

La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración

Por JOSE A. ESTEVEZ ARAUJO

Barcelona

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REALIDAD Y CAMBIO

a) *Transformaciones del papel del Estado y corporativismo*

Mandel clasifica las funciones que el Estado lleva a cabo en el capitalismo en tres grandes apartados. Por un lado, el Estado realiza una función represora para asegurar el orden social y económico frente a posibles amenazas. En relación con esta función tiene especial relevancia el papel de instituciones como la política, el ejército o el sistema judicial. En segundo lugar, el Estado contribuye a asegurar la hegemonía de la ideología dominante. Y en tercer lugar, tiene la función de proveer las condiciones generales de la producción que no pueden ser aseguradas por los productores privados (transportes, comunicaciones, etc.) (MANDEL, 1979, pp. 461-462).

En relación con esta enumeración, resulta necesario destacar que el Estado capitalista realiza funciones económicas ya desde sus orígenes. No es ajustada a la realidad histórica la visión que describe una primera fase abstencionista del Estado y una segunda fase interventora. Lo que sí es cierto es que desde el último tercio del siglo XIX y, especialmente, en el siglo XX tiene lugar un gran incremento del papel del Estado capitalista en la economía.

Este incremento obedece, por una parte, a razones internas al propio desarrollo del capitalismo. En los años de la primera Guerra Mundial se puso ya de manifiesto que la prosecución por parte del capitalista individual de su interés particular podía ser contraproducente para los intereses del sistema capitalista en su conjunto. Era necesaria la constitución de instancias que adoptasen la perspectiva del «capitalista global». En muchos países fue el propio Estado el encargado de materializar esa perspectiva y

de cualquier modo, el Estado tuvo un importante papel en todas partes en la constitución de esas instancias globalizadoras.

La necesidad de una perspectiva global, unida a la progresiva complicación de los procesos productivos y al proceso de concentración de las empresas dio lugar a que el Estado asumiera una función planificadora de la economía. Además el Estado incrementa su papel como productor de bienes y servicios, como inversor o incentivador de la inversión o como distribuidor de mercancías.

El incremento general del papel económico del Estado obedece también a la necesidad de dar respuesta y canalizar una serie de reivindicaciones de los factores más desfavorecidos de la población. Se verifican, así, toda esa serie de intervenciones estatales tendentes a proporcionar una serie de servicios o bienes considerados básicos (educación, sanidad, etc.), que configuran lo que se conoce como «Estado asistencial». También la utilización de los mecanismos presupuestarios como incentivadores de la economía en el marco de las políticas keynesianas.

El incremento del papel económico y social del Estado, su responsabilidad como planificador o capitalista «global» y la vertiente asistencial de su actividad complican enormemente los procesos de toma de decisiones estatales. El Estado precisa una información mayor, necesita establecer vínculos orgánicos con las asociaciones empresariales y precisa asegurarse un consenso previo de distintos sectores sociales para poder poner en práctica con éxito las medidas que adopta.

La vinculación del Estado con las asociaciones empresariales puede establecerse formalmente de diferentes modos. Un mecanismo consiste en atribuir competencias públicas a organizaciones que conservan formalmente su *status* privado. Esta forma ha sido utilizada sobre todo en los Estados Unidos. En Europa se ha solido integrar a los representantes de las asociaciones de intereses en instancias consultivas o decisorias públicas: consejos, comisiones ministeriales o interministeriales, comisiones parlamentarias, etc.

Hay que tener en cuenta, además, que aparte de estos mecanismos formales existen otros canales *informales* por medio de los cuales las asociaciones empresariales pueden participar e influir en los procesos de toma de decisiones estatales: a través de la influencia en los partidos políticos, o a través de los mecanismos de trasvase de personas con responsabilidades decisorias entre la Administración pública y las empresas privadas¹.

1. Recientemente se ha publicado un artículo que hace un análisis comparativo de la organización interna e influencia política de las asociaciones empresariales en seis países occidentales: Austria, Canadá, Italia, el Reino Unido, Suecia y Suiza (COLEMAN, William y GRANT, Wyn: «The organizational cohesion and political access of business: a study comprehensive associations», en *European Journal of Political Research*, 16, 1988, pp. 467-487).

