez sobre su actuación". Véase García de Enterría y Martínez-Caralde, Eduardo, *Democracia, jueces...*, *cit.*, pp. 50-63. El profesor Beltrán de Felipe se aleja de esta postura, debido a sus marcadas confusiones sobre la legalidad y la legitimidad, la irregular invocación del principio democrático para limitar el control plenario de la administración por el Poder Judicial y la equívoca concepción de que el cuerpo funcional tiene representación y legitimidad democrática a la par que el Gobierno (este último, si la tendría *per se*). Concluye el autor "la legitimidad de la administración propiamente dicha dependerá de la legalidad de sus actos, pues su actuación será legítima a condición de poder constatar en la práctica si efectivamente sirve o no a los intereses generales y si ese servicio es objetivo y no arbitrario... la administración, no *poder*, sino instrumento del Estado únicamente, puede predicarse legitimidad democrática en la medida en que ajuste a su función o posición constitucional como instrumento del Gobierno al servicio objetivo los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Véase Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 231 (la cursiva es nuestra). El profesor Atienza, a la luz de estos planteamientos, estima que Parejo y el propio Sánchez Morón niegan (soterradamente) la necesaria racionalización del poder, puesta en marcha desde el instrumento llamado "ciencia jurídica", cuestión que no es menor, ya que es un componente definitorio del Estado democrático de derecho en cuanto idea regulativa. Además, estos argumentos permitirían la subordinación de las razones sustantivas a las formales y el surgimiento del decisionismo y subjetivismo en sede judicial (valen, no los criterios de la razón, sino aquellos implantados por quien tenga "la legitimación constitucional para tomar la decisión", importando que esta última sea sólo conveniente, más que justa y verdadera). Véase Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, pp. 14-16.

⁷⁹ Decía Parejo, al respecto: "El Poder Judicial, por su configuración, posición y función institucionales... no está llamado ni en condiciones de participar directamente en el proceso de dirección y configuración de vida colectiva". Véase Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación...*, *cit.*, p. 78.

cuando la administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima... La legalidad otorga facultades de actuación; definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar.⁸⁰

Frente a esta modalidad, coexistirían apoderamientos legales graduados por el Legislador con una densidad relativa, depositarios de un carácter programador, planificador o meramente delimitador, que resultan favorables para la aparición de un mayor margen de acción, concretización y decisión administrativa.

La última cuestión obliga a aceptar que el principio de legalidad puede juridificar de manera usual varios ámbitos marcados con el signo de la discrecionalidad administrativa. Por tanto, esta figura es un supuesto imposible de negar, tal como lo reconoce acertadamente

⁸⁰ García de Enterría y Martínez-Caralde, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho...*, cit., t. I, pp. 442 y 443. El profesor Tornos Mas comparte (con varios matices) la posición sobre la previa norma, pero pone especial énfasis en un esencial equilibrio en el posicionamiento de la reserva de ley. Su tesis se cristaliza a la luz de una discusión doctrinal sobre la implantación de los llamados reglamentos independientes permitidos por la Constitución Española (es decir, la previa norma que autorizaría el ingreso de la técnica descrita sería la carta magna). Sobre nuestro tema indica que sólo “la existencia de unos criterios legales previos permitirá una revisión del contenido del reglamento por el juez de lo contencioso-administrativo. La falta de tales principios hace absoluta la discrecionalidad del titular de la potestad reglamentaria, sin que los principios generales que puedan deducirse directamente del texto constitucional sean suficientes. Es el Legislador quien debe determinar estos mínimos principios, y hacer posible el control de la actividad normativa de la administración en materia económica, actividad en la que la discrecionalidad debe ser amplia, pero no absoluta... El problema que me preocupa es fijar el margen de discrecionalidad del Legislador al actuar en el marco de la reserva legal, lo que supone analizar la norma de remisión. Exigir simplemente el cumplimiento de la reserva legal puede ser un puro formalismo, pues en caso de admitir habilitaciones en blanco, ello supondría recurrir a una práctica deslegalización. Si, por el contrario, se amplía el contenido de la ley a límites exagerados, se paralizará la máquina normativa o se acudirá a la técnica del decreto-ley o se tratará de ampliar el ámbito del reglamento independiente”. Véase Tornos Mas, Joaquín, “La relación entre la ley y el reglamento, reserva legal y remisión normativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, 1983, pp. 478-501.

