

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**LEY Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.  
UN ENSAYO DE HISTORIA DOGMÁTICA  
SOBRE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA  
ADMINISTRACIÓN.**

Discurso leído el día 29 de junio de 2012 en la Solemne Sesión de Ingreso  
del Académico de Número

ILMO. SR.

**DON JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR**

y contestación del

EXCMO. SR.

**DON JOSÉ LUIS MEILÁN GIL**

Académico de Número



A Coruña, 2012

© de la edición: RAGJYL  
© de los textos: sus autores

ISBN: 978-84-9812-213-8  
Depósito Legal: C 1264-2013  
Imprenta Provincial - A Coruña

## ÍNDICE

PREÁMBULO .....	9
CAPÍTULO PRELIMINAR. UNA REFLEXIÓN INTRODUCTORIA SOBRE LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-DOG MÁTICA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO.....	13
CAPÍTULO SEGUNDO. EL SENTIDO DE LA LEGALIDAD Y LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	19
A.–La nueva concepción de la legalidad: la ley como garantía de la libertad. Las formulaciones teóricas básicas: la doctrina de la libertad natural y la teoría democrática de la ley (LOCKE, ROUSSEAU, KANT); El concepto científico de ley: el “espíritu de las leyes” en la naturaleza de las cosas (MONTESQUIEU). La consagración positiva de la nueva legalidad: el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; su interpretación. ....	19
B.–Una problemática fundamental en la nueva estructura del Estado: las relaciones ente el Legislativo y el Ejecutivo. La larga polémica sobre la potestad normativa de la Administración: .....	37
1.–El problema en las Constituciones revolucionarias y el reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Administración. La Restauración: el artículo 14 de la Carta Constitucional de 1814 y la extensión de la potestad reglamentaria. La determinación definitiva de la misma en la fórmula de la <i>exécution des lois</i> : el artículo 13 de la Carta Constitucional de 1830. El debate doctrinal sobre el alcance de la fórmula: reglamentos en virtud de ley y reglamentos espontáneos. La posición de CARRÉ DE MALBERG: el concepto de habilitación legislativa. La posición de HAURIOU: la construcción de una potestad reglamentaria independiente. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Una referencia a la polémica sobre el <i>Réglement d’Administration Publique</i> .....	38

2.–El caso alemán: el principio monárquico en el artículo 57 del Acta Final de Viena de 1820.– La determinación de la reserva legal en el proceso constituyente germano: la fórmula “propiedad-libertad” y la labor interpretativa sobre el artículo 62 de la Carta Constitucional Prusiana de 1850. Concepto restrictivo ( <i>Eingriffsvorbehalt</i> ) y amplio ( <i>Totalvorbehalt</i> ) de la fórmula “propiedad-libertad”. STAHL y la moderna interpretación de JESCH.– .....	54
3.–Una referencia al debate teórico sobre la potestad normativa de la Administración en Austria e Italia. ....	61
4.–El desarrollo español: de las Cortes de Cádiz a la Constitución de la IIª República. El alcance de la “ejecución de las leyes”: COLMEIRO, SANTAMARÍA DE PAREDES, A. POSADA, GASCÓN Y MARÍN, A. ROYO-VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO y FERNÁNDEZ DE VELASCO. ....	69
CAPÍTULO TERCERO. LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS SOBRE EL SENTIDO DE LA LEGALIDAD PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	79
A.–La concepción dogmática inicial; STAHL; Administración de intervención y “espacio libre de ley”. Consecuencias para la sistemática del Derecho administrativo.....	79
B.–La reacción doctrinal contra esta concepción; MERKL: la Administración como ejecución de la ley. CARRÉ DE MALBERG y el concepto de <i>État légal</i> . ZANOBINI: la ley como voluntad propia del Estado. FLEINER. ....	84
C.–La polémica posterior sobre la extensión de la reserva legal. Su extensión a todo tipo de actuación administrativa que afecte a la esfera individual. Los argumentos a favor: RUPP, JESCH e IMBODEN. La crítica: PETERS, OSSENBÜHL, WOLFF-BACHOF. La extensión de la reserva legal al ámbito de las llamadas relaciones de supremacía especial: planteamiento. El problema del sentido de la legalidad en la doctrina francesa; EINSENMANN: el principio de habilitación legal y sus excepciones (la “habilitación jurisprudencial”). El problema en la doctrina italiana; ALESSI: reserva total mediante atribución de potestad. CARLASSARE: reserva total mediante condicionamiento recíproco de la atribución de potestad y la cláusula general de competencia. La reducción de la reserva a los actos de gravamen: GIANNINI y SATTA. La doctrina española; referencia a la doctrina tradicional: SANTAMARÍA DE PAREDES, FERNÁNDEZ DE VELASCO. La reacción doctrinal posterior: BALLBÉ, GARCÍA DE ENTERRÍA. La crítica: GARRIDO FALLA, GALLEGU ANABITARTE, A. NIETO.....	89

CAPÍTULO CUARTO. UNA REFERENCIA FINAL A ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES RELEVANTES PARA LA RELACIÓN LEY-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ....	113
A.–Una reflexión previa sobre las denominadas “crisis” de la ley. Crisis de su posición ordinamental: los factores desencadenantes. Crisis de su contenido: el debate sobre la generalidad de la ley; contenido de la ley y cláusulas generales. Crisis de la unidad de la ley en los Ordenamientos complejos. Conclusión.....	113
B.–Sobre los nuevos enfoques de la reserva de ley. Justificación actual de las reservas de ley: las “reservas de Parlamento”. La continuación del debate tradicional sobre el alcance de la reserva de ley: la posibilidad de una reserva global con base en la fórmula libertad-propiedad y su crítica. La extensión de la reserva de ley: la doctrina de la esencialidad; las dificultades de determinación de lo esencial; la vinculación de lo esencial al texto constitucional. ....	125
C.–Algunas consideraciones sobre la primacía de la ley. Los distintos aspectos del principio de primacía legal: primacía y ejecución administrativa de las leyes; primacía y prohibición de la divergencia administrativa. Primacía de la ley y posición constitucional de la Administración: la llamada “reserva de Administración” y su crítica.....	130
D.–La posición de la Administración en ausencia de ley: la continuación del debate sobre las formas de vinculación de la Administración a la ley. La crítica de la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley: actuación administrativa y jurisdicción. ....	136
E.–El caso especial de las normas municipales. Primacía y reserva de ley y actividad normativa municipal: la posición singular de los municipios en el seno del Ordenamiento jurídico derivada de su autonomía y de su estructura representativa.....	139
F.–Un reflexión reciente sobre la relación entre ley y Administración pública: la llamada función de “dirección” o “programación” de la actividad administrativa por parte de las leyes.....	144
CONTESTACIÓN .....	149



I

DISCURSO

del

ILMO. SR.

DON JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR



## PREÁMBULO

**Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación**

**Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia**

**Excmo. Sr. Presidente del Consello da Avogacía Galega**

**Excmos. e Ilmos. Señores Académicos**

**Dignísimas Autoridades**

**Estimados colegas y amigos**

**Señoras y Señores**

Mis primeras palabras, que quisiera alejadas de toda retórica, han de tener, necesariamente, el acento de la gratitud por el inmerecido honor que me han dispensado los Señores Académicos al elegirme para formar parte de esta prestigiosa Corporación. Espero y deseo estar a la altura de la confianza que habéis depositado en mí, colaborando, en la medida de mis limitadas fuerzas, pero con mi mejor voluntad, a la realización de los fines de la Academia. Mi agradecimiento ha de dirigirse también, de manera singular, a la persona de mi prestigioso colega, el profesor José Luís Meilán Gil, que ha aceptado generosamente asumir, en nombre de esta ilustre Corporación, la contestación a mi discurso de ingreso.

No puedo dejar de confesarles –y permítanme la confidencia personal– la especial emoción que para mí reviste el que este acto tenga lugar en la sede de esta Academia situada en el entramado de calles donde transcurrieron, felices, mi infancia y mi juventud. No puedo por menos de evocar en este instante la casa familiar, hoy desaparecida, de la vecina calle de San Nicolás, donde mi abuelo y mi tío desarrollaron durante tantos años su profesión de industriales panaderos, ni la casa de mis padres de la también cercana calle Marqués de Pontejos. El recuerdo de mis padres, al que se une el de mi abuela materna, se me hace todavía más vivo esta tarde por el convencimiento de lo que hubiesen disfrutado en este acto si hubiesen estado entre nosotros. Todos estos recuerdos personales se vuelven ahora más presentes, más cercanos, al tener delante de mí a gran parte de mi familia, a mi mujer y a mis hijos a los que tanto debo y de los que tanto he aprendido y sigo aprendiendo, a mis hermanos, cuñados, sobrinos y primos, cuyo afecto y comprensión siempre me han acompañado en mi peripecia vital.

No podría tampoco, en ocasión tan especial, dejar de mencionar a mi maestro, el profesor Eduardo García de Enterría, cuyo ejemplo de rigor y generosidad ha sido siempre punto de referencia en mi ya larga carrera académica. Mi pensamiento va también a mis discípulos y colaboradores, cuyo buen hacer universitario es siempre para mí objeto de legítimo orgullo. Por último, quisiera igualmente expresar a todos los presentes mi profunda gratitud por haber querido acompañarme en este acto, contribuyendo así a realzarlo a pesar de mis pocos merecimientos.

Sucedo en la titularidad de la medalla académica a una personalidad tan destacada como la de Don Sebastián Martínez-Risco y Macias, fino jurista, espléndido escritor y ensayista, cuya extensa y variada obra literaria, de permanente compromiso con Galicia, alcanza cimas de gran

calidad; en este sentido, y a modo de magnífico botón de muestra, citaré aquí su producción poética recogida en el volumen póstumo *Do recuncho amado* que vio la luz en 1980. Martínez-Risco presidió brillantemente la Real Academia Galega desde 1960 hasta su fallecimiento en 1977 y durante su mandato se institucionalizó la celebración del Día das Letras Galegas. Su carácter de jurista y escritor se manifestó de manera sobresaliente en su excelente discurso de ingreso en la Real Academia Galega sobre *O sentimento da Xustiza na literatura galega*. Poco antes de su fallecimiento leía ante esta Academia su interesantísimo discurso sobre la *Proiecion da abogacia na sociedade galega*, siendo contestado en nombre de la Corporación por Don Manuel Iglesias Corral. Suceder a una personalidad tan destacada y rica de matices, además de constituir para mí un gran honor, añade una responsabilidad especial a mi ingreso en esta docta Corporación. Permítanme también tener un recuerdo para Don Agustín Sánchez García, elegido académico en 1978, cuyo fallecimiento le impidió tomar posesión de la plaza de académico a la que hoy accedo.

El tema que he elegido para esta importante ocasión –que expondré, naturalmente, de forma resumida dada la extensión del texto escrito– aborda, en mi opinión, una cuestión central del Derecho público y, en definitiva, del Estado contemporáneo, como es la referente a las relaciones entre ley y Administración pública desde el concreto prisma del alcance de la potestad normativa de esta última. Una cuestión todavía hoy muy viva y debatida en los principales Ordenamientos jurídicos europeos que he tratado desde un punto de vista histórico-dogmático a partir del convencimiento de que solo así es posible alcanzar una explicación mas completa de la realidad actual de la actuación normativa de la Administración.



## CAPÍTULO PRELIMINAR. UNA REFLEXIÓN INTRODUCTORIA SOBRE LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-DOG MÁTICA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO.

El Derecho público, como, por lo demás, toda manifestación del Derecho, es también un producto fundamentalmente histórico que exige siempre una explicación desde esta perspectiva<sup>1</sup>. Se ha observado, y muy oportunamente, que la razón del Derecho público moderno es un proceso ininterrumpido de sedimentación de técnicas institucionales y de modos de configuración del poder que se han ido acumulando en el seno del mismo, adquiriendo en cada momento histórico, de acuerdo con las concepciones dominantes, perfiles y significados distintos. En cierto sentido podría decirse que no hay rupturas totales en la historia y el traspaso de técnicas y concepciones heredadas del pasado, eso sí con nuevos significados y nuevas finalidades, es una constante en el desarrollo de la ciencia jurídico-pública que pone de relieve su evidente historicidad.

Si, como es sabido, todo el mundo del Derecho privado ha estado siempre vinculado a la gran construcción de los juristas romanos, el

---

1 Vid. también estas ideas introductorias en mi trabajo *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*. Revista Española de Derecho Administrativo, 29, 1981, págs. 287-288.

caso del Derecho público se nos aparece distinto: no hay paradigmas, no hay referencias a un anterior Ordenamiento jurídico perfectamente construido y sistematizado desde el cual partir, a pesar de los importantes antecedentes que las distintas épocas históricas, empezando por la romana<sup>2</sup>, nos proporcionan para el estudio de muchas instituciones jurídico-públicas. Pero si esto es verdad, no lo es menos –y esto fue ya brillantemente señalado<sup>3</sup>– que la administrativa es la primera función histórica de toda comunidad política y que en la necesaria regulación de su desarrollo se vio afectada también la esfera jurídica de los individuos. Pese a la afirmación, por lo demás exacta, de que la Administración moderna y el Derecho Administrativo tienen su punto de partida en la Revolución Francesa, lo que es asimismo innegable es la existencia con anterioridad de una función sociológicamente administrativa o, si se quiere, de unos modos de ejercicio del poder, en los que se utilizaron una serie de técnicas o instrumentos que pasaron, con un significado totalmente distinto, a las manos de la Administración moderna, enmarcadas, claro está, en la nueva concepción de la legalidad que alumbró la Revolución Francesa y en la nueva estructura del Estado que, en ese momento, se instaura basada en la división o separación de los poderes que lo componen. Desde esta perspectiva de una legalidad objetiva y de una nueva estructura del Estado es como habría de entenderse, precisamente, el carácter “novedoso” del Derecho administrativo post-revolucionario y el cambio radical que todo ello significó. Sin embargo,

---

2 Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho público romano*, 15ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, págs. 31-32.; también su importante trabajo *Hacia un tratado de Derecho administrativo romano*, *Studia et documenta Historiae et Iuris*, LXXVII, Pontificia Universitas Lateranensis, 2011, págs. 441 y ss.

3 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, 4ª ed., Madrid, 2007, págs. 27-28.

no es raro que muchos autores, al estudiar las instituciones del Derecho público moderno, lo hagan con un análisis previo de las técnicas heredadas de periodos históricos anteriores al revolucionario. Se trata, eso sí, de echar mano de la historia, no viéndola, única y exclusivamente, como el conocimiento de un acontecimiento o una serie de acontecimientos de diversa índole, sino como base, como punto de partida, en la búsqueda del verdadero significado de la realidad presente, intentando seguir el lento, atormentado y tormentoso itinerario de algunas instituciones y de algunos principios que hoy desempeñan un papel central en el sistema jurídico-público. Se trata, en definitiva, de subrayar la necesidad de la historia entendida como historia institucional y de los principios o dogmas jurídicos, de una *Dogmengeschichte* en sentido germánico, para el dominio intelectual de los desafíos que nos presenta la realidad actual.

Desde esta perspectiva metodológica es desde la que pretendo estudiar, en las líneas que siguen, el nacimiento y evolución, a partir del primer constitucionalismo, de las relaciones entre la Ley y la Administración pública, cuestión capital para entender su posición actual y los condicionamientos de su actuación. Para ello no será necesario, al menos a los concretos efectos aquí perseguidos, remontarnos a los precedentes históricos más remotos, lo que me obligaría a abordar, entre otras interesantes cuestiones, las aportaciones romanas al Derecho público, la posición del monarca medieval frente al Derecho, las peculiaridades de su actividad normativa o las técnicas de intervención en la libertad y la propiedad propias del Estado absoluto y las vías de protección articuladas en esta época frente a las mismas; técnicas que, como acabo de apuntar, cobraron un nuevo sentido y una nueva justificación en el momento del nacimiento, con el Estado constitucional, de

la Administración contemporánea, pasando, de esta forma, al moderno Derecho administrativo.

El punto de partida de mi reflexión será, pues, el del nacimiento del Estado constitucional, momento en el que se alumbró, por vez primera en la historia, una nueva concepción de la legalidad y, por consiguiente, una forma radicalmente nueva con respecto a épocas anteriores de concebir las relaciones entre ésta y la Administración pública; relaciones sobre las cuales se construirá, posteriormente, todo el Derecho público contemporáneo. Es, precisamente, en este momento inicial del Estado constitucional cuando comenzó a desarrollarse una temática central del Derecho público, la de las relaciones entre la ley y la Administración, que constituye, todavía hoy, una cuestión viva, una cuestión abierta, que no ha alcanzado un punto de equilibrio definitivo, sobre todo merced a los requerimientos actuales y permanentes del moderno Estado social, que ha supuesto un crecimiento exponencial de las tareas de la Administración y que explican, en nuestros días, una atención renovada por la problemática de su potestad normativa. Puedo decir, ya desde ahora, que, desde el momento mismo del nacimiento del Estado constitucional, se da una especie de relación dialéctica de tensión entre la ley, expresión de la voluntad general, y la poderosa Administración que surge, un tanto sorprendentemente, del seno de la Revolución Francesa. Administración que irá asumiendo, en sentido creciente, cada vez mayores responsabilidades en aras de la igualdad que los principios revolucionarios predicaban<sup>4</sup>. En las páginas que siguen trataré, precisamente, de seguir, con la mayor brevedad posible, los avatares de las

---

4 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho Español*, Revista Española de Derecho Administrativo, 59, 1988, pág. 326.

distintas propuestas de construcción, tanto legales como conceptuales, de las relaciones entre Ley y Administración con vistas a la explicación de la importante potestad normativa que ésta última, en contra del modelo revolucionario original, fue adquiriendo a lo largo de la evolución misma del Derecho público contemporáneo.

Debo advertir, pues, que no trato de abordar aquí un estudio de los distintos significados que pueden adjudicarse al principio de legalidad y de las variadas manifestaciones que este adquiere en el seno del Ordenamiento jurídico-administrativo. Mas concreta y simplemente pretendo fijar mi atención, sin olvidar el contexto histórico-legal, en las aportaciones más significativas de la rica reflexión teórica, que sobre las relaciones entre la ley y el reglamento, sobre los principios que las han presidido, se han ido produciendo prácticamente desde el momento mismo del reconocimiento de una potestad normativa de la Administración, cuyo fundamento y alcance han ido traduciendo distintas formas de sometimiento de esta a la ley y, por consiguiente, también diversos entendimientos del concepto mismo de Estado de Derecho<sup>5</sup>.

---

5 J. L. MEILÁN GIL, *El poder normativo del Estado. A propósito de Ley y Reglamento*, en *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*. Escola Galega de Administración Pública-Iustel. Madrid, 2011, pág. 59, ha observado recientemente que “el binomio Ley-Reglamento ha valido para articular el Derecho de los Estados en un período de la historia occidental común, como elementos claves del paradigma del Estado de Derecho”.



## CAPÍTULO SEGUNDO. EL SENTIDO DE LA LEGALIDAD Y LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

A.- La nueva concepción de la legalidad: la ley como garantía de la libertad. Las formulaciones teóricas básicas: la doctrina de la libertad natural y la teoría democrática de la ley (LOCKE, ROUSSEAU, KANT); El concepto científico de ley: el “espíritu de las leyes” en la naturaleza de las cosas (MONTESQUIEU). La consagración positiva de la nueva legalidad: el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; su interpretación.

La Revolución Francesa significó el punto culminante de toda una evolución anterior que hasta ese momento había venido caracterizándose, por lo que aquí interesa, por la ausencia de una idea de ley como regulación general y sistemática<sup>6</sup>; se abrió con ella un período histórico en el que se intentó dar un sentido de unidad a todas las técnicas heredadas del pasado desde la perspectiva de la garantía de la libertad individual a través de lo que MICHELET denominó, precisamente, como *l'événement de la loi*<sup>7</sup>. El instrumento fundamental de esta garantía, a

---

6 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, pág. 18.

7 *Histoire de la Revolution Française*, Pléiade, Paris, 1952, I, pág. 21

partir de la idea moderna de Constitución, fue, pues, la ley; una ley, según la elaboración teórica que le servía de base, vinculada a la doctrina de la libertad natural y entendida en sentido democrático<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva la ley aparecía, fundamentalmente, como instrumento de limitación de la libertad de actuación natural del individuo, que sería total en el estado de naturaleza anterior a la formación de la sociedad y, por consiguiente, vendría exigida para hacer posible la convivencia. La sociedad nacería así de un acuerdo entre los hombres deseosos de abandonar la inseguridad propia del estado de naturaleza, pues si bien es verdad que en este estado de individuos aislados existía una ley natural que obligaba a todos, el disfrute de derechos sería muy inseguro, encontrándose cada individuo expuesto constantemente a verse atropellado por los demás. Estas eran, precisamente, las significativas afirmaciones de JOHN LOCKE –el gran teórico de la Revolución inglesa de 1688– para el que “la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades (*commonwealths*), sometiendo a un Gobierno, es la de salvaguardar sus bienes (*is the preservation of their property*); esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza”<sup>9</sup>. Ha de señalarse que en LOCKE la finalidad del pacto o contrato social era, en sentido estricto, la limitación del poder; el abandono por el hombre del estado de naturaleza no significaba para

---

8 La relación entre la democracia y la ley constituiría para E. GARCÍA DE ENTERRÍA la verdadera peculiaridad de la Revolución francesa respecto de la Revolución americana. *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, 92, 1996, pág. 615.

9 LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno civil* (1690), traducción española de A. LAZARO ROS, Aguilar, Madrid, 1973, capítulo IX, nº 124. El capítulo II está dedicado a la descripción del estado natural. Ha de observarse que en LOCKE la palabra *property* tiene un significado amplio, comprensivo del derecho a la vida, la libertad y el patrimonio; vid. el capítulo. V, nº 26, el capítulo. VII, nº 87: “... el poder de defender su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes...”.

él la alienación total de su libertad en manos de un *Leviatán* (como así lo había interpretado HOBBS), sino la imposición de una serie de limitaciones para poder vivir en sociedad. El pacto social tenía, en el gran autor inglés, la función de determinar qué derechos conserva el individuo en cuanto tal y qué derechos cede a la sociedad<sup>10</sup>. Está aquí, precisamente, la idea, que marcará todo el desarrollo histórico que se inicia con la Revolución francesa, de que el hombre posee por naturaleza una serie de derechos fundamentales (*preservation of property*) que afirma frente al Estado.

Para LOCKE la ley limitadora de los derechos del individuo necesaria para posibilitar la convivencia habría de ser, al mismo tiempo, una ley democrática, ya que la aprobación de las leyes por la sociedad constituiría el requisito necesario de su validez. “Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada –escribió LOCKE<sup>11</sup>– por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo”. La ley habría de ser, además, una ley general, si bien he de advertir enseguida que el carácter de la generalidad de la ley no está, como tal, suficientemente destacado en la obra de LOCKE; más bien habría que entender aquí el requisito de la generalidad como la necesidad de que la ley estableciese las reglas primarias, fundamentales, reguladoras de la convivencia en la sociedad civil. En este sentido, el gran autor inglés contraponía, muy significativamente, las *established standing laws* a los *extemporary decrees*.<sup>12</sup>

---

10 LOCKE, capítulo. IX, nº 128-131; también el capítulo. VII, nº 87.

11 Capítulo XI, nº 134.

12 Capítulo XI, nº 136: “el poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está por el contrario obligado... a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas...” Ca-

En definitiva, pues, la ley en LOCKE era, sencillamente, la medida de la libertad civil; esto es, la ley no vendría considerada solo como limitación de la libertad natural, sino que, simplemente, se identificada con la misma libertad civil. La libertad, en su pensamiento, nacía y se garantizaba con la ley y, por eso, ésta era siempre y únicamente una ley de libertad<sup>13</sup>.

Especial interés para nuestro tema tienen las reflexiones que LOCKE dedicó a lo que denominaba “la prerrogativa”, a la que colocó al lado de los otros poderes que había distinguido en el seno de la estructura del Estado (poder legislativo, poder ejecutivo y poder federativo) y cuya construcción teórica la basó en el modelo que le proporcionaba la posición del rey inglés. Constataba LOCKE, en efecto, que las facultades del monarca iban mucho más allá de lo que, según él, era el contenido de los poderes ejecutivo y federativo, ya que podrían identificarse con el conjunto de poderes que habían permanecido en manos de aquel tras las limitaciones operadas por el Parlamento y que podría ejercitar de ma-

---

pítulo IX, nº 131: “Por esa razón quien tiene en sus manos el poder legislativo o supremo de un Estado hállase en la obligación de gobernar mediante leyes fijas establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo; no debe hacerlo por decretos extemporáneos...”

- 13 Sobre la influencia en España, vid. L. RODRÍGUEZ ARANDA, *La recepción e influjo de las ideas políticas de John Locke en España*, Revista de Estudios Políticos, 76, Madrid, 1954, págs. 115 y ss. Cfr. también su Introducción a la traducción española de la obra de LOCKE, cit., págs. XI-XXI. Una descripción general de su doctrina en A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, II, Revista de Occidente, Madrid, 1975, págs. 182 y ss. y bibliografía allí citada. También en A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pedone, París, 1968, págs. 104 y ss. Más modernamente, R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, págs. 48 y ss. F. de CARRERAS, *El segundo Tratado del Gobierno Civil de John Locke: una lectura a la luz del actual Estado constitucional*. Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor JORDI SOLÉ TURA, Cortes generales, Madrid, 2008, I, págs. 101 y ss.

nera discrecional en interés del bien común. La prerrogativa se traduciría, por tanto, en un poder residual en manos del Rey que encontraría su fundamentación en un *Common Law of Nature* y que consistiría en la “facultad de actuar a favor del bien público siguiendo los dictados de la discreción sin esperar a los mandatos de la ley y a veces incluso contra ella”. En definitiva, estaríamos ante un amplio campo de libertad concedido al poder ejecutivo para que realizase “a su elección muchas cosas que la ley no ordena”<sup>14</sup>. A través de la teorización sobre la prerrogativa emergía, pues, en LOCKE un importante poder reglamentario en manos de la Administración real, a la vez que reservaba al poder legislativo las cuestiones más duraderas y permanentes.

En todo caso, y a pesar de su amplitud, la prerrogativa no era para LOCKE un poder arbitrario pues la ley siempre podía limitar su ejercicio en cuanto norma superior procedente del pueblo. El argumento de la legitimación democrática de la ley era, pues, esgrimido por el gran autor inglés para imponerla a la prerrogativa. Afirmaba en este sentido “que tienen un concepto muy equivocado del gobierno quienes sostienen que el pueblo ha invadido el derecho de prerrogativa cuando ha hecho señalar por medio de leyes positivas el alcance exacto de ciertas partes de la misma. Al hacer eso, no le ha arrebatado al monarca nada que le perteneciese por derecho”<sup>15</sup>.

La importante aportación de LOCKE sobre la prerrogativa no siempre ha sido puesta suficientemente de manifiesto. En su día, sin embargo, G. JELLINEK afirmó que en la obra del autor inglés apare-

---

14 Capítulo XIV, nº 160.

15 Op. cit., nº 163. Aunque más adelante (nº 168) subraya la falta de un control eficaz en caso de abuso del derecho de prerrogativa.

cían ya los trazos fundamentales de lo que después sería el poder reglamentario de la monarquía constitucional<sup>16</sup>

Desde la perspectiva de la libertad natural, o si se quiere del estado natural del individuo, fue, sin embargo, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, en su famosa obra *Du Contrat Social* (1762), el que llevó la teoría democrática de la ley hasta sus últimas consecuencias. Ha de tenerse en cuenta que en el autor ginebrino el pacto o contrato social adquiría un carácter totalmente distinto al que le había dado LOCKE, para el que –como acabamos de ver– se traducía únicamente en una limitación a la libertad natural originaria del individuo. Ahora, por el contrario, dicho pacto o contrato venía entendido como un sometimiento total y absoluto al cuerpo social considerado como un todo, pues esta era –según nuestro autor– la única forma de garantizar, en el estado actual de sociedad civil, la libertad e igualdad originarias bajo una nueva forma. Así se comprende –como ya he apuntado– el que, si en LOCKE el pacto social se traducía en una limitación de la libertad natural originaria, en ROUSSEAU lo que se pretendía, por el contrario, era “transformar”, dar un nuevo sentido, a la libertad e igualdad originarias. Como ya no era posible volver al estado de naturaleza había, en definitiva, que imaginar un tipo de contrato o pacto que no suprimiese las ventajas esenciales que aquel poseía y, en este sentido, se trataría –por utilizar las mismas palabras de ROUSSEAU– de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca,

---

16 *Gesetz und Verordnung*, Friburgo, 1887, reedición en Scientia, Aalen, 1964, pág. 67. Un análisis sucinto de la prerrogativa también en E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt*, Duncker-Humblot, Berlin, 1958, págs. 25-26. Ch. STARCK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Nomos, Baden-Baden, 1970, pág. 125.

sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social”<sup>17</sup>. Contrato social cuyo contenido se reduciría, prácticamente, a una sola cláusula: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad y esta enajenación, por absoluta que fuese, sería la mejor garantía de los derechos de los individuos, pues “dándose cada uno todo entero, la condición es igual para todos, y siendo igual para todos, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás”. Además, “como dándose cada uno a todos no se da a nadie, y como no hay un solo asociado sobre el cual no se adquiriera el mismo derecho que a él se le cede sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde, y más fuerza para conservar lo que se tiene”<sup>18</sup>. En suma, pues, el pacto o contrato social para ROUSSEAU consistía, esencialmente, en que cada uno de los individuos ponía en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, pieza fundamental de su doctrina<sup>19</sup>.

Puede ser interesante, quizás, señalar, de otro lado, que, para nuestro autor, la realización del pacto social traería como consecuencia la personificación de la voluntad general: “en lugar de la persona particular de cada contratante –afirmaba ROUSSEAU<sup>20</sup>– este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo”, una persona pública, como la denomina más adelante, que toma el nombre de República o el de cuerpo

---

17 J. J. ROUSSEAU, *El contrato social* (1762), traducción española, Aguilar, Madrid, 1973, Libro I, capítulo. VI (“Del pacto social”), pág. 16.

18 Op. cit., pág. 17

19 Cfr. las interesantes reflexiones de M<sup>a</sup> J. VILLAVARDE, *Rousseau y el pensamiento de las luces*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 220 y ss., sobre las diferencias de la posición roussoniana con las tesis liberales.

20 Op. cit., págs. 17-18

político, al cual llaman sus miembros Estado cuando es pasivo, Soberano cuando es activo, Poder al compararlo con otros de su misma especie.

Si el pacto social proporcionaba existencia al cuerpo político, la legislación le daría movimiento y voluntad. Esto es, la voluntad general encontraría su expresión en la ley, que como ella habría de ser general por su formación y por su objeto; desde un punto de vista subjetivo sería la voluntad de todos los individuos asociados y desde un punto de vista objetivo sería la voluntad que tiene por finalidad el bien de todos, dirigiéndose a todos por igual. “Cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo solo se considera a sí mismo... entonces la materia sobre la que estatuye es general, como la voluntad que estatuye. Este acto es lo que llamo una ley”<sup>21</sup>.

El concepto roussoniano de generalidad implicaba, concretamente, abstracción; “cuando digo –escribía ROUSSEAU– que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuerpo y las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo y una acción particular”<sup>22</sup>. Significa esto, por consiguiente, que el carácter de la abstracción de la ley no supondría que esta hubiese de regular, siempre y necesariamente, una multitud de supuestos, sino que también podría regular un determinado supuesto singular de forma abstracta para una multitud de personas.

---

21 Libro II, capítulo VI, pág. 40. Cfr. también las reflexiones de ROUSSEAU en su *Discurso sobre la economía política*, traducción española, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 14 y ss.

22 Op. et loc. cit. Cfr., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pág. 117; también, *Justicia y seguridad jurídica*, cit., pág. 23.

La generalidad-abstracción de la ley comportaba, además, que todos habrían de ser necesariamente iguales ante la misma; la ley no podría hacer excepciones en su aplicación respecto de determinados individuos. Sin embargo, ROUSSEAU admitía que “la ley puede muy bien estatuir que habrá privilegios, pero no puede dárselos concretamente a nadie; la ley puede crear varias clases de ciudadanos, asignar incluso las cualidades que darán derecho a estas clases, pero no puede nombrar a tal o tal otro para ser admitidos en ellas”<sup>23</sup>.

Es necesario resaltar, por último, que nadie que no fuese el pueblo en su totalidad podría encarnar la voluntad general; para ROUSSEAU “la soberanía no puede estar representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; es la misma o es otra; no hay término medio”. Y más adelante añadía: “toda ley no ratificada por el pueblo en persona es nula; no es una ley”<sup>24</sup>. Nuestro autor no se planteó

---

23 Op. et loc. cit.

24 Libro III, capítulo XV, pág. 99. Cfr. L. DUGUIT, *J.J. Rousseau, Kant et Hegel*, *Revue de Droit Public*, 1918, en particular, págs. 178 y ss., que puso, sin embargo, de manifiesto el carácter absolutista de las teorías roussonianas; vid. también, J.J. CHEVALIER, *Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale*, en *Revue Française de Science Politique*, 1953, págs. 5 y ss. E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, cuarta reimpresión, México, 1997, págs. 287 y ss. R. GRIMSLEY, *La filosofía de Rousseau*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs. 130 y ss. Ha de tenerse en cuenta que ROUSSEAU reconocía unos límites al absolutismo del poder soberano, a cuyo estudio dedicaba, fundamentalmente, el capítulo IV del Libro II del Contrato Social (pág. 32 y ss.); según él, el soberano (esto es, la voluntad general) “no puede cargar a los súbditos con ninguna cadena inútil a la comunidad; no puede ni siquiera quererlo; pues, bajo la ley de razón, lo mismo que bajo la ley de naturaleza, no se hace nada sin causa”. Y más adelante (pág. 35) añadía: “... todo acto de soberanía, o sea, todo acto auténtico de la voluntad general, obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos, de suerte que el soberano conoce solamente el cuerpo de la nación y no distingue a ninguno de los que la componen”. El acto

la viabilidad de este sistema de democracia directa contraria a la idea de representación, la gran aportación técnica de SIEYÉS al pensamiento revolucionario<sup>25</sup>; serían, en todo caso, más tarde, las Constituciones revolucionarias las que, por necesidades prácticas, se encargaron de modificar las tesis roussonianas en este punto.