En este artículo, los autores señalan que la actividad de las organizaciones empresariales se desarrolla en tres ámbitos (cfr. 472-473). En primer lugar, en el plano político-social, en el cual las empresas miembros aparecen representadas primordialmente en cuanto comprado-

Para poder ejercer realmente esas funciones planificadoras el Estado necesita asegurarse preventivamente una situación de *paz social*. Por ello, se desarrollan mecanismos que corresponsabilizan a los sindicatos con el diseño general de la política económica. Estos fenómenos de *concertación* social como se les llama actualmente en nuestro país —importando un término alemán—, se desarrollan en Europa especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, aun cuando ya hubiesen existido manifestaciones en el período de entreguerras.

Wolfe utiliza la expresión *Estado de franquicia* para referirse a este Estado capitalista que abre los procesos de toma de decisiones a la participación de los grupos de intereses en cuanto tales. Ese Estado de franquicia es una especie de club exclusivo al cual se permite excepcionalmente el acceso a los sindicatos. Como señala Wolfe, el requisito imprescindible para ser admitido en este club es la *responsabilidad*. Responsabilidad es la contraseña y «responsabilidad» en el caso de los sindicatos significa asegurar la anuencia de las bases con la política económica diseñada y reprimir la actividad reivindicativa (WOLFE, 1977, pp. 160-161).

En este sentido, bastantes de los autores que se han ocupado del tema del *neocorporativismo* subrayan la asimetría existente entre la capacidad de influencia de los sindicatos y de las organizaciones empresariales en el proceso de toma de decisiones (HEINZE, 1981, esp. pp. 139-143). A los sindica-

res de fuerza de trabajo, es decir, patronos. En este ámbito se desarrollan las negociaciones con los sindicatos y con el gobierno en materia de política salarial, seguridad social, etc.

En segundo lugar, las organizaciones representan a las empresas en cuanto agentes económicos con unos intereses específicos. Se trata del ámbito de actuación económico-político, en el que adquieren carácter privilegiado las relaciones con el gobierno, con los altos funcionarios y con los partidos políticos. Por último, las organizaciones empresariales deben intentar solventar internamente en la medida de lo posible las discrepancias de intereses entre sus miembros. Estas discrepancias pueden provenir de las características diferenciadas de las distintas regiones económicas, o de la contraposición entre los intereses de las grandes firmas y de las empresas medianas y pequeñas, o de las empresas financieras y las industriales, etc.

Por lo que respecta específicamente al ámbito de actuación político-económico (que es aquí el que más nos interesa), los autores ponen de manifiesto el cambio de perspectiva que ha tenido lugar desde los años sesenta y especialmente durante los setenta. Este cambio de perspectiva consiste en centrar la atención no tanto en la capacidad de presión que desde fuera tengan los diferentes grupos sociales organizados, sino en su participación desde dentro en el diseño y la puesta en práctica de las políticas gubernamentales (479). Esto, por otra parte, no es sino la consecuencia de la intensificación de ese fenómeno conocido como *neocorporativismo* que, si bien no es nuevo, sí experimentó un notable incremento a partir de los sesenta.

En relación con esta cuestión, Coleman y Grant elaboran la siguiente escala de posibilidades de participación «desde dentro» de las organizaciones empresariales en el diseño de la política económica:

«1. Acceso privilegiado: los grupos pueden acceder regularmente a los altos funcionarios y a los ministros y ser consultados frecuentemente en la realización de la política en cuestión cuando surjan cuestiones relacionadas con sus intereses.

«2. Formulación: los grupos alcanzan un 'status público' (Offe) en virtud del cual son formalmente invitados a asumir un papel en el diseño de las políticas públicas, junto con los representantes oficiales.

«3. Puesta en práctica: los grupos asumen junto con los representantes oficiales un papel formal en la puesta en práctica de una determinada política.