Tornos: “Debe admitirse que en determinadas materias, y en particular en la económica, la discrecionalidad administrativa será mucho mayor. Es decir, como la reserva constitucional es más flexible, la remisión normativa permitirá una mayor opción política al Gobierno”.⁸¹ Finalmente, el razonamiento se completaría, si entendemos que la introducción descrita sólo puede darse si es que la *vinculación estratégica* se convierte en una modalidad regular del principio de legalidad, sin más tapujos que la indagación y análisis sobre las posibilidades del control judicial sobre los actos discrecionales producidos en aplicación de ésta.

A continuación, con afán de ofrecer mayor detalle y profundidad a lo acotado, debo detenerme a explicar algunos puntos tomados de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que bien pueden considerarse como insumos o antecedentes de la formulación propugnada por Parejo.

La tesis del profesor español encuentra, en primer término, fácil ligazón con las ideas reformadoras de la legalidad defendidas por un preponderante e influyente sector de la doctrina germánica (Ossenbühl, Schmidt-Assman, Herzog, Stern, Bullinger). Todas ellas se inclinan a descartar la subordinación absoluta de la administración a la ley por un concepto mucho más flexible de *dirección de la norma*, que sea imperativamente más razonable y promotor de la acción administrativa, antes que un utensilio para constreñirla o prohibirla.⁸²

⁸¹ Tornos Mas, Joaquín, *op. cit.*, p. 501. En este tema, también puede verse lo planteado por Bacigalupo Saguesse, Mariano, *op. cit.*, p. 82.

⁸² *Cfr.* Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, pp. 408 y 409. Esta cuestión se puede notar por ejemplo en la tesis de Beladiez Rojo: “El sometimiento de los poderes públicos al derecho es, ciertamente, uno de los contenidos del principio de legalidad... Resulta, por tanto, que si bien puede afirmarse que el principio de legalidad sí que exige que toda la actividad de la administración se encuentre sometida al derecho, esta sujeción al derecho no conlleva que la administración no pueda actuar si previamente no se encuentra específicamente habilitada por una norma, sino únicamente que debe actuar respetando las previsiones del ordenamiento jurídico”. Véase Beladiez Rojo, Margarita, “La vinculación de la administración al derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, p. 320 (la cursiva es nuestra).

En segundo lugar, Parejo⁸³ se apoya en algunos de sus apartados (sobre todo cuando se refiere a la reelaboración de la reserva de ley)⁸⁴ en los avances de la *teoría de la esencialidad* (*Wesentlichkeitstheorie*) y, en menor medida, en la posterior noción de la *reserva de la administración* (*Verwaltungsvorbehalt*). Ambas tesis surgieron en un periodo de fuerte discusión doctrinal sobre el posicionamiento y relaciones entre los diversos poderes públicos dentro del Estado de derecho.

Sobre el primero de los conceptos, podemos decir que *la teoría de la esencialidad* —creada por Oppermann y generalizada por varios pronunciamientos sobre derecho universitario y educativo emitidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán—⁸⁵ se muestra como una *reserva en favor del Parlamento*, respaldada en su originaria legitimación democrática de toda decisión que deba ser estimada como *esencial* para la vida de la comunidad y, por ende, imposible de ser delegada en otro poder público.⁸⁶ El sentido contrario de esta definición debe reconocer que la administración pública puede:

adoptar todas aquellas decisiones de rango secundario, no confiadas al Legislativo, creando las reglas jurídicas (generales o del caso concreto) correspondientes. La función administrativa no puede considerarse, pues, como simple ejecución de la ley (al menos con carácter general), sino que constituye un elemento importante, junto con aquella, para la protección de los derechos e intereses colectivos, en una perspectiva flexible y dinámica.⁸⁷

La aplicación judicial de esta tesis llegó con la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en agosto de

⁸³ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación...*, cit., p. 53. También puede verse *id.*, *Administrar y juzgar dos funciones...*, cit., p. 74. Otro autor que reconoce este rasgo conceptual es Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

⁸⁴ Indica Parejo sobre este punto, “la aplicación estricta y consecuente de la reserva de ley, es decir, de la obligada y primera intervención del Legislador en las correspondientes materias, regulándolas efectivamente, determina de suyo el colapso del sistema estatal (por imposibilidad material del cumplimiento cabal de los requerimientos del Estado de derecho), especialmente en los campos de la acción de fomento y prestacional”. Véase Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar dos funciones...*, cit., p. 77.