Ha de señalarse que el planteamiento de la legalidad alcanzó en IMMANUEL KANT su formulación teórica más profunda; también el gran filósofo alemán vio el origen del Estado en un pacto entre los individuos que “renuncian a su libertad exterior para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado”<sup>26</sup>. El hombre, en el pensamiento

---

de soberanía era para ROUSSEAU un convenio del cuerpo con cada uno de sus miembros y, en esta medida, era legítimo porque se basaba en el contrato social, era equitativo porque era común a todos, era útil porque sólo tenía como objeto el bien general y era sólido porque tenía la fuerza pública a su disposición. Mientras los súbditos estuviesen sometidos a tal convenio no obedecerían a nadie, “sino –afirmaba ROUSSEAU– solamente a su propia voluntad y preguntar hasta dónde llegan los derechos respectivos del soberano y de los ciudadanos es preguntar hasta qué punto pueden éstos obligarse con ellos mismos, cada uno con todos y todos con cada uno”, En este sentido “el soberano no tiene nunca el derecho de cargar a un súbdito más que a otro, porque entonces –concluía nuestro autor– pasando el asunto a ser particular, el poder del soberano deja de ser competente”. Con estas afirmaciones ROUSSEAU llegaba a matizar el alcance que daba a *l’aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté*, de la que había hablado en el capítulo VI del Libro I, pues, mas adelante, advertía que era completamente falso que, en el contrato social, hubiese una verdadera renuncia por parte de los particulares; “lejos de ello, su situación, por efecto de ese contrato, resulta en realidad preferible a la que tenían antes y en lugar de una enajenación no han hecho sino un cambio ventajoso de una manera de estar incierta y precaria por otra mejor y más segura; de la independencia natural, por la libertad...”.

25 Vid, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., pág. 105. R. MAIZ, *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyés*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 157 y ss. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, cit., págs. 249 y ss.

26 KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, traducción española de A. CORTINA y J. CONILL, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 146.

kantiano, abandonaría así su ilimitada libertad natural para volverla a encontrar en forma de libertad jurídica en un estado de seguridad y legalidad. “Es menester –afirmaba KANT– salir del estado de naturaleza en el que cada uno obra a su antojo y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, (es menester) entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil”<sup>27</sup>

Se ha subrayado cómo en la filosofía política de KANT es perceptible la influencia de ROUSSEAU, aunque las concepciones de este último adquieren en el filósofo alemán mucho más rigor y precisión<sup>28</sup>. El Estado para KANT consistía en “la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas” (*Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen*)<sup>29</sup>, esto es, en una unión que vive y se organiza según principios jurídicos apriorísticos constituidos “por la libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre, por la igualdad de cada uno con todos los demás en cuanto súbditos y por la autonomía de cada miembro de una comunidad en cuanto ciudadano”<sup>30</sup>. En el pensamiento

---

27 *La Metafísica de las Costumbres*, cit., pág. 141.

28 Cfr. E. BELLO, *Lectura kantiana del Contrato Social*, en KANT después de KANT (ed. J. MUGUERZA-R. RODRIGUEZ ARAMAYO), Tecnos, Madrid, 1989, págs. 153 y ss.

29 *La Metafísica de las Costumbres*, cit., pág. 142

30 Cita en E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, en *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1976, pág. 68, que considera dichos principios constitutivos como caracterizadores del primer concepto de Estado de Derecho que habrían de ser desarrollados posteriormente por la doctrina jurídico-pública.

kantiano la necesidad del Estado y de una ley exterior dotada de coacción no era una necesidad empírica derivada del hecho de que los hombres no sometidos a ningún freno obrasen con violencia y contra la ley moral, sino una necesidad racional de garantizar el derecho de cada cual contra eventuales violaciones de los demás. El estado civil kantiano se contraponía al estado de naturaleza y, en este sentido, habría que interpretar las palabras del filósofo citadas más arriba, esto es, no en el sentido de un Estado dotado de leyes frente a uno que no las tenga, sino en el sentido de un Estado dotado de un poder coercitivo capaz de garantizar la integridad de los derechos que ya existían en el estado natural; de aquí que salir del estado natural sea un imperativo de la razón, un deber que se cumple suscribiendo el “contrato originario” (*ursprünglicher Vertrag*) que da paso a la sociedad civil.

De todo ello se deduce que para KANT el fin del Estado era, única y exclusivamente, hacer posible y garantizar el Derecho; Derecho que, como ya sabemos, venía concebido, simplemente, como garantía de la libertad. El Estado, por consiguiente, no tendría por qué preocuparse de la felicidad y bienestar de sus ciudadanos, puesto este sería un asunto personal de cada uno de ellos que deberían limitarse a respetar las respectivas esferas de libertad determinadas por la ley (de aquí la denominación de “Estado de Derecho” del Estado kantiano).

En la concepción de la ley de la filosofía kantiana también es perceptible, como ya he apuntado, la influencia de ROUSSEAU, pues para el filósofo de Königsberg criterio indispensable de la ley es que fuese fruto de la “voluntad unida” del pueblo. (“*Die Gesetzgebende Gewalt* –afirmaba– *kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen*”). “Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta

algo respecto de otro, siempre es posible –continuaba KANT– que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*). De ahí que sólo la voluntad concordante y conjunta de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora”, siendo un atributo jurídico irrenunciable del ciudadano el “de no obedecer a ninguna otra ley más que aquella a la que haya dado su consentimiento”<sup>31</sup>. La idea de la voluntad general roussoniana era, por tanto, perceptible en la obra de KANT, si bien lo que en el sistema del filósofo alemán unía las voluntades no era el interés, sino la idea del Derecho como imperativo categórico de la razón. Pero esta es ya una cuestión en la que, por razones obvias, no puedo detenerme en estas líneas<sup>32</sup>.

La concepción de la ley se verá enriquecida, además, desde una nueva perspectiva, por la aportación de MONTESQUIEU. El novedoso punto de partida elegido fue el de la necesidad de aplicar al mundo del hombre y de la sociedad el rigor de las nuevas ciencias naturales que habían alcanzado en la física experimental de NEWTON y, en general,

---

31 *La Metafísica de las Costumbres*, cit., pág. 143.

32 La filosofía del Derecho y del Estado fue desarrollada por KANT en su *Metaphisik der Sitten*, compuesta de dos partes publicadas inicialmente por separado: los *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797 y 2ª ed. 1798) y los *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (1797 y 2ª ed. 1803). Para la citas del texto he utilizado la traducción española de A. CORTINA y de J. CONILL de *La Metafísica de las Costumbres*, cit. He tenido presente también los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, UAM, México 1968, Segunda Parte, que KANT dedica al Derecho público. Vid. también TRUYOL y SERRA, cit., pág. 297, en especial págs. 305 y ss., alguna de cuyas opiniones se utilizan en el texto. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Duncker-Humblot, Berlin, 1958, págs. 94 y ss. L. DUGUIT, *J. J. Rousseau, Kant et Hegel*, cit., en especial págs. 193-211, mantuvo una posición muy crítica sobre la teoría kantiana del Estado donde vio aspectos claramente absolutistas.

en el período de la Ilustración un grado importante de desarrollo. La nueva revolución teórica consistía, precisamente, en la aplicación de la categoría newtoniana de ley al campo de la política y de la historia.

La ley, desde el nuevo punto de vista, no pertenecería ya al mundo de la religión o de la moral, en el que era, sobre todo, un orden ideal, sino que vendría considerada como una relación inmanente a los fenómenos sociales. El campo propio del nuevo sentido de la ley sería el de la naturaleza, el de la física<sup>33</sup>. El concepto de ley sería, por consiguiente, unívoco y sería aplicable tanto al campo de la naturaleza como al de la sociedad. MONTESQUIEU abría, precisamente, su gran obra *De l'esprit des lois* (1748) con la afirmación de que “las leyes, en su significación más extensa, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, y en este sentido todos los seres tienen sus leyes; la divinidad tiene sus leyes; el mundo material tiene sus leyes; las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes; las bestias tienen sus leyes; el hombre tiene sus leyes”<sup>34</sup>. Todas estas relaciones juntas formarían el “espíritu de las leyes” (*ces rapports forment tous ensemble* –afirmaba en el Capítulo III del Libro I– *ce que l'on appelle l'esprit des lois*) que debería informar a las leyes positivas dictadas por el poder político, cuyo papel se vería así reducido a descubrir, proponer, sancionar y, finalmente, sostener esas leyes derivadas de la naturaleza

---

33 L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la política y la historia*, traducción española, editorial ciencia nueva, Madrid, 1968, págs. 27 y ss. También la obra de E. CASSIRER, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, 1932; traducción española Fondo de Cultura Económica, cit., pág. 270. Sobre el contexto intelectual de MONTESQUIEU, vid. M<sup>a</sup> del Carmen IGLESIAS, *El pensamiento de Montesquieu*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, *in totum*, en especial págs. 13-20; sobre la idea de “naturaleza”, págs. 298 y ss. y 394 y ss.

34 *De l'esprit des lois* (1748), Parte I, Libro I, Capítulo. I. El subrayado del texto es mío. Utilizo la edición de Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

de las cosas que serían distintas de las leyes dictadas por el hombre y que permitirían juzgar su grado de adecuación a las circunstancias históricas de las respectivas sociedades. No hay que olvidar que, para MONTESQUIEU, la “naturaleza de las cosas”, de la que se derivaban esas relaciones necesarias que constituirían el “espíritu de las leyes”, no hacía referencia únicamente a la naturaleza física (clima, población, etc.), sino también, como se deduce del citado Capítulo III del Libro I, a la realidad histórica (costumbres, religión, comercio, etc.)<sup>35</sup>. La razón humana, en contra precisamente del concepto escolástico que la identificaba como un conjunto de verdades jurídicas de validez universal, era simplemente la posibilidad de descubrir la naturaleza de las cosas, extrayendo de la misma las correspondientes consecuencias normativas. En este sentido “la ley, en general –escribía MONTESQUIEU<sup>36</sup>– es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica esta razón humana”.

Este concepto científico de la ley encontró su articulación política en el dogma roussonian de la voluntad general que antes he analizado. “De ser una vaga aspiración, una pura concepción metafísica, el principio de legalidad –ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>37</sup>– pasa a ser por obra de esta doctrina un preciso mecanismo político... La gran con-

---

35 Cfr. también en este sentido las reflexiones de ROUSSEAU en su *Discurso sobre la economía política*, cit., pág. 17

36 *De l'esprit des lois*, Parte I, Libro I, Capítulo. III.

37 *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4ª ed., Cívitas, Madrid, 1994, págs. 23 y 25. En todo caso es menester no olvidar que el concepto científico de ley que MONTESQUIEU mantiene en el Libro I de su obra hay que combinarlo con sus afirmaciones en el famoso Libro XI, Capítulo VI, en donde está presente la idea de que la libertad consiste en no obedecer a otra ley que a aquella a la que se ha prestado el propio asenso.

cepción del principio de legalidad en el Derecho Público, que exige una ley previa que preceda, autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares, tiene aquí su exacto punto de partida”. La doctrina de la libertad natural y la teoría democrática de la ley hicieron que ésta fuese, pura y simplemente, una ley de libertad, una ley garantizadora del libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social. Este fue, precisamente, el sentido que se le dio en la nueva concepción política que alumbró la Revolución Francesa y que se plasmó, por obra de SIEYÉS<sup>38</sup>, en el artículo 4 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789:

“La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene mas límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por ley”<sup>39</sup>.

El alcance de la última frase de este artículo podría plantear alguna duda a la hora de su interpretación. Creo que, sencillamente, confirma todo lo que he venido diciendo sobre el nuevo sentido de la legalidad en la concepción jurídico-política de la Revolución y que era, precisamente, el de la ley como ley de libertad, garantizadora de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (artículos 2 y 16 de la Decla-

---

38 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., págs. 119-121. SIEYÉS había afirmado que “*la loi, en protégeant les droits communs de tous les citoyens, protège chaque citoyen dans tout ce qu’il peut être, jusqu’au moment où ce qu’il veut être commencerait de nuire au común intérêt*”. *Qu’est-ce que le tiers état?* (1789), PUF, Paris, 1982, pág. 89.

39 El concepto de ley alcanzará su pleno desarrollo en la Constitución de 1791, aunque con anterioridad a la misma se encuentran referencias explícitas al *Régne de la Loi*. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., págs. 126 y ss.

ración). Esto es, la ley tenía, en la concepción revolucionaria, como único objeto la libertad, no sólo como objeto necesario. En definitiva, la disposición del artículo 4 de la Declaración fue más allá que la de ser un mero enunciado del principio de la libertad como materia reservada a la ley, para convertirse en la plasmación positiva de la equiparación entre ley y libertad. A la ley se le reservó, en la construcción revolucionaria, un papel central, estableciéndose un verdadero “legicentrismo”, en la afortunada expresión de RIALS<sup>40</sup>, y produciéndose una total legalización del poder y del orden jurídico en el que aquel se manifestaba<sup>41</sup>. Toda esta interpretación, no sólo viene avalada por el tenor literal de la totalidad de la norma, sino también por toda la elaboración teórica que le sirve de base y que he intentado resumir apretadamente en las páginas precedentes<sup>42</sup>.

Sin embargo, el afirmar que, simplemente, en este momento histórico, la ley tenía como único objeto la libertad no nos permitiría descubrir de qué manera la ley abordaba su objeto. Y aquí sí que cabría una doble interpretación; una primera que podría basarse en las concepciones de LOCKE, según las cuales la ley vendría considerada como una ley interventora en la libertad natural de los individuos o, por el contrario, una segunda interpretación que, con perspectiva roussoniana, considerase a la ley como una ley configuradora del ámbito de libertad de aquellos. Soy de la opinión de que la primera interpretación sería la

---

40 *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, présentée par S. RIALS, Hachette, Paris, 1988, págs. 225, 370-372, 397-398.

41 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., pág. 70; *La democracia y el lugar de la ley*, cit., pág. 614

42 En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, cit., pág. 28, nota 23. Una interpretación contraria en el sentido de reserva legal en BÖCKENFÖRDE, *Gesetz- und Gesetzgebende Gewalt*, cit., pág. 47.

históricamente correcta, pues ella es más conforme con la literalidad del artículo 4 de la Declaración y, además, a partir de ese momento, esta concepción de la ley será la que dominará, como veremos, toda la dogmática jurídico-pública. En este punto, pues, los autores de la Declaración de 1789 se apartaron decisivamente de las tesis de ROUSSEAU<sup>43</sup>. De otra parte, conviene, por último, señalar que la idea de ley como fuente única de legitimidad de los poderes públicos se vio reforzada, todavía más, en la propia Declaración de 1789, a través del concepto de “acto arbitrario”, entendido como aquel acto que afectaba a la libertad sin respaldo de la ley (artículos 7, 11, 12, 23 y 24)<sup>44</sup>.

---

43 En el mismo sentido, J. RIVERO, *Libertés publiques*, 1, P.U.F. París, 1973, págs. 41, 55-56, 59; vid. también PH. BRAUD, *La notion de liberté publique en Droit français*, L.G.D.J., París, 1968, págs. 298-299. La contraposición entre la libertad roussoniana y la libertad natural o libertad frente al Estado está ya destacada en G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 4ª ed., 1927, hoy en *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, en especial págs. 7-8. Modernamente E. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, págs. 153-154, ha sostenido también que el concepto de ley en la Declaración del 89 no puede ser otro que la libertad, sin embargo, esta no viene concebida como una libertad ilimitada sobre la que, con posterioridad, incide la ley (limitadora), sino como una libertad que, por definición, se encuentra limitada a actuaciones que no perjudiquen a los otros ciudadanos ni a la colectividad en su conjunto. En este sentido, el papel de esas limitaciones se reduciría a explicitar o establecer las existentes con anterioridad. Esto es, la ley no crearía las limitaciones a la libertad, sino únicamente declararía las ya existentes; la ley tendría, por así decir, un carácter declarativo.

44 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia Administrativa*, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 41-43. También en *La lengua de los derechos*, cit. págs. 136 y ss.

B.–Una problemática fundamental en la nueva estructura del Estado: las relaciones ente el Legislativo y el Ejecutivo. La larga polémica sobre la potestad normativa de la Administración:

1.– El problema en las Constituciones revolucionarias y el reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Administración. La Restauración: el artículo 14 de la Carta Constitucional de 1814 y la extensión de la potestad reglamentaria. La determinación definitiva de la misma en la fórmula de la *exécution des lois*: el artículo 13 de la Carta Constitucional de 1830. El debate doctrinal sobre el alcance de la fórmula: reglamentos en virtud de ley y reglamentos espontáneos. La posición de CARRÉ DE MALBERG: el concepto de habilitación legislativa. La posición de HAURIOU: la construcción de una potestad reglamentaria independiente. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Una referencia a la polémica sobre el *Réglement d'Administration Publique*.

2.– El caso alemán: el principio monárquico en el artículo 57 del Acta Final de Viena de 1820.– La determinación de la reserva legal en el proceso constituyente germano: la fórmula “propiedad-libertad” y la labor interpretativa sobre el artículo 62 de la Carta Constitucional Prusiana de 1850. Concepto restrictivo (*Eingriffsvorbehalt*) y amplio (*Totalvorbehalt*) de la fórmula “propiedad-libertad”. STAHL y la moderna interpretación de JESCH.–

3.–Una referencia al debate teórico sobre la potestad normativa de la Administración en Austria e Italia.

4.– El desarrollo español: de las Cortes de Cádiz a la Constitución de la IIª República. El alcance de la “ejecución de las leyes”: COLMEIRO, SANTAMARÍA DE PAREDES, A. POSADA, GASCÓN Y MARÍN, A. ROYO-VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO y FERNÁNDEZ DE VELASCO.

1.— La Revolución Francesa, además de una nueva concepción de la legalidad, y con la misma finalidad de garantía de la libertad, trajo consigo una nueva estructura del Estado basada en el principio de la separación de los distintos Poderes que lo componen; principio tributario de una rica formulación teórica anterior que, en ese momento, se pretendió llevar a la práctica. No trataré ahora de seguir los avatares de la aplicación práctica del principio, alejada, por lo demás, merced a una interpretación rígida de la separación, del modelo teórico que le servía de base, sino, más bien, centraré mi atención, a los efectos perseguidos en estas páginas, en la concreta relación que, en definitiva, se estableció entre el Legislativo y el Ejecutivo, su configuración inicial y su inmediata evolución posterior.

Desde las primeras decisiones revolucionarias se advierte que la tendencia era la de negar al Ejecutivo cualquier tipo de potestad normativa, en base, precisamente, como acabo de apuntar, a una consideración rígida de la separación de los distintos poderes estatales. En efecto, el Decreto de la Asamblea Constituyente de 2 de octubre/3 de noviembre de 1789 (artículo 16) establecía ya que *le pouvoir exécutif ne peut faire aucunes lois mêmes provisoires mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'observation*<sup>45</sup>. La

---

45 Vid. G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung (1887)*, cit., pág. 85. El interesante debate sobre el tema en la Asamblea Nacional en F. MOREAU, *Le règlement administratif*, Fontemving, París, 1902, págs. 62 y ss. En dicho debate MALOUEY y el vizconde de MIRABEAU defendieron una potestad reglamentaria del Rey más amplia. En general sobre la evolución de la potestad reglamentaria en las primeras Constituciones francesas, vid., además de los citados, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1967, págs. 49 y ss; J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, L.G.D.J., París, 1968, págs. 158-160. J.-P. MACHELON, *L'Administration sous la Revolution Française*, La Revue Administrative, 261, 1991, págs. 205 y ss. A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*,

negación, pues, de todo tipo de poder reglamentario era radical en la medida en que la actividad del Ejecutivo habría de reducirse, sencillamente, a hacer *proclamations*, que, más que reglamentos complementarios, eran simples medidas de publicidad sobre el contenido de las leyes<sup>46</sup>. Este principio general prohibitivo encontró pronto, sin embargo, una importante excepción en materia de régimen local, pues la Ley de Municipalidades de 14/18 de diciembre de 1789 abrió la posibilidad a los municipios de dictar *réglements de police* en materias de su competencia<sup>47</sup>. Con todo, más tarde, la Constitución de 3 de septiembre de 1791 recogió íntegramente la limitación de la norma del Decreto de 1789 (Título III, Capítulo IV, Sección 1ª, artículo. 6), no admitiendo, ni siquiera, una actividad normativa del Ejecutivo en materia de organización; *il appartient au Pouvoir législatif* –se afirmaba en el artículo 4, sección 2ª, capítulo IV, título III– *de déterminer les règles et le mode de leurs fonctions, tant sur les objets ci-dessus exprimés, que sur toutes les autres parties de l’administration interieur*. Sin embargo, las perentorias necesidades prácticas alteraron rápidamente el rigor de estas dispo-

---

I.E.A., Madrid, 1971, págs. 251 y ss. Más recientemente, F. L. HERNÁNDEZ GONZALEZ, *La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades*, Revista de Administración Pública 163, 2004, págs. 465 y ss., en especial págs. 468 y ss.

46 DOUENCE, cit., pág. 158. CHELI, sin embargo, subraya el carácter ambiguo del término “proclamations” (op. cit., pág. 42, nota 38). F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1965, pág. 64, niega la posibilidad de todo poder reglamentario.

47 La observación en JELLINEK, cit., págs. 87-89, que cita también la Ley sobre las Administraciones departamentales de 22 de diciembre de 1789. Es de señalar que para mantener formalmente en estos casos el principio de separación, la Ley de 15-27 de mayo de 1791 (art. 1) impuso a las Administraciones locales la obligación de calificar sus propios actos generales –enmascarando así su sustancia normativa– como *arrêtés*. “*Les actes des directoires ou conseils de district ou de département ne pourront être institués ni décrets, ni ordonnances ni règlements, ni proclamations: ils porteront le nom d’arrêtés*”.

siciones y, de hecho, como nos lo demostró MOREAU<sup>48</sup>, e incluso bajo la misma Constitución de septiembre, la Asamblea se vio obligada por la fuerza de las cosas a reconocer, sea de manera excepcional, un cierto poder normativo en manos del Monarca. La Constitución jacobina de 24 de junio de 1793 (o del Año I, según el calendario revolucionario), que, prácticamente, nunca entró en vigor, pretendió cortar la evolución que había comenzado en el momento anterior concentrando todos los poderes normativos, sea en forma de leyes o de decretos, en la Asamblea Nacional (artículos 53 a 55), a la que, por lo demás, se privaba del poder de aprobación definitiva de las leyes, pues, para eventuales reclamaciones, habían de ser sometidas previamente a los departamentos y a las llamadas “Asambleas primarias” (artículos 59 y 60). Al Consejo Ejecutivo se le adjudicaba la misión de la dirección y vigilancia de la Administración general y se recordaba que no podría actuar más que *en exécution des lois et des décrets du Corps législatif* (artículo 65). Por su parte, el Decreto de 14 Frimario del Año II (4 de diciembre de 1793), que organizó el Gobierno revolucionario, prohibió también a toda autoridad administrativa la emanación de “*arretés*” o de “*proclamations*” que, con el pretexto de interpretar o de completar una ley, fuesen susceptibles de extender, limitar o contradecir las disposiciones de la ley misma. La Constitución de Directorio de 22 de agosto de 1795 (5 Fructidor del Año III) recogía, en su artículo 144, la fórmula de la Constitución de 1791, aunque ya no existía duda alguna sobre el sentido que habría de atribuírsele y se fue difundiendo la convicción de reconocer al Directorio un poder autónomo de normación secundaria, realizándose

---

48 Op. cit., págs. 70 y ss. La misma afirmación en M. HAURIUO, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Sirey, París, 1929, pág. 443 (reedición en 1965 por el CNRS). En el mismo sentido, aunque sin citar ejemplos concretos, vid. modernamente CHELI, cit., pág. 42; DOUENCE, cit., pág. 159.

por parte de la ley frecuentes reenvíos al reglamento, aunque sin utilizar todavía dicha denominación. Por lo demás, fueron apareciendo numerosos reglamentos dictados por el Directorio en ausencia de una ley que los autorizase<sup>49</sup>.

La Constitución del Consulado de 13 de diciembre de 1799 o del Año VIII consagró, ya de forma indubitable, la potestad reglamentaria del Ejecutivo. La misma palabra “reglamento”, como expresión de ejecución de las leyes, aparece por vez primera en un texto constitucional: “*le gouvernement* –establecía el artículo 44– *propose des lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution*”; a los ministros, por su parte, y bajo su directa responsabilidad, les correspondía “*l’exécution des lois et des règlements d’administration publique*” (artículos 54 y 72). Más todavía, el artículo 47, al disponer que el Gobierno “*pourvoit á la sûreté interieure et á la defense exterieure de l’Etat*”, vino a reconocer un verdadero poder reglamentario autónomo en materia de policía<sup>50</sup>.

La tendencia al reforzamiento del poder normativo del Ejecutivo se acentuó, naturalmente, con el advenimiento del Consulado vitalicio (Senatoconsulta de 16 Thermidor del Año X o de 4 de agosto de 1802) y del Imperio (Senatoconsulta de 28 Floreal del Año XII o de 18 de mayo de 1804), en el que todos los poderes se concentraron, de hecho, en las manos del Emperador, aunque en el plano formal se mantuviese la distinción entre ley y reglamento. El ciclo revolucionario se cerraba

---

49 MOUREAU, cit., pág. 77; en el mismo sentido, JELLINEK, cit., pág. 91; modernamente CHELI, cit., pág. 44; DOUENCE, cit., pág. 159.

50 G. JELLINEK señaló que en el artículo 47 faltaba la expresión “*d’après les lois*” que existía en la correspondiente disposición de la Constitución del Directorio (*Gesetz und Verordnung*, cit., pág. 92).

así con una singular coincidencia entre el punto de partida y el punto de llegada, pues, ambos venían caracterizados por una situación de indistinción entre el campo de la ley y el del reglamento. “Aunque no en la forma –escribió JELLINEK<sup>51</sup>– vuelve la situación del *ancien régime*: el reglamento absorbe la legislación”.

La Restauración supuso, por su parte, un punto de arranque decisivo en las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo y, más concretamente, por lo que aquí interesa, entre la ley y el reglamento. Es bien sabido que lo que se trató de conciliar en aquel momento histórico fueron las exigencias planteadas por la tradición histórica restaurada, esto es, por el instituto monárquico, con los principios de la libertad civil y política reconocidos durante el período revolucionario. No pretendo ahora, por supuesto, describir con minuciosidad el nuevo tipo de Estado que nace con la Restauración, caracterizado por el compromiso entre el principio monárquico (representado por el Monarca) y el principio democrático (representado por las Cámaras parlamentarias de carácter censitario) y al que vino atribuido la denominación de Monarquía constitucional o Monarquía limitada, sino, solamente, resaltar la nueva reestructuración que se operó en las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo a través del reconocimiento al Monarca de un poder reglamentario independiente y, en general, a través del reconocimiento al principio monárquico de una posición prevalente en el Estado, en la medida en que sólo se vería parcialmente condicionado y limitado

---

51 Op. cit., pág. 93. Cfr. actualmente J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1988, págs. 696-699, con una descripción de la evolución de la potestad reglamentaria en Francia. También S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, Iustel, Madrid, 2006, págs. 866-870.

por el principio democrático representado por las Cámaras<sup>52</sup>. La Carta Constitucional francesa de 4 de junio de 1814 fue la primera que históricamente consagró la nueva situación que tendría una innegable influencia en la Europa de la Restauración<sup>53</sup>.

Lo que, en todo caso, me interesa resaltar ahora es que la célebre disposición del artículo 14 de la Carta permitió al Rey dictar “*les règlements et ordonnances pour l’execution des lois et la sûreté de l’Etat*”, lo cual suponía el reconocimiento constitucional de un poder reglamentario general del monarca en materia de ejecución de las leyes y en materia de orden público. Es curioso constatar, por lo demás, cómo esta disposición fue apenas discutida y no planteó ninguna polémica; ella habría sido redactada, incluso, por el mismo Luís XVIII, inspirándose en el artículo 41 de la Constitución del Año VIII<sup>54</sup>. Sin embargo, MOREAU nos recordó que la potestad reglamentaria que el artículo

---

52 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., págs. 199-201

53 Se mantiene la tripartición de las funciones estatales, pero se hace al Rey partícipe de cada una de ellas; la potestad ejecutiva pertenece únicamente al Rey (artículo 13); la potestad legislativa se ejerce conjuntamente por el Rey y el Parlamento (artículo 15); el Rey propone, sanciona y promulga las leyes (artículos 16 y 22); y, por último, toda justicia emana del Rey y se administra en su nombre (artículo 57). Todo ello sin mencionar la nueva potestad normativa que se le concede (artículo 14) de la que se habla en el texto. La influencia del principio monárquico, tal como se estructura en la Carta de 1814, fue señalada por E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes*, (1906), hoy en *Gesammelte Schriften*, I, Schwartz, Göttingen, 1960, págs. 1 ss; en concreto, pág. 36, donde afirma que el nuevo “principio monárquico” *ist nur als ein Produkt der politischen Machtkämpfe Frankreichs zu verstehen*. Vid. también, H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip* (Breslau, 1913), reedición en Scientia, Aalen, 1969, pág. 55, donde pone de manifiesto la amplitud del poder normativo concedido al Rey.

54 Vid. *Les Constitutions de la France depuis 1789*, presentación por GODECHOT, Flammarion, París, 1970, págs. 214, de donde recojo el dato. En general, P. SIMON, *L’elaboration de la Charte constitutionnelle (1er avril-4 juin 1814)*, Bibliothèque d’Histoire Moderne, II, 2, Cornely et Cie., Paris, 1906.

14 concedía al Monarca en materia de *sûreté de l'Etat* no se ejerció, de hecho, hasta las famosas cuatro Ordenanzas del 25 de julio de 1830 que, precisamente, provocaron el estallido de la revolución y la caída de Carlos X<sup>55</sup>. Fue, en todo caso, en esta época –según este mismo autor– cuando se afianzó la práctica de los reglamentos ejecutivos de las leyes, que, en muchos casos, excedieron de una mera ejecución legislativa a la vez que, también en numerosas ocasiones, se produjeron de forma espontánea sin una previa llamada del legislador. Es en esta época igualmente, siempre según MOREAU, cuando empezó a consolidarse el poder reglamentario de los ministros, a los que los reglamentos estatales confiaban su desarrollo o, incluso, les encargaban la regulación de una materia determinada<sup>56</sup>. También en este momento se inició el desarrollo expansivo de la fórmula “*exécution des lois*” que, andando el tiempo, servirá, como veremos, para determinar el ámbito material preciso de la actividad reglamentaria de la Administración. La Revolución de Julio dirimió, por su parte, el contencioso planteado a la potestad reglamentaria del artículo 14 de la Carta referida al campo concreto de la *sûreté de l'Etat*, en la que se habían basado, precisamente, como he indicado, las citadas cuatro Ordenanzas de Carlos X para modificar normas legislativas. El artículo 13 de la Carta Constitucional de 14 de agosto de 1830 estableció, ya sin lugar a dudas, que “*le Roi ... fait les réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles mêmes ni dispenser de leur*

---

55 Op. cit., pág. 81; como única excepción cita la Ordenanza sanitaria de 27 de septiembre de 1821. Las cuatro Ordenanzas de 1830 suprimían la libertad de prensa, disolvían la Cámara recién elegida, modificaban la ley electoral en un sentido restrictivo y fijaban las elecciones para septiembre de ese año. Vid. *Les Constitutions de la France*, cit., pág. 242.

56 MOREAU, op. cit., págs. 82-85, con muchos ejemplos en nota.

*exécution*”, (fórmula que recogió inmediatamente la Constitución belga de 1831 en su artículo 67). La incertidumbre sobre el verdadero alcance del poder reglamentario había así finalizado; “es en realidad bajo el Gobierno de Julio –advirtió A. ESMEIN– cuando este poder reglamentario adquiere su equilibrio definitivo, encerrándose en los límites precisos”<sup>57</sup>. Evidentemente esta frase habría que entenderla –y así lo hizo G. JELLINEK<sup>58</sup>– en el sentido de que fue en este momento cuando se consagró definitivamente la base constitucional de la potestad reglamentaria con base en la fórmula de la *exécution des lois*, cuyo alcance concreto, como ya ha quedado dicho, evolucionará en sentido expansivo en los años posteriores<sup>59</sup>.

---

57 *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8ª ed., Sirey, Paris, 1927, pág. 509. En el mismo sentido, JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, cit., pág. 96.

58 *Von 1830 bis zur Gegenwart wechselt der Umfang, aber nicht –*escribió JELLINEK (cit., pág. 96)– *die verfassungsmässige Grundlage und das innere Wesen des Verordnungsrechtes*”. Cfr. también MOREAU, *Le règlement administratif*, cit., págs. 85 y ss. Ha de señalarse igualmente que el nuevo clima político que acompaña a la Carta de 1830 y que hace acentuar el carácter parlamentario de la monarquía francesa (es en esta época cuando B. CONSTANT teoriza sobre el poder real como un *pouvoir neutre*) influye decisivamente en la consideración del “principio monárquico”, que de una contraposición con el principio democrático pasa a una relación de colaboración con el mismo. Cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., págs. 79 y ss.