«4. Gobierno privatizado: el gobierno confiere autoridad a una asociación en virtud de la cual ésta asume una responsabilidad total, respaldada por el poder coercitivo estatal, en el desarrollo o puesta en práctica de una política en un área determinada. (479).

tos sólo se les permite participar en algunas de las actividades del club, especialmente en las sesiones más solemnes. Pero tienen vedado el acceso a muchos de los comités en los que se adoptan las decisiones concretas y, desde luego, carecen de todo ese conjunto de mecanismos informales de influencia de que gozan las asociaciones empresariales.

b) *Criterios concurrentes de racionalidad en el seno de la Administración*

Después de la segunda posguerra, se ha venido verificando el fenómeno de la presencia de un componente tecnocrático cada vez mayor en las Administraciones Públicas. Este fenómeno es concomitante con el incremento de la intervención del Estado en la esfera social y económica. El intervencionismo estatal lleva consigo que las reglas de actuación de la Administración Pública no sean ya sólo normas generales y abstractas, sino también directrices que marcan objetivos concretos. Estas directrices pueden tener la forma de normas jurídicas. Sin embargo, ello no quita que el tipo de sujeción de la Administración a la norma en uno y otro caso sea radicalmente diverso: las normas generales y abstractas delimitan la competencia de cada órgano y el procedimiento a seguir para la adopción y ejecución de decisiones; la directriz de alcanzar un objetivo determinado supone, por el contrario, una autorización implícita de utilizar los medios que se consideren más eficaces para su consecución.

En relación con esta cuestión, Goran Therborn habla de la difícil «coexistencia» de burócratas y tecnócratas en el Estado capitalista². Este fenómeno da como resultado la presencia simultánea de dos criterios diferentes para evaluar la actuación administrativa: el tecnocrático de la eficacia y el burocrático en el sentido de Weber³. La aplicación de estos dos principios puede conducir a resultados contrapuestos. La consecución eficaz de determinados objetivos exige en determinados momentos obviar las cuestiones

2. Goran Therborn establece una distinción entre burócratas y tecnócratas, basándose en el tipo de conocimientos especializados de unos y otros, el tipo de directrices que guían su actuación y los baremos en virtud de los cuales se calibra el éxito o fracaso de sus actuaciones. Así, los burócratas tienen una formación eminentemente jurídica, mientras que los tecnócratas se caracterizan por sus conocimientos técnico-científicos. Los burócratas tienen que ajustar su actuación a normas jurídicas generales preestablecidas y el baremo por el que se juzga esa actuación es la previsibilidad, consecuencia precisamente de esa fidelidad a las normas. Los tecnócratas dirigen su actuación en función de la consecución de unos objetivos y el baremo de su éxito es la eficacia (THERBORN, G.: *What does the ruling class do when it rules?*, London, New Left, 1978 (trad. cast. de Jesús FOMPEROSA: *¿Cómo domina la clase dominante?*, México, s. XXI, 1987, 3ª ed., por donde se cita, pp. 55 y 57).

3. Me refiero a la «previsibilidad», en cuanto objetivo que pretende asegurar la configuración de la burocracia moderna como una instancia profesionalizada, jerarquizada y sometida en su actuación a reglas preestablecidas. No obstante, diversos autores —Merton entre ellos— han puesto de manifiesto que algunas de las características que Weber asigna a la burocracia para garantizar la previsibilidad de su actuación resultan disfuncionales y producen efectos no deseados, como el excesivo formalismo o el espíritu corporativo.

formales de procedimiento. A la inversa, la fidelidad a las formas puede dar como resultado una acción ineficaz. En este sentido, señala Claus Offe:

«(...) la Administración, pese a verse sometida a una presión creciente por programas de objetivos, no queda liberada de su atadura 'condicional' a premisas legales. Resulta, pues, una trabazón, o mejor dicho, una interacción y un entrecruzamiento recíproco de dos criterios de rectitud en las actividades administrativas». (OFFE, 1974, P. 14).