⁸⁵ Cfr. Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, cit., pp. 412-415.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 412-414.

⁸⁷ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 55.

1978, aparecida a la luz de una impugnación presentada por el Tribunal Administrativo de Renania-Westfalia destinada a cuestionar la validez de una autorización administrativa para montar una planta atómica con fines pacíficos sostenida en la Ley *Atomgesetz* de 1977.⁸⁸ Esta resolución puso en evidencia la fragilidad de esta teoría, pues se trataba de “una noción necesitada siempre de interpretación y sujeta, por tanto, a veleidades subjetivas”.⁸⁹ Esto llevó a la doctrina y a la jurisprudencia alemana a retomar un camino ya andado, pero ahora con mayores visos de constitucionalidad y, de plano, con un mejor encaje en el sistema jurídico: el de la existencia de *un reducto reservado desde la Constitución para la acción administrativa*.⁹⁰

La reserva de la administración se puso así en la palestra de los estudios de derecho público alemán (Maurer, Schnapp) pero con claros indicios de que la noción no dudaría mucho, pues como reconoce Embid, el concepto era artificioso “en cuanto falto de ataduras jurídicas, y también no necesario como tal. Sólo la potestad de ejecución de las leyes podría caer dentro de él, y también las potestades internas de organización”.⁹¹

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. ¿CRISIS DE LA *POSITIVE BINDUNG* O CONVIVENCIA PACÍFICA DE ÉSTA CON OTROS MOLDES DE VINCULACIÓN A LA NORMA?

Las enseñanzas que nos dejan todas estas corrientes se puede resumir en un gran punto. Es urgente adaptar y darle solvencia al principio de legalidad y a la cláusula del Estado de derecho frente a la nueva idea general de *relación entre los poderes estatales*, la cual, en lo que nos interesa, deberá especificarse en un doble haz de limitaciones

⁸⁸ El fundamento de fondo del recurso interpuesto por el Tribunal Administrativo de Renania-Westfalia era el de puntualizar la constitucionalidad de esta decisión, que afectaba derechos fundamentales (tales como la vida y la salud de los ciudadanos), ya que si era así (una medida esencial en suma) debió ser adoptada por el Parlamento nacional antes que por la administración autorizante. Véase Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, pp. 413 y 414.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 414.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 415.

⁹¹ *Ibidem*, p. 417.

de cara a las labores propias de la administración pública. Por un lado, debe restringirse la capacidad de dirección del Legislador a lo esencial para la sociedad, permitiendo que la administración tenga verdaderos márgenes de configuración de lo cotidiano. Por otro, la jurisdicción contencioso-administrativa deberá ser fuerte para extirpar lo manifiestamente antijurídico de las actuaciones administrativas, pero, a la vez, cautelosa para no invadir competencias ajenas.⁹² En ambos casos, aunque puedan existir construcciones logradas (como la fiscalización jurisdiccional de los elementos reglados en los actos discrecionales o la reserva reglamentaria puesta en favor de la administración), mucho de lo explicado pasa por verdaderas fórmulas de autolimitación, previstas y empleadas en las tareas de cada uno de los involucrados.

La concepción expuesta supera con creces a la tesis de separación o división de poderes a modo de sujetos divorciados y difíciles de enlazar uno frente al otro, tradicionalmente expuesta durante el primer constitucionalismo liberal europeo, estimada en la actualidad como un intento fallido de limitación a ultranza basado en el esquema de relaciones fragmentadas entre las organizaciones del poder público.⁹³ Y, aunque resulta difícil escapar de esta formulación, debemos entender que el Estado que se vea sometido aún “a la poderosa inercia de su propia evolución desde el Estado liberal de derecho al Estado social, se revela incapaz de reaccionar con la necesaria prontitud, energía e imaginación a las nuevas exigencias que las transformaciones sociales plantean con todo vigor y perentoriedad”.⁹⁴

Tal parece que lo enunciado en esta cita ha sido calzado a la medida de nuestra administración, pues ésta todavía no puede desprenderse de las ataduras surgidas de la combinación de una mal in-

⁹² *Ibidem*, p. 420.