59 Las fórmulas constitucionales posteriores son muy semejantes. El artículo 49 de la Constitución republicana de 4 de noviembre de 1848 estableció que el Presidente de la República “*surveille et assure l’exécution des lois*” y aunque no se hacía referencia expresa al poder reglamentario, éste se consideraba implícito, pues la misma Constitución preveía Reglamentos de Administración Pública que el Consejo de Estado estaba encargado de preparar (vid. MOREAU, cit., págs. 88-90). El artículo 6 de la Constitución de 14 de enero de 1852 vino a repetir prácticamente la fórmula tradicional, estableciendo que el Presidente de la República... “*fait les règlements et décrets nécessaires pour l’exécution des lois*”; disposición que pasó literalmente al artículo 14 del Senadoconsulto de 21 de mayo de 1870 que instauró el Imperio liberal y parlamentario. Mas tarde, el artículo 3 de la citada Ley constitucional de 25 de febrero de 1875, relativa a la organización de los poderes públicos, recogió de nuevo la fórmula de la Constitución de 1848. Ya en

En efecto, la fórmula “ejecución de las leyes” acabó por justificar una potestad reglamentaria general de la Administración en el sentido de que dicha fórmula, no vino entendida solamente como desarrollo normativo de una ley concreta (*Réglements rendus en vertu d’une loi*), sino también, en un sentido mucho más amplio, como desarrollo de la legalidad en general (*Réglements spontanés*), aceptándose que el reglamento pudiese intervenir de forma espontánea, esto es, en ausencia de una remisión expresa contenida en una concreta disposición de la ley. Hasta donde podría llegar esta intervención reglamentaria espontánea de “ejecución de la legalidad” fue, precisamente, el problema que preocupó a la doctrina francesa, de finales del XIX y comienzos del XX. No hay que olvidar, por lo demás, que las discusiones sobre el alcance efectivo de la potestad reglamentaria venían también en gran parte motivadas por la ausencia en el texto constitucional entonces vigente (Ley constitucional de 25 de febrero de 1875, relativa a la organización de los poderes públicos) de una clara delimitación entre el campo o ámbito reservado a la ley y el específico del reglamento, al contrario, por cierto, de lo que sucedía en muchas Constituciones alemanas del XIX. De aquí que la discusión francesa sobre los reglamentos girase, más bien, en torno a la diferenciación apuntada –cuyo contenido preciso no gozaba, por lo demás, de unanimidad doctrinal<sup>60</sup>– entre “reglamentos dictados en

---

el siglo XX la Constitución de la IV República volvió, por su parte, a utilizar la misma disposición en su artículo 78-1º, con la salvedad de que la titularidad de la potestad pasaba ahora al Presidente del Consejo de Ministros: “*Le Président du Conseil de ministres assure l’exécution des lois*”.

60 El “reglamento espontáneo” podía significar el poder reglamentario independiente propio de la Administración (HAURIUO) o únicamente el reglamento dictado de forma espontánea por la Administración, esto es, sin remisión legal expresa previa, admisible porque se limitaba a desarrollar aspectos o decisiones ya adoptadas por la ley a la que se vinculaba; si el reglamento fuese más allá de un simple desarrollo de

virtud de una ley” y “reglamentos espontáneos”, intentándose englobar a ambos, de acuerdo con la norma constitucional, en una “ejecución de las leyes” entendida en sentido amplio. Nótese que, por el contrario y en la misma época, en Alemania la perspectiva era distinta, pues, a pesar de la variada realidad constitucional de muchos de sus territorios, se había construido un campo reservado a la ley, en el que sólo era posible la intervención reglamentaria a través de un denominado “reglamento jurídico”, previa la consiguiente habilitación legal expresa; fuera de ese campo reservado, el llamado “reglamento administrativo” se producía sin necesidad de vinculación legal alguna. A la situación alemana me referiré más adelante.

Sin pretender analizar aquí con detenimiento el rico debate teórico que sobre el reglamento se produjo en Francia en el período histórico citado, quisiera, sin embargo, por su interés, traer a estas páginas una sucinta referencia al mismo. Referencia que, en este caso, debe partir necesariamente de la aportación de R. CARRÉ DE MALBERG, para el que la noción de ejecución de las leyes habría de ser entendida en un sentido amplio. La originalidad de su pensamiento reside en cómo entendió, precisamente, esta afirmación, pues –digámoslo ya– en su obra la comprensión amplia de la ejecución de las leyes venía entendida de un modo particular, muy formalista, identificándola con el concepto de habilitación legislativa a la Administración para ejercer su originaria potestad reglamentaria (que le había reconocido, en aquel momento, el artículo 3 de la citada Ley constitucional de 1875) y no como mero desarrollo normativo del contenido de una ley precedente (lo que sería ejecución de las leyes en sentido estricto) ni como base justificativa

---

normas legislativas anteriores, sólo podría ser dictado “en virtud de una ley”, esto es, habría de estar previsto expresamente por la misma (CARRÉ DE MALBERG).

de una potestad reglamentaria autónoma en ciertos sectores (lo que, en puridad, sería ejecución de las leyes en sentido amplio). El reglamento podría, según CARRÉ DE MALBERG<sup>61</sup>, regular materias que no hubiesen sido precedentemente reguladas por la ley; sin embargo, sólo podría hacerlo si esta última se lo hubiese permitido de manera expresa, esto es, si le hubiese conferido el poder de regular dichas materias, en definitiva, si le hubiese habilitado para ello. La citada Constitución francesa de 1875 (o Ley Constitucional de 1875), bajo la que vivía nuestro autor, al encargar al Presidente de la República de la función de “vigilar y asegurar la ejecución de las leyes”, estaba caracterizando al reglamento como un acto de ejecución, entendiendo con ello que aquel sólo podría usar su poder reglamentario en la medida en que una ley se lo hubiese permitido. La Constitución –decía CARRÉ– define al reglamento únicamente por su subordinación a la ley, subordinación radical, en la medida en que la Administración sólo podría utilizar su potestad reglamentaria en el caso de que una ley previa se lo permitiese. Lo que caracterizaría, pues, de forma esencial, al reglamento sería el dato de su entrada en vigor con posterioridad a la ley y en ejecución de la misma. Y ello sin ninguna excepción, pues el texto constitucional no hacía distinción entre reglamentos que afectasen a los ciudadanos y reglamentos que se refiriesen solo a la organización administrativa. Para CARRÉ DE MALBERG todos necesitaban, inexcusablemente, una habilitación legislativa previa; si esta existía el campo de reglamento sería indefinido, ilimitado: “*si le règlement ne peut rien faire sans habilitation législative, il peut tout faire moyennant cette habilitation*”<sup>62</sup>. Quería

---

61 *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo I, Sirey, París, 1920, reedición en 1962 por Editions du C.N.R.S., París, págs. 580 y ss.

62 Op. cit., pág. 585. “El Presidente –escribe más adelante nuestro autor– recibe de la misma Constitución una potestad general y no limitada de hacer reglamentos sobre

esto decir también que para CARRÉ DE MALBERG la habilitación operada por la ley en favor del reglamento no se vería limitada, por la posible existencia de una serie de materias que tuviesen que ser necesariamente reguladas por aquella, esto es, por una reserva material de ley (como pretendían, por lo demás, otros autores de su tiempo, como ESMEIN, JÉZE o BERTHÉLEMY), puesto que, según afirmación de nuestro autor, tal reserva no existía en la citada Constitución francesa de 1875, una de cuyas características era, precisamente, la de no haber determinado materialmente la esfera de la potestad legislativa y la de la potestad reglamentaria, en contra, por otro lado, de lo que habían hecho las Constituciones revolucionarias<sup>63</sup>.

Muy diferente fue el planteamiento de M. HAURIOU<sup>64</sup>, el cual reconoció un ámbito reglamentario independiente, propio y específico de la Administración, aunque afirmando, al mismo tiempo, la existencia de un campo reservado a la ley. Para el Decano de Toulouse la naturaleza de la ley debía suponer, en pura lógica, un cierto campo reservado a la misma en la medida en que constituía la garantía suprema de las libertades; “es y debe ser del dominio de la ley –escribía HAURIOU– toda condición nueva impuesta al ejercicio de una libertad y toda organiza-

---

toda especie de objetos y estos reglamentos pueden también dictar prescripciones de todas clases; solamente que la Constitución hace depender el ejercicio de esta potestad, ilimitada en cuanto a su objeto, de una condición de ejecución de las leyes, en el sentido de que, en toda materia, el reglamento presupone una ley, sea una ley a la que viene a desarrollar sus prescripciones para asegurar su aplicación, sea una ley que haya invitado u obligado al Jefe del Ejecutivo a usar para un objeto determinado por ella su poder constitucional de reglamentación” (pág. 587).

63 Op. cit., págs. 597 y ss. Nada se opondría, por consiguiente, a que el reglamento pudiese regular la materia penal o fiscal si la ley le habilitase para ello y no existiese, como no existía en la Constitución francesa de 1875, una reserva legal; vid. págs 625 y ss.

64 *Précis de droit administratif*, 11ª ed., Sirey, París, 1927, págs. 451 y ss.

ción del Estado importante para la garantía de una libertad”<sup>65</sup>. Posición, por lo demás, muy semejante a la coetánea consideración germánica de la reserva legal, como veremos más adelante.

Para HAURIUO el papel del reglamento con relación a la ley sería el de interpretarla y completarla (*réglements rendus pour l'exécution de la loi*); en el primer caso, la Administración utilizaría, por propia iniciativa, su poder reglamentario y no podría añadir nada que no hubiese sido expresamente previsto en la ley; en el segundo caso, sería la misma ley la que encargase a la Administración la función de completar sus propias disposiciones. Por lo tanto, en este segundo supuesto, la actividad reglamentaria estaría expresamente prevista por la norma legislativa que determinaría, al mismo tiempo, su campo de actuación. Este tipo concreto de reglamentos de desarrollo de las leyes, sometidos un procedimiento especial de emanación, recibieron el nombre de *réglements d'administration publique*. Precisamente sobre ellos, sobre su naturaleza, se originó una interesante polémica de la que aquí sólo puedo dar algunos detalles generales.

En efecto, gran parte de la doctrina francesa de este período vio en este tipo de reglamentos, dictados para la ejecución de las leyes en virtud de una expresa cláusula de desarrollo en ellas contenida, un supuesto de delegación legislativa, con la importante consecuencia de la equiparación de su rango al de las leyes formales (LAFERRIÈRE,

---

65 Op. cit., pág. 461; en nota 1 enumera una serie de materias que por su importancia para la libertad se consideran normalmente del campo de la ley: las reglas orgánicas de los grandes poderes públicos, las reglas de descentralización administrativa, las reglas orgánicas de las libertades individuales, el Derecho civil, el Derecho mercantil, las reglas penales y los actos que organizan jurisdicciones nuevas o autoridades administrativas nuevas que puedan tomar decisiones ejecutorias frente a los individuos.

AUCOC, DUCROCQ, MOREAU, CAHEN). La reacción frente a tal interpretación partió de un conocido artículo de ESMEIN<sup>66</sup>, publicado a finales del XIX, que provocó que, a partir de ese momento, fuese rechazada, con distintos argumentos, por la mayoría de la doctrina. En dicho artículo ESMEIN negaba que, en el llamado “reglamento de Administración pública”, se diese un fenómeno de delegación legislativa, afirmando que lo único que la ley hacía, en este caso, era, simplemente, “*inviter le titulaire du pouvoir exécutif á user de son pouvoir réglementaire*” que le había sido reconocido como propio por el ya citado artículo 3 de la Ley constitucional de 1875<sup>67</sup>; en definitiva, la ley no haría otra cosa que poner en movimiento, mediante su “invitación”, la potestad reglamentaria que el Jefe del Ejecutivo poseía como propia en virtud de la Constitución. CARRÉ DE MALBERG, más técnicamente, prefería utilizar, como ya sabemos, el término de “habilitación” de la ley que permitía el ejercicio de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República<sup>68</sup>. HAURIUO, por su parte, hablaba en este caso de “participación legislativa a un acto en forma administrativa” y no de delegación legislativa, pues, si así fuese, se transmitiría al acto reglamentario el carácter legislativo; el reglamento de Administración pública sería solo el resultado de una decisión administrativa en la que el Parlamento habría participado precisamente por haberla solicitado<sup>69</sup>. De forma más concreta, en su *Précis de droit constitutionnel*, el Decano de Toulouse nos propuso el concepto de “delegación de materias” como explicación global del fenómeno: el Parlamento delegaría una parte de

---

66 *De la délégation du pouvoir législatif*, en *Revue politique y parlementaire*, agosto, 1894, págs. 200 y ss., en especial, págs. 211 y ss.

67 Op. cit., pág. 212.

68 *Contribution*, cit., pág. 594.

69 *Précis de droit administratif*, cit., pág. 471 y nota.

la materia que le es propia en el Jefe del Estado. Aquel –escribía HAURIUO<sup>70</sup>– *en a réglé lui-même une partie par une opération législative, le chef de l’Etat va régler l’autre partie par une operation administrative; chacun des pouvoirs opére avec sa competence propre et communique á l’acte sa nature propre*<sup>71</sup>.

En contra del planteamiento de CARRÉ DE MALBERG que, como ya sabemos, sometía en todos los casos el ejercicio de la potestad reglamentaria a una necesaria y previa habilitación de la ley, HAURIUO, como ya he indicado, reivindicó, por el contrario, para la Administración un campo propio donde pudiese ejercitar su potestad reglamentaria con independencia de la ley. Esta potestad reglamentaria independiente le vendría concedida formalmente a la Administración por

---

70 *Précis du droit constitutionnel*, cit., pág. 446. Sobre el tema, vid, también P. DevolvÉ, *La délégation de matières*, Toulouse, 1930. Una descripción general de la problemática en E. García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 60-63.

71 La jurisprudencia del Consejo de Estado francés se mantuvo durante el siglo XIX fiel a la teoría de la delegación legislativa y negaba la posibilidad de recurso en materia de reglamentos de Administración pública; *arrêts Fresnau*, de 20 de diciembre de 1872, *Commune de Montreuil-sous-Bois* de 1 de abril de 1892, *Ville de Chartres* de 8 de julio de 1892; si bien –señalaba CARRÉ (cit. págs. 632-633; vid. también pág. 590)– a partir de 1872 el Consejo de Estado empezó a distinguir entre el recurso directo contra el reglamento de Administración pública y los recursos interpuestos contra las medidas individuales tomadas en ejecución del mismo. El primero era inadmisibles, pero no así los segundos y el Consejo de Estado anulaba dichas medidas individuales tomadas en base a un reglamento de Administración pública. La admisión total del recurso contra los reglamentos de Administración pública fue reconocida a partir del *arrêt Compagnies de Chemin de Fer de l’Est et autres* de 6 de diciembre de 1907 (con conclusiones de TARDIEU), transcrito y comentado por HAURIUO en su libro *La jurisprudence administrative de 1892 á 1929*, I, Paris, 1929, págs. 16 y ss; vid. también su *Précis de Droit administratif*, cit., pág. 471, nota 1. Este *arrêt* fue confirmado por un segundo *Decugis* de 7 de julio de 1911. Vid. también el *arrêt* de 1907 en LONG-WEIL-BRAIBANT-DEVOLVÉ-GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9ª ed., Sirey, París, 1990, págs. 111 y ss.

la Constitución, aunque para el gran maestro francés dicha potestad se derivaría, fundamentalmente, de la naturaleza de las cosas, del *imperium*. Los campos en que se desarrollaba esta potestad reglamentaria independiente se concretaban para HAURIOU en dos: la organización administrativa (organización de servicios públicos, *réglamentation des services publics*) y el orden público (*réglamentation de police*), aunque reconocía que la vinculación a la ley debería ser, en este último caso, mucho más estricta que en el primero<sup>72</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés se encargó, por su parte, de delimitar los campos de la ley y el reglamento, fundamentando una potestad reglamentaria propia e independiente de la ley a través también de una interpretación amplia de la noción de la *exécution des lois*. Así, mientras el *arrêt Babin* de 4 de mayo de 1906 determinó el campo de la ley, los *arrêts Labonne* de 8 de agosto de 1919 y *Heyriés* de 28 de junio de 1918 construyeron una potestad reglamentaria en materia de orden público y en materia de servicios públicos con independencia de las prescripciones del legislador. Sin poder entrar ahora en el análisis del alcance de esta importante jurisprudencia es claro que ella desmentía, en nuestro tema, la posición de CARRÉ DE MALBERG, inclinándose por la que había defendido HAURIOU<sup>73</sup>.

---

72 *Précis de droit administratif*, cit., págs. 451-452, 461-462, también pág. 464, nota 2. *Précis de droit constitutionnel*, cit., págs. 443-44. Duguit, desde su particular posición metodológica, había criticado a HAURIOU en su *Traité de Droit constitutionnel*, II, Fontemoing, Paris, 1928, págs. 219 y ss.; vid. también *Des réglemets faits en vertu d'une compétence donné au gouvernement par la législation*, *Revue de Droit Public*, 1924, págs. 313 y ss., en especial págs. 317 y ss. Cfr. también la crítica de CARRÉ DE MALBERG, cit., págs. 494 y ss.

73 Los *arrêts Labonne* y *Heyriés* en *Les grands arrêts* cit., págs. 216 y 191, respectivamente. Allí también, págs. 305 y ss. el *arrêt Jamart* de 7 de febrero de 1936 sobre el alcance del poder reglamentario de los ministros.

2.— Por lo que al ámbito jurídico alemán se refiere, ha de decirse que, con la Restauración, el “principio monárquico” había encontrado su reconocimiento formal general en el conocido artículo 57 del Acta Final de Viena de 15 de mayo de 1820, si bien es verdad que aquel había sido ya proclamado, con anterioridad, en algunas Constituciones de diversos territorios alemanes promulgadas antes de esa fecha (Baviera, Baden, Württemberg). El tenor literal de la citada disposición era el siguiente: “considerando que la Confederación Germánica, con excepción de las ciudades libres, está integrada por príncipes soberanos, la totalidad del poder estatal, en base a la concepción fundamental con ello expresada, debe quedar reunida en la Jefatura del Estado, y el soberano, mediante una Constitución estamental, únicamente puede verse vinculado a la intervención de los estamentos en el ejercicio de determinados derechos”. No pretendo ahora, obviamente, terciar en la disputa entre MEISNER y KAUFMANN sobre la posible influencia que la Carta Constitucional francesa de 1814 pudo haber tenido en la formulación del principio monárquico en la citada Acta Final de Viena<sup>74</sup> ni, por supuesto, analizar

---

74 Vid. E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*, cit., págs. 36 ss. que transcribe las palabras del Preámbulo de la Carta francesa del 14: “*Bien que l'autorité toute entière residât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice*”. Como muestra del paralelismo con el artículo 57 del Acta Final, señala —y creo que con acierto (págs. 30 y ss)— que en Alemania el principio monárquico no tuvo como trasfondo la tensión entre el rey y las ideas democráticas o revolucionarias, sino que, sin poner en ningún momento en entredicho a la monarquía, de lo que se trató fue, más bien, de determinar el alcance de la participación de los estamentos tradicionales en el poder estatal y no de una verdadera representación popular. Vid. también G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* cit., pág. 108. La representación del pueblo por el Parlamento frente al Monarca es algo que se fue imponiendo poco a poco en todos los Estados alemanes. (Cfr. D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1968, pág. 110). H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, cit., págs. 203 y ss., 215 y ss, negó toda influencia de la Carta francesa del 14 en el artículo 57 de la citada Acta Final y criticó, en este sentido, la

con detalle su contenido político (rechazo de la idea de soberanía popular, del principio de la división de poderes o del sistema parlamentario) y su análisis por el conservadurismo germánico (singularmente por obra de F. J. STAHL)<sup>75</sup>, pues aquí lo único que me interesa resaltar es algo que ya fue advertido por Jesch y es el dato de que el principio monárquico representó en las monarquías decimonónicas alemanas un elemento estructural decisivo de los textos constitucionales que condicionaba el campo asignado a la ley y al reglamento. Pues, en efecto, no debe olvidarse que, si en el sistema de la monarquía constitucional decimonónica, presidida por el principio monárquico, la colaboración ente Parlamento y monarca era necesaria en el ámbito de la creación

---

posición de KAUFMANN; de lo que se trataba, afirmaba MEISNER (pág. 204) era de compaginar el nuevo movimiento estamental con el poder del Monarca absoluto. Sea como fuere –ha afirmado JESCH (cit., pág. 77)– la conexión histórica es, en todo caso, indiscutible. Vid. también BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 72-73. Muy interesante el estudio de O. HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, en *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*. Vandenhoeck-Ruprecht, 3ª edición, Göttingen, 1970, págs. 359 y ss.

75 Vid. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, cit., págs. 78 y ss.; vid. también el análisis que hace Meisner de los teóricos del principio monárquico (op. cit., págs. 281 ss). Sobre la posición de Stahl, E. Kaufmann, *Friedrich Julius Stahl als Rechtsphilosoph des monarchischen Prinzipes* (1906), en *Gesammelte Schriften*, III, Schwartz, Göttingen, 1960, págs. 1 y ss, en especial págs. 23 y ss. (pág. 25), que es uno de los pocos autores liberales que se ha inclinado sobre la obra del gran autor conservador germano. Una descripción general también en Böckenförde, cit., págs. 169 y ss, en concreto, págs. 176-78: punto de partida era, para Stahl, la indisoluble unidad del poder estatal que sólo en su ejercicio podría verse fraccionado. Para el autor conservador germano sólo el monarca representaba la unidad estatal, otorgándole su validez y autoridad. En el pensamiento de STAHL el origen de la autoridad real, de la autoridad dominante, no estaba en el pueblo (ello significaría el reconocimiento de la soberanía popular), sino que era algo que venía “dado” y que estaba antes y por encima de aquel. Desde esta perspectiva, la división de poderes significaría únicamente que en el ejercicio de determinadas funciones participarían también otros “elementos”.

jurídica, este último, sin embargo, tenía a su favor una especie de presunción de competencia residual en virtud de la cual le correspondían todas aquellas facultades que no le hubiesen sido negadas expresamente y atribuidas, también de forma expresa, a otros órganos del Estado<sup>76</sup>. Este sería, precisamente, el sentido inicial que tendría el instituto de la “reserva de ley”, el cual más que operar, en aquel momento, como un instrumento de garantía de la libertad individual, constituyó un criterio de reparto competencial que jugaba de forma clara, como acabo de decir, en favor del Ejecutivo monárquico<sup>77</sup>.

Sin embargo, si bien el principio monárquico –como ha quedado señalado– aparecía como un elemento estructural del proceso constituyente germánico (y no sólo de él), las Constituciones de la época de la llamada monarquía constitucional podrían ser clasificadas en dos grupos en razón del grado de determinación del ámbito de la reserva a la ley que hubiesen adoptado.

En un primer grupo, el ámbito de la reserva quedaba expresamente circunscrito a un determinado objeto que normalmente venía a identificarse con la fórmula de la “propiedad-libertad” (*Freiheit-und-Eigentum-Formel*), fórmula cuya recepción en las Constituciones alemanas se

---

76 JESCH, op. cit., pág. 88 ; señala este autor que el Monarca era, en parte, el señor absoluto de una época pasada que en decisivas funciones había sido limitado constitucionalmente. La sociedad había forzado al “Estado” absolutista a moverse dentro de unos cauces constitucionales, pero al Príncipe le había quedado todo un espacio libre de actividad que, en cuanto espacio exterior del Estado, se hallaba en contraposición con el espacio interior protegido de la sociedad. Allí donde acababa el dominio del pueblo sobre la legislación, persistía, sin embargo, el derecho ilimitado del Ejecutivo monárquico. Sólo el terreno conquistado por la sociedad se veía dominado por el Derecho; en el restante imperaba el “no-Derecho” del Absolutismo (págs. 89-90). También se refiere a la presunción de competencia en favor del monarca, CHELI, cit., pág. 59.

77 Cfr., ente otros, CHELI, cit., pág. 54.

había debido a la decisiva influencia del barón VOM STEIN<sup>78</sup>. Un segundo grupo de Constituciones, por el contrario, no contenía ninguna determinación material previa del campo de la ley, sino que únicamente se adoptaba el criterio formal de que esta era una norma que necesitaba, en todo caso, la aprobación de los estamentos (*Landstände*)<sup>79</sup>. Ejemplo del primer grupo lo tenemos en la Patente Constitucional de Nassau (*Nassauische Verfassungspatent*) de 1/2 de septiembre de 1814, con la que se inicia el proceso constituyente en los distintos territorios alemanes, a la que siguen, entre otras, las Constituciones de Baviera de 26 de mayo de 1818 y de Baden del 22 de agosto del mismo año<sup>80</sup>. Andando

---

78 Vid. JESCH, cit., pág. 123, que reenvía a F. ROSIN, *Gesetz und Verordnung nach badischen Rechtsstaat*, Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts, Heft 18, Karlsruhe, 1911, págs. 34 ss., y H. W. KOPP, *Inhalt und Form des Gesetzes als ein Problem der Rechtstheorie*, Zurich, 1958, págs. 299 y ss. Con todo, cfr. BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 156-157, antes pág. 76. También hace mención del dato R. THOMA, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht*, Festgabe O. Mayer, Tübingen, 1916, reedición, Scientia, Aalen 1974, pág. 175.

79 La división en dos grupos de Constituciones en el análisis de la configuración de la reserva legal es general en los autores que se ocupan del tema: así, Jesch, cit., pág. 111. BÖCKENFÖRDE, cit., pág. 72; CHELI, cit., pág. 55; el mismo Jellinek, págs. 109-110.

80 Vid. JELLINEK, cit., pág. 110 y nota 27; más minuciosamente, BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 73 y ss y JESCH, cit., págs. 111 y 123 y ss. En el párrafo 2 de la Constitución de Nassau aparece por primera vez, como se apunta en el texto, la fórmula (con un antecedente en el párrafo 7 de la Constitución de Baviera de 1 de mayo de 1808): “Declaramos y prometemos *daß wir die Sicherheit des Eigentums und der persönlichen Freiheit unter die mitwirkende Gewährleistung Unserer Landstände stellen... Überdies sollen wichtige, das Eigentum, die persönliche Freiheit und die Verfassung betreffende, neue Landesgesetze nicht ohne den Rath und die Zustimmung der Landstände eingeführt werden*” (el texto en JESCH, cit., pág. 124). Las normas contenidas en el artículo 2, Título VII, de la Constitución de Baviera y artículos 65 y 66 de la de Baden, en BÖCKENFÖRDE, cit., que señala que en la primera faltan las disposiciones sobre el poder real de ordenanza, aunque bajo el imperio del principio monárquico habría de entenderse implícito, ya que solo se determinaban de forma expresa las limitaciones impuestas al Monarca en el ejercicio de su poder soberano; más interesante es la segunda Constitución

el tiempo, como se verá más adelante, una parte importante de la doctrina germana encontraría en la citada fórmula “propiedad-libertad” la definición misma de la ley y no solo una simple determinación material de su campo respecto de la normación administrativa. Por lo demás, el alcance de los mismos conceptos de propiedad y libertad también sería sometido a distintas interpretaciones que llegan, incluso, hasta nuestros días y cuyo análisis pormenorizado no puedo aquí llevar a cabo<sup>81</sup>.

En las Constituciones del segundo grupo faltaba, como acabo de apuntar, la previsión de una reserva legal específica, pues se disponía, simplemente, que toda la legislación habría de ser sometida, de modo necesario, al consentimiento del Parlamento, sin que se determinase, al mismo tiempo, de forma expresa, su ámbito material concreto; ámbito que, por consiguiente, sólo podría venir concretado mediante una labor interpretativa sobre el concepto mismo de ley. Fue precisamente el artículo 62 de la Carta Constitucional prusiana de 31 de enero de 1850<sup>82</sup> el

---

pues en ella se distinguía ya entre los reglamentos ejecutivos de las leyes y los reglamentos de policía o seguridad. Cita también nuestro autor como ejemplos del primer grupo las Constituciones de Sajonia-Meiningen de 1829 y de Sajonia-Altenburg de 1831. Debe advertirse, por último, que la reserva general basada en la fórmula de la “propiedad y libertad” se completaba mediante reservas especiales adicionales (asuntos militares, procedimientos jurisdiccionales, etc.).

81 Vid. JESCH, cit., págs. 129 y ss, y bibliografía allí citada. Más sucintamente, BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 76-77.

82 *„Die Gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt. Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich...”* En el mismo sentido de la Constitución prusiana de 1850, la Constitución de Württemberg de 25 de septiembre de 1819, art. 88: *“Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erläutert werden”*; también el artículo 72 de la Constitución del Gran Ducado de Hessen de 17 de diciembre de 1820 y el artículo 86 de la Constitución del Reino de Sajonia de 4 de septiembre de 1831. Vid. JESCH, cit., págs. 111 y notas; BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 77-79, que señala que en estas últimas Constituciones se abandonó la fórmula “propiedad-libertad” contenida

que desencadenó una gran labor doctrinal con miras a la determinación de dicho ámbito, esto es, a la obtención de un concepto común de ley que evitase todas las incertidumbres, sobre todo en lo referente al campo asignado al reglamento. Ha de subrayarse inmediatamente que el resultado de esta labor doctrinal de reelaboración del concepto de ley en las Constituciones del segundo grupo vino a coincidir, y ello fue ya señalado en su momento por THOMA<sup>83</sup>, con la delimitación que de dicho concepto los textos de las Constituciones del primero habían efectuado de forma expresa: el ámbito de la ley quedaría también determinado, fundamentalmente, por la fórmula “libertad-propiedad” (fórmula sobre la que se montó un concepto material de ley), completado con reservas especiales. Así pues, las disposiciones del Ejecutivo que afectasen a la libertad y propiedad de los ciudadanos tendrían que ser, necesariamente, consideradas como leyes en sentido material (de ahí su denominación como “reglamentos jurídicos”) y habrían de basarse, al mismo tiempo, en una previa habilitación de una ley formal; por el contrario, las disposiciones del Ejecutivo que no afectasen a la esfera individual serían los reglamentos en sentido propio, en sentido material (esto es, “reglamentos administrativos”), no necesitados de ninguna habilitación legal y, en definitiva, no considerados como verdaderas normas jurídicas en la medida en que, según la doctrina de la *Rechtssatz* (LABAND, G. JELLINEK), su

---

en los respectivos proyectos, ampliándose el campo de la ley por exigencia de los estamentos. La regulación de la potestad reglamentaria, dice este autor (pág. 79), se refería a los reglamentos ejecutivos según el modelo francés de la Carta Constitucional de 1814; algunas Constituciones (Sajonia, Gran Ducado de Hesse), sin embargo, añadieron a los reglamentos ejecutivos los que se derivaban del “Derecho de supervisión y del Derecho administrativo”.

83 THOMA, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht*, cit., pág. 176; una detallada exposición de la polémica sobre el artículo 62 de la Constitución prusiana de 1850 en págs. 186 y ss. La situación constitucional de Prusia anterior a la Constitución en BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 79 y ss.

función no era el establecimiento de límites entre sujetos jurídicos (*soziale Schrankenziehung*) que sería la característica propia de aquellas.

En su conocida monografía JESCH<sup>84</sup> puso de manifiesto que la fórmula “propiedad-libertad” fue entendida por la doctrina del período histórico que estoy analizando de un modo restrictivo, incluyendo sólo las disposiciones del Ejecutivo que “afectasen negativamente” a las personas, esto es, que supusiesen un gravamen para la esfera jurídica individual (posición que desarrollará brillantemente ANSCHÜTZ), lo cual suponía una paralela ampliación del ámbito de la normación administrativa independiente de las leyes. En este sentido, más que por la fórmula general “propiedad-libertad”, el concepto material de la ley, quedaba definido, estrictamente, a partir de su condición limitadora, construyéndose así una *Eingriffsvorbehalt* (reserva de intervención limitadora), y no por el hecho de constituir una intervención de cualquier naturaleza (también favorable) en la libertad o en la propiedad (*Totalvorbehalt*, reserva total). Era, sin embargo, difícil de admitir que dichas intervenciones favorables no pudiesen ser consideradas, a su vez, como reglamentos jurídicos (aunque en vez de limitar, ampliasen o favoreciesen la esfera jurídica individual); sin embargo, como ha señalado el mismo JESCH<sup>85</sup>, la teoría jurídico-pública de entonces y la práctica estatal las admitieron sin exigencia de previa habilitación legal, situación que más o menos se mantendrá hasta nuestros días.

En definitiva, y como resumen de la evolución descrita, lo que interesa poner de manifiesto es que, en el sistema germánico, la ley no era causa, fundamento, de la totalidad de la actividad del Ejecutivo, sino sólo

---

84 Op. cit., págs. 144 y ss.

85 Op. cit., págs. 147-148.

su límite. Fuera del ámbito de la reserva de ley, el poder reglamentario del Ejecutivo se ejercía libremente, sin ataduras, pues éste era, como nos consta, el sentido del “principio monárquico”; la facultad normativa de aquel sólo se detenía ante el límite representado por las leyes vigentes. Esta manera de concebir las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo desde la perspectiva de la llamada vinculación negativa (*negative Bindung*) se suele, por cierto, reconducir doctrinalmente a F. J. STAHL<sup>86</sup>, aunque en su obra trató, más bien, de poner de manifiesto la distinta vinculación a la Ley de la Administración y de la Justicia; fue sólo con posterioridad (así en MEYER-ANSCHÜTZ) cuando la *Schrankentheorie* quedó limitada a la relación entre Poder Ejecutivo y la Ley.

3.– La reacción contra esta consideración de la potestad normativa de la Administración partió, desde presupuestos kelsenianos, del austriaco A. J. MERKL<sup>87</sup>, que criticó radicalmente la diferenciación entre reglamentos “jurídicos” y reglamentos “administrativos” elaborada por la doctrina alemana, la cual, como he apuntado, privaba a estos últimos de un carácter verdaderamente jurídico por agotar sus efectos en el ámbito administrativo interno y no afectar, por consiguiente, a la esfera individual de manera limitadora. MERKL advertía, sin embargo, que se trataba de una diferenciación basada únicamente en que los círculos de obligados a los que se dirigía cada tipo de reglamento eran distintos y que este simple dato cuantitativo decidía, nada menos, sobre su cua-

---

86 *Philosophie des Rechts*, 1878, 5ª ed., 2 tomos, págs. 607 y ss; su posición, por lo demás, se corresponde perfectamente con la noción de Administración que nos proporciona. Vid., en este sentido, BÖCKENFÖRDE, cit., págs. 172-173.