El componente corporativista del Estado capitalista contemporáneo añade, además, una dificultad. Aparte de ajustar su actuación a unas normas generales preestablecidas y de ser eficaz en la consecución de sus objetivos, la Administración tiene que ser capaz también, en muchas ocasiones, de conseguir la aceptación de sus decisiones entre los grupos afectados por ellas (OFFE, 1974, p. 15). En este sentido, junto a burócratas y tecnócratas, la Administración debe contar con personas que tengan las capacidades de lo que Therborn denomina, siguiendo la tradición comunista, un «cuadro». El cuadro se diferencia del burócrata en que carece de unas normas que delimiten precisamente lo que debe hacer y cómo. Pero se diferencia también del tecnócrata en que sus decisiones no se imponen meramente por la jerarquía, sino en virtud de las capacidades que el propio cuadro tenga de generar consenso en torno a ellas⁴.

Todo ello supone también un incremento de la capacidad de influencia de los grupos sociales dominantes en las decisiones públicas. Y, en cualquier caso, la necesidad de estas negociaciones convierte la capacidad de generar consenso anticipado en un criterio de evaluación de la actuación administrativa concurrente con los dos anteriores:

«El problema de la política administrativa consiste precisamente en que se ve simultáneamente expuesta a tales pruebas contradictorias: tiene que estar al mismo tiempo en consonancia con sus fundamentos jurídicos, con sus funciones y con los intereses declarados de sus clientes y grupos de referencia». (OFFE, 1974, p. 24).

c) *Modificaciones en la estructura y función del Derecho*

Señala Ingeborg Maus un doble fenómeno contemporáneo especialmente pertinente para calibrar las transformaciones en el derecho que han hecho

4. La distinción de Therborn podría esquematizarse en el siguiente cuadro:

Burócrata	Tecnócrata	Cuadro
Conocimientos legales	Con. técnicos	Entrega y Experiencia
Ajuste a normas previas	Objetivos	Línea de partido
Previsibilidad	Eficacia	Consenso

THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?*, pp. 55, 57, 59-62.

posible compatibilizar esos diferentes criterios de racionalidad: por un lado, el incremento de las materias reguladas jurídicamente; por otro lado, el hecho de que ese incremento viene acompañado de una pérdida de precisión de las normas jurídicas, por una «informalización» del Derecho, por utilizar el término de la propia Maus, (1986, p. 278).

En el ámbito concreto de la Administración, esta «informalización» se concretaría en la aparición, junto a las clásicas normas que delimitan competencias y establecen procedimientos a seguir, de otras normas que se limitan a fijar los objetivos que deben alcanzar determinadas instancias administrativas⁵. Se mantiene, pues, la cobertura jurídica de la actuación estatal en general y administrativa en particular. Pero las normas que configuran esa cobertura pierden capacidad de predeterminar las decisiones concretas.

Esta apreciación parecería estar, sin embargo, en contradicción con lo que suele considerarse generalmente como el cambio estructural más importante del derecho concomitante al incremento de la actividad intervencionista del Estado. Se trata del paso de un derecho predominantemente *formal* a un derecho predominantemente *material*. Es decir el paso de un derecho que se limitaba a configurar marcos formales de actuación, a un derecho que decide *sustantivamente* muchas cuestiones, cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales⁶.

Parece, en efecto, contradictorio a primera vista afirmar que el Estado decide acerca de más cosas y que el derecho pierde determinación. Sin embargo, esta contradicción es sólo aparente. Son en realidad las normas *generales* —especialmente las leyes— las que se «informalizan». Pero en el ámbito de las resoluciones *concretas* puede apreciarse perfectamente el incremento de la actividad de decisión sustantiva por parte del Estado.

Lo que se pone de manifiesto realmente con esta transformación es, pues, un incremento de las facultades de decisión de los órganos encargados de aplicar o ejecutar las leyes, especialmente de ciertos órganos de la Administración. La pérdida de determinación de las normas generales implica un aumento del margen de maniobra de esas instancias. Incluso es frecuente encontrarse con que la actividad de un órgano se encuentra sometida a normas que le imponen fines incompatibles entre sí, por lo que debe realizar en cada caso una tarea de *ponderación* que incrementa su poder de decisión. Esta incompatibilidad así como la pérdida de precisión no son sino consecuencias de la imposibilidad de armonizar todos los intereses en presencia en el ámbito parlamentario⁷.