⁹³ *Cfr.* Embid Irujo, Antonio, “El coloquio de Heidelberg...”, *cit.*, p. 442. Como bien explica este profesor, la división de poderes a rajatabla no es una obra atribuible a Montesquieu, sino más bien a sus comentadores, por tanto, esta tesis puede considerarse más un mito que una verdadera e histórica construcción sustentada en el razonamiento del autor ilustrado. Por el contrario, lo que sí parece que intentó el francés es una especie de “combinación” entre los poderes públicos, o, más cercanamente, siguiendo a Stern, una especie de “separación de funciones”. Véase Embid Irujo, Antonio, “La relación entre los poderes...”, *cit.*, p. 405.

⁹⁴ Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación...*, *cit.*, p. 50.

terpretada y adaptada división de poderes y de conceptos de Estado de derecho y principio de legalidad, que privilegian una sola forma de vinculación de este poder público a la norma jurídica, cuestiones imposibles de ser mantenidas en el nuevo contexto de búsqueda incesante de implantación y optimización de diversos ámbitos sociales y económicos o de crecientes labores prestacionales, de fomento o regulación que necesitan centros administrativos capaces de decidir lo conveniente en el momento oportuno.

Entonces, se hace necesario el afinamiento de las figuras involucradas volviéndolas capaces de aceptar no sólo el carácter relacional expuesto, sino la legitimidad constitucional de la administración para actuar en los ámbitos que le incumban, cumpliendo las órdenes estrictas del Legislador o tomando las decisiones que no son adoptadas directamente por éste, sin temor a dictados posteriores de jueces que destruyan lo construido a partir de criterios subjetivos alejados completamente del rasgo jurídico que los define, rige y limita.⁹⁵ En suma, se hace necesario superar el:

paradigma de la predeterminación normativa (programación convencional de tipo condicional) de la entera actuación de la administración, que sitúa en la sombra y en todo caso en posición marginal-anormal la programación normativa finalista... la actuación no vinculada a una norma concreta (en el marco del derecho y no ejecutiva de una precisa ley); la planificación y la programación administrativas.⁹⁶

Las razones esgrimidas obligan a dar una conclusión final, a mi modo ver, de carácter inexcusablemente aglutinador. La *vinculación positiva* no se ha extinguido ni ha desfalecido, más bien continúa boyante (sin exagerar sobre sus verdaderas posibilidades) en todas aquellas materias que el Legislador estime conveniente aplicar (de acuerdo a los márgenes permitidos de configuración de la sociedad) y en aquellas constitucionalmente reservadas a la ley, tales como la intervención estatal sobre los derechos y libertades ciudadanas, creación de nuevas organizaciones del poder público, exigencias provenientes

⁹⁵ Cfr. Embid Irujo, Antonio, "La relación entre los poderes...", *cit.*, p. 418.

⁹⁶ Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación...*, *cit.*, p. 32.

de la seguridad jurídica o aplicaciones del principio de igualdad.⁹⁷ En estos casos, el Legislador deberá ser abundante y detallista en sus enunciaciones positivas, dejando poco margen de maniobra a la administración. A continuación, deberá reconocerse y permitirse que una modalidad de sujeción sobre la administración sea aquella en la que la ley sólo dirija o programe la actividad administrativa, limitándose (como sucede en la actualidad, merced a la dispareja densidad normativa existente) a establecer grandes criterios materiales, principios directivos, estándares, objetivos, posibilitando que el destinatario tome la decisión de fondo.⁹⁸

Lo construido permitiría aceptar que la administración no sólo sea un mero ejecutor jurídico de los dictados legislativos, sino también un poder con capacidad de creación de reglas de cariz secundario, instauradas a partir de la práctica legítima de las potestades discrecionales habilitadas por el ordenamiento. La discrecionalidad, así pensada, no sería una figura *para temer o abominar*, sino, por el contrario, una que con límites bien diagramados, permite la actuación administrativa en determinadas situaciones o la obtención de específicos objetivos en pos de la salvaguarda real del interés general.⁹⁹

⁹⁷ Como habíamos adelantado, Baca Oneto considera que ninguno de los ejemplos detallados escapa a la vinculación positiva. Es más, este autor se pregunta si puede existir algún supuesto realizado por la administración pública fuera de esta forma de sujeción del principio de legalidad. Véase Baca Oneto, Víctor, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁸ *Cfr.* Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁹ *Cfr.* Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 331.