87 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Springer, Viena-Berlín, 1927, reedición en Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969, págs. 121-122. Sobre nuestro tema en Austria, respecto a la situación bajo la Constitución de 21 de diciembre de 1867, vid. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, cit., págs. 117 y ss. y 127 y ss.

lidad jurídica, esto es, sobre su aptitud para funcionar como fuente de Derecho. Nuestro autor se preguntaba cómo era posible, en el caso de los llamados reglamentos administrativos, que se pudiese hablar de normas que no fuesen jurídicas y, al mismo tiempo, se hiciese derivar de ellas obligaciones para los órganos de la Administración, que indiscutiblemente son obligaciones jurídicas. “Si la esencia de la proposición jurídica (*Rechtssatz*) –escribía MERKL– queda colmada no pensando a quién obliga sino cómo obliga, no hay el más mínimo inconveniente para incluir las normas administrativas entre las normas jurídicas... ni por lo mismo para reconocer en los reglamentos administrativos una fuente jurídica...”<sup>88</sup>. Con todo, nuestro autor reconocía que el llamado reglamento administrativo era una fuente jurídica de eficacia limitada y relativa, pues de su incumplimiento, al contrario que en el caso del reglamento jurídico, no se derivaba una acción del particular para evitar dicho incumplimiento.

Realmente el único tipo de reglamento que aceptaba MERKL, desde la lógica de su perspectiva kelseniana de la estructura escalonada del Ordenamiento, era el de los reglamentos ejecutivos de la ley (*Durchführungs-oder Vollzugsverordnungen*)<sup>89</sup>. En definitiva, pues, el poder reglamentario de la Administración se expresaría exclusivamente a través de los reglamentos ejecutivos de las leyes, lo que, por lo demás, era, como acabo de decir, consecuente con su teoría del Ordenamiento

---

88 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 122; también pág. 184, donde califica la clasificación alemana de los reglamentos como “terminología engañosa” (*irreführende Terminologie*).

89 Op. cit., págs. 120 y 183. Al lado de los reglamentos ejecutivos MERKL aludía también a las normas administrativas con fuerza de ley (*Gesetzvertretende oder gesetzändernde Verordnungen*), es decir, a nuestros decretos-leyes, pero esto es ya otra cuestión..

jurídico. Para MERKL<sup>90</sup>, en efecto, los reglamentos sólo podrían venir dictados en base a las leyes (*auf Grund von Gesetzen*) o, lo que es lo mismo, con previa habilitación legal. En este sentido el artículo 18-2º de la Constitución austriaca de 1920/1929, de innegable influencia kelseniana, había ya establecido que “*Jede Verwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen*”. “En base a las leyes” (*auf Grund von Gesetzen*) significaba, nos decía MERKL, que siempre era necesaria una habilitación legal previa para el ejercicio de la potestad reglamentaria; dicha habilitación podría también revestir la forma de una habilitación general contenida en la propia Constitución (como era el caso del citado artículo 18-2º), en la que se facultase a la Administración para dictar reglamentos en el ámbito de su competencia; a partir de esta habilitación general contenida en el texto constitucional, cualquier ley podría ser desarrollada mediante reglamentos, contuviese o no una expresa cláusula de ejecución. En el pensamiento de MERKL la cláusula de ejecución (*Vollzugsklausel*) que suelen contener las leyes no actualizaría en cada caso concreto la habilitación general contenida en la Constitución, sino que su función sería, únicamente, la de designar el órgano administrativo competente para el desarrollo de la ley. Podría ser, sin embargo, que esta última no designase ninguna autoridad administrativa encargada de su desarrollo reglamentario y se limitase a establecer, simplemente, que sus disposiciones habrían de ser llevadas a ejecución por la vía reglamentaria; pues bien, en este caso, según el gran autor austriaco, se trataría de la repetición en la ley de lo establecido de manera general en el texto constitucional, pero esta repetición haría, precisamente, que

---

90 Op. cit., págs. 181 y ss.

se convirtiese en un deber el ejercicio de la competencia general reglamentaria declarada en aquel.

En lo que a Italia respecta, el artículo 6 del Estatuto Fundamental de la Monarquía de Saboya (Estatuto Albertino) de 4 de marzo de 1848 estableció, siguiendo el modelo de la Carta Constitucional francesa de 1830, que correspondía al Rey la emanación de los “*regolamenti necessari per l’esecuzione delle Leggi, senza sospenderne l’osservanza o dispensarne*”. Al igual que en otros países, pronto la ejecución de las leyes fue también siendo entendida en un sentido amplio de manera a hacer entrar en dicha noción otros tipos de reglamento que eran, en definitiva, según expresión de CHELI<sup>91</sup>, “desviaciones” del esquema inicial. En efecto, al lado de los reglamentos ejecutivos en sentido estricto, esto es, de aquellos que se limitaban a desarrollar materias que se encontraban ya materialmente reguladas por la ley, se empezó a reconocer la existencia de unos reglamentos independientes, sobre cuya naturaleza y alcance no existía, por lo demás, un completo acuerdo en la doctrina italiana de la época. Así, por ejemplo, CAMMEO<sup>92</sup> redujo el campo de los reglamentos independientes exclusivamente a los llamados “reglamentos de prerrogativa”, es decir, a los reglamentos emanados directamente por el Rey, en ausencia de toda ley previa, en una serie de materias determinadas concretamente por el texto del Estatuto Albertino; hay que añadir, sin embargo, que CAMMEO, a través de una amplia interpretación de dicho texto, acabó por incluir también en la esfera de la “prerrogativa regia” prácticamente toda la materia de la organización

---

91 *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., págs. 83 y ss.

92 *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del Diritto amministrativo*, en *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo italiano*, III, Società Editrice Libreria, Milano, 1907, págs. 157 y ss. Cfr. Modernamente CHELI, *Potere regolamentare*, cit., pág. 84, nota 63.

administrativa. Sea como fuere lo que, en todo caso, me interesa destacar, ya desde ahora, es que en Italia nunca se llegó, como en el caso alemán, a negar naturaleza jurídica a los reglamentos independientes, sea cual fuese el alcance que a éstos se les hubiese adjudicado y, en este sentido, la crítica de CAMMEO a la posición germana, en este punto, fue especialmente contundente<sup>93</sup>. Por su parte, ZANOBINI, en un conocido trabajo publicado en 1922<sup>94</sup>, consideró como reglamentos independientes a los reglamentos ejecutivos entendidos en sentido amplio, esto es, a los reglamentos autorizados expresamente por la ley para desarrollar materias no contenidas en ella. Rechazaba así el autor italiano la posibilidad de reglamentos *praeter legem*, esto es, de reglamentos totalmente desvinculados de la ley, aunque su existencia fuese una práctica administrativa muy extendida en la época analizada<sup>95</sup>, contra la cual, por cierto, intentó reaccionar la doctrina italiana de aquel tiempo buscando algún tipo de justificación legal a tal fenómeno; justificación que se creyó encontrar en la existencia de una habilitación consuetudinaria o de una habilitación implícita a favor de la Administración derivada del otorgamiento de la potestad discrecional<sup>96</sup>.

Al lado de los citados reglamentos ejecutivos e independientes, la doctrina italiana construyó la categoría de los llamados reglamentos “delegados”, cuya naturaleza fue siempre muy discutida. Se trataría, en definitiva, de reglamentos autorizados por la ley a regular materias a ella reservadas por el propio texto constitucional o reguladas anterior-

---

93 *Della manifestazione*, cit., págs. 130 y ss.

94 *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), hoy publicado en *Scritti vari di Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, págs. 145 y ss., en concreto págs. 154-155 y 157

95 Op. cit., pág. 160.

96 Cfr, CHELI, cit., pág. 87

mente a nivel legislativo. ZANOBINI los consideró, sin embargo, más bien como una subespecie de las dos primeras categorías, ya que, en este caso, lo único que se daría sería una extensión de la potestad reglamentaria ordinaria a través de una atribución excepcional y accesorio de su campo de actuación<sup>97</sup>.

En el plano legislativo la Ley de 31 de enero de 1926, n.100, (artículo 1) abordó, por primera vez, la regulación unitaria de la potestad reglamentaria del Gobierno, distinguiendo entre reglamentos ejecutivos, independientes y de organización, categorías que, como se acaba de comprobar, habían sido ya estudiadas en sede doctrinal. La citada Ley contenía una habilitación legislativa general a favor del Gobierno, al que se permitió así desarrollar las leyes de forma “espontánea” (siempre, claro está, que no se viesen afectados los principios de reserva y primacía de ley). En dicha Ley se consagraba, en definitiva, el ámbito propio de la actividad reglamentaria gubernamental, ya que los reglamentos “delegados”, necesitados, en cada caso, de una habilitación legal específica, quedaban fuera de la regulación legal. En definitiva, la Ley de 1926 vino a regular lo que BETTI denominó *potere regolamentare di competenza ordinaria*, mientras que los llamados reglamentos delegados entrarían en el ámbito del denominado por este mismo autor *potere regolamentare di speciale attribuzione*<sup>98</sup>.

---

97 G. ZANOBINI, *Il fondamento*, cit., págs. 158-160. Sobre la justificación de la admisibilidad de los reglamentos delegados, vid. CHELI, *Potere regolamentare*, cit., pág. 89.

98 E. BETTI, *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, Rivista di Diritto Pubblico, I, 1927, págs. 7 y ss., en especial págs. 14 y ss. Vid. también CHELI, cit., págs. 116 y ss. Sobre el problema de la validez y rango de la Ley de 1926 en el momento de la aprobación de la Constitución de 1947 no me puedo detener aquí; vid. por todos, G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1951, pág. 553, hoy en

Una interesante e importante cuestión, también muy debatida en la doctrina italiana del primer tercio del siglo XX y a la que conviene aludir en esta páginas, fue la referida en concreto al fundamento jurídico de la potestad reglamentaria. Cuestión sobre la que se enfrentaron, fundamentalmente, dos concepciones. La primera y dominante en esta época, partiendo de una afirmación, mas bien incidental, de RUDOLF GNEIST<sup>99</sup> de que lo que la Administración puede ordenar o prohibir caso por caso lo puede también realizar de manera general, vio en la discrecionalidad, entendida de manera absoluta, la base y fundamento de la potestad reglamentaria, la cual, por consiguiente, coincidiría en su extensión con la potestad discrecional de la Administración<sup>100</sup>. El reglamento aparecería de este modo como un instrumento de autolimitación en la actividad discrecional de la Administración, lo que le convertía, como ha señalado CHELI<sup>101</sup>, en un “factor de estabilidad y de seguridad en el ejercicio de las competencias administrativas o también como medio apto a favorecer la igualdad y la imparcialidad de la acción administrativa”. La segunda concepción sobre el fundamento

---

Scritti vari, cit., pág. 407; G. GUARINO, *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, Rassegna di Diritto Pubblico, 1948, I, pág. 81, en especial, págs. 88 y ss.; *Legge e regolamento*, Foro italiano, 1953, I, pág. 122. Para una visión general de la regulación legal actual de la potestad reglamentaria en Italia (artículo 17 de la Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400), vid., entre otros, A. PIZZORUSSO, *El poder reglamentario en la nueva Ley italiana de Ordenación del Gobierno*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 4, 1989, págs. 89 y ss.; A. ROMANO TASSONE, en AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi Editore, Bologna, 1993, págs. 202 y ss.; más recientemente, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Il Mulino, Bologna, 2003.

99 *Das englische Verwaltungsrecht*, I, Springer, Berlín, 1883, pág. 118.

100 Entre otros, F. CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., págs. 128 y ss.; *Corso di Diritto Amministrativo (1911-1914)*, reedición, Cedam, Padova, 1960, págs. 110-111. A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, Scritti di Diritto Pubblico, Città di Castello, 1900, págs. 33-34. E. BETTI, *Sulla base giuridica*, cit., pág. 17.

101 *Potere regolamentare*, cit., pag. 96.

jurídico de la potestad reglamentaria, que será la que, a la postre, se imponga, fue la representada principalmente por ZANOBINI<sup>102</sup>, el cual sometió a acertada crítica la teoría de la discrecionalidad como fundamento de la potestad reglamentaria a partir de una observación de DONATI<sup>103</sup> sobre la diferencia entre acto administrativo general (fundado en la discrecionalidad) y reglamento (fundado, por el contrario, en una concreta atribución de potestad) y de la constatación, en la realidad del Derecho positivo, de la no coincidencia entre potestad discrecional y potestad reglamentaria. Para el administrativista italiano el fundamento de la potestad reglamentaria se encontraba, más bien, en una atribución expresa de competencia hecha por la Constitución o por la ley<sup>104</sup>; dicha atribución la vio ZANOBINI, en lo que al Rey se refería, en el texto del citado artículo 6 del Estatuto Albertino, derivando también de él los llamados reglamentos independientes. En lo referente a las demás autoridades sería, por el contrario, la ley ordinaria la que les conferiría dicha potestad<sup>105</sup>.

---

102 *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), cit., pág. 145.

103 *Sui caratteri della legge in senso materiale*, *Rivista di Diritto Pubblico*, II, 1910, pág. 326

104 *Il fondamento giuridico*, cit., pág. 153.

105 Op. cit., págs. 154-155. En el mismo sentido de la posición de ZANOBINI, A. DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1930, I, pág. 145; también *Elementi di Diritto amministrativo*, Cedam, Padua, 1965, págs. 22-23 (aunque ya escrito bajo la Constitución de 1947). SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Cedam, Padua, 1930, págs. 52-53; *Principii di Diritto costituzionale generale*, 2ª ed., reimpresión, Giuffrè, Milano, 1947, pág. 286, distinguía entre los reglamentos con eficacia externa o fuera de la organización administrativa y reglamentos con eficacia únicamente interna; sólo para los primeros exigía una atribución legislativa expresa, fuese esta general (como la de la famosa Ley n.100 de 1926) o especial. El segundo tipo de reglamentos, por el contrario, encontrarían su fundamento, precisamente, según nuestro autor, en el poder discrecional de la Administración.

4.— Por lo que a nuestro país se refiere ha de decirse que las normas emanadas antes de la aprobación de la Constitución por los parlamentarios de Cádiz pasan del Decreto IV de 27 de septiembre de 1810 que habilitaba al Ejecutivo (Consejo de Regencia) para que usase “de todo el poder que sea necesario para la defensa, seguridad y administración del Estado en las críticas circunstancias del día” (típica delegación, pues, de plenos poderes en circunstancias excepcionales) al Reglamento provisional del Poder Ejecutivo, aprobado por Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, en el que, al igual que había sucedido en Francia, se prohibía también todo tipo de potestad reglamentaria; “el Consejo de Regencia –se establecía en el artículo 1-1º, del Capítulo II– hará se lleven á efecto las leyes y decretos de las Cortes...”. A pesar de todo, el reconocimiento de la potestad reglamentaria se efectuará, poco antes de la aprobación de la Constitución, en el Nuevo Reglamento de la Regencia del Reino, aprobado por Decreto CXXXIX de 26 de enero de 1812, cuyo artículo V encargaba a la Regencia la expedición de “los decretos, reglamentos é instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado”<sup>106</sup>. La Constitución de Cádiz recogerá, poco después, en su artículo 171-1º, prácticamente la

---

106 Por su parte el artículo I había establecido el principio general de que “la Regencia cuidará de hacer ejecutar la Constitución y las leyes, protegiendo la libertad individual de los ciudadanos, y velará sobre la conservación del orden público en lo interior, y sobre la seguridad exterior del Estado”. Los textos en J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1973, pág. 35; también *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios R. Areces, Madrid, 1988, págs. 699-700. MUÑOZ MACHADO ha recordado la exigencia de la intervención del Consejo de Estado en la aprobación de los reglamentos ejecutivos. *Tratado de Derecho Administrativo*, II, cit. págs. 935 y ss. Cfr. también el detallado estudio de C. GARRIGA, *Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)*, Anuario de Historia del Derecho Español, LXV, 1995, págs. 449 y ss.

misma norma, al adjudicar al Rey la expedición de “los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes”. Comenzaba así, también entre nosotros, una consideración del campo de la potestad reglamentaria ( o, más ampliamente, de la función administrativa en general<sup>107</sup>) que habría de mantenerse a lo largo de todo el posterior desarrollo constitucional español, una vez superado el período absolutista<sup>108</sup>: artículos 47-1º de la Constitución de 1837, 45-1º de la Constitución de 1845, 75 de la Constitución de 1869, 72-9º del Proyecto de Constitución federal republicana de 1873, 54-1º de la Constitución de 1876 y, por último, 79 y 90 de la Constitución republicana de 1931<sup>109</sup>.

No existió en nuestro país, durante un período que abarca todo el siglo XIX y la primera mitad del XX, una elaboración dogmática de la potestad reglamentaria de la altura de la que se estaba produciendo, en aquel momento, en otros países, aunque en nuestra doctrina se de-

---

107 S. MARTIN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, Revista de Administración Pública, 26, 1958, II, en especial, págs. 15, nota 13, y 34 y ss.

108 La Constitución de Cádiz había establecido en su artículo 170 que la autoridad del Rey “se extiende á todo cuanto conduce á la conservación del orden público en lo interior y á la seguridad del Estado en lo exterior, conforme á la Constitución y las leyes”. Sobre si podría fundamentarse aquí una potestad reglamentaria autónoma en materia de policía, vid. A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, cit., págs. 35-36, que hizo notar que el artículo 131-23ª facultaba, precisamente, a las Cortes para “aprobar los reglamentos generales para la policía”, facultad que, sin embargo, no se predicaba del Rey. La norma del artículo 170 se acogerá posteriormente en los artículos 45 de la Constitución de 1837, 43 de la Constitución de 1845, 49 de la Constitución no promulgada de 1856, 69 de la Constitución de 1869 y 50 de la Constitución de 1876.

109 Será, precisamente, la vigente Constitución de 1978 la que prevea ya una potestad reglamentaria distinta y separada de la función ejecutiva. Cfr. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel Derecho, Madrid, 1987, págs. 222-223.

batiese también el significado de la fórmula “ejecución de la leyes” como criterio de determinación del alcance de dicha potestad<sup>110</sup>. Desde la perspectiva de la “ejecución de las leyes” señalaba ya COLMEIRO, bajo la Constitución de 1845, que el reglamento se producía “espontáneamente”, sin necesidad de una expresa habilitación de la ley, a no ser que se tratase de materias a ella reservadas<sup>111</sup> y, en este sentido, distinguía en su obra entre los reglamentos ejecutivos “espontáneos” (que denominaba “reglamentos de administración pública”) y los reglamentos ejecutivos “delegados”, necesitados de expresa habilitación legislativa (“delegación”, era el término usado por COLMEIRO) por incidir en materias reservadas a la Ley. No había, sin embargo, en nuestro autor, un reconocimiento explícito de la posibilidad de un reglamento independiente de las leyes, a pesar la ambigüedad de alguna de sus expresiones.

Una concepción bastante estricta del reglamento en cuanto ejecución de las leyes la podemos encontrar, posteriormente, en la obra de SANTAMARÍA DE PAREDES, según el cual el alcance de la potestad reglamentaria habría de determinarse “con el criterio de que la ley debe

---

110 MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, cit., pág 872, ha escrito que “el poder normativo propio del Monarca, aunque envuelto en la fórmula “ejecución de las leyes” debía amparar, y justificó en la práctica, muy amplias facultades normativas que los gobiernos proyectaron prácticamente en cualquier materia, contando o no con habilitaciones previas del legislativo”. La consideración de la “ejecución de las leyes” como ejecución del Ordenamiento Jurídico en su conjunto fue señalada también por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos*, cit., págs. 36-38.

111 *Derecho administrativo español*, I, 1º, ed., A. Calleja editor, Madrid-Santiago-Lima, 1850, págs. 80 y ss. Después de afirmar que toda la Administración está colocada bajo la dependencia y alta vigilancia de la autoridad real, señalaba que la variedad de actos administrativos que emanan del Rey “exige que la autoridad real tenga potestad para dictar medidas generales de interés y orden público, reglas particulares a cada servicio..” y que en tales razones se funda la potestad reglamentaria otorgada por la Constitución al poder ejecutivo (pág. 81).

comprender todos los preceptos fundamentales y de carácter general, dejando a los reglamentos las reglas de aplicación que se muestran como detalles y dependen de circunstancias locales o de hechos imprevistos, complejos y poco conocidos aún”<sup>112</sup>. La potestad reglamentaria se ejercería, para nuestro autor, por delegación del Poder Legislativo; delegación que podría ser expresa, si se incluyese en la ley misma, o tácita, si fuese, simplemente, derivada del precepto constitucional que otorgase al Ejecutivo la potestad reglamentaria<sup>113</sup>. En todo caso, no había tampoco en SANTAMARÍA DE PAREDES una declaración expresa lo suficientemente clara e inequívoca a favor de la posibilidad de un reglamento independiente de las leyes; bien es verdad que dicho autor distinguía entre una potestad reglamentaria inmediata, como desarrollo directo del precepto legislativo, y una potestad reglamentaria mediata, como desarrollo de otras reglas que la Administración hubiese dictado en el ejercicio de esta potestad, y en este sentido podría parecer que reconocía, de este modo, una potestad reglamentaria independiente o autónoma en el ámbito interno de la Administración; así podría ser, efectivamente, cuando escribía que dicha potestad reglamentaria mediata “se refiere al orden interno de la Administración, sin tocar la ley, y versando casi siempre sobre el modo de regular un servicio administrativo”<sup>114</sup>. Sin embargo, más bien parece que de lo que aquí se trataba era, sencillamente, de

---

112 *Curso de Derecho administrativo*, 3ª edición., Establecimiento Tipográfico R. Fé, Madrid, 1891, pág. 63; también pág. 48.

113 Op. cit., pág. 61. En el mismo sentido de SANTAMARÍA DE PAREDES, F. MELLADO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Tipografía de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894, pág. 117.

114 Op. cit. pág. 59. En el mismo sentido, MELLADO, cit., pág. 115. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento*, cit., págs. 46-47, interpretó esta afirmación como inequívoco reconocimiento de una potestad reglamentaria autónoma en el ámbito interno de la Administración.

afirmar la posibilidad de que la vinculación con la ley de determinados preceptos administrativos dictados en el ámbito interno se realizase mediante “reglamento interpuesto” (de aquí el concepto de “mediata” que se adjudicaba a dicha potestad reglamentaria). Esto es, en el caso de la potestad reglamentaria mediata estaríamos, en último término, ante la ejecución de una ley y de su reglamento ejecutivo, considerados conjuntamente, en el ámbito interno de la Administración. El ejemplo que nos ponía MELLADO, que siguió puntualmente a SANTAMARÍA DE PAREDES en este tema, era bastante ilustrativo: “así –escribía este autor<sup>115</sup>– un reglamento sobre instrucción pública desenvolverá los principios de la ley que rige esta materia, y lo dispuesto por los Rectores, Decanos, etc. será la forma de aclarar los preceptos de ese mismo reglamento para llevarlos a la práctica”.

Una consideración más extensa de la potestad reglamentaria fue la mantenida por A. POSADA, que interpretó de forma amplia la tradicional fórmula constitucional de la ejecución de las leyes. En efecto, según nuestro autor, dicha fórmula significaba que un reglamento no podría modificar la ley ni vulnerar los derechos fundamentales reconocidos por el conjunto de la legislación; lo que suponía, en otros términos, que la potestad reglamentaria de la Administración solo se vería limitada por los principios de la primacía y reserva de ley y no reducida a una labor estrictamente ejecutiva de esta última<sup>116</sup>. Criticaba también

---

115 MELLADO, *Tratado elemental*, cit., pág. 115.

116 A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, I, 2ª ed., Librería General de V. Suárez, Madrid, 1923, págs. 188 y 240. Sus palabras, en pág. 237, son también muy expresivas al respecto, pues distinguía allí entre el reglamento dictado para la ejecución de las leyes y el dictado para dar cumplimiento a una ley determinada que expresamente así lo exigiese. Criticaba, por lo demás, a SANTAMARÍA DE PAREDES por querer reducir el reglamento a un mero desarrollo de detalle de lo establecido de forma

POSADA la tesis de la delegación mantenida por SANTAMARÍA DE PAREDES, afirmando que la potestad reglamentaria encontraba directamente su fundamento en la Constitución y que, en esta medida, la Administración en modo alguno necesitaba de una delegación o habilitación expresa o tácita del Legislativo para dictar un reglamento. ¿Cuál era entonces para nuestro autor la virtualidad de la cláusula de ejecución contenida en las leyes? Pues bien, para POSADA, y en ello coincidía, precisamente, con CAMMEO y MERKL, “la disposición legislativa relativa a la elaboración de un reglamento tiene la virtud de convertir en obligatoria y precisa una facultad constitucional del Ejecutivo, dando al reglamento una mayor solemnidad e importancia exteriores, declaradas”<sup>117</sup>. También la existencia o no en la ley de la cláusula de ejecución le servía a nuestro autor para clasificar los reglamentos en “reglamentos de ley”, que entrañaban una obligación expresa de parte del Ejecutivo (categoría que el autor quería paralela a la de los reglamentos de Administración pública franceses, a los que ya me he referido), y “reglamentos ordinarios”, que el Ejecutivo elaboraba y dictaba según su buen criterio, merced a una libre interpretación del precepto constitucional<sup>118</sup>.

Una parte importante de la doctrina administrativista española de principios del siglo XX optó por una consideración parecida de la potestad reglamentaria basada en una interpretación amplia de la fórmula

---

general por la ley; el reglamento era para POSADA –que seguía en esto a HAU-RIOU– una fuente de Derecho autónoma que encontraba su límite en la ley en el sentido indicado en el texto. La clasificación de los reglamentos que nos trasmite en pág. 236 es otra prueba más de su posición. Una interpretación distinta a la del texto en GALLEGO, cit., pág. 49.

117 Op. cit., pág. 236.

118 Op. et loc. cit.

de la ejecución de las leyes. GASCÓN Y MARÍN escribía que “hay que admitir que en el silencio de la ley hay que presumir la potestad reglamentaria de la Administración, limitada por las garantías que son para los ciudadanos los preceptos de la Constitución y de las leyes que confieren derechos a los súbditos, y por los mismos principios generales del Derecho, que no deben poder ser contradichos por el poder discrecional de los órganos del Poder ejecutivo”<sup>119</sup>. A. ROYO-VILLANOVA afirmaba, por su parte, que, a pesar de que la Constitución se refería a los reglamentos para la ejecución de las leyes y no a los denominados independientes, lo cierto era que siempre existieron disposiciones de esta naturaleza, como lo probaba el ejemplo del importante Real Decreto de 27 de febrero de 1852 sobre contratación de obras y servicios públicos. El fundamento de los reglamentos independientes habría que buscarlo, según ROYO, antes que en una interpretación lata del precepto constitucional, dando a la palabra “ejecución” un sentido amplísimo, en la costumbre constitucional, por la que se reconocía a la Administración la facultad de dictar normas jurídicas cuando no hubiese ley aplicable<sup>120</sup>. Otro defensor de la posibilidad de una potestad reglamentaria independiente fue GARCÍA OVIEDO<sup>121</sup> que, en líneas generales, adoptó

---

119 *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 4ª ed., Madrid, 1929, págs. 114-115, también la 6ª ed., C. Bermejo, Madrid, 1935, págs. 113-114; *Tratado elemental de Derecho administrativo*, I, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1917, págs. 135-136.

120 *Elementos de Derecho Administrativo*, I. He utilizado la 24ª edición (corregida y aumentada por S. ROYO VILLANOVA), Librería Santarén, Valladolid, 1955, págs. 69-70. Nuestro autor señalaba, sin embargo, que estas ideas no se manifestaban con claridad pues existía la tendencia a considerar a la Administración pública como una actividad ejecutiva de la ley. “De ahí –señalaba– el escaso número de disposiciones emanadas espontáneamente por el Poder ejecutivo y la gran cantidad de las encaminadas a ejecutar las leyes” (pág. 70).

121 *Instituciones de Derecho Administrativo*, Librería E. de las Heras, Sevilla, 1927, págs. 131-132, 138-40.

la argumentación de los autores anteriores, señalando también que los límites del reglamento habría que ponerlos en la primacía de la ley y en las materias reservadas.

En los tres últimos autores estaba latente, aunque no suficientemente desarrollada, la conocida idea –a la que he aludido en páginas anteriores al referirme a la doctrina italiana de la misma época– de que la potestad reglamentaria independiente habría de fundamentarse en el concepto de discrecionalidad absoluta de la Administración; de aquí que la potestad reglamentaria autónoma, el reglamento independiente, tendiese en estos autores a ejercer su virtualidad en el campo concreto de la organización administrativa. Es, por lo demás, significativo que los tres autores aceptasen (por iniciativa de ROYO) la tradicional clasificación de los reglamentos propuesta por L. VON STEIN<sup>122</sup> y el mismo GARCÍA OVIEDO describiese, siguiendo dicha clasificación, a los reglamentos administrativos o independientes como aquellos reglamentos basados en la discrecionalidad<sup>123</sup>. Dicha idea estaba también muy presente en FERNÁNDEZ DE VELASCO cuando escribía que “la continuidad administrativa impone que la Administración, dictando preceptos, no solamente secunde a la ley y la interprete, sino que la supla y la substituya, de manera discrecional y según los principios doctrinales que regulan el ejercicio de la facultad discrecional, dándose así lugar a los Reglamentos en ausencia de

---

122 *Die Verwaltungslehre, Teil I: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt*, 2ª ed., Verlag Gotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1869, pág. 78, reeditado en Scientia, Aalen, 1962; también en *Handbuch der Versaltungslehre*, Teil, I, 3ª ed., Stuttgart, 1888, págs. 103-106.

123 *Instituciones*, cit., págs. 142-43, Es difícil determinar el alcance de la influencia que en estos autores pudo tener la doctrina italiana del fundamento de la potestad reglamentaria y en concreto la obra de CAMMEO. Ha de reseñarse, por otra parte, que ROYO, al hablar de los reglamentos independientes, pareció adjudicarles el campo de los servicios públicos, en definitiva, el de la organización (op. cit., pág. 54); la clasificación de STEIN, en págs. 52 y ss; GASCÓN Y MARIN también la acepta, *Tratado*, 6ª ed., cit., pág. 108.

ley...”<sup>124</sup>; más adelante, por lo demás, determinaba, significativamente, la materia reglamentaria en contraposición a la materia de ley en “el condicionamiento jurídico de los servicios públicos, completando o supliendo las leyes”<sup>125</sup>.

A grandes rasgos, como no podía ser de otra manera dada la finalidad de estas líneas, y a partir de la nueva concepción de la legalidad alumbrada por la Revolución Francesa, he intentado describir hasta ahora la larga evolución, constitucional y doctrinal, que, sobre el alcance de la potestad normativa de la Administración, se desarrolló, de forma, por cierto, bastante semejante, en los principales países europeos.

---

124 *Resumen de Derecho administrativo y de Ciencia de la Administración*, tomo I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1930, pág. 54; muy claras sus afirmaciones en pág. 83 y nota 165.

125 Op. cit., págs. 80-81; en definitiva, el reglamento encontraría su límite, como en los otros autores citados en el texto, en la primacía y en la reserva de ley (pág. 84). Jordana de Pozas, *Contestaciones a oposiciones al cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento*, II, Madrid, 1924, admitía también la existencia de reglamentos independientes que describía como aquellos que regulaban una materia que no había sido objeto de ley (pág. 30); nos proponía, por lo demás, la clasificación de los reglamentos en ejecutivos, independientes, delegados (que definía, un tanto equívocamente, como aquellos que regulaban con fuerza de ley una materia) y de necesidad. Afirmaba, además, que los reglamentos ejecutivos e independientes se encontraban expresamente reconocidos en la Constitución, lo que implicaba que nuestro autor entendiese la “ejecución de las leyes” en un sentido amplio (pág. 32). En el mismo sentido de aceptación de una amplia potestad reglamentaria, y utilizando también la clasificación de STEIN, vid. GARCÍA LABELLA, *Un punto de vista para el planteamiento de las relaciones entre la Administración y las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional*, Tesis doctoral, Tip. Lit. P. Ventura Traverset, Granada, 1927, págs. 18 y ss.; rechazaba también, en el sentido de la última doctrina analizada, una diferenciación material entre ley y reglamento, así como la tesis de la delegación del poder legislativo como base de la potestad reglamentaria (pág. 25-26). Un reconocimiento de la potestad reglamentaria independiente se encontraba, por lo demás, contenido en el art. 70-5 del Anteproyecto constitucional de PRIMO DE RIVERA de 1929; GALLEGO, cit., pág. 40, lo interpretó como materia exclusivamente reservada al reglamento.

Paralelamente a esta evolución, y como imprescindible complemento o parte integrante de la misma, se produjo, en un plano más general, una interesantísima reflexión teórica sobre el sentido de la legalidad para la posición jurídica de la Administración, esto es, sobre los condicionamientos que la ley operaría sobre sus posibilidades de actuación, a la que es necesario referirse, también de forma resumida, en las páginas que siguen.

### **CAPÍTULO TERCERO. LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS SOBRE EL SENTIDO DE LA LEGALIDAD PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

#### **A.– La concepción dogmática inicial; STAHL; Administración de intervención y “espacio libre de ley”. Consecuencias para la sistemática del Derecho administrativo.**

La nueva estructura estatal que nace históricamente con la Revolución francesa vino, como se ha visto, caracterizada, en esencia, por dos elementos definitorios: en primer lugar por un elemento o principio material, identificado por una nueva concepción de la legalidad y por el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo y, en segundo lugar, por un elemento o principio organizativo constituido por la separación de poderes en su seno. El primer elemento subrayaba que la forma de Estado que nacía en ese momento histórico, lo hacía al servicio de una idea de Derecho encaminada a garantizar la libertad del individuo; el segundo elemento ponía de manifiesto, en la medida en que la ley debía ser expresión de la voluntad general, la necesidad de que cualquier actuación del poder habría de realizarse forzosamente en el marco de la misma; todo lo cual suponía también que la relación de aquel con los ciudadanos habría de venir ineludiblemente sometida a pautas jurídicas. En definitiva, pues, el sometimiento de la Administración a una legalidad objetiva, expresión de un principio de libertad y

accionable por los particulares para garantizar su defensa, constituyó la esencia misma de lo que, con posterioridad, se denominó Estado de Derecho –“artificiosa expresión del señor VON MOHL” (*Kunsta Ausdruck des Herrn von Mohl*), en frase de Bismarck-, concepto con el que se pretendió englobar la nueva realidad jurídica de la estructura estatal<sup>126</sup>.