5. MAUS, Ingerborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 278.

6. En este sentido, señala Teubner que «En lugar de caracterizar esferas de libertad para la actividad privada autónoma, el derecho material tiende a dirigir la conducta social de modo directo y orientado a los resultados. Ahora el orden jurídico mismo define obligaciones concretas y normas de conducta con contenido» (Gunther TEUBNER: «Reflexives Recht», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59, p. 25).

7. Sobre esta cuestión se volverá con más detalle más adelante.

Por otro lado, nos encontramos también con un desplazamiento de parte de ese poder de decisión fuera del Estado por medio de una serie de mecanismos informales: contactos personales entre las cúpulas de las empresas y la Administración, inserción de representantes de grupos de interés en las comisiones ministeriales, presiones sobre los partidos políticos, etc., etc. Se abre, pues, un nuevo espacio a la decisión que puede perfectamente quedar oculto desde la perspectiva jurídico-formal.

d) *Las élites administrativas*

El incremento del poder de decisión no se reparte igualitariamente entre todos los órganos de la Administración. Se concentra en las instancias superiores de la misma. Con ello se agudiza la distinción ya existente desde el siglo pasado entre los órganos que realizan funciones ordenantes y los que realizan funciones subordinadas. Esta distinción queda puesta de manifiesto tanto en el tipo de competencias⁸ como en los mecanismos de selección de sus miembros.

Los mecanismos de formación y selección de las élites administrativas pueden estar más o menos institucionalizadas según los países. Un caso extremo sería el francés. Ya en el siglo XIX (desde 1876) existió en Francia una institución especialmente destinada a formar y seleccionar las élites administrativas: la *Escuela libre de Ciencias Políticas*, que tenía carácter privado y que era el instrumento por medio del cual la alta burocracia parisina realizaba la cooptación de sus miembros. Inmediatamente después de la segunda posguerra se decidió suprimir esta institución por su carácter elitista y sustituirla por una institución pública, la *Escuela Nacional de Administración* (E.N.A.) que, paradójicamente, se convirtió en el nuevo mecanismo de selección elitista de los altos funcionarios (GATI y GLEIZAL, 1980-1981, pp. 165 y 174-177).

En Alemania, hasta finales del siglo XIX, los altos funcionarios provenían casi exclusivamente de la aristocracia. En otros países, como Estados Unidos, los altos funcionarios han solido ser designados entre los ejecutivos de las grandes empresas. En el caso de Inglaterra, el proceso de selección de los altos funcionarios del servicio civil incluye una entrevista personal. Se ha comprobado que estadísticamente los estudiantes de Oxford y Cambridge son los que más probabilidades tienen de superar esta prueba. En esa entrevista puede preguntarse al candidato, por ejemplo, si ha viajado mucho y conoce mundo. Y obviamente, en un país en que la *forma* de ha-

8. De acuerdo con los datos de Mandel, de los 630.000 funcionarios del servicio civil en Inglaterra sólo 2.500 tiene facultades decisorias (MANDEL, Ernest: *El capitalismo tardío*, p. 478). Esta distinción entre una élite dirigente de la administración y un sector subordinado se complica contemporáneamente con la aparición de un creciente componente de personal asalariado (Cfr. THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?* p. 104). Este fenómeno es consecuencia del incremento de la intervención estatal en el plano social, económico y asistencial (sanidad, educación, transportes, etc.) e introduce dentro del Estado relaciones similares a las existentes en las empresas privadas, con la aparición de sindicatos, de conflictos, huelgas, etc.

blar está tan condicionada socialmente, el acento del candidato es un elemento determinante de evaluación⁹. En cualquier caso, en todas partes existen filtros económicos o sociales en la selección de los altos funcionarios, de modo que la carrera dentro de la propia Administración pública empezando desde abajo no constituye la vía ordinaria de acceso a los puestos de la Administración con auténtico poder de decisión.

Juan Ramón Capella ha acuñado la expresión «poder político privado» para referirse a ciertos componentes de ese nuevo poder de decisión que se concentra en las cúpulas burocráticas:

«Este poder, antes depositado primariamente en sujetos privados —aunque contribuyera a hacer poros para ellos el aparato del Estado, como se ha señalado ya—, con las funciones asumidas por el Estado contemporáneo aparece también primariamente, directamente, en agentes estatales. Se puede hablar así con propiedad de poder político privado de los agentes públicos (como asunto conceptualmente distinto del poder político público), cuya creciente sustantividad merece la mayor atención». (CAPELLA, 1985, p. 137).

2. LA FALTA DE PERCEPCIÓN DE LOS CAMBIOS POR LA DOCTRINA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

a) *Administración y principio de legalidad*

El incremento del papel intervencionista del Estado da lugar, pues, a transformaciones en el funcionamiento de la Administración pública. Junto al de legalidad concurren otros criterios para evaluar la actuación administrativa. Para que la legalidad pueda resultar compatible con los otros criterios concurrentes, tiene lugar una pérdida de precisión de las normas que regulan la actividad administrativa. Ello se traduce en un incremento de los poderes de decisión de la Administración, que se concentra en los estadios superiores de la misma.

La visión de una Administración sometida al principio de legalidad, propia de los manuales de Derecho Administrativo al uso mantiene ocultos, sin embargo, los problemas que se han venido analizando hasta aquí. Las complicaciones derivadas de la concurrencia de los criterios de eficacia y de generación de consenso anticipado junto con el de legalidad quedan fuera de su mirada. También queda oculta la separación real entre la élite administrativa dotada de facultades decisorias y el resto de los funcionarios. Desde la perspectiva de los manuales de Derecho Administrativo, la Administración pública aparece como una instancia uniformemente jerarquiza-

9. «No es cuestionable que en un país donde la clase social ha estado tradicionalmente ligada íntimamente con el acento, entonación, enunciación y elección de palabras (en definitiva, con el estilo verbal), es más probable que los estudiantes de *Oxbridge* causen mejor impresión cuando son entrevistados por personas de su misma clase social que sus oponentes *no-oxbridge*. (HETZNER, Candace: «Social democracy and Bureaucracy. The Labour Party and Higher Civil Service Recruitment», en *Administration & Society*, 17, I, mayo 1985, pp. 97-128, p. 102).

da, compuesta por órganos cuyas competencias están atribuidas por normas jurídicas y que deben observar un procedimiento también jurídicamente establecido.

La perspectiva que adopta el Derecho Administrativo para estudiar la Administración pública, es, obviamente, una perspectiva jurídica. Los análisis que se realizan desde el Derecho Administrativo son el resultado de una determinada visión de la relación entre Administración y Derecho. Esta visión deriva del diseño clásico del Estado de Derecho. Dos principios básicos de éste sirven para encuadrar la visión que se ofrece de la Administración desde los manuales de Derecho Administrativo: el principio de la división de poderes y el principio de legalidad. En efecto, la Administración es presentada como parte integrante del poder ejecutivo. La Administración aparece, además, sometida a la ley en el ejercicio de su actividad¹⁰, aun cuando ésta no consista en una mera *aplicación* de la ley (tarea propia del poder judicial), sino en la labor más imprecisa de *ejecución* de esa ley.

El sometimiento de la Administración a la ley es una condición necesaria de la legitimidad de su actuación en el diseño del estado de Derecho. Por «ley» se entiende aquí una norma general emanada del órgano que ostenta la representación popular: el parlamento. El carácter representativo del parlamento es el que confiere legitimidad a sus decisiones. La ejecución o aplicación de la ley no la llevan a cabo, en este modelo, órganos directamente representativos. Por ello, para que sus decisiones puedan ser consideradas como legítimas, es necesario que se ajusten a los criterios generales establecidos en las normas aprobadas por el órgano representativo. La legalidad actúa, pues, desde este punto de vista, como una correa de transmisión de la legitimidad.