No es este el momento para desarrollar con detenimiento la doctrina del *Rechtsstaat* tal como se formuló en la obra de los primeros iuspublicistas alemanes (VON MOHL, STAHL, BÄHR o GNEIST), pues aquí de lo que se trata, fundamentalmente, es de describir el sentido y alcance que para la Administración tuvo la legalidad a lo largo de la evolución de la nueva estructura estatal que, como hemos visto, nace en Europa a principios del XIX.

En efecto, como acabo de apuntar, de forma paralela a la regulación de la potestad administrativa de normación, se llevó a cabo en los principales países europeos una detenida e interesante reflexión teórica sobre el sentido mismo de la legalidad para la posición jurídica de la Administración pública, o, lo que es lo mismo, sobre los condicionamientos que la ley operaría sobre su ámbito de actuación. Se ha podido comprobar como, inicialmente, en el marco de las Constituciones revolucionarias y en nuestro texto constitucional gaditano, la función del Poder Ejecutivo se resolvía en la ejecución de las leyes, concepto este que, como ya nos consta, fue experimentando una continua ampliación que el “principio monárquico” intentó llevar hasta sus últimas consecuencias mediante el reconocimiento de una potestad normativa a la Administración independiente de la ley, con excepción de las materias de la reserva legal,

---

126 Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, (1928), 4ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1965, págs. 129 y ss. Cfr. también E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, cit., págs. 66-67.

atribuidas expresamente a las Cámaras parlamentarias. En esta concepción la ley para la Administración venía a constituir, pues, el límite externo o la barrera de su libre actuar y no el marco dentro del cual esta tendría obligadamente que moverse. Que esta situación era totalmente congruente con la ideología liberal del momento es algo que ha sido reiteradamente advertido; ideología liberal que, por lo demás, y paradójicamente, venía a coordinarse con el principio monárquico que, como acabamos de ver, reconocía al Rey y a su Administración un campo de actuación “libre de ley” (*gesetzesfreies Raum*) en una especie de acuerdo implícito en el que los derechos de la sociedad burguesa, plasmados en la fórmula “libertad-propiedad”, sólo podrían verse afectados por la intervención del legislador parlamentario, que era, en definitiva, su representante. En consecuencia, la actividad de la Administración sólo se vería limitada por la ley a la hora de incidir en la esfera de libertad y propiedad de los ciudadanos; si ello no era así, aquella se llevaba a cabo con plena libertad en los restantes ámbitos de su actuación, principalmente en la esfera organizativa (incluyendo, por supuesto, a la función pública) y prestacional. Bien es verdad que, en su campo de libre actuación, la Administración podía autolimitarse mediante la emanación sus propias normas<sup>127</sup> (aquí está, precisamente, el sentido de la vinculación de la idea de discrecionalidad con la potestad reglamentaria, a la que me he referido en páginas anteriores), lo cual permitía ampliar el alcance del principio de legalidad, aunque este no encontrase, en todos los casos, su base última en la ley formal. En este esquema es claro que la Administración no podría limitarse, como los Tribunales, a la mera ejecución de las leyes, sino que, por el contrario, habría de tener como

---

127 Así, vid., por ejemplo, entre nosotros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen*, cit., págs. 128-129.

función propia la realización de una serie de diferentes fines públicos materiales no previstos en ellas (*die im Gesetz nicht vorgezeichnet sind*, escribía STAHL<sup>128</sup>) con la única limitación de la reserva legal. La verdadera esencia de la Administración residía, precisamente, para STAHL, gran teorizador, desde bases conservadoras, del principio monárquico y representante inicial de lo que, posteriormente, se denominaría doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley, en realizar algo nuevo, algo positivo a través de una actividad libre y creativa de forma independiente de la ley (“*unabhängig vom Gesetze etwas Neues, Positives in freier, schöpferischer Tätigkeit hervorzubringen, die Zustände nach Zwecken zu fördern*”<sup>129</sup>); y en esta actividad, identificada con el ámbito de la potestad discrecional, la Administración sería, como queda dicho, absolutamente libre.

La identificación, pues, de la discrecionalidad administrativa con la ausencia de ley es un rasgo característico de este inicial entendimiento de la legalidad llamado a tener una gran influencia, no sólo en la doctrina jurídico-pública del XIX, sino también en la del posterior siglo XX. “La ley –se puede leer, por ejemplo, en el clásico manual de MEYER-ANSCHÜTZ<sup>130</sup>– no es presupuesto, sino límite para la actividad admi-

---

128 *Staatslehre*, R. Hobbing, Berlín, 1910, pág. 59.

129 *Staatslehre*, cit., pág. 60. También en *Die Philosophie des Rechts*, II-2, 2ª ed., Heidelberg, 1846, págs. 168-169, según cita de E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., pág. 172. Cfr. igualmente E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada*, 3ª ed., cit., pág. 297, que adopta las expresiones de G. WINKLER, *Der Bescheid*, Manz'sche, Viena, 1956, pág. 36.

130 *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 6ª ed., Leipzig, 1905, pág. 649. Entre nosotros A. NIETO observó que “en contra de lo que luego se afirmaría por la doctrina posterior, durante el siglo XIX la ley sólo vincula a la Administración de una manera negativa, es decir, que actúa como límite”. *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1986, págs. 180-181, 244.

nistrativa. La Administración puede hacer, no solamente aquello para lo que la ley expresamente habilite, sino todo aquello que la ley no prohíbe”. Así pues, todo el mundo de la organización administrativa y el de de las prestaciones y beneficios otorgados por el Estado, que al no ser intervenciones gravosas para los ciudadanos no precisaban de habilitación legal, quedó en este campo “libre de ley”, en definitiva del “no-Derecho”, lo cual trajo como consecuencia que la ciencia del Derecho Administrativo, dominada por el método “jurídico”, centrarse su atención, casi exclusivamente, en el estudio de la *Eingriffsverwaltung*, de la Administración limitadora, considerada como la Administración en sentido genuino. Es lógico, por consiguiente, que el acto unilateral y autoritario, esto es, el acto administrativo, se convirtiese en el centro del sistema, en la clave de bóveda del Derecho administrativo y ello a pesar de que en la vida real las actividades administrativas de fomento e incluso las actividades económicas, sobre todo en el campo municipal, comenzaban a cobrar una importancia creciente<sup>131</sup>.

---

131 Cfr. P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1967, en especial págs. 35-30; también *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, Recht und Staat n. 328, 1966, prefacio, págs. 6-7 y, sobre todo, págs. 8-12; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 10ª ed., Beck, München, 1973, pág. 3, señalaba, por su parte, que una separación entre Estado y Sociedad tal como la suponía la idea de Administración de STAHL no correspondía a la realidad de las cosas. D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, cit., pág. 169, indicó que la reducción de la reserva legal a una función de protección de la libertad y propiedad privó de toda problematicidad a la actividad administrativa de fomento y de prestación. La posición tradicional en O. MAYER *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3ª ed., 1923, reedición por Duncker-Humboldt, 1969, pág. 98, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1931, reedición Gehlen, Bad Homburg, 1966, págs. 6-7 y 88 y ss. J. HATSCHEK, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 7ª-8ª ed., Deichert'sche, Leipzig, 1931, pág. 7.

**B.– La reacción doctrinal contra esta concepción; Merkl: la Administración como ejecución de la ley. CARRÉ DE MALBERG y el concepto de État légal. ZANOBINI: la ley como voluntad propia del Estado. FLEINER.**

Una importante dirección doctrinal, que fundamentalmente se desarrolló a partir del primer tercio del siglo XX, intentó un cambio de dirección en la consideración del sentido y alcance de la legalidad para la Administración pública que se había venido manteniendo hasta entonces. Señalaba MERKL, el cual, como quedó apuntado, sometió, desde sus presupuestos kelsenianos, a detenida crítica a la concepción tradicional ya descrita sobre las relaciones entre ley y Administración<sup>132</sup>, que esta última debería ser considerada como una función jurídica y, más concretamente, como la función de aplicación del Derecho (“individualización o concretización de las leyes”, había dicho su maestro KELSEN<sup>133</sup>). Advertía MERKL que, cualquiera que fuese el concepto de Administración, ésta tendría que venir siempre descrita como una actividad del Estado y para que pudiese ser considerada como tal habría de existir una norma jurídica que así lo dispusiese. “Solamente una norma jurídica que hace posible u obligatoria una determinada actuación al Estado, nos permite –afirmaba el autor austriaco<sup>134</sup>– referir al mismo determinados actos humanos realizados con la intención de cumplir aquella norma jurídica”. En este sentido dicha norma jurídica, que posibilita considerar como actividad estatal una actividad humana, se nos ofrece, pues, como una regla de atribución o imputación jurídica

---

132 *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927), cit., págs. 159 y ss. Es interesante advertir que el autor dedica su obra, precisamente, a KELSEN.

133 *Allgemeine Staatslehre*, 1ª ed., Berlín, 1925, reedición en Gehlen, Bad Homburg, 1966, pág. 236.

134 Op. cit., págs. 159-160.

(*rechtliche Zurechnungsregel*, en terminología kelseniana). Eran, precisamente, estas consideraciones las que permitieron a MERKL destacar la diferente posición de los individuos y de la Administración frente al Derecho (con lo que se apartaba, evidentemente, de la teoría tradicional antes descrita). Así, según esta nueva concepción, el individuo podría hacer jurídicamente todo lo que no le hubiese sido prohibido de manera expresa por el Derecho, mientras que la Administración solo podría hacer aquello que expresamente el Derecho le hubiese permitido, esto es, lo que estuviese dentro de su competencia<sup>135</sup>. En suma, cada acción administrativa estaría condicionada por la existencia de una norma que admitiese semejante acción, pues, en caso contrario, no podría ser considerada como acción de la Administración, esto es, imputable a la misma.

Después de rechazar la concepción tradicional, según la cual, como hemos visto, la ley sólo significaría para la Administración un mero límite externo<sup>136</sup>, MERKL afirmó, de manera contundente, que el principio de legalidad, en su aceptación más radical, debe significar que “la totalidad de la Administración solo puede ser ejercida con base en las leyes” (*die gesamte Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen ausgeübt werden kann*<sup>137</sup>); afirmación perfectamente coherente, por lo demás, con

---

135 Op. cit., pág. 160. En este sentido, nos dice MERKL, el Derecho administrativo se presenta como una suma de normas jurídicas que posibilitan la atribución de determinadas actividades humanas a la Administración. “El Derecho administrativo –afirmaba– no es sólo la *condicio sine qua non*, sino la *condicio per quam* de la Administración”.

136 Op. cit., págs. 163-166.

137 Op. cit., pág. 167, afirmación que MERKL intentó, por lo demás, justificar desde un punto de vista democrático, pues la manera de que la soberanía popular actuase efectivamente en el campo de la Administración era el dominio en el mismo de la ley creada por la voluntad del pueblo. “El presupuesto más importante de una

el contenido del artículo 18-1º de la Constitución austriaca de 1920, de innegable influencia kelseniana. En definitiva, pues, y por utilizar las mismas palabras de MERKL, “el principio de legalidad de la Administración convierte a la totalidad de la misma en ejecución de la ley” (*Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung macht die Verwaltung in ihrer Gänze zur Gesetzesvollziehung*)<sup>138</sup>.

En esta reacción contra el entendimiento tradicional de la relación entre la ley y la Administración, sería obligado también hacer mención aquí de la aportación de CARRÉ DE MALBERG, a cuya posición, por lo demás, he tenido ya ocasión de referirme al analizar, en concreto, al alcance y fundamento de la potestad normativa de la Administración, lo cual me exime ahora de insistir sobre la concepción de la legalidad en el autor francés. Recordemos, sin embargo, a los efectos que ahora interesan, que nuestro autor, partiendo del artículo 3 de la citada Ley constitucional francesa de 1875, el cual encargaba al Presidente de la República la ejecución de las leyes, afirmó que ello implicaba forzosamente que la actividad administrativa, cualquiera que fuese su objeto y sus efectos, solo podría ejercerse con posterioridad a la ley. Este sistema, según CARRÉ DE MALBERG, no debería denominarse con el nombre de Estado de Derecho, ya que este consistiría solamente en hacer depender de habilitaciones legislativas los actos de las autori-

---

Administración democrática –escribió-, lo constituye el imperio de la ley, democráticamente producida, en la Administración” (pág. 170).

138 Op. cit., pág. 170. Cfr., también KELSEN, cit., pág. 243. Cfr., sin embargo, entre nosotros, M. BELADIEZ ROJO, *La vinculación de la Administración al Derecho*, Revista de Administración Pública, 153, 2000, pág. 325, que deriva de la posición de MERKL, no una vinculación positiva de la Administración a la ley, sino, mas sencillamente, la mera necesidad de que toda acción administrativa debe estar fundamentada en algún precepto jurídico que permita atribuir dicha acción a la Administración.

dades administrativas que afectasen individualmente a los interesados, sino, más exactamente, con el nombre de *État légal*, esto es, “*un État dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi á laquelle il se rattaché et dont il soit destiné à assurer l’exécution*”<sup>139</sup>.

En el mismo sentido que los autores anteriores, he de volver a traer también a estas páginas la posición del italiano ZANOBINI<sup>140</sup> que se opuso asimismo a la dirección doctrinal tradicional dominante en su país, la cual, al equiparar la posición jurídica del particular a la de la Administración, mantenía que para esta última la ley solo constituiría un límite en su libre actividad, dirigida a la satisfacción de las necesidades e intereses generales<sup>141</sup>. Sostenía, por el contrario, nuestro autor que si respecto de cualquier sujeto que no fuese el Estado la ley representaba siempre una voluntad superior y externa al mismo, para el Estado, sin embargo, la ley constituía una voluntad interna, inmanente al mismo, esto es, su propia voluntad. De esta constatación se derivaría el hecho de que para todo sujeto que no fuese el Estado, la ley, que habría de

---

139 *Contribution á la théorie générale de l’Etat*, I, cit., pág. 490. Vid, allí las diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado Legal; también en CARRÉ DE MALBERG (pág. 491) está la idea de que el Estado Legal sería más democrático. Más adelante escribe, significativamente, que “*la Constitution française après s’être contentée jadis d’assigner á la puissance administrative la loi pour limite, a fini par poser en principe que la législation domine complètement l’administration, en ce sens que cette dernière fonction ne peut, par définition même, s’exercer que pour l’exécution des lois ou en vertu d’un pouvoir legal*” (pág. 496).

140 *L’attività amministrativa e la legge*, *Rivista di Diritto Pubblico*, XVI, 1924, I, pág. 281 y ss.; hoy publicado en *Scritti vari di Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1955, pág. 203 y ss. Vid. también, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 30.

141 Así, O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, cit., n. 176; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, n. 1; vid., sin embargo, su *Corso di Diritto amministrativo*, cit., págs. 39-40; F. CAMMEO, *Corso di Diritto amministrativo* (1911-1914), cit., págs. 13-14.

tener en cuenta la personalidad de dicho sujeto y su derecho de libertad, debería, simplemente, limitarse a determinar los límites de su actividad, sin poder establecer qué fines tendrían que perseguirse con la misma. Para la Administración, por el contrario, advertía ZANOBINI, esta función de la ley no serviría. La Administración pública –señalaba<sup>142</sup>– no es un sujeto distinto del Estado, sino el Estado mismo en acción para el perseguimiento de sus fines. Así como, para los restantes sujetos, estos fines vienen determinados por su propia voluntad, para el Estado, sin embargo, han de venir determinados por aquel poder que es el órgano de su voluntad: el Poder legislativo. Además, al ser el legislador la voluntad misma del Estado, podría, no solamente establecer sus fines, sino también determinar los medios con los que estos deberían ser alcanzados.

La conclusión de ZANOBINI era, pues, la de rechazar que, en el campo de la Administración pública, la ley desempeñase una función meramente negativa o limitadora. Cuando se dice que la ley determina la esfera jurídica de la Administración, habría de entenderse, según el conocido autor italiano, no una determinación negativa, sino, por el contrario, una determinación exclusivamente positiva. “*La legge, –concluía ZANOBINI<sup>143</sup>– dice ciò che l’amministrazione può fare. Ossia, mentre l’individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l’amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare*”. La actividad administrativa, aun en el caso de mayor libertad, se desarrolla, por consiguiente, siempre en obediencia a las normas de la ley y, en este sentido, podría decirse, subrayaba nuestro autor, que la Administración siempre desarrolla su actividad en “actuación de la ley”.

---

142 Op. cit., pág. 205.

143 Op. cit. págs. 206-207.

En parecido sentido al de los autores citados hasta ahora quisiera, por último, hacer también una sucinta mención al suizo F. Fleiner que, aunque no desarrolló su posición con la minuciosidad de los autores anteriores, creo que la misma se decantaba con bastante claridad cuando, al referirse, precisamente, a la “Administración con arreglo a la ley”, advertía que “no existen en el Estado democrático competencias que no se reconduzcan a la Constitución o a las leyes derivadas de la misma y a las formas de creación jurídica derivadas de la ley. Los órganos administrativos no poseen un poder autónomo e independiente de la Constitución y de la ley”<sup>144</sup>.

**C.– La polémica posterior sobre la extensión de la reserva legal. Su extensión a todo tipo de actuación administrativa que afecte a la esfera individual. Los argumentos a favor: RUPP, JESCH e IMBODEN. La crítica: PETERS, OSSENBÜHL, WOLFF-BACHOF. La extensión de la reserva legal al ámbito de las llamadas relaciones de supremacía especial: planteamiento. El problema del sentido de la legalidad en la doctrina francesa; EINSENMANN: el principio de habilitación legal y sus excepciones (la “habilitación jurisprudencial”). El problema en la doctrina italiana; ALESSI: reserva total**

---

<sup>144</sup> *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8ª ed., 1928, reedición en Scientia, Aalen, 1963, págs. 132-133. Su posición, por lo demás, se completa con lo que opina en págs. 6-7. En el mismo sentido, y con anterioridad, ya E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht* (1914), hoy en *Gesammelte Schriften*, vol. I, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1960, pág. 94, había afirmado que el principio de la Administración legal consiste en que la misma “solo puede actuar sobre la base de habilitaciones legales” (*kann nur tätig werden auf der Grundlage gesetzlicher Ermächtigungen*). Bajo la República de Weimar, A. KÖTTGEN defendió una posición semejante, en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, (Ed. Nipperdey), I, 1929, reimpresión en Verlag F. Keip, Frankfurt, 1975, pág. 355.

mediante atribución de potestad. CARLASSARE: reserva total mediante condicionamiento recíproco de la atribución de potestad y la cláusula general de competencia. La reducción de la reserva a los actos de gravamen: GIANNINI y SATTA. La doctrina española; referencia a la doctrina tradicional: SANTAMARÍA DE PAREDES, FERNÁNDEZ DE VELASCO. La reacción doctrinal posterior: BALLBÉ, GARCÍA DE ENTERRÍA. La crítica: GARRIDO FALLA, GALLEGO ANABITARTE, A. NIETO.

A pesar de la detenida reflexión doctrinal descrita en el capítulo anterior no puede afirmarse que, en tiempos posteriores a la misma, el problema del alcance y sentido de la ley para la Administración hubiese encontrado una solución definitiva. Dicho problema siguió planteado, bajo nuevas realidades constitucionales, desde la concreta perspectiva del alcance de la reserva de ley, intentándose dilucidar si dicha reserva habría de extenderse a todo tipo de actuación administrativa que afectase de cualquier forma que fuese (por lo tanto, también favorablemente) a la esfera jurídica de los particulares o habría de reducirse solo, como tradicionalmente se había venido afirmando en el pasado, a la actividad de la Administración que incidiese de manera limitadora o gravosa en la esfera de libertad y propiedad de aquellos.

Una parte, si bien bastante minoritaria, de la doctrina alemana de la segunda mitad del pasado siglo XX había venido sosteniendo la necesidad de extender el campo de la reserva de ley a todo tipo de actuación de la Administración que afectase directamente, aunque fuese de forma favorable, a la situación jurídica de los ciudadanos<sup>145</sup>. En apoyo de la

---

145 En la misma doctrina alemana se ha señalado que nadie, de forma consecuente, ha defendido una “reserva legislativa total” (*Totalvorbehalt*) sobre la actividad de la Administración, abarcando también a la que no afectase en modo alguno

fundamentación de esta reserva de ley general o total se utilizaron tres tipos de argumentos que resumo a continuación.

El primer argumento se basó en el cambio material del concepto mismo de libertad que se habría producido en nuestros días con la consecuencia de que la esfera de autonomía del individuo, protegida por la reserva de ley tradicional frente a las intervenciones del Estado, se habría visto sustituida por una dependencia creciente de aquel respecto de las prestaciones estatales. En este sentido señalaba RUPP<sup>146</sup>, utilizando, precisamente, este argumento, que en la actualidad el individuo ha sacrificado, en buena parte, la sustancia que radicaba en su ámbito privativo y que era lo que originariamente, en el sistema de la autonomía de la Sociedad frente al Estado, importaba defender y ha pasado a depender de la ayuda de este; esta libertad disminuida por dicha dependencia ha intentado ser compensada mediante la previsión de acciones prestacionales frente al Estado. Así pues, y puesto que hoy en día libertad significa, no solamente ausencia de injerencia estatal, sino, sobre todo, participación en las prestaciones estatales, el ámbito de la reserva legal debería extenderse también, según nuestro autor, a la actividad administrativa de prestación.

El segundo tipo de argumentación a favor de la extensión total de la reserva legislativa fue derivado por JESCH<sup>147</sup> del mismo principio

---

a la esfera jurídica de los particulares. Vid. F. OSSENBÜHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, de Gruyter, 1ª ed., Berlin, 1975, pág. 55; también, D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, cit., pág. 202. M. VOLCKER, *Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und die Leistungsverwaltung*, Diss., Munich, 1960, págs. 74 y ss.

146 *Verwaltungsakt und Vertragsakt*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, págs. 81 y ss., en especial págs. 84 y ss.; *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, 1ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1965, págs. 113 y ss.

147 *Gesetz und Verwaltung*, cit., págs. 204-205, también págs. 171 y ss.

democrático. En este sentido advertía que en el moderno sistema parlamentario no existe ya, como en tiempos de la monarquía constitucional decimonónica, presunción alguna de competencia a favor del Ejecutivo, el cual ha perdido su libertad de acción. El Poder Ejecutivo no solo está limitado constitucionalmente, sino que además recibe de la Constitución todas sus atribuciones y, en este sentido, y desde la concreta perspectiva de la Ley Fundamental de Bonn (*GG*), afirmaba nuestro autor que las prestaciones y todo tipo de actos favorables sólo podrían ser otorgados por la Administración en virtud de una habilitación parlamentaria.

El tercer tipo de argumentación sobre la necesidad de una reserva de ley total lo derivó el suizo IMBODEN<sup>148</sup> del principio de interdependencia entre actos de gravamen y actos favorables, que haría que cualquier actividad administrativa de fomento o de prestación pudiese constituir, al mismo tiempo, para otros, una actividad limitadora de sus derechos; circunstancia que justificaría el sometimiento de la entera Administración de prestación a una previa habilitación legislativa<sup>149</sup>.

La extensión de la reserva de ley al campo de la actividad prescricional de la Administración no fue, sin embargo, aceptada por la doctrina dominante en Alemania (H. J. WOLFF-BACHOF, PETERS, BULLINGER, OSSENBÜHL) en el período temporal al que me he re-

---

148 *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, cit., pág. 42. Aunque defendía la misma posición, su argumentación fue criticada por JESCH, cit., págs. 200-201.

149 Utilizando también los argumentos del texto a favor de la extensión de la reserva legal más allá de los actos de gravamen, vid. también W. MALLMANN, *Schranken nichtoheitlicher Verwaltung*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, n° 19, 1961, págs. 188 y ss; K. STERN, *Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater*, Juristenzeitung, 1960, pág. 525. K. H. FRIAUF, *Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1966, pág. 737.

ferido antes. Así, por ejemplo, PETERS interpretó la fórmula del artículo 20-3° GG (El Poder Ejecutivo está sometido a la ley y al Derecho) en el sentido tradicional de la vinculación negativa de la Administración a la ley (*negative Bindung* o *negative Wirkung*, si utilizamos su propia terminología): la Administración es una función estatal independiente que, en ausencia de ley, puede realizar con libertad todo lo necesario para la consecución de las finalidades estatales en tanto no incida de manera inmediata en la esfera de la libertad y propiedad de los sujetos jurídicos. La exigencia generalizada de una habilitación legislativa traería como consecuencia, advertía nuestro autor, la destrucción de la independencia del Ejecutivo, vulnerándose el principio de la separación de poderes; la Administración se vería, de esta forma, degradada a un mero “órgano ejecutivo dependiente del Parlamento” (*unselbständigen Ausführungsorgan des Parlaments*)<sup>150</sup>. Las variadas manifestaciones del interés público, la aparición de necesidades urgentes, harían, por lo demás, apuntaba PETERS, que muchos campos de la actividad administrativa no fuesen susceptibles de una regulación legislativa y la introducción, para solventar este problema, de cláusulas generales en las leyes habilitadoras provocaría más inconvenientes que ventajas<sup>151</sup>. OSSENBÜHL, por su parte, criticó también los argumentos en favor de la extensión de la reserva de ley, poniendo de manifiesto, desde la óptica del principio democrático, que muchas veces se olvida que la Administración posee su propia legitimación democrática. Por lo demás, y

---

150 *Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?*, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Festschrift für H. HUBER, Stämpfli, Berna, 1961, págs. 206 y ss., en concreto, pág. 214. También *Lehrbuch der Verwaltung*, Springer, Berlin-Göttigen-Heidelberg, 1949, pág. 71.

151 *Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?*, cit., págs. 215-16. Un claro resumen de su posición en pág. 220.

según este autor, la introducción de una reserva legislativa total (*Totalvorbehalt*) en el campo de la actividad administrativa de prestación podría, incluso, llegar a privar al ciudadano de la obtención de una serie de beneficios en un campo en el que el Parlamento no hubiese tomado la iniciativa de su regulación. Con todo, OSSENBÜHL –y en este sentido, coincidía con WOLFF-BACHOF que utilizaron, por su parte, los argumentos de una sobrecarga del Legislativo y del uso inmoderado de conceptos jurídicos indeterminados que la construcción criticada traería consigo– advirtió que cuando la Administración actuaba en este campo “libre de ley” (*gesetzesfreies Raum*), ello no quería decir en modo alguno que se tratase de un campo “libre de Derecho” (*rechtsfreies Raum*), pues, aparte de las vinculaciones constitucionales, se encontraría, en todo caso, sometida al principio de igualdad, que, en definitiva, vendría a tener una eficacia parecida a la de una habilitación legislativa<sup>152</sup>.

Llegados a este punto sería necesario, quizás, hacer ahora una obligada aclaración a modo de breve *excursus*, ya que el problema del alcance de la reserva legal, no sólo se planteó en el ámbito de la llamada relación general de poder (o de supremacía general) de la Administración con respecto del conjunto de ciudadanos, sino también (y por seguir aquí con la terminología germano-italiana) en el marco de la llamada relación especial de poder (o también de supremacía especial

---

152 F. OSSENBÜHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts* cit., págs. 55-57; sobre todo, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Gehlen, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1968, págs. 187 y ss., con abundantes referencias bibliográficas; también, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, en *Handbuch des Staatsrechts* (ed. de ISENSEE y KIRCHHOF), Müller Verlag, Heidelberg, 1996, pág. 326. H.J. WOLFF-O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, III, Beck, Munich, 1978, págs. 196-197. M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Kohlhammer, Stuttgart, 1962, págs. 93 y ss. O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, en *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pág. 233.

o relación especial de sujeción, como prefiere la doctrina española que se ha ocupado de esta temática) que la Administración detentaría respecto de categorías concretas de los mismos. Concepto de “relación especial de poder” que, como es sabido, encontró su primera sistematización en la obra de O. MAYER, aunque su fundamento teórico sea anterior (LABAND, incluso SCHIMITTHENNER) y que se traducía, esencialmente, en su exclusión de la reserva de ley. Hay que decir, con todo, que se trata de un concepto sometido hoy en día a una profunda revisión (el propio FORSTHOFF habló hace tiempo de una “laguna del Estado de Derecho”) en cuyos pormenores dogmáticos no me puedo detener ahora<sup>153</sup>. En todo caso, ya BACHOF<sup>154</sup> había señalado cómo, en modo alguno, el ámbito de las llamadas relaciones especiales de poder podría ser considerado, en el sentido de la doctrina que las teorizó, como un espacio ajeno al Derecho, “vacío de Derecho” (*rechtsleerer Raum*); muy al contrario, como señalaba el prestigioso autor alemán,

---

153 Una breve evolución del instituto, entre otros, W. THIEME, *Die besonderen Gewaltverhältnisse*, Die öffentliche Verwaltung, 1956, pág. 521. También en L. WENNINGER, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, Heymanns, 1982, *in totum*. En la doctrina española, referido exclusivamente a la realidad alemana, A. GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, Revista de Administración Pública, 34, 1961, págs. 11 y ss. Críticos con esta categoría, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 23 y ss.; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, págs. 45 y ss.; I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas-IVAP, Madrid, 1994, págs. 39 y ss. Recientemente, y defendiendo la utilidad de la categoría, vid., T. PRIETO ALVAREZ, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, 178, 2009, págs. 215 y ss.

154 *Begriff und Wesen*, pág. 228; también, *Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung*, en Festschrift W. LAFORET, Isar Verlag, Munich, 1953, págs. 285 y ss., en concreto págs. 286-287 y nota 7.

en la actualidad gran parte de dichas relaciones, cuyo campo específico es, fundamentalmente, el de la organización administrativa, se hallan reguladas por normas legislativas y los actos dictados en su seno vienen considerados, sin ninguna duda, como verdaderos y propios actos administrativos (esto es, como actos “jurídicos”, y no como simples “instrucciones”, *Anweisungen*, sin cualidad de normas jurídicas, como quería O. MAYER) y, por ello, sometidos, naturalmente, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo que respecta a las normas administrativas generales dictadas en el marco de una relación especial de poder y, en concreto, a las normas reguladoras del funcionamiento y la actividad de los establecimientos públicos, BACHOF las vinculaba a una “habilitación consuetudinaria”, cuyos límites se deducirían de la finalidad perseguida por la actividad de los mismos.<sup>155</sup>

El controvertido tema de las relaciones especiales de poder o, si se prefiere, de las relaciones especiales de sujeción, fue objeto de especial atención por parte de la Asociación alemana de profesores de Derecho público, que lo sometió a detenido debate en su sesión de Maguncia de 1956, con ponencias de KRÜGER y ULE<sup>156</sup>. Uno de los resultados principales de aquel debate fue la aceptación casi general por parte de la doctrina de entonces de la distinción, elaborada por ULE, en el seno de toda relación especial de poder (considerada como actividad, “*Betrieb*”), y a efectos de su control jurisdiccional, entre una “relación fundamental” (*Grundverhältnis*), referida a la constitución, modificación o finalización de la relación y una “relación organizativa o de funcionamiento”

---

<sup>155</sup> *Begriff und Wesen*, cit., págs. 229-230.

<sup>156</sup> *Das besondere Gewaltverhältnis*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, nº 15, 1957, págs. 109 y ss. y 133 y ss. Posteriormente, y en general, vid. W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtssetzung*, Gehlen, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969, págs. 205 y ss.

(*Betriebsverhältnis*), referida al funcionamiento o a la actividad misma a desarrollar dentro de dicha relación. La primera estaría, según ULE<sup>157</sup>, sometida, en todo caso, al control jurisdiccional, mientras que el control de la segunda dependería de los supuestos a que se refiriese. Este aspecto del control jurisdiccional de las relaciones especiales de poder no es, sin embargo, el que quiero resaltar aquí, sino que, más bien, el que ahora me interesa, como ya quedó apuntado, es el del alcance de la habilitación legislativa en este ámbito. En definitiva, y ello ya fue apuntado por THIEME<sup>158</sup>, más que de un estudio del instituto de la relación especial de poder, que obviamente, como ha quedado dicho, no puedo realizar aquí, se trataría ahora, simplemente, de dejar planteado el problema más general del efectivo alcance, en este ámbito, del principio de vinculación de la Administración a la ley. En este sentido, el mismo THIEME, aunque manifestando, en mi opinión, una cierta inseguridad en su argumentación, después de afirmar que no se podría, de manera general, prescindir en este campo de la necesidad de habilitación legislativa, consideraba, acto seguido, que en algunos supuestos, la voluntariedad de la sumisión a este tipo de relación podría hacer las veces de la misma. La posición más radical en este tema, y en el sentido de la absoluta necesidad, sin excepciones, de una habilitación legislativa, fue defendida por JESCH<sup>159</sup> en base, al igual que en el caso de la acti-

---

157 *Das besondere Gewaltverhältnis*, cit., nº 15, cit., págs. 151 y ss. Sobre la distinción, vid. G. PÜTTNER, *Grund-und Betriebsverhältnis. Eine Lehre Ules, die sich durchsetzt und die Zukunft hat*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1987, págs 190 y ss.

158 *Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis*, Juristenzeitung, 1964, págs. 81 y ss.

159 *Gesetz und Verwaltung*, cit., págs. 211-212; la figura conceptual de la relación especial de poder ha dejado de ser, según JESCH, una categoría jurídico-constitucional para transformarse en una categoría jurídico-administrativa, que sirve para explicar las limitaciones inmanentes de los derechos fundamentales en su ámbito o el nivel de discrecionalidad existente en el mismo.

vidad administrativa de prestación, a la transformación de la estructura constitucional alemana que no permitiría ya ámbitos libres de Derecho y a la consiguiente modificación del ámbito de la reserva vinculada a dicha transformación. En todo caso no deja de ser significativo que, en el sistema germánico, las reglamentaciones en el campo de las llamadas relaciones especiales de poder hayan pasado a denominarse “*Sonderverordnungen*” (Reglamentos especiales), abandonándose así el concepto tradicional de reglamento administrativo (“*Verwaltungsverordnungen*”) que, por sí mismo, como ya hemos visto, presuponía históricamente la innecesariedad de la habilitación legislativa. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una conocida Sentencia de 14 de marzo de 1972<sup>160</sup>, había ya advertido que en el seno de una relación especial de poder los derechos fundamentales solo podrían verse limitados por una ley o en virtud de una ley; lo mismo, por cierto, que con posterioridad habría de afirmar también nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre. Téngase en cuenta, por lo demás, que el Tribunal Constitucional español ha venido admitiendo una cierta modulación de los derechos fundamentales en determinado tipo de relaciones calificadas como “de especial sujeción”, de “poder especial” o, simplemente, “especiales” (así, Sentencia 132/2001, de 8 de junio), modulaciones que tendrían una clara base constitucional (artículos 25-2º, 28-1º y 2º, 27-2º, 127, etc.)<sup>161</sup>.

Cerrando aquí este pequeño *excursus* y retomando ahora el hilo de nuestra temática principal, he de señalar que, por lo que se refiere la

---

160 BVerfGE 33, 1.

161 Cfr. la jurisprudencia citada por MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, cit., págs. 929-931 y T. PRIETO ALVAREZ, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, cit., págs. 215 y ss., en especial, págs. 228 y ss.

doctrina francesa de la segunda mitad del siglo XX, fue CH. EISENMANN uno de los primeros autores que se planteó, de forma global, el problema del alcance de la ley respecto de la actividad de la Administración<sup>162</sup>. El principio de legalidad fue también analizado por el autor francés desde una doble perspectiva: como exigencia de no violación de la norma legal (*rapport de non contrariété ou de compatibilité*) y como exigencia mucho más intensa de conformarse a la norma legal (*rapport de conformité*), posibilidades ambas que se corresponderían, como se puede comprobar, con los conceptos de vinculación negativa y positiva a la ley utilizados en otros ámbitos doctrinales. El problema que se planteaba EISENMANN era, precisamente, el de saber hasta qué punto el Derecho positivo francés consagraba el “principio de habilitación legal” en el sentido de la citada segunda perspectiva. Por de pronto nuestro autor subrayaba que el Derecho francés de su tiempo en modo alguno partía del principio de vinculación negativa, esto es, el de que “la Administración pueda hacer todos los actos que la ley no le prohíbe hacer”. El problema, para EISENMANN, estaba, más bien, en saber si el principio de habilitación legal debería ser considerado como una regla absoluta o como una regla de carácter relativo, que admitiese algunas excepciones. Excepciones que –añadía nuestro autor– sólo podrían ser introducidas y consagradas por la jurisprudencia que supliría la inexistente habilitación legislativa y la sustituiría por una especie de “habilitación jurisprudencial”<sup>163</sup>. Efectivamente, EISENMANN constataba que

---

162 *Le Droit administratif et le principe de legalité*, Études et Documents. Conseil d’État, 1957, págs. 25 y ss.

163 Afirmación perfectamente equívoca, según GARCÍA DE ENTERRÍA, para el que las reglas jurisprudenciales no son sino concreciones de los principios generales del Derecho. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Revista de Administración Pública, 38, 1962, pág. 176, nota 32.

tal tipo de habilitaciones, extrañas a la doctrina constitucional, existían en el Derecho positivo francés y que los jueces las extraían, mediante una labor interpretativa, de disposiciones de carácter general en las que se entendían incluidas y cuyo concreto alcance, por lo demás, venía siendo discutido por la doctrina. El autor francés ponía como ejemplos a los reglamentos independientes de la ley (de regulación de servicios públicos o de policía), a la ejecución de oficio fuera de los casos expresamente previstos por las leyes, a las sanciones contractuales y a la suspensión de disposiciones legislativas en circunstancias excepcionales. La conclusión de EISENMANN era que si el principio de habilitación legislativa “*n’est donc pas règle absolue, il est simplement –ou toute-fois– règle largement générale*”<sup>164</sup>.

En el ámbito de la doctrina italiana de esta misma época fue, quizás, R. ALESSI uno de los autores que con más claridad afirmó la estrecha vinculación de la actividad administrativa a la ley. Desde una perspectiva general la potestad de la Administración de actuar para la satisfacción de los intereses públicos (tanto en el caso de actuación limitadora como en el de actuación favorable para los particulares) se vería sometida para el maestro boloñés a una serie de límites, el primero de los cuales vendría dado por la necesidad de que el desarrollo concreto de la actividad administrativa debería encontrar su fundamento en un otorgamiento de potestad, explícito o implícito, específico o genérico, por parte de la ley, la cual contendría, al mismo tiempo, una serie de prescripciones formales sobre la forma y la competencia y el grado de interés público suficiente para legitimar el uso por parte de la Adminis-

---

164 *Le Droit administratif et le principe de legalité*, cit., págs. 36-37. Vid. la acertada observación que le hace GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada*, cit., pág. 291, nota 63.

tración de la potestad de acción que le hubiese sido conferida. El respeto de todos estos límites constituiría, en el pensamiento de ALESSI, la condición necesaria de la legalidad de la actividad administrativa (el autor italiano hablaba, en este caso, de legitimidad en sentido amplio o conformidad a la ley)<sup>165</sup>. Añadía nuestro autor que la posición de la Administración respecto de la ley, en el caso en que esta determinase sólo de manera imprecisa o general el interés público apto a legitimar el uso de la potestad de acción otorgada, podría revestir dos formas principales: la de una adherencia aproximativa o imperfecta a la ley o la de una adherencia perfecta, precisa y capilar a la misma. La legalidad, por supuesto, se referiría, en su sentido más estricto, a esta última, pero sucede que muchas veces, apuntaba ALESSI, ante la imposibilidad de una determinación concreta del interés público por la multiplicidad de situaciones que se pueden dar en la realidad, la ley se ve obligada a una determinación imperfecta o aproximativa del mismo y lo hace mediante la indicación de un mínimo de interés público, cuya existencia serviría, cuanto menos, para justificar la actividad de la Administración y permitir, al mismo tiempo, el control jurisdiccional. A esta adherencia aproximativa a la ley mediante la existencia de un mínimo interés público la denominaba ALESSI legitimidad en sentido estricto que contraponía al concepto de *mérito*, referido ya a la apreciación concreta de lo que sería el interés público suficiente según un criterio de oportunidad y conveniencia de la actuación administrativa<sup>166</sup>.

A partir de estos presupuestos ALESSI consideró al reglamento como manifestación de una potestad primaria que era a la vez una po-

---

165 *Principi di Diritto amministrativo*, I, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1978, págs. 228 y ss. Vid. también A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, 12ª ed., Jovene, Nápoles, 1974, pág. 395.

166 Op. cit., págs 239-244.

testad derivada, en la medida en que debería fundamentarse en una atribución de potestad normativa contenida, explícita o implícitamente, en la Constitución o en una ley formal<sup>167</sup>. Para los reglamentos –afirmaba nuestro autor<sup>168</sup>– rige una exigencia de conformidad a la ley, cuyo respeto constituye condición necesaria para la validez del reglamento mismo.

En una posición más rotunda sobre el alcance de la reserva legislativa habría de incluirse, también en esta misma época, a LORENZA CARLASSARE que, al estudiar el principio de legalidad en el Ordenamiento italiano, afirmaba que se debería tender a una consideración de las relaciones entre ley y actividad administrativa que no fuese de carácter exterior y formal, sino que implicase una vinculación más íntima y penetrante<sup>169</sup>. Esta vinculación más íntima y penetrante no quedaría satisfecha para la autora italiana si la ley se limitase a una mera atribución o habilitación formal de potestad a favor de la Administración, sino que habría de tratarse de una habilitación legal que contuviese, al mismo tiempo, una regulación material. En efecto, según CARLASSARE, la cláusula general de competencia (o principio de accionabilidad) contenida en el artículo 113 de la Constitución italiana implicaría, de manera necesaria, desde la óptica del alcance del principio de legalidad, el que las leyes no deberían limitarse a atribuir, simplemente, potestades al Ejecutivo sin disciplinar o predeterminar su contenido, pues ello equivaldría a sustraerlas a todo control en cuanto desaparecería la posibilidad de la comparación o mensurabilidad (*raffrontabilità*) de la actuación

---

167 Op. cit., págs. 456-457

168 Op. cit., pág. 459

169 *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padua, 1966, pág. 149, donde cita significativamente a ZANOBINI.

administrativa con la ley y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar la norma constitucional que consagra el principio de accionabilidad de las pretensiones de los ciudadanos. Precisamente –subrayaba nuestra autora-<sup>170</sup> a la luz de este principio “se revela claramente el contenido y valor del principio de legalidad que no puede ser ya entendido en sentido puramente formal, como necesidad de la sola “base legal” a los poderes de la Administración, satisfecha, por tanto, con la existencia de una norma meramente atributiva, sino que, para estar en armonía con la Constitución, o mejor para no estar en contradicción con ella, requiere la emanación de leyes que contengan también la disciplina sustancial de la materia atribuida al Ejecutivo”<sup>171</sup>. Así pues, y siempre según CARLASSARE<sup>172</sup>, la ley estaría constitucionalmente vinculada a tener un determinado contenido material, esto es, a disciplinar también de manera sustancial la materia en relación con la cual atribuye potestades a la Administración, con la consecuencia de que, desde el punto de vista constitucional, sería ilegítima la emanación de una ley que se limitase a una mera atribución de potestad, sin establecer, al mismo tiempo, la disciplina de la misma. “*Amministrazione in base alla legge* –escribía la autora italiana<sup>173</sup>– *non significa piú necessità della mera esistenza*

---

170 Op. cit., págs. 152-154.

171 Op. cit., pág. 154. Una interpretación distinta del artículo 113 de la Constitución italiana consistente en reducirlo a la prohibición de la existencia de actos administrativos exentos de control sería –según CARLASSARE– inadmisibles, ya que aparecería como completamente formalista y destinada a privar de valor y significado a la norma constitucional.

172 Op. cit., pág. 159.

173 Op. cit., pág. 160. Ha de señalarse que la autora aplica las consideraciones transcritas en el texto tanto a los actos como a los reglamentos administrativos; también, en este último caso, la ley debería contener el marco donde habría de desenvolverse la potestad normativa de la Administración y no debería reducirse a una mera atribución de dicha potestad, sin el establecimiento de límites sustanciales. En las modernas democracias parlamentarias se trataría, además, de impedir que,

*di un titolo legislativo per il legittimo esercizio di una competenza, ma sostanziale conformità dell'amministrazione alla legge”.*

Una consideración tan estricta del principio de legalidad como la expuesta hasta aquí no fue, con todo, aceptada por una parte importante de la misma doctrina italiana de la época. M. S. GIANNINI, por ejemplo, afirmó que el alcance de dicho principio era mucho menor del que le había adjudicado la doctrina descrita, reduciéndolo a la actuación administrativa que incidiese, con efecto de extinción o limitación, en una situación subjetiva del particular. El principio de legalidad, más que una regla del contenido de la actividad administrativa, sería una regla del límite de la misma que se insertaría, según el maestro italiano, en la dialéctica libertad-autoridad. Allí donde la actividad administrativa no expresase tal momento dialéctico, el principio, afirmaba GIANNINI, no tendría razón de ser aplicado<sup>174</sup>. Era, en definitiva, como ya sabemos, la opinión tradicional sobre el alcance de la reserva legal, limitada a la actuación administrativa que incidiese de forma gravosa sobre los derechos de los particulares. En este mismo sentido se pronunció también F. SATTA que, criticando la interpretación del principio de legalidad como aquel que impone a la Administración la necesidad de ser gobernada por la ley para poder actuar, afirmó que tal interpretación no se correspondía con el Derecho positivo italiano<sup>175</sup>. Según este autor sólo sería necesaria una ley cuando la Constitución así lo estableciese de ma-

---

dada la favorable disposición de la mayoría parlamentaria respecto del Ejecutivo, vengan atribuidos a este poderes demasiado amplios con el fin de hacer más ágil la consecución de las finalidades políticas de aquella. Cfr. págs. 168-172.

174 *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1970, págs. 81-83, 539-541. Vid. también y posteriormente, S. CASSESE, *Le basi del Diritto Amministrativo*, Scientifica Einaudi, Turín, 1991, págs. 339 y ss.

175 *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padua, 1969, págs. 238 y ss.

nera expresa, esto es, en los casos incluidos en la llamada reserva de ley. En los restantes casos, la acción de la Administración debería responder sólo a la exigencia fundamental de desarrollarse bajo el doble criterio de lo óptimo y de la publicidad. Cualquier norma, señalaba SATTA, es suficiente para hacer pública, cognoscible, la acción administrativa y dicha norma puede tener cualquier origen en el sentido de que puede provenir del Parlamento en forma de ley, de la costumbre, de la praxis o de la propia Administración<sup>176</sup>. En definitiva, para nuestro autor, el principio de legalidad, en su formulación más rigurosa, no serviría, en modo alguno, para describir la compleja relación entre la Administración y la ley, sino que, por el contrario, su virtualidad se limitaría a ser principio disciplinante de los actos administrativos autoritarios que incidiesen en las situaciones jurídicas subjetivas y, en esta medida, se resolvería en el principio de tutela contra todo acto lesivo de la Administración, sancionado por la cláusula general del citado artículo 113 de la Constitución italiana.<sup>177</sup>

En lo que respecta, por último, a la doctrina española puede constatar que hasta tiempos relativamente recientes que llegan hasta mediados del pasado siglo, en concreto hasta la Ley Jurisdiccional de 1956, era prácticamente unánime la consideración de la legalidad como simple límite externo al libre actuar administrativo, que se desarrollaría en un espacio discrecional entendido como “espacio libre de ley” y en

---

176 Op. cit., pág. 243, el autor intenta demostrar no sólo que una exigencia general de habilitación legislativa es ajena al Derecho positivo, sino también que dicha habilitación tampoco podría derivarse de una costumbre constitucional ni de una interpretación sistemática de la propia Constitución (vid. págs. 244 y ss.).

177 Op. cit., pág. 11. El autor realiza, pues, una interpretación distinta a la de CARLASSARE sobre el significado del artículo 113 de la Constitución italiana para el principio de legalidad (págs. 12 y ss.).

el que la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES de 1888 excluyó, como es conocido, todo tipo de control judicial en la medida en que los Tribunales sólo podían juzgar en base a la legalidad y desde ella. El mismo SANTAMARÍA DE PAREDES afirmaba que la que él denominaba potestad de mando de la Administración debería estimarse, por regla general, como discrecional, esto es, como absolutamente libre, mientras no apareciese limitada expresamente<sup>178</sup>. FERNÁNDEZ DE VELASCO, por su parte, consideraba a la discrecionalidad como una excepción al principio de la sumisión de la Administración a la ley; “sólo que esta excepción –escribía<sup>179</sup>– se convierte en principio general, que se enuncia: La Administración obra discrecionalmente mientras una ley no se lo prohíba”.

Fue, entre nosotros, BALLBÉ el primero que operó un cambio radical en la consideración de la relación entre la Administración y el Derecho al criticar la idea dominante que consideraba a este último como un mero límite exterior a la actividad de aquella<sup>180</sup>. El Derecho, para este autor, no limitaba, sino que, por el contrario, condicionaba y determinaba toda la actuación de la Administración. Era en él claramente

---

178 *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 68; vid. también págs. 831-832. POSADA, sin embargo, escribía: “lo que no parecen demasiado afortunadas son las definiciones legales de las facultades regladas, y menos aún la de la potestad discrecional. De un lado, queda ya dicho que la actividad discrecional más extremada, implica normas y ha de suponer sumisión a un régimen jurídico de garantías ... “ *Tratado*, cit., pág. 264, con todo, en pág. 251, al contraponer la potestad discrecional a la reglada, definía a esta última como “aquella manifestación de la actividad ejecutivo-administrativa sometida a normas previamente formuladas”.

179 *Resumen de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 128. En ese espacio libre de ley la Administración podría autolimitarse dictando reglamentos (aquí está presente también en este autor, pág. 129, la idea de la discrecionalidad como fundamento de la potestad reglamentaria independiente). Cfr. antes nota 124.

180 *Voz Derecho administrativo*, Nueva enciclopedia Jurídica Seix, I, 1950, págs. 63 y ss.

comprobable la influencia de MERKL (al que, por lo demás, citaba en varias ocasiones) cuando afirmaba que ya que “solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación de la Administración permite poner en relación, referir a la Administración determinados actos de la actividad humana, se desprende que el órgano y, en fin de cuentas, la Administración, puede hacer solamente lo que el Derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia”<sup>181</sup>. Esta misma línea de argumentación fue posteriormente desarrollada con brillantez por GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>182</sup> para el que el principio de legalidad operaría como la cobertura legal de toda la actuación administrativa y esta cobertura se realizaría a través de un mecanismo técnico preciso que sería la atribución de potestades concretas de actuación a la Administración. La ley (y por supuesto también el reglamento, dentro, naturalmente, de los límites propios de la potestad reglamentaria) atribuiría potestades a la Administración (atribución que podría ser expresa o sólo implícita, específica o genérica, con o sin determinación de las condiciones de ejercicio) para que ésta pudiese actuar y es por ello por lo que, al margen de ella, no podría existir discrecionalidad, como había venido afirmando la doctrina tradicional, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad suponía, pues, para el maestro español, una atribución positiva de una potestad de tal carácter por el Ordenamiento jurídico<sup>183</sup> “Toda acción administrativa –ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA– se nos presenta así como ejercicio

---

181 Op. cit., pág. 63. Allí se afirma, como había hecho MERKL, que el Derecho no es sólo *conditio sine qua non*, sino también *conditio per quam* de la Administración.

182 *Curso de Derecho administrativo* (en colaboración con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), I, 15ª ed., Cívitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2011, pág. 465 y en general, págs. 455 y ss. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., págs. 286 y ss.

183 *Legislación delegada*, cit., pág. 290.

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, simplemente”<sup>184</sup>. En todo caso el maestro español ha advertido también que cuando el reglamento aborde cuestiones que afecten a los derechos y libertades de los ciudadanos o implique para estos la imposición de obligaciones o deberes no bastaría con invocar la genérica potestad reglamentaria atribuida por la Constitución, sino que sería necesaria, en cada supuesto, una habilitación específica de la ley<sup>185</sup>. Fuera de estos casos, sin embargo, tampoco existiría una total libertad de disposición reglamentaria por parte de la Administración, ya que un reglamento independiente de la ley únicamente cubriría –en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>186</sup>– en el ámbito de las materias organizativas, esto es, en el ámbito interno administrativo. Esta conclusión era prácticamente obligada por la coherente y estricta aplicación que el autor llevaba a cabo del principio de vinculación positiva a las relaciones entre ley y Administración.

Como en los demás países europeos hubo también entre nosotros posiciones flexibilizadoras de un entendimiento estricto de la relación entre la ley y la Administración. GARRIDO FALLA afirmó, en este sentido, que, en defecto de ley expresa, la Administración estaría también habilitada para actuar, salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo<sup>187</sup>. En consecuencia –según GARRIDO<sup>188</sup>– la Ad-

---

184 *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 465.

185 *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 216, 260.

186 *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 225.

187 *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, págs. 173-174, nota 41.

188 *Tratado de Derecho Administrativo*, vol., I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, págs. 272, 274. El artículo 97 de la Constitución consagra, afirmaba GARRIDO, la

ministración podría dictar disposiciones sin necesidad de expresa habilitación legislativa, respetando, claro está, los principios de reserva y primacía de ley. Frente a la tesis de una estricta vinculación positiva de la Administración a la ley propugnaba nuestro autor lo que él mismo denominaba una “solución ecléctica”<sup>189</sup>, según la cual, al lado de una función de ejecución de la ley, habría de reconocerse a la Administración, en su actividad de satisfacción del interés público, el “necesario poder de iniciativa”. En este sentido señalaba GARRIDO<sup>190</sup> que la posición jurídica general que la Administración ocupa en el Estado moderno justifica el que sea posible mantener la licitud de la iniciativa administrativa incluso en ausencia de ley expresa de habilitación, salvo en las materia protegidas por la reserva de ley o ya reguladas por la misma. En definitiva, las exigencias del principio del Estado social y el expreso reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria avalarían la existencia de una potestad normativa independiente de la ley en manos de la Administración<sup>191</sup>.

En todo caso, fue GALLEGO ANABITARTE el que de forma más terminante rechazó los planteamientos de la que hemos llamado doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley<sup>192</sup>; este autor afirmaba que el principio de legalidad, considerado sólo como límite de la acción administrativa, habría sido oscurecido por la doctrina con su exigencia de someter la totalidad de aquella a la ley del Parlamento y ello en base a una recepción total de los presupuestos kelsenianos y

---

potestad del Gobierno para dictar reglamentos independientes, es decir, sin necesidad de previa habilitación legal expresa.

189 *Tratado de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 207 y nota 32.

190 *Tratado de Derecho Administrativo*, II, cit., pág. 174, nota 41.

191 *Tratado de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 203, nota 24.

192 *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, cit., págs. 64-66.

a una comprensión amplia de la legalidad identificada a la totalidad del Ordenamiento jurídico. Para GALLEGO, por el contrario, el sentido primario del principio de legalidad era el de que la Administración no podría violar las leyes parlamentarias que regulasen determinadas materias de forma exclusiva. Teórica y políticamente, concluía<sup>193</sup>, “es necesario volver al principio de legalidad como prohibición a la Administración de violar las leyes”. También A. NIETO, en esta misma línea, hizo notar que la llamada vinculación positiva de la Administración a la ley no era otra cosa que una traspolación al Derecho Administrativo de la “tipificación” del Derecho Penal, lo que podría llevar a una “magnificación fetichista de la ley”. “En el fondo –afirmaba NIETO<sup>194</sup>– la Administración se mueve entre dos coordenadas precisas: por un lado, las prohibiciones y por otro las órdenes. Entre ambos extremos se encuentra un campo inmenso en el que la Administración concreta libremente las operaciones de su quehacer cotidiano, sin preocuparse de si están tipificadas, o no, expresamente por una norma, y sin otro criterio que el de la adecuación a un fin público genérico”. Subrayaba nuestro autor que, en este sentido, la posición de la Administración era muy similar a la de los particulares. De otro lado, NIETO<sup>195</sup> criticaba también a la doctrina de la vinculación positiva por su literalismo, esto es, por su exigencia de una habilitación legal expresa en una norma determinada, olvidándose del enorme repertorio de posibilidades que ofrece el Ordenamiento jurídico en su conjunto, especialmente en el capítulo de los fines.

---

193 Op. cit., págs. 65-66.

194 *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, cit., pág. 246.

195 Op. cit., págs. 246-247.

En definitiva puede concluirse que la reflexión teórica sobre las complejas relaciones entre ley y Administración ha estado, como se ha podido comprobar, en el centro mismo de la evolución del Derecho público contemporáneo desde el momento mismo de su nacimiento en el período revolucionario. Una reflexión que, como ya apuntaba en las líneas introductorias de este estudio, continúa en nuestros días abierta y que, a pesar de la existencia de numerosas e interesantes propuestas, no ha llegado todavía a resultados que puedan ser calificados de definitivos, sea cual sea el Ordenamiento jurídico que tomemos como referencia de entre los de los principales países europeos. Por todo ello me ha parecido oportuno, para obtener una visión más completa de esta problemática, referirme, como colofón de estas reflexiones, a algunas cuestiones sobre la relación ley-Administración que me parecen relevantes y que están todavía, hoy en día, abiertas al debate. Debate que, por supuesto, es tributario de la gran aportación dogmática del pasado que, a pesar de sus muchos matices y contextos, he intentado resumir apretadamente en las páginas anteriores y que debe constituir un punto de partida ineludible para nuevos planteamientos y para la búsqueda de nuevas soluciones adaptadas a la realidad constitucional y social del presente.

Las cuestiones actuales, a las que dedicaré a continuación mi atención, se refieren, en primer lugar, y como cuestión previa, a la llamada “crisis de la ley”; en segundo lugar, a los nuevos enfoques de la reserva de ley y del principio de primacía legal y, en tercer y último lugar, a la posición de la Administración en ausencia de ley, con una necesaria referencia al caso específico de las normas municipales.



## CAPÍTULO CUARTO. UNA REFERENCIA FINAL A ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES RELEVANTES PARA LA RELACIÓN LEY-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

**A.– Una reflexión previa sobre las denominadas “crisis” de la ley. Crisis de su posición ordinamental: los factores desencadenantes. Crisis de su contenido: el debate sobre la generalidad de la ley; contenido de la ley y cláusulas generales. Crisis de la unidad de la ley en los Ordenamientos complejos. Conclusión.**

En todo análisis de la problemática sobre las relaciones entre la ley y la Administración es necesario hacer mención, siquiera brevemente, y con carácter de reflexión previa, a un tema del que se ha venido hablando en los últimos años y que viene siendo descrito convencionalmente, quizás, en mi opinión, con algo de exageración, con la expresión de “crisis de la ley”<sup>196</sup>. Sin entrar a valorar ahora lo afortunado de dicha expresión, se trataría, en definitiva, de reflexionar, a los efectos aquí perseguidos, sobre algunas cuestiones referentes a la evolución

---

<sup>196</sup> Expresión tempranamente utilizada entre nosotros por M. GARCÍA PELAYO, *Constitución y Derecho Constitucional*, Revista de Estudios Políticos, 37, 1948, págs. 53 y ss. Vid. en la actualidad una descripción completa y rigurosa de las crisis de la ley en G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005, págs. 21-22, 155-202 y 205 y ss.

y al nuevo significado que, en las circunstancias actuales, ha venido adoptando instrumento legislativo dentro del sistema jurídico. En este sentido habría que entender que algún autor<sup>197</sup> se haya referido actualmente a la necesidad de una “reinención de la ley” o que, en términos más generales, se hayan planteado posibles vías de recomposición de su papel en el conjunto del Ordenamiento.

Es, en todo caso, un hecho incuestionable que la crisis del positivismo jurídico alumbrado por la Revolución Francesa trajo como consecuencia la modificación de la posición que venía detentando la ley en el Ordenamiento jurídico, poniendo en entredicho su centralidad en el mismo (legicentrismo). Esta sería, precisamente, la primera modificación o “crisis” sufrida por la ley en la situación actual. A ella habrían de añadirse también otras modificaciones o “crisis” que han afectado a su contenido y a su papel dentro del entramado estatal. A ello me referiré, de la forma más sucinta posible, en las líneas que siguen.

La tradicional posición central de la ley en el Ordenamiento como instrumento indispensable de protección de la libertad y del correcto funcionamiento del Estado se ha visto afectada o modificada, después de la Segunda Guerra Mundial, por dos factores que han incidido de forma decisiva sobre la misma.

El primer factor lo constituyó el reconocimiento de un valor supra-legal o supremo a los textos constitucionales, convirtiéndolos en canon de validez y criterio de interpretación y aplicación de las leyes. Las experiencias totalitarias del pasado siglo habían demostrado que la misma ley que, en tiempos de la Revolución Francesa, había nacido, como

---

197 F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, págs. 160 y ss., 166-167, 219 y ss.

hemos visto, como garantía de la libertad y de los derechos individuales, se podría convertir también, desligada de la justicia y rota su vinculación con la racionalidad, en un enemigo mortal de aquella, perdiendo toda su legitimidad<sup>198</sup>. Precisamente frente a la posibilidad de esa ley amenazadora para la libertad (LEIBHOLZ), de esa ley organizadora de lo antijurídico (WIEACKER), causante de una verdadera perversión del Ordenamiento (VON HIPPEL)<sup>199</sup>, se alzó la construcción de una norma suprema, la norma constitucional, como norma directamente aplicable garantizadora de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la estructura democrática del Estado, basada en un orden de valores materiales de justicia y reforzada en su vigencia por la recepción en la Europa de la posguerra de un sistema de justicia constitucional (ya anunciado en los precedentes ilustres de la Constitución alemana de Weimar de 1919 y, sobre todo, en la kelseniana Constitución austriaca de 1920). La tradicional preeminencia revolucionaria de la ley, su superioridad irresistible y absoluta, se vio así disminuida, abriéndose la posibilidad, impensable desde los presupuestos de la Revolución Francesa, de que pudiese ser enjuiciada y, en su caso, anulada por un Tribunal en un juicio de constitucionalidad de carácter concentrado y abstracto<sup>200</sup>. Se

---

198 Cfr. las interesantes reflexiones de G. ZAGREBELSKY, *La Ley, el Derecho y la Constitución*, Revista Española de Derecho Constitucional, 72, 2004, págs. 22 y ss. Vid. también G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, cit., págs. 162 y ss., con un análisis de las tesis schmittianas.

199 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, 1959, págs. 155-156; *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit., págs. 195-196, con las referencias de los autores citados en el texto.

200 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit., págs. 39-43; también *El Derecho, la Ley y el Juez*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997, págs. 47-48.

produjo, en definitiva, lo que un prestigioso autor español ha denominado actualmente la “constitucionalización de la legalidad”, esto es, el paso de un “Estado legal” a un “Estado constitucional de Derecho”, cuya máxima traducción normativa encontró acogida entre nosotros en la regla del artículo 9-1º de la Constitución de 1978<sup>201</sup>.

El segundo factor que ha afectado a la posición de centralidad de la ley o, si se prefiere, a su primacía en el sistema jurídico, ha sido, como es conocido, la directa incidencia en el mismo del Ordenamiento europeo, cuyas normas reciben aplicación en el ámbito estatal interno, reconociéndoseles la misma fuerza que a las leyes o, incluso, que a la Constitución misma. A todo ello, además, habrían de añadirse las normas de carácter universal, derivadas de la globalización de la economía, que se integran, directa o indirectamente, en el Ordenamiento estatal interno, afectando así a la posición de la ley dentro del mismo<sup>202</sup>.

En suma, la idea de la Constitución como norma jurídica suprema de aplicación directa y la incidencia de los Ordenamientos supraestatales, particularmente del Ordenamiento europeo, han sido los factores que han contribuido, de manera decisiva, a desplazar la preeminente y absoluta centralidad que, cómo ya hemos tenido ocasión de comprobar, los revolucionarios de 1789 habían atribuido a la ley y que con posterioridad encontró su mejor traducción en el proceso codificador que se desarrolló a lo largo del siglo XIX.

Si los dos factores mencionados condicionaron o modificaron la posición ordinamental de la ley, conviene advertir, sin embargo, que el

---

201 S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., págs. 408-410; también voz “*Principio de legalidad*”, en el *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 1940-1941.

202 Sobre estas cuestiones, vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., págs. 459 y ss.

papel central de la ley había sido ya puesto en cuestión con anterioridad en el profundo debate crítico que sobre el positivismo jurídico o legalista se llevó a cabo a finales del siglo XIX y principios del XX y que giró, fundamentalmente, como es sabido, sobre el alcance del proceso interpretativo de las normas, y en el que, frente a un mero mecanismo de subsunción de la regla legal efectuado por el juez, se propugnó también la inclusión en el mismo de criterios valorativos de orden material, subrayándose el peso de los fines e intereses en la aplicación del Derecho. No trato ahora, por supuesto, de abordar aquí dicho debate<sup>203</sup>, sino, más simplemente, de subrayar que la ruptura con un estrecho positivismo legalista por la consagración constitucional y jurisprudencial de la técnica de los principios generales del Derecho, aplicable a la solución de los problemas jurídicos concretos, ha contribuido también, como los dos factores antes mencionados, a relativizar la superioridad absoluta e irresistible de la ley y, en este sentido, a modificar su exclusiva centralidad en el Ordenamiento jurídico<sup>204</sup>.

Ha de quedar bien claro, en todo caso, que estas consideraciones no ponen en entredicho el papel absolutamente insustituible de la ley como principal expresión del principio democrático, como tampoco el que la utilización en su interpretación de los principios generales del Derecho (entendidos como principios institucionales) pueda suponer el abandono de la positividad del Derecho<sup>205</sup>. El papel de la ley continúa

---

203 Cfr. una descripción de las posiciones antiformalistas en G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, cit., págs. 155 y ss.

204 Sobre ello vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, 40, 1963, págs. 191 y ss.; también *El Derecho, la Ley y el Juez*, cit., págs. 45-46.

205 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones*, cit., pág. 211; *El Derecho*, cit., pág. 50; *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, 92, 1996, pág. 620.

siendo absolutamente esencial e indispensable para la configuración y garantía de las libertades ciudadanas, para la limitación del poder, para la seguridad y certeza del Derecho y, en general, para la ordenación política, social y económica de la sociedad<sup>206</sup>.

La denominada “crisis” de la ley no ha afectado solo a la centralidad de su posición en el Ordenamiento jurídico en los términos que se acaban de exponer, sino que ha incidido también sobre el contenido tradicional que, desde los tiempos de la Revolución, se consideraba propio de ella: su carácter de norma general que aseguraría, en cuanto tal, su imparcialidad y su estabilidad. En efecto, la consideración de la Constitución como norma jurídicamente vinculante trajo también como consecuencia el que la ley pudiese tener cualquier contenido, general o singular, siempre, claro está, que ello no supusiese una violación del principio de igualdad. La opinión más extendida en los países con Constituciones semejantes a la nuestra ha sido, en todo caso, la de que la generalidad de la ley ha dejado de ser una exigencia constitucional<sup>207</sup>, sin perjuicio de que haya de encontrarse una justificación específica, sobre todo desde la óptica de la igualdad, para las leyes singulares, cuya existencia, por lo demás, viene justificada, en la mayoría de los casos, por las necesidades derivadas de la realización de un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido se ha advertido oportunamente que el Estado social y democrático de Derecho influye en la estructura de la ley y, en particular, en un elemento tradicional de esa estructura

---

206 Vid. F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley*, cit., págs. 160-166.

207 “En la Constitución Española –afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre (RUMASA II)– no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a la Leyes” (FJ 11), aunque reconocía, a la vez, la naturaleza excepcional de las leyes singulares.

que es la generalidad de su contenido<sup>208</sup>. Las necesarias intervenciones estatales para alcanzar unas finalidades concretas en determinadas situaciones económicas y sociales o para resolver un problema concreto y singular se han venido vehiculando, precisamente, a través de las llamadas por la doctrina alemana “leyes-medida” (*Maßnahmegesetze* en la conocida expresión de E. FORSTHOFF<sup>209</sup>, inspirada en la distinción schmittiana entre ley y medida), caracterizadas por su contingencia y provisionalidad, cuya proliferación correspondería a lo que MORTATI describió ya a finales de los años sesenta del pasado siglo como *lo sprito dei tempi*<sup>210</sup>. Si, por otra parte, la “estabilidad de la ley” estuvo vinculada tradicionalmente a su generalidad, en la actualidad, por virtud de la utilización cada vez mas frecuente de leyes-medida como medio importantísimo de configuración político-social, dicha estabilidad se ha visto, realmente, muy afectada.

En todo caso, la extensión del contenido de las leyes a la regulación de casos singulares, su utilización como instrumento del interven-

---

208 J. A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes singulares en el Ordenamiento constitucional español*, Cívitas, Madrid, 1994, pág. 88, y en general págs. 80 y ss. Ya I. DE OTTO, *Derecho constitucional*, cit., pág. 165, había observado que “la generalidad de la ley, un concepto olvidado en el siglo XIX, renace súbitamente en la dogmática jurídica más conservadora cuando las transformaciones sociales desencadenadas por la guerra convierten a los Parlamentos en escenario de la lucha política democrática”.

209 *Über Maßnahme-Gesetze*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. JELLINEK*. G. Olzog Verlag, München, 1955, págs. 221 y ss.

210 C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffè, Milano, 1968, pág. VI. Sobre la evolución doctrinal de las leyes-medida vid., entre nosotros, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit., I, págs. 370-373, II, págs. 570 y 890. Vid. también E. GARCIA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad*, cit., págs. 50-52. J. A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes singulares*, cit., págs. 98-101. G. MARCILLA CORDOBA, *Racionalidad legislativa*, cit., págs. 180-181.

cionismo estatal en los sectores económicos y sociales, si son hoy en día admisibles constitucionalmente y justificables a partir de las nuevas circunstancias actuales, lo cierto es que han alejado a la ley de su modelo clásico, inicial, basado en la generalidad y la abstracción y la han acercado a lo que, en dicho modelo, sería, más bien propio de la función ejecutiva de la Administración desde un entendimiento correcto del principio de la separación de los poderes estatales. El que dicho principio pueda verse afectado, a la par que el de la tutela judicial efectiva, explica, precisamente, esa necesidad, a la que me refería hace un momento, de justificación adicional, dentro de cierta flexibilidad, que se impondría al legislador a la hora de utilizar, de manera singular, el instrumento legislativo.

Estas consideraciones han movido, precisamente, a una parte de la doctrina jurídico-pública actual a promover un reforzamiento del criterio de la generalidad como criterio esencial y ordinario de la ley, tildando, incluso, de verdadera “anomalía”, por el carácter singular de sus disposiciones, el supuesto de una actividad administrativa realizada a través del instrumento legislativo<sup>211</sup>. Ha sido, entre nosotros, RUBIO LLORENTE<sup>212</sup> el que, con brillantes argumentos, ha defendido el que la generalidad y la abstracción volviesen a ser las características típicas,

---

211 Vid. recientemente S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, págs. 279 y ss., en concreto pág. 283. G. U. RESCIGNO, por su parte, ha afirmado que la ley estará más cercana del principio de legalidad cuanto más general y abstracta sea. *Sul principio di legalità*, *Diritto Pubblico*, 2, 1995, págs. 264-265.

212 *El principio de legalidad*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, especialmente págs. 30 y ss.; también *Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)*, hoy en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, especialmente págs. 324 y ss.

o, si se quiere, la estructura necesaria de la ley, proponiendo la construcción, con base en ellas, de un concepto material de la misma. Desde esta perspectiva, y según RUBIO, no serían conceptual o materialmente leyes, por carecer de la obligadas notas de la generalidad y la abstracción, las decisiones singulares tomadas por el legislador que incidiesen en los derechos y deberes de los ciudadanos<sup>213</sup>. Nuestro autor es consciente, sin embargo, que, en el Estado social de hoy en día, la necesidad de intervenciones estatales activas en el mundo económico y social y la regulación de los derechos de prestación hace imposible legislar siempre en términos de absoluta generalidad. Pero, para RUBIO, si la generalidad absoluta puede romperse en atención a situaciones reales y concretas, dichas situaciones deben venir, en todo caso, definidas por el legislador en términos abstractos<sup>214</sup>.

Las tesis de RUBIO fueron contestadas, con idéntica brillantez y con sólidos argumentos, por I. DE OTTO<sup>215</sup> que consideró absolutamente innecesario construir un concepto material de la ley, desconocido, por lo demás, en nuestra Constitución, la cual parte, por el contrario, de una concepción formal de la misma. Es la Constitución –afirmaba DE OTTO– la que limita el contenido de las leyes en unos supuestos o les impone una cierta estructura en otros<sup>216</sup>. En efecto, en muchas ocasiones, la Constitución impone al legislador la obligación de llevar a cabo, por si mismo, la regulación de una materia, pero, en otros casos,

---

213 *El principio de legalidad*, cit., pág. 33

214 *El principio de legalidad*, cit., págs. 38 y 41.

215 *Derecho Constitucional*, cit., págs. 166-168. Contra la justificación de la generalidad de la ley a partir del principio de igualdad vid., págs. 180-181.

216 En el mismo sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, pág. 356 que afirma que la doctrina de la ley material ha dejado de tener importancia en las Constituciones vigentes y que todos los autores y la jurisprudencia defienden una concepción formal de la ley.

se limita a prever la existencia de leyes que en modo alguno contienen una regulación material (por ejemplo, artículos 57-5º, 93 o 144, letra c). En definitiva, como ya ha quedado apuntado, no parece que la generalidad de la ley sea una exigencia derivada del texto constitucional, sin perjuicio de que la misma pueda venir considerada como el contenido o criterio normal de la misma o de que –como ha escrito LAPORTA<sup>217</sup>– el núcleo más importante y decisivo del Ordenamiento jurídico deba estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas.

Si el carácter general y abstracto de la ley es, en todo caso, más respetuoso con los principios derivados de la Constitución (división de poderes, tutela judicial efectiva), lo cierto es también que dicho carácter se ha tenido que apoyar, en muchas ocasiones, dada la complejidad de una realidad siempre cambiante, en la inclusión en el texto legal de cláusulas generales o de conceptos indeterminados, cuya amplitud ha dejado un extenso margen de actuación y decisión a la Administración. No se trata ahora de analizar aquí los innegables progresos que, al enfrentarse con este tipo de conceptos, la ciencia y la jurisprudencia jurídico-administrativas han proporcionado a la reducción de la discrecionalidad de la Administración o de admitir el, sin duda, importante papel que, para la consecución del interés público por parte de esta, cumple, en muchos casos, la utilización por las leyes de cláusulas o conceptos generales o indeterminados. Se trata, más bien, de subrayar simplemente la necesidad e inevitable frecuencia del fenómeno en una sociedad compleja de rápida evolución, tanto social como económica, y su importante papel en el desarrollo actual del Estado de Derecho<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> *El imperio de la ley*, cit., pág. 167.

<sup>218</sup> Cfr. recientemente, H. WISSMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*. Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008.

La evolución, o si se prefiere, la “huida” hacia las cláusulas generales, debe confrontarnos, en todo caso, con la cuestión de las necesarias limitaciones a las que dicho fenómeno habría de someterse con vistas a evitar un inconstitucional desequilibrio entre la ley y la Administración. A este respecto convendría recordar aquí dos aspectos de necesaria reflexión. El primero de ellos se referiría a la problemática utilización por las leyes de cláusulas generales en materias de reserva legal, ya que ello supondría una inadmisibles deslegalización de las mismas, tal como lo dejó, por lo demás, claramente advertido la Sentencia 83/1984, de 24 de julio (FJ 4º), de nuestro Tribunal Constitucional. El segundo aspecto, ya fuera del ámbito de las reservas legales, habría de apuntar a la necesidad de evitar normas en blanco, completamente abiertas, que entregarían, sin límite alguno, la totalidad de la decisión a la Administración, dotándola de un innecesario plus de legitimidad y trastocando la relación entre los poderes del Estado. Por ello –como se ha oportunamente advertido<sup>219</sup>– en la ley tendrían que fijarse con precisión, al menos, los fines y objetivos de la acción administrativa, los principios y valores dentro de los cuales ésta debería llevarse a cabo, los criterios materiales de ponderación para llegar a la decisión y, en su caso, los estándares mínimos y máximos a los que debería someterse. Solo así sería posible podría hablar de una verdadera dirección de la Administración por parte de las leyes, que no podrían limitarse a ser simples “*cadres souples de référence*”<sup>220</sup>. Por lo demás, el no cumplimiento de estas condiciones difícilmente podría sustituirse o compensarse con la previsión de un procedimiento en el que, en sede administrativa, se incrementase

---

219 L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 48

220 J. CHEVALLIER, *La dimension symbolique du principe de légalité*, *Revue de Droit Public*, 1, 1990, pág. 1667.

la colaboración de las organizaciones y ciudadanos afectados, pues ello, aun siendo muchas veces sin duda conveniente, no es siempre garantía segura de la consecución del interés general.

He de señalar, por último, que también la idea de la unidad o unicidad de la ley, propia de los Ordenamientos centralizados, ha entrado en crisis en aquellos Ordenamientos complejos en los que la potestad legislativa ha venido reconocida a entes políticamente descentralizados, lo que ha colaborado a una mayor “fragmentación de la legalidad”, por utilizar una afortunada expresión de MUÑOZ MACHADO<sup>221</sup>, y a que principios como el de reserva de ley se hayan visto sometidos al reparto de competencias entre los distintos legisladores territoriales y el legislador estatal<sup>222</sup>.

En suma, de esta rápida panorámica sobre las denominadas “crisis” de la ley lo que, en todo caso, podemos concluir es que dichas “crisis” se han traducido, esencialmente, en modificaciones de su posición en el Ordenamiento jurídico, de su contenido tradicional y de su carácter unitario, sin que estas modificaciones hayan supuesto, en definitiva, una mutación esencial del importantísimo papel que les incumbe como elementos imprescindibles para la ordenación de la convivencia social. En este sentido, sería, quizás, más adecuado hablar de las necesarias adaptaciones que ha de sufrir continuamente el instrumento legislativo para hacer frente, con mayor garantía de éxito, a las cambiantes y complejas circunstancias de la realidad social y económica de nuestros días, cuyo modelo de convivencia se encuentra ya, en muchos aspectos, muy

---

221 *Tratado*, cit., I, págs. 440, 450 y ss; II, pág. 575

222 Cfr. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, M. Pons-Institut d’Estudis Autònòmics-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid-Barcelona, 2001, especialmente págs. 37 y ss.

alejado de aquel que alumbró ese concepto basilar del Derecho contemporáneo que es la ley.

Este necesario proceso de permanente adaptación del instrumento legislativo justifica, de alguna forma, el que, tal como he ya adelantado, tenga también que referirme, siempre, claro está, de forma breve, a los nuevos enfoques o planteamientos que han afectado en la actualidad al principio de la reserva de ley y que, naturalmente, condicionan la relación entre la ley y la Administración. A ello dedicaré las líneas que siguen.

**B.– Sobre los nuevos enfoques de la reserva de ley. Justificación actual de las reservas de ley: las “reservas de Parlamento”. La continuación del debate tradicional sobre el alcance de la reserva de ley: la posibilidad de una reserva global con base en la fórmula libertad-propiedad y su crítica. La extensión de la reserva de ley: la doctrina de la esencialidad; las dificultades de determinación de lo esencial; la vinculación de lo esencial al texto constitucional.**

En la misma línea evolutiva que hemos visto a lo largo de estas páginas, la doctrina actual, a partir del principio democrático, continúa justificando la exigencia de reservas legales en la naturaleza del órgano titular de las mismas (el Parlamento) y en su procedimiento de actuación<sup>223</sup>. Lo dejó también claramente sentado nuestro Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 83/1984 cuando afirmó que “este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de

---

223 J. TORNOS y MAS, *El principio de legalidad en la doctrina jurídica española*, Diritto Pubblico, 1, 1995, pág. 71.

libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes...”. Sin embargo, dado el diferente alcance de las reservas de ley en los distintos sistemas constitucionales y, además, dada su dependencia de las concepciones dominantes sobre el Estado, se ha afirmado también que dichas reservas constituyen el “eterno problema” del Ordenamiento jurídico constitucional<sup>224</sup>. Problema, pues, como ya he tenido ocasión de advertir repetidamente, todavía abierto que no ha dejado de ser objeto hasta nuestros días de continuas y variadas reflexiones. En todo caso la tendencia general ha ido en la línea de acentuar fuertemente el contenido democrático del principio de reserva de ley, proponiéndose, en este sentido, la expresión “reserva de Parlamento” como más adecuada<sup>225</sup>. Desde esta perspectiva del principio democrático se pronunció también DE OTTO que habló, en este caso, de la existencia de un verdadero mandato constitucional sobre el procedimiento de elaboración de las normas sujetas a reserva, que habrían de aprobarse necesariamente con sujeción a los principios de publicidad y pluralidad propios del procedimiento legislativo. Apuntaba nuestro autor, muy agudamente, que ello suponía un cambio del criterio de interpretación de las reservas y de su construcción dogmática, pues “la reserva ya no implica solamente un límite de la potestad reglamentaria, a la que se sustrae la materia de que se trate, sino que significa también un límite para el propio legislador”, al que se le impone la obligación de regular la materia precisamente mediante ley<sup>226</sup>.

---

224 Asi F. OSSENBÜHL, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, en *Handbuch des Staatsrechts* (ed. ISENSEE-KIRCHHOF), cit., pág. 320

225 F. OSSENBÜHL, cit., pág. 332 y 335. Vid. también M. KLOEPFER, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, *Juristenzeitung*, 15/16, 1984, pág. 694.

226 I. DE OTTO, *Derecho Constitucional*, cit., págs. 153-154. Crítico con la idea de reserva, A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 59-60, para

He aquí el sentido de la “reserva de Parlamento” como reserva de regulación, a la que acabo de aludir.

Entre nosotros la discusión sobre la reserva de ley ha versado principalmente sobre la posibilidad de derivar del texto constitucional, por vía interpretativa, una reserva general sobre la libertad y la propiedad, como había propuesto en el pasado una doctrina a la que ya he tenido ocasión de referirme. Creo que existen razones de peso para la configuración de tal tipo de reserva global a partir de los artículos 53-1º (libertad) y 33-2º (propiedad) de nuestro texto constitucional, a los que habría de añadirse la declaración general del artículo 1-1º sobre el valor superior de la libertad<sup>227</sup>. Todo ello sin perjuicio de las numerosas reservas específicas que dicho texto contiene, las cuales, en muchos casos, podrían ser calificadas como “ejemplificaciones” de la citada reserva global. No fue esta, sin embargo, la opinión de DE OTTO<sup>228</sup> para el que la existencia en la Constitución española de un extenso y complejo sistema de reservas específicas haría difícil suponer la existencia de una reserva general no expresamente formulada.

En todo caso, es claro que el catálogo de reservas de ley de la Constitución española no se corresponde exclusivamente con la protección de la libertad y la propiedad, sino también con la idea de que los contenidos más relevantes del Ordenamiento, de que las decisiones que afecten de manera esencial a la ordenación de la sociedad, es algo que

---

el que nuestro Ordenamiento jurídico estaría regido por el “principio de precedencia de la ley” que anularía prácticamente la conveniencia y la utilidad de seguir hablando de “reserva”.

227 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., págs. 258-262; también, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español*, Revista Española de Derecho Administrativo, 59, 1988, pág. 334.

228 *Derecho Constitucional*, cit., págs. 155-156, 233-235.

debería ser patrimonio exclusivo del Parlamento. Estaríamos, incluso, ante un verdadero principio general de nuestra Constitución derivado del valor superior del pluralismo político y de la separación de los poderes estatales<sup>229</sup>. Naturalmente todo ello conllevaría una significativa extensión del contenido de la reserva de ley más allá de lo serían, en sentido estricto, injerencias en la libertad y en los derechos individuales.

Esta doctrina de la extensión o ampliación de la reserva legal, apoyada en el criterio de la esencialidad, fue una innovadora construcción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a partir de los años setenta del pasado siglo<sup>230</sup> que ha afectado, naturalmente, a la posición de la Administración respecto de la ley, esto es, a la legitimidad de las remisiones operadas por la ley en favor de la Administración y, por derivación, a los poderes discrecionales de esta.

La dificultad reside, sin embargo, en la determinación de lo esencial a efectos de su necesaria regulación por el Parlamento. La principal objeción formulada a la doctrina de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*, en la conocida denominación de Th. OPPERMANN<sup>231</sup>) ha consistido en que, en principio, abre la posibilidad de su aplicación a cualquier materia, con independencia de lo que haya previsto la propia

---

229 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., pág. 258. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., pág. 445.

230 Una descripción de dicha jurisprudencia, en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, cit., pág. 892. R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 77-80. A. EMBID IRUJO, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, *Revista de Administración Pública*, 115, 1988, págs. 412-415.

231 *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, *Verhandlungen des 51. DJT*, vol. 1, 1976, Gutachten C. S. C 49 Anm. 104.

Constitución y permite, además, un control jurisdiccional prácticamente sin límites<sup>232</sup>. Y es que, en este caso, podríamos estar también, en gran medida, sobre todo en supuestos no muy claros desde la óptica de su esencialidad, ante verdaderas decisiones u opciones políticas<sup>233</sup>. La propia jurisprudencia constitucional alemana, para evitar, precisamente, esta crítica, ha tratado de vincular lo esencial a la realización de los derechos fundamentales<sup>234</sup> y la doctrina, por su parte, ha intentado encontrar otros criterios adicionales<sup>235</sup>.

Lo cierto es que para hacer frente a la indeterminación de lo esencial es necesario, en mi opinión, partir, en nuestro caso, del propio texto constitucional, en el que, al lado de la citada reserva general sobre la libertad y la propiedad, se albergan, como ya he advertido, multitud de reservas especiales, referidas, en su mayor parte, a cuestiones de naturaleza política, social y económica. Es, precisamente, del conjunto de dichas reservas especiales del que ha de derivarse un criterio constitucional sobre la esencialidad y, por consiguiente, la necesidad de la intervención de la representación parlamentaria. En este sentido se ha afirmado, y con razón, que la reserva al legislador de todas las decisiones esenciales resulta, en nuestro sistema, de una determinación constitucional clara y expresa<sup>236</sup>.

---

232 En este sentido, M. KLOEPFER, *Der Vorbehalt*, cit., pág. 692.

233 Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, cit., pág. 893.

234 Vid. F. OSSENBÜHL, *Vorrang und Vorbehalt*, cit., pág. 339.

235 Así, por ejemplo, R. HERMES, *Der Bereich des Parlamentsgesetzes*, Duncker-Humblot, Berlin, 1988, pág. 138, afirmó que la reserva de ley vendría exigida cuando la regulación estatal necesitase de una particular legitimación. Cfr. también los criterios de lo esencial que enumera F. REIMER, *Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab*, en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Beck, München, 2006, págs. 570-571.

236 S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, pág. 903, en general págs. 893 y ss.

Si la esencialidad, con independencia del ámbito estricto de la libertad y la propiedad, se alberga también, como acabo de decir, en el conjunto de reservas especiales o parciales expresamente previstas en la Constitución, ello trae como lógica consecuencia la necesidad de que la ley incorpore un contenido mínimo regulador que enmarque y predetermine las decisiones que, con base en el mismo, haya de tomar posteriormente la Administración, definiendo, con la mayor claridad posible, los aspectos esenciales de la correspondiente materia que deban ser vinculantes para aquella. Cumpliéndose estas condiciones no habría inconveniente alguno en admitir, también en estos casos, una cierta flexibilización del principio de predeterminación legal de la acción administrativa, a la cual, por cierto, le quedaría, además, un amplio margen de iniciativa fuera del ámbito de lo esencial plasmado en las reservas parciales. Sobre alguna de estas cuestiones volveré más adelante.

**C.– Algunas consideraciones sobre la primacía de la ley. Los distintos aspectos del principio de primacía legal: primacía y ejecución administrativa de las leyes; primacía y prohibición de la divergencia administrativa. Primacía de la ley y posición constitucional de la Administración: la llamada “reserva de Administración” y su crítica.**

El principio básico y fundamental que preside las relaciones entre Ley y Administración (y su producto normativo que es el reglamento) es, sin perjuicio naturalmente de la suprallegalidad directa y efectiva de la Constitución, el principio de la primacía general y absoluta de la ley dentro de un sistema de jerarquía normativa que traduce la unidad de cada Ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución nos recuerda, precisamente, que la Administración pública ha de actuar “con sometimiento pleno a la ley” (artículo 103-1º), sin que frente a ella pueda existir es-

pacio alguno exento a su intervención. Muy oportunamente ha observado OSSENBÜHL<sup>237</sup> que el principio de primacía de la ley contiene un mandato y una prohibición que serían, algo así, como el aspecto positivo y negativo de dicho principio. El mandato estaría dirigido a la Administración (y a los Tribunales) para que lleven a cabo la aplicación y ejecución de la ley (*Anwendungsgebot*), lo que significa que la ejecución de las leyes no es algo a disposición de la Administración, a su libre voluntad de decisión, sino una verdadera obligación constitucional derivada, precisamente, de la primacía de aquellas. Afirmar lo contrario sería reconocer a la Administración un derecho de veto sobre la aplicación de las leyes. Estas consideraciones sobre este primer aspecto del principio de primacía de ley nos llevarían, por lo demás, al importante tema de la inactividad de la Administración en su vertiente concreta de inactividad administrativa reglamentaria o normativa, que ha sido ya tratado entre nosotros en profundidad<sup>238</sup> y que aquí solo puede quedar aludido. A este respecto ha de recordarse, en todo caso, que la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, precisamente en virtud del principio de primacía de las mismas, no puede revestir un carácter absolutamente discrecional en cuanto a la obligatoriedad de su ejercicio por parte de la Administración. A esta cuestión he tenido, por lo demás, ocasión de referirme anteriormente al abordar el análisis de las reflexiones teóricas sobre el significado y alcance de las cláusulas de remisión contenidas en las leyes. De lo que se trata ahora es de subrayar la vinculación de dichas cláusulas con el principio de primacía legal.

---

237 *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, cit., págs. 317-319. Vid. También Ch. GUSY, *Der Vorrang des Gesetzes*, Jus, 1983, pág. 191

238 Vid. por todos, M. GOMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2ª edición, Aranzadi, 2000, págs. 299 y ss., en concreto págs. 302-316 y 824 y ss.

El segundo aspecto del principio de primacía, al que aludía hace un momento, se concreta en la prohibición de la divergencia reglamentaria (*Abweichungsverbot*) respecto del contenido de las leyes. Estaríamos, en este caso, ante el principio de primacía entendido en su sentido estricto de límite para la actuación de la Administración, esto es, como manifestación de la superior jerarquía normativa de las leyes. Leyes que, por lo demás, en virtud de su primacía, pueden incorporar, sin restricción alguna, todo tipo de regulación sobre cualquier materia.

El principio de primacía de la leyes así entendido ha debido confrontarse, a partir del último tercio del siglo XX, y en base esencialmente a una doctrina de signo germánico, con la reivindicación o realce de la posición constitucional de la Administración, a la que sería obligado reconocer un fundamento democrático indiscutible y una especial aptitud para hacer frente a los problemas planteados por un contexto social y económico cada vez más complejo y variable. A ello se ha unido una interesante reflexión de esa misma doctrina sobre la denominada “autonomía” (*Eigenständigkeit*) de la Administración y la “responsabilidad” (*Verwaltungsverantwortung*) que le incumbe en la realización de los intereses públicos. Expedientes técnicos de descripción y reforzamiento de la posición de la Administración en cuyo análisis no puedo entrar ahora pues me llevaría muy lejos de la finalidad que persiguen estas líneas<sup>239</sup>. Baste apuntar aquí que a través de ellos se pretende superar la doctrina dominante sobre la discrecionalidad administrativa, a la que

---

239 Cfr. sobre ello, W. HOFFMANN-RIEM, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, en *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, I, cit. págs. 623 y ss. E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1998, págs. 154 y ss. y 174 y ss. R. STETTNER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, *Die öffentliche Verwaltung*, 15, 1984, pág. 614.

ya no se considera adecuada para una explicación suficiente o completa del nuevo papel de la Administración<sup>240</sup>. Explicación que, por cierto, tendría que ser, precisamente, según la dirección doctrinal citada, el objetivo de una “nueva ciencia del Derecho administrativo” que habría de poner en cuestión la centralidad que, hasta este momento, ha tenido en su sistemática la protección jurisdiccional del ciudadano, subrayando, con más decisión, la función primordial de la Administración en la solución de los problemas sociales<sup>241</sup>.

De lo que se trataría sería, en definitiva, de llegar al reconocimiento a la Administración de un ámbito sustantivo propio de actuación que, de alguna forma, podría cuestionar el alcance del principio de primacía de las leyes para intervenir libremente en cualquier ámbito material. Quizás sería oportuno recordar ahora, a este respecto, lo ya dicho sobre la llamada doctrina de la esencialidad en lo que tiene de limitación al contenido libre de las leyes.

Pues bien, en el contexto de las citadas reflexiones, y en la citada época, se abrió en la doctrina europea, y muy singularmente en la alemana, un interesante debate sobre la eventual existencia de una verdadera reserva constitucional a la Administración de determinados ámbitos de actuación (“reserva de Administración”, *Verwaltungsvorbehalt*), que traería como práctica consecuencia un paralelo debilitamiento o, incluso, la desaparición, en dichos ámbitos, de la primacía de las leyes. La cuestión, que ya gozaba de una cierta tradición doctrinal en

---

240 Vid., HOFFMANN-RIEM, cit., págs. 625 y 630.

241 HOFFMANN-RIEM, cit., págs. 627, 632, 635, 694-697. Vid. también, A. VOBKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, cit., págs. 2 y ss.; en concreto, págs. 20 y ss.

la doctrina germana<sup>242</sup>, fue objeto de debate en la reunión de 1984 de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público en la que, con ponencias de H. MAURER y F. E. SCHNAPP, se constató, sin embargo, la dificultad de construir, a partir del texto constitucional, una reserva de Administración<sup>243</sup>. Para el primero de los autores citados, únicamente una reserva a la Administración referida a la ejecución de las leyes podría tener una cierta base constitucional, lo cual presupondría, lógicamente, la existencia de leyes susceptibles de ser ejecutadas, esto es, de leyes generales y abstractas. La reserva, pues, sería, en principio, para el autor germano, incompatible con las de leyes de caso único no necesitadas de una decisión ejecutiva de la Administración<sup>244</sup>. Sin embargo, advertía MAURER<sup>245</sup>, ello no significa que hayan de excluirse, sin más, la existencia de este tipo de leyes, sino que, cuando no exista un especial motivo que las justifique, el legislador debería limitarse a la aprobación de leyes generales, dejando a la Administración su posterior ejecución. En todo caso, concluía nuestro autor, no existe ninguna necesidad, dado el carácter permanente y amplio de la actividad administrativa, de construir una reserva de Administración, en donde, por el contrario, el problema sería, más bien, el de la limitación jurídica

---

242 Cfr. E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht* (1914), hoy en *Autorität und Freiheit, Gesammelte Schriften*, I, Varlag O. Schwartz, Göttingen, pág. 98. En la actualidad, vid. la panorámica sobre los antecedentes que nos proporciona M. SCHRÖDER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, págs. 814-815.

243 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 43, de Gruyter, Berlin, 1985, págs. 135 y ss. y 172 y ss.

244 H. MAURER, *Veröffentlichungen*, cit., págs. 158 y 170. Vid. también *ivi* la intervención de BACHOF, págs. 217-128. M. SCHRÖDER, cit., pág. 821. Igualmente E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., pág. 180.

245 Op. cit. pág. 231. En la doctrina española vid., J. A. MONTILLA, *Las leyes singulares*, cit., págs. 185-186, 190-192.

de dicha actividad que el de la construcción de una reserva material<sup>246</sup>. SHNAPP, por su parte, llegaba a conclusiones semejantes, poniendo el acento en la libertad que, en todo caso, posee la Administración en el ámbito organizativo<sup>247</sup>.

Así pues, el intento de construir dogmáticamente, con base constitucional, una “reserva de Administración” frente a la ley no ha tenido ningún éxito en la doctrina que, con más rigor, se ha planteado este tema. Todo lo más se ha llegado a reconocer por algún autor<sup>248</sup> la existencia de una serie de concretas o especiales reservas de Administración que, por lo demás, no impedirían la intervención del legislador y que, por ello, en mi opinión, tampoco requerirían, para su explicación, la construcción de un nuevo concepto como el de “reserva de Administración” que sería más perturbador que útil. Lo mismo podría decirse del intento de alguna doctrina italiana de construir una llamada “reserva de acto administrativo” que no ha llevado a ningún resultado concreto, admitiéndose, además, su compatibilidad con la existencia de leyes singulares<sup>249</sup>. En todo caso se ha señalado<sup>250</sup>, con razón, desde la perspec-

---

246 Op. cit., pág. 165.

247 Veröffentlichungen, cit., pág. 192 y ss. Vid. la descripción que, entre nosotros, han hecho de las ponencias A. EMBID IRUJO, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, Revista de Administración Pública, 115, 1988, págs. 415-418. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., pág. 393. A. JIMENEZ BLANCO, *La función legislativa y la “reserva de Administración”*: notas sobre un nuevo concepto, Las Cortes Generales, II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, págs. 1445 y ss.

248 F. OSSENBÜHL, *Vorrang*, cit., págs. 344-347.

249 G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento*, cit., págs. 338-339. S. SPUNTARELLI, *L’Amministratozione per legge*, cit., págs. 272-275. En general vid., D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.

250 Ch. DEGENHART *Der Verwaltungsvorbehalt*, Neue Juristische Wochenschrift, 1984, pág. 2187

tiva del Ordenamiento constitucional germano (pero que sería aplicable también al nuestro) que la Constitución parte indubitadamente, en relación con la actuación de la Administración, del principio de primacía de la ley y, en consecuencia, de la competencia del legislador para ordenar las concretas funciones administrativas, lo que hace innecesaria cualquier tipo de reserva material en favor de aquella.

En definitiva, sería muy difícil hallar, tanto desde la perspectiva del Ordenamiento constitucional alemán o del italiano como desde la de nuestra propia Constitución, tan semejante en este punto a ambos Ordenamientos, una mínima justificación de la existencia de una llamada reserva de Administración que supusiese un límite al poder decisorio del legislador. El principio constitucional de la primacía de la ley lo impide claramente<sup>251</sup>.

**D.– La posición de la Administración en ausencia de ley: la continuación del debate sobre las formas de vinculación de la Administración a la ley. La crítica de la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley: actuación administrativa y juridicidad.**

Una cuestión que todavía en nuestros días continúa sometida a debate, salvados los principios de reserva y primacía legal ya analizados, es la de la determinación de la posición y facultades de la Administración en los supuestos de ausencia de ley previa reguladora. Lo que se sigue tratando de dilucidar, en definitiva, es, de nuevo, el problema ge-

---

251 “La sustitución directa por la ley de una decisión que debería corresponder a la Administración, por ser materialmente administrativa, sólo puede plantear –ha escrito S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., pág. 394– problemas constitucionales, a nuestro juicio, cuando afecta, además de la separación de poderes, a algún derecho fundamental cuyo reconocimiento o ejercicio se quebrante de algún modo constitucionalmente ilegítimo...”.

neral de la forma de vinculación de la Administración a la ley; problema que, como hemos ya visto en páginas anteriores, ha venido ocupando a la doctrina jurídico-pública durante largo tiempo en el pasado y que la sigue ocupando, dada su importancia, en el presente, una vez, naturalmente, clarificados, como acabo de indicar, el significado y alcance de los principios de primacía y reserva de ley. Se trata, en suma, de continuar el esfuerzo de determinación del margen de actuación que tiene la Administración actual cuando dicha actuación no pueda venir habilitada previamente por el legislador.

Puede decirse, por consiguiente, que el problema sigue siendo hoy en día el mismo que hemos visto plantearse continuamente en tiempos anteriores. Se sigue debatiendo si, en ausencia de ley, la Administración podría regular cualquier materia (no incluida, por supuesto, en una expresa reserva de ley o no regulada ya por la misma) o si, por el contrario, precisaría siempre una previa habilitación del legislador para actuar de cualquier forma que fuese. No parece discutible que la actual posición constitucional de la Administración, su legitimación democrática derivada de la dirección gubernamental (artículo 97 CE), ha tenido que influir en sus posibilidades de actuación para la realización de los intereses generales que la misma Constitución expresamente le confía (artículo 103-1º CE). Se trataría ahora, en definitiva, de encontrar, en los supuestos de ausencia de ley, un nuevo significado a la plena vinculación de la Administración a esta y al Derecho tal como le exige la norma constitucional. Sobre la vinculación de la Administración a la ley ya he tenido ocasión de advertir que esta viene garantizada plenamente por los principios de primacía y reserva legal, quedando a salvo, en consecuencia, la significación constitucional de aquella. La vinculación al Derecho (que incluiría también, por supuesto, la vinculación

a los principios generales del Derecho) se manifiesta a través de la necesaria juridicidad de toda actuación de la Administración, esto es, a través de su necesaria vinculación con cualquier tipo de norma jurídica que la justifique suficientemente y le sirva de fundamento al atribuirle la correspondiente potestad. Por ello, una parte importante de la actual doctrina jurídico-pública española suele entender, en este caso, a mi modo de ver, correctamente, al principio de legalidad (artículo 9-3º CE) también como principio de juridicidad, lo cual le ha permitido afirmar la existencia de una libertad de actuación administrativa en ausencia de ley formal (y de reserva legal) y, por lo tanto, la innecesariedad de hablar de vinculación positiva de la Administración a la misma<sup>252</sup>.

En resumen, creo que puede decirse que la crítica a la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley se ha efectuado a partir de dos claras constataciones. Una de naturaleza jurídica y otra de naturaleza fáctica. La primera de ellas sería la citada ausencia de base constitucional de dicha doctrina que no puede entenderse contenida en la mera cita del principio de legalidad en el artículo 9-3º de la Constitución, pues no forma parte del contenido universalmente aceptado de este<sup>253</sup>. Por lo demás, ya he tenido ocasión de aludir a la posición cons-

---

252 Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado I*, cit., pág. 406; *Principio de legalidad* cit., pág. 1938. Vid. también J. TORNOS MAS, *El principio de legalidad*, cit., pág. 66. M. BELADÍEZ ROJO, *La vinculación de la Administración al Derecho*, cit., pág. 328, ha afirmado que la conexión con el interés general de todo acto de la Administración constituye la “vinculación mínima y necesaria” que debe tener con el Derecho. Cfr. igualmente I. DE OTTO, *Derecho Constitucional*, cit., pág. 159. En contra, F. RUBIO LLORENTE, *El principio de legalidad*, cit., pág. 25, para el que no cabe ejercicio alguno de la potestad reglamentaria sin apoderamiento legal previo.

253 M. BELADÍEZ ROJO, *La vinculación*, cit, pág. 319, afirma que la doctrina de la vinculación positiva no encuentra apoyo en nuestro Derecho positivo. En un sentido semejante, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Legalidad y sometimiento a la ley y*

titucional de la Administración pública, que no afecta, en modo alguno, a la significación central de la ley, garantizada perfectamente por los principios de primacía y reserva. La segunda constatación, esta vez de tipo fáctico, se refiere al hecho de que la vinculación positiva de la Administración a la ley no se corresponde con la realidad cotidiana de la actuación administrativa en campos como el prestacional, el de fomento o el de la organización interna, en donde la regla general viene siendo, justamente, la contraria, esto es, la de la vinculación negativa<sup>254</sup>.

**E.– El caso especial de las normas municipales. Primacía y reserva de ley y actividad normativa municipal: la posición singular de los municipios en el seno del Ordenamiento jurídico derivada de su autonomía y de su estructura representativa.**

En el marco de estas reflexiones sobre las formas de vinculación de la Administración a la ley es imprescindible, como ya he anunciado, hacer también una breve referencia al caso concreto de las normas municipales en la medida en que son manifestación de una relación específica de los municipios con las leyes<sup>255</sup>. Relación específica que se traduce,

---

*al Derecho*, en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (Director J. A. SANTAMARIA PASTOR), La Ley, Las Rozas, 2010, págs. 62-63.

254 Cfr. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, cit, págs. 201 y 203. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 116. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., pág. 405.

255 Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit., I, págs. 447-450, II, págs. 577, 582, 1107 y ss. J. TORNOS y MAS, *El principio de legalidad*, cit., págs. 82-86. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 124-131; *La potestad normativa local*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 1998, págs. 23-24, 41 y ss., 56 y ss., 65 y ss. y 83 y ss. En general, vid. la bibliografía y jurisprudencia citada en mis trabajos *El debate sobre la autonomía municipal*, *Revista de Administración Pública*, 147, 1998, pág. 59 y ss.; *La cláusula general de competencia municipal*, *Anuario del Gobierno Local*, 1999/2000, págs. 37 y ss.; *Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal*, Publicaciones de la Aso-

precisamente, en un determinado juego de los principios de primacía y reserva legal en el campo de la actividad normativa municipal.

En efecto, la potestad de ordenación normativa de sus intereses por los municipios aparece, necesariamente, como algo inherente a la autonomía que para su gestión le ha sido reconocida por el texto constitucional (artículo 137); gestión que supone la posibilidad de desarrollo de distintas opciones políticas sobre todos los asuntos que afecten a la comunidad vecinal en virtud del carácter político-representativo directo del gobierno municipal, lo cual conlleva también, como no podía ser de otra manera, el reconocimiento de la correspondiente potestad normativa. En consecuencia, el principio de la autonomía municipal y el principio democrático o representativo hacen que la potestad normativa de los municipios deba revestir unas características propias que la distinga de la mera potestad reglamentaria de desarrollo o ejecución de las leyes e, incluso, de la potestad reglamentaria independiente. La función normativa de los municipios no podría, por exigencia de los citados principios constitucionales, limitarse a ser una función de mera ejecución de las leyes o una función normativa a la total disponibilidad del legislador. El citado artículo 137 de la Constitución, al otorgar también a los municipios la autonomía para la gestión de sus intereses, que son los intereses de la comunidad vecinal, ha puesto, precisamente, de manifiesto la peculiaridad de su posición respecto de las leyes, ya que no sólo pueden llevar a cabo lo que aquellas expresamente les permitan, sino también todo aquello que afecte al ámbito de dichos intereses, aun en ausencia de previas regulaciones legales y fuera, claro está, del ám-

---

ciación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 13 y ss.; *La potestad sancionadora municipal*, Tratado de Derecho Municipal (dirigido por S. MUÑOZ MACHADO), 3ª ed., tomo II, págs. 1281 y ss.

bito de las reservas absolutas de ley. No estamos aquí, como acabo de apuntar, ante un supuesto mas de potestad reglamentaria independiente, sobre la que podría incidir libremente la ley en virtud del principio de primacía, sino ante un ámbito privativo de actuación municipal protegido constitucionalmente, el de la gestión de los asuntos propios de la comunidad vecinal, en el que la ley solo podría operar como marco o límite externo que habría de respetar el núcleo mínimo o esencial de la garantía de la autonomía municipal, constituido, precisamente, por ese ámbito de la gestión propia de dichos asuntos. La intervención delimitadora de la ley, justificada en su primacía, no podría suponer, por tanto, un total desconocimiento de dicha garantía, pues, si así fuese, quedaría, en mi opinión, abierta la posibilidad del planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local en los términos previstos en el capítulo IV del Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En definitiva, la ley delimitadora debería posibilitar que –como hace la cláusula general del artículo 25-1º de la propia Ley Básica de Régimen local de 1985– los municipios puedan “promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”<sup>256</sup>. Debo advertir, por cierto, que en esta misma línea de pensamiento se pronunció también nuestro Consejo de Estado en un conocido Dictamen de 23 de febrero de 1995<sup>257</sup> que tuvo gran eco en la doctrina y en el que, rectificando su posición anterior y apoyándose en el artículo 55 del Texto

---

256 En el mismo sentido el artículo 4-2º de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988) dispuso que “Las Entidades locales tienen dentro del ámbito de la ley libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”.

257 Consejo de Estado. Recopilación de Doctrina Legal 1995, págs. 409-422, en concreto págs. 417 y ss.

Refundido de 1986, afirmó que “la autonomía política y jurídica de los Entes locales explicaría que su vinculación a la Constitución y a la ley fuese negativa (hacer todo lo que no está prohibido) en vez de positiva (hacer solo aquello a lo que se está expresamente habilitado). Esta vinculación negativa –continuaba el Alto Órgano Consultivo– se expresa claramente en el artículo 55 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986: en ningún caso contendrán (las Ordenanzas) preceptos opuestos a las leyes”. Se salvaba, pues, de esta forma el principio de primacía de la ley y se reconocía, al mismo tiempo, en virtud de la garantía constitucional de la autonomía, el ámbito propio de actuación municipal.

La mencionada posición singular de los municipios en el seno del Ordenamiento, derivada de su carácter autónomo y representativo, que modula, como acabamos de ver, el principio de primacía de ley en su ámbito propio de actuación, afecta también al juego del principio de reserva de ley cuando el ejercicio de la potestad normativa municipal se produce en los campos cubiertos por dicha reserva. En este caso se ha venido postulando su modulación o flexibilización (no, por supuesto, su desconocimiento) en virtud de las mencionadas especificidades de la potestad normativa municipal, derivadas de la posición constitucional de los municipios. Situación que, por cierto, no es exclusiva de nuestro Ordenamiento, sino que en sistemas tan garantistas como, por ejemplo, el alemán se ha hablado también de la necesidad de “una específica concepción municipal de la teoría de la reserva de ley”<sup>258</sup>. Entre nosotros puede resaltarse, en este sentido, el hecho significativo de que una de las demandas planteadas en las Bases para la negociación del Acuerdo

---

258 “*Kommunalspezifische Fassung der Gesetzesvorbehaltslehre*”. E. SCHMIDT-ABMANN / H. Ch. RÖHL, *Kommunalrecht*, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13ª ed., de Gruyter, Berlin, 2005, pág. 75.

para el desarrollo del Gobierno local (Propuesta del Gobierno de 29 de julio de 1997) era, precisamente, la de “una interpretación flexible del principio constitucional de reserva de ley aplicado a la Administración local”<sup>259</sup>.

Puede decirse que la mencionada flexibilización o modulación del principio de reserva de ley en el ámbito municipal va a consistir, fundamentalmente, también en este caso, en una consideración de dicha reserva como un límite o marco de la actuación municipal en las materias por ella cubierta, pues la existencia de una reserva total incidiría en el ámbito garantizado por el principio constitucional de la autonomía municipal. En todo caso no debe olvidarse que, en los supuestos de actuación municipal referida a materias de interés local en los que se viese afectado el principio de reserva legal, la intervención de la ley sería siempre necesaria, aunque, en este supuesto y por las razones apuntadas, la potestad de disposición normativa de los municipios sería mucho más amplia que la de los reglamentos ejecutivos de las leyes.

La flexibilización de la reserva de ley en el ámbito de actuación municipal ha sido admitida expresamente por nuestra jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, en sectores tan sensibles e importantes como el tributario o el sancionatorio. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales, declaró que en materia tributaria local el ámbito de regulación reservado a las Ordenanzas locales, en virtud de los citados principios constitucionales de autonomía y representatividad democrática, era mayor que el adjudicado a los reglamentos estatales. Declaración que aplicó más tarde al ámbito sancionatorio local en su

---

259 Vid. *El Pacto Local*, FEMP-MAP, Madrid, 1999, pág. 91

Sentencia 132/2001, de 8 de junio, reconociendo, dentro de unos “criterios mínimos de antijuridicidad”, una amplia flexibilidad municipal en la tipificación de infracciones y sanciones. Poco después el Tribunal Supremo, con base también en el principio de autonomía municipal y en el carácter democrático directo de las Corporaciones locales, admitiría, en su conocida Sentencia de 29 de septiembre de 2003, una flexibilización más amplia todavía que la adoptada por el Tribunal Constitucional<sup>260</sup>.

**F.– Un reflexión reciente sobre la relación entre ley y Administración pública: la llamada función de “dirección” o “programación” de la actividad administrativa por parte de las leyes.**

Quisiera en este último apartado dejar constancia de una reciente reflexión teórica que ha intentado abordar las complejas relaciones entre la ley y la Administración desde una nueva y original perspectiva, sin que, por el momento, haya llegado, en mi opinión, a resultados concluyentes.

En páginas anteriores hemos tenido ya ocasión de comprobar como el cambio acelerado de las circunstancias económicas y sociales de una sociedad en permanente cambio ha planteado grandes dificultades al instrumento legislativo para poder hacer frente con su contenido regulador a las nuevas realidades. De ahí que la ley, al no poder prede-terminar las soluciones en muchos sectores sometidos a una gran incertidumbre, se haya tenido necesariamente que limitar en numerosas ocasiones, como también he tenido ocasión de resaltar con anterioridad,

---

<sup>260</sup> Una jurisprudencia muy casuística del Tribunal Supremo había ya con anterioridad extendido la flexibilización de la reserva legal al campo de las limitaciones a la libertad de empresa (por ejemplo, entre otras, la Sentencia de 22 de junio de 1994). A todo ello habría que añadir la jurisprudencia producida principalmente, aunque no exclusivamente, en materia de propiedad del suelo. Cfr. J. L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Madrid 2003, págs. 94-95. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, II, cit., págs. 1122 y ss. y jurisprudencia allí citada.

a la utilización de criterios generales de actuación o al establecimiento de valores, principios y objetivos que han permitido dejar en manos de la Administración la búsqueda de la solución más idónea y adecuada en cada caso concreto. Este nuevo contenido de las leyes, exigido por las citadas circunstancias, ha sido descrito por la actual doctrina alemana como función de “dirección” (*Steuerung*) o “programación” de la actividad administrativa. Se intenta así poner de manifiesto que, con independencia de las regulaciones materiales, límites o mandatos de las leyes, estas frecuentemente solo contienen orientaciones del actuar administrativo, de manera que, como ha observado un moderno autor alemán<sup>261</sup>, la Administración antes que vinculada a la ley aparece, en estos casos, mas bien dirigida por ella. Una estricta vinculación de la Administración –ha afirmado HILL<sup>262</sup>– no se compadece hoy en día con la complejidad y variabilidad de las funciones administrativas, que exige una flexibilización de la actuación de aquella; dicha flexibilización se manifestaría, precisamente, a través de la idea de “dirección”. No pretendo aquí desarrollar esta idea de “dirección” que, entendida en sentido amplio, comprensiva también de la función materialmente reguladora de las leyes, una prestigiosa doctrina alemana<sup>263</sup> la ha elevado, incluso, a clave explicativa de esa “nueva ciencia del Derecho administrativo”, a la que ya me he referido, sino, mucho más simplemente, y a los efectos de estas páginas, dejar mera constancia de esta nueva y original explicación de la vinculación de la Administración a las leyes que, como acabo de apuntar, no ha llegado, por el momento, en mi opi-

---

261 H. HILL, *Rechtstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Die Öffentliche Verwaltung, 20, 1987, pág. 893. Entre nosotros, y apoyándose en este autor, vid. L. PAREJO ALFONSO, *Crisis*, cit., págs. 46 y ss.

262 *Rechtstaatliche Bestimmtheit*, cit., págs. 892, 893-895

263 Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee*, cit., págs. 18 y ss.

nión, a resultados concluyentes, dada la excesiva generalidad del nuevo concepto utilizado.

El inconveniente de la indeterminación o de la falta de concreción de los objetivos propuestos a la Administración por las leyes en el ejercicio de su función de dirección, se ha visto, en muchas ocasiones, compensado por el establecimiento de reglas más estrictas referentes a la organización, a las competencias y al procedimiento a las que aquella debe someterse en el proceso de toma de decisiones en la regulación del correspondiente sector. Estas exigencias formales permitirían, no solamente garantizar la racionalidad de la actuación administrativa<sup>264</sup>, sino también, como ha sido muy oportunamente observado<sup>265</sup>, el mantenimiento de la cadena de legitimidad que se conecta al principio de legalidad.

Esta reflexión sobre la mencionada función de dirección de las leyes sobre la actuación administrativa ha de insertarse también en el marco de los procesos de liberalización de los servicios de naturaleza socioeconómica que se producen a partir de la última década del pasado siglo con base en una política económica de “Estado mínimo” y en cumplimiento de la normativa comunitaria; procesos que han traído como consecuencia un cambio radical del papel del Estado, dirigido ahora a garantizar el buen funcionamiento del mercado, corrigiendo sus disfunciones o mecanismos, antes que a intervenir directamente en él<sup>266</sup>. El Estado, en este nuevo contexto, ya no aparecería, fundamentalmente,

---

264 E. SCHMIDT-AßMANN; cit., pág. 25. Vid. también HILL, cit., págs. 894-895

265 L. COSCULLUELA MONTANER, *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*. Universidad de Córdoba, 2010, pág. 105

266 Vid. últimamente una clara y concisa descripción de esta situación en A. MASUCCI, *Formación y evolución del Derecho administrativo en Francia y Alemania*, *Revista de Administración Pública*, 184, 2011, págs. 31-34.

como Estado suministrador de prestaciones, sino, sobre todo, como Estado garante de resultados prestacionales, vigilando, en este sentido, que el sector privado cumpla con las exigencias que el interés público demanda en cada sector de actividad. En esta nueva función estatal le corresponde, naturalmente, a la Administración, bajo la dirección de la ley, un papel fundamental, pues, por obligación constitucional y por sus propias características de inmediatez a la realidad socioeconómica, está llamada a ser el medio idóneo de garantía de la satisfacción del bienestar general. En este sentido puede decirse que, al lado de las tradicionales Administraciones limitadoras o de las directamente prestadoras de servicios, ha surgido, en expresión de la doctrina alemana actual, una “Administración garantizadora de las prestaciones” (*Gewährleistungsverwaltung*) que anunciaría la construcción de un Derecho administrativo de garantía o, si se quiere, de un Derecho de la “Administración garante de un resultado”<sup>267</sup>, cuyos perfiles, sin embargo, no están todavía definitivamente determinados. Desde esta nueva perspectiva puede entenderse también el contenido de la función de dirección de la ley respecto de la

---

267 Sobre estas ideas vid. E. SCHMIDT-ABMANN, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos*, en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo* (Editor J. BARNÉS), Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, págs. 96-101. En la doctrina italiana se ha utilizado la expresión gianniniana de *Amministrazione per risultati* o *Amministrazione di risultato*, cuyo significado jurídico no ha sido completamente clarificado como ha señalado A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “Amministrazione per risultati”*, en *Scritti in onore di E. CASSETTA*, vol. II, Napoli, 2001, pág. 816; también, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, en *Principio di legalità e amministrazione di risultati* ( a cura di M. IMMORDINO y A. POLICE), Giappichelli, Torino, 2003, pág. 2, donde se pregunta sobre la idoneidad de la noción de “resultado” como parámetro de validez de un acto jurídico. Vid. Igualmente, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, en *Anuario 2002 de la Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 107 y ss. y bibliografía allí citada.

Administración; función que, por consiguiente, se traduciría, no solo, como ha quedado dicho, en la determinación de los objetivos y fines que esta debe alcanzar, sino también en la posibilidad de poder imponerle la garantía de los resultados, esto es, la realización responsable y suficiente de las tareas administrativas<sup>268</sup>. En manos de la Administración permanece, en todo caso, una importante función de regulación orientada a la consecución de los intereses generales y a la garantía del correcto funcionamiento de los mercados mediante el ejercicio de vigilancia sobre los operadores privados que desarrollen actividades de utilidad pública. Una función de regulación entendida, por cierto, en un sentido amplio tal de comprender, no solo a los instrumentos normativos en sentido estricto, sino también a los instrumentos ejecutivos e, incluso, a instrumentos de carácter informal que constituirían lo que se ha venido denominando un *soft law* en sus distintas manifestaciones<sup>269</sup>.

No se me oculta, con todo, que la actual y profunda crisis económica ha puesto, en cierto modo, en cuestión la novedad de los anteriores planteamientos con una vuelta a un reforzamiento de las técnicas tradicionales de intervención pública en la economía y con la puesta en marcha de una evolución, cuya culminación todavía no se percibe, de un Estado regulador hacia un Estado asegurador de última instancia, el cual parecería, quizás, como una nueva versión del Estado garantizador al que me acabo de referir. Pero esto son ya cuestiones que, por muy importantes que sean, escapan a la finalidad pretendida en estas páginas.

---

268 Vid., HOFFMANN-RIEM, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, cit., págs. 634, 636.

269 Un acabado e ilustrativo estudio de la idea de “regulación” en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit., IV, Iustel, Madrid, 2011, págs. 497 y ss.

**II**

CONTESTACIÓN

del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ LUIS MEILÁN GIL



## LEY Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. De acuerdo con el protocolo por el que tradicionalmente vienen rigiéndose las estatutarias intervenciones de estos actos he de referirme a la persona que acaba de leer el preceptivo discurso para el ingreso formal en esta Academia como miembro de número. El curriculum vitae del profesor Carro Fernández-Valmayor es lo suficientemente amplio como para ocupar el tiempo de una sesión ordinaria del Pleno. Sus méritos, de otra parte, han sido ya ponderados al ser elegido para formar parte de esta institución. Me limitaré a recordar que es Doctor por Bolonia, con la máxima calificación, Catedrático de Derecho administrativo de la entrañable Universidad de Santiago de Compostela, con la plenitud de sexenios de investigación, profesor visitante de Universidades europeas, laureado con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort: un coruñés radicado en Compostela y doblemente europeo por la *positive Bindung* matrimonial que no figura en el curriculum pero en él influye.

2. También forma parte del uso académico agradecer a la Junta de Gobierno el acuerdo de encargar la contestación al discurso que acaba de pronunciarse, agradecimiento que extendiendo al nuevo académico por el interés mostrado por esa decisión. Además de lo que pueda haber de personal, resulta gratificante porque ambos hemos volcado nuestra vocación universitaria en el estudio del Derecho público, en el que las fronteras del Derecho constitucional y administrativo son difusas.

3. La contestación es un género literario peculiar. No es una reseña, ni una *laudatio*, aunque algo tenga de ellas; tampoco el in-

tercambio de opiniones y menos el debate académico propio de una Asociación de Profesores del ramo, como en Alemania o en España, de cuya junta directiva forma parte como vocal el nuevo académico; pero sí es ocasión para reflexionar brevemente sobre lo que sugieren algunos de los puntos del discurso. En este caso, teniendo en cuenta no solo la vertiente académica de quien contesta, sino también la de parlamentario y de profesional en el ejercicio del Derecho.

4. El subtítulo del discurso es significativo de su contenido: el sinuoso camino de la potestad normativa de la Administración para situarse en el ordenamiento jurídico, desde el reconocimiento de la ley como única fuente del Derecho, según la tradición civilista recogida en el Código, y las proclamas de los revolucionarios franceses y sus teóricos. El trabajo es riguroso, con amplia bibliografía, extenso en lo que denomina versión provisional, que ha debido reducir con generosidad para la exposición oral con la brillantez que ha podido constatarse. El autor proporciona información e interpreta los textos. En una cuestión central se separa de su reconocido maestro con discreción y sin deslealtad.

El tema tratado tiene que ver con el permanente problema de embridar el Poder, de cómo someterlo no solo al Derecho, sino también a la realización de lo que hoy llamamos intereses generales y en su versión clásica es el bien común. Es cierto que he escrito que el binomio Ley-Reglamento, ha valido para articular el Derecho de los Estados en un período de la historia occidental común, como elementos claves del paradigma del Estado de Derecho. Ha ocurrido en la Europa continental a la que se ciñe el discurso. La deriva americana es diferente. No tiene que ver con el principio monárquico y la huella napoleónica. Del King on Parliament ha podido conservarse el veto del Presidente de los EEUU. Por experiencias vividas en su antigua patria, los Padres fundadores tradujeron un cierto recelo de la omnipotencia del poder legislativo y vincularon su acción al respeto a la Constitución, en la que

se reconocen los derechos originarios del “nosotros, el pueblo de los EEUU”, derechos cuyo protagonismo habían proclamado los revolucionarios y se difuminó en Europa durante mucho tiempo.

5. El nuevo académico subraya la necesidad de una perspectiva histórico-dogmática para el estudio del Derecho público. Ciertamente las categorías jurídicas, y muy especialmente en el Derecho Público, no se explican sin ponerlas en relación con el contexto ideológico, político, social, económico en el que se construyeron. El mismo punto de partida permite trayectorias divergentes por lo que se refiere de un modo paradigmático a Francia y Alemania. Las concepciones del Estado no coincidían.

En Francia la primacía de la ley fue un alegato contra el absolutismo regio. Pero los revolucionarios escarmentaron en la cabeza del Rey y atribuyeron a la Administración muchos de sus privilegios. Los jueces, ligados al Antiguo Régimen, tenían prohibición de intervenir en los actos de la Administración, que serían revisados por unos cuerpos administrativos. Juzgar y administrar se confunden. Así se construye el contrato administrativo para amparar las ventas de los declarados bienes nacionales y asegurar la Revolución con los nuevos propietarios. Esa importancia de la Administración, el personaje poderoso que desciende del Olimpo, en frase de uno de los fundadores del Derecho administrativo francés, explica que, pese reconocer a la ley como algo perteneciente a la tradición republicana, se admita con facilidad la potestad reglamentaria, que tiene una significativa manifestación en la reserva de Administración, reconocida en la Constitución vigente, aunque dealuada en su interpretación, y que se intentó introducir en la española aunque no prosperó.

Alemania se embarcaría en un largo proceso de unificación política que vendrá reforzada por un proceso intelectual. De ahí la importancia de la historia dogmática, que cristaliza en la formulación del Estado de Derecho, el Rechtsstaat, que llegó a considerarse desde un punto de vista milenarista como la culminación de las etapas del Estado; algo así como la

tesis del “fin de la historia” avanzada en nuestros días. La filosofía idealista había sembrado el camino: “el Estado en y por sí es la totalidad de la idea ética”. Se construirá la personalidad jurídica del Estado, que se discute desde doctrina francesa. La ley como expresión de la “volonté général”, terminará siendo voluntad del Estado. Bismark, el canciller de hierro, llega a proclamar que “el poder va por delante del Derecho” y no es del caso describir el itinerario que conduce al Führer Prinzip en el que participa el positivismo kelseniano. La prevención respecto de una Administración cada vez más poderosa explica ciertamente que la reserva a la ley de la cláusula propiedad-libertad fuese inicialmente un mecanismo de defensa de la burguesía, cuyos miembros eran los principales beneficiarios.

En el trasfondo ideológico y en la tradición histórica se encuentra la clave para explicar las diferentes soluciones jurídicas a cuestiones equivalentes: por qué la categoría del servicio público, que benefició a la emergente burguesía francesa al rebufo del progreso tecnológico no se admitió en Alemania; por qué la resistencia alemana al contrato administrativo y la preferencia por el acto administrativo sacralizado al modo de la sentencia.

6. Una consecuencia que se deduce de la orientación histórica que se postula es evitar el peligro de trasplantar de modo indiscriminado categorías e instituciones de un país a otro, por muy depurada que sea la reflexión dogmática. El tema da para un desarrollo aquí impropio. Está ocurriendo con la regulación económica y las agencias independientes del mismo nombre, condicionadas por el sistema constitucional americano. Para no salirme del tema del discurso, no tenemos necesidad de buscar en la Constitución una cláusula general de reserva de ley, las hay muy concretas aunque determinadas de diferentes modos. No tenemos necesidad de aceptar, por compromisos doctrinales inexistentes, las relaciones de sujeción especial –presos y estudiantes juntos– ni tampoco la imprecisa garantía institucional manejada por el Tribunal constitucional

para explicar la autonomía local. La apelación a la conciencia social como concepto sociológico indeterminado tiene riesgos de ser manipulada por el poder. Los jóvenes jueces municipales nazis que se incorporaban al Tribunal Cameral de Berlín en 1933 imponían a veteranos magistrados la interpretación de la ley de acuerdo con la “concienciación germánica”. Un riesgo posible en un régimen democrático. La frase de Bismark antes citada la escuché, en castellano, en el debate constituyente como una profecía, me temo que cumplida, a un profesor de Filosofía del Derecho, referida al “intérprete supremo de la Constitución”.

7. La comprensión de la potestad normativa del Estado da un vuelco espectacular con el reconocimiento constitucional efectivo de los derechos fundamentales. La vinculación de la ley a ellos se introduce por primera vez en el ordenamiento español por una enmienda de mi autoría a la ley para la reforma política, silenciada por una corriente doctrinal dominadora. Fue una confesada importación de la ley federal de Bonn, deudora de la Constitución americana, por decirlo en términos políticamente correctos. En la doctrina alemana se había dicho a modo de sentencia (Krüger) “antes –refiriéndose a Weimar– los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”. Es lo que ahora figura en la Constitución española. La primacía del ordenamiento jurídico no corresponde a la ley, sino a la Constitución. El “imperio de la ley como expresión de la voluntad popular” que aparece en el preámbulo de la Constitución fue escrito al final y, pese a su solemnidad formal, ha de ser interpretada conforme a la Constitución. La voluntad general es hoy la voluntad constituyente, cuya alteración exige la reforma de la Constitución. La voluntad constituyente no puede ser suplantada por la voluntad del legislador y algo de eso ha ocurrido.

El legislativo es un poder constituido. La ley está sometida al control de del Tribunal Constitucional. La teoría tradicional sobre la relación ley-

reglamento ha sido constuida para el Estado unitario. Desde la perspectiva constitucional, en tanto la Constitución permite la cesión de soberanía, es comprensible que Reglamentos comunitarios desplacen a la ley. Desde esa misma perspectiva ha de entenderse el consolidado y tradicional principio de legalidad. La Administración está sometida no solo a la ley, sino también al Derecho, de importación alemana en la que intervine.

El Reglamento se ha entendido tradicionalmente como ejecución de la ley, ampliamente tratado en el discurso. La Constitución ha prescindido, sin embargo, del pudibundo término de Poder ejecutivo. Habla, en un sentido más conforme a la realidad, de Gobierno y de Administración. ¿Hasta qué punto puede seguir manteniéndose el carácter de ejecutivo cuando, como ahora, el partido que respalda al Gobierno tiene mayoría absoluta en el Parlamento? El caso extremo es el de la convalidación de Reales Decretos-leyes, utilizados con motivo de la crisis y cuyo contenido es amplio, concreto e incluso minucioso. En esas circunstancias, la utilización de la ley en materias no reservadas a ella, en lugar de una garantía puede servir incluso para impedir el control jurisdiccional al que está sometida la potestad reglamentaria. En esos casos, en los que el contenido de la ley está predeterminado, no es irrelevante, sin embargo, la intervención del Parlamento. Es una exigencia del carácter democrático del Estado de Derecho, que implica el pluralismo político. Asegura el debate con consecuencias en la posible alternancia en el Poder aunque no se traduzca en la modificación del proyecto. Por eso ha podido hablarse en la doctrina alemana, de la que se ha hecho eco alguna española, de “reserva de Parlamento” en lugar de “reserva de ley”.

Esa perspectiva democrática, que no se encontraba en las formulaciones tradicionales, es lo que explica la legitimidad que la Constitución otorga a la potestad reglamentaria del Gobierno y desde la cual ha de plantearse su relación con la ley. En la misma línea ha de entenderse la potestad de la misma naturaleza desarrollada amplísimamente por la

Administración, en virtud de su misión de servir los intereses generales que postulé hace cuarenta y cinco años y figura en el artículo 103 de la Constitución en cuya redacción intervine.

Ni delegación, ni remisión, ni habilitación expresa ni, en definitiva, la positive Bindung abandonada hoy por colegas que la siguieron con disciplina, que podría explicarse para atenuar las consecuencias de haber puesto el acento en la Administración y sus privilegios y prerrogativas para definir el Derecho administrativo más que en servidora de los intereses generales.

El Estado autonómico, que ha roto los singulares ley y reglamento, rebasa también la concepción del reglamento como ejecución de la ley. La ley estatal que aprueba las bases se desarrolla por leyes de las Comunidades autónomas. El reglamento estatal, salvo en casos que supongan un esencial complemento, no puede impedir el desarrollo legislativo autonómico, expresivo de una política propia. Ese desarrollo no es, obviamente, ejecución de la ley. Las relaciones han de explicarse ahora como articulación de ordenamientos.

8. El último punto sobre el que quisiera hacer una breve reflexión tiene que ver con la potestad normativa discrecional de la Administración. Gran parte de la historia del Derecho administrativo se corresponde con someter al control jurisdiccional el poder discrecional de la Administración. Lo acredita el revelador nombre del recurso por “exceso de poder” del sistema francés o la prohibición del ejercicio arbitrario y no razonable de *discretionary authority* del americano.

Se han dado pasos importantes en cuanto a la revisión de los actos, en lo que ha tenido mucha importancia la plena sumisión de la Administración al Derecho, y no solo a la ley. Por lo que se refiere a las normas la realidad es menos satisfactoria. Apenas el control en cuanto al procedimiento de su elaboración. La justificación de reglamentos administra-

tivos o independientes se ha buscado en la potestad discrecional de la Administración con argumentos diferentes. Lo que me interesa subrayar es que en distintas etapas y países se ha defendido doctrinalmente, y en algún momento como en España legalmente, el carácter absoluto de la discrecionalidad normativa de la Administración y que se haya, incluso, justificado como una tolerante “autolimitación” a la hora de aplicar la norma a los casos concretos.

En esa posición ha influido la concepción dogmática de la discrecionalidad como el poder reconocido a la Administración para elegir una entre varias soluciones igualmente justas. Esa pluralidad la distinguiría del concepto jurídico indeterminado. Vengo desde hace tiempo discrepando de esa orientación doctrinal. La discrecionalidad responde a una elección, proceso de voluntad; el concepto jurídico indeterminado, a un proceso de constatación. La Administración no es neutral, ni es titular de los intereses generales, sino su servidora como pusimos en la Constitución, que se concretan en el que pretende realizar la disposición reglamentaria o disposición general. En ese sentido resulta, incluso, cuestionable la distinción entre potestad reglada y discrecional, que tantas ventajas ha aportado para el control de esta última. La potestad reglamentaria está vinculada al fin que la justifica, es controlable en relación al *quid*, al *quantum*, al cómo, incluso al cuándo de su ejercicio o su no ejercicio. El control no se limita al exceso de la norma administrativa respecto de la ley, *ultra vires*, sino también por defecto al no desarrollar lo en ella previsto.

La motivación, que es el antídoto de la arbitrariedad, también es exigible a la norma administrativa, aunque de forma distinta a la del acto como ha reconocido la jurisprudencia. No solo eso. Es preciso comprobar si el contenido de la norma administrativa se corresponde a los principios de la ley que desarrolla y en la que se concreta el interés general, de lo que ofrecen ejemplos recientes la ley de economía sostenible o de protección de la dependencia. El legislador es libre de intro-

ducirlos, pero la Administración ha de atenerse a ellos en el ejercicio de su potestad normativa, constituyen materia jurídica para el control de los Tribunales que tienen por misión seguir diciendo lo que es justo, no lo que es eficiente. El Derecho administrativo no se limita a lo contencioso, como ahora ha acabado reconociendo doctrina europea con influencia americana. Pero un principio de eficiencia definido legalmente no es ajeno a la función de administrar justicia. Si se declara en la ley que la protección de la dependencia es integral ha de enjuiciarse la norma reglamentaria desde ese reconocimiento que la vincula.

No se trata obviamente de postular el “gobierno de los jueces”, ni convertirlos en *normadores* con redacción, prohibida, del precepto que debería sustituir al anulado. La jurisprudencia americana, no sin dudas, y algún caso reciente de la alemana que el nuevo académico conoce, así como la competencia del tribunal español al decidir cautelarmente advierten que es posible avanzar en el control jurisdiccional de la potestad normativa de la Administración. Un Auto del Tribunal Supremo publicado el 27 de este mes de junio recuerda doctrina sentada sobre la ilegalidad de reducción de los peajes de acceso como mecanismo de compensación ante la subida de los precios de la energía eléctrica resultantes de las subastas, por ser contraria a los intereses generales: del sector y de los consumidores. Solo por ley puede alterarse el importe de los peajes, hacerlo reglamentariamente distorsionaría el modelo de retribución establecido por la ley.

En todo caso, se trata de una cuestión abierta, como para las relaciones entre ley y Administración reconoce el discurso pronunciado, que enriquece el patrimonio intelectual de la Academia.

Mi felicitación al estimado compañero, y mi agradecimiento a Vds por su benevolencia al escucharme.