La caracterización del principio de legalidad resulta ser una tarea más compleja —desde el punto de vista del análisis de la legitimidad de la actuación administrativa—, a partir del momento en que se admite la posibilidad de que determinados órganos de la Administración dicten normas de carácter general: los reglamentos. Al abordar esta cuestión, se habla en algún manual de legalidad «en sentido amplio» o de sometimiento de la Administración al «bloque de la legalidad» (G.^a DE ENTERRIA y FERNANDE, 1988, p. 413). Con ello se quiere significar que entre las normas a las que la Administración debe someterse en su actuación concreta se encuentran, junto a las leyes, también los reglamentos.

El último elemento del sistema lo constituye la existencia de unos tribunales capacitados para controlar que la Administración se ajuste a las normas jurídicas en su actuación (GARRIDO FALLA, 1987, pp. 80-81). De este modo los particulares tienen la posibilidad de reclamar judicialmente

10. GARCÍA DE LA ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 4.^a ed., 1988, p. 411. V. T. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 10.^a ed., 1987, pp. 63-92; ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 9.^a ed. 1986, pp. 23-81; MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1986, pp. 31-45.

frente a decisiones administrativas que no se ajusten a derecho. La Administración suele contar, sin embargo, con ciertas prerrogativas. En el caso español, esas prerrogativas se traducen en una presunción de que las decisiones administrativas se ajustan efectivamente a derecho y en una atribución a la Administración de la potestad de realizar sus pretensiones por sus propios medios. Esas prerrogativas hacen que la Administración y los ciudadanos no se encuentren en una situación de igualdad a la hora de pleitear. Pero, hecha esta salvedad, el control jurisdiccional de la actividad administrativa es presentado en los manuales de derecho administrativo como la clave de bóveda que cierra el sistema del principio de legalidad y le dota de auténtico contenido.

Esta es la visión tipo del principio de legalidad, en cuanto fundamento de la legitimidad de las decisiones administrativas. En ocasiones, viene acompañada de una exposición histórica en virtud de la cual el desarrollo de los dos últimos siglos aparece como un proceso de juridificación creciente de la actuación administrativa. Es el caso, por ejemplo del manual del profesor García de Enterría. El primer hito de este proceso sería la sustitución del principio de que a la Administración le está permitido hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido, por el principio contrario, el de que le está prohibido hacer todo lo que no le está expresamente permitido. El segundo hito sería la implantación del control judicial de la actividad de la Administración (G.^a DE ENTERRIA y FERNANDEZ, 1988, pp. 413-418). El tercero sería la extensión del control jurisdiccional también a las llamadas facultades *discrecionales* de la Administración.

En relación con esta última cuestión, lo que tiene interés resaltar es que las «potestades discrecionales» aparecen como el «último reducto» que se resiste al asalto de la legalidad. Se trata de un reducto no susceptible de ser eliminado por completo. Pero que ha sido objeto de un acoso creciente.

Ese cerco se ha concretado, por un lado, en la delimitación más precisa del concepto de *discrecionalidad* para diferenciarlo de otros supuestos que se le venían asimilando, como el de los conceptos jurídicos indeterminados. Además, los jueces empiezan a controlar los aspectos reglados de las competencias discrecionales, admitiéndose la posibilidad de anular las decisiones adoptadas en uso de facultades discrecionales por vicios de competencia o de forma. Además, en virtud de la doctrina de la desviación de poder, se permite a los jueces también entrar en el fondo de las decisiones y juzgar si se ajustan o no al fin que perseguía en ese caso la asignación de facultades discrecionales (G.^a DE ENTERRIA y FERNANDEZ, 1988, PP. 433-452).

Al concebir las facultades discrecionales como «último reducto», se refuerza la imagen de la historia de la moderna Administración pública como un proceso de sometimiento cada vez más preciso al derecho. Esta visión contradice el aumento real de poder de decisión que, como se ha visto,

han experimentado determinados órganos de la Administración en los últimos tiempos¹¹.

b) *Los conceptos jurídicos indeterminados*

En la doctrina administrativa española se desarrolló una polémica acerca de los conceptos jurídicos indeterminados a partir de los años sesenta. En esta discusión se analizan problemas derivados de la inclusión en las normas de derecho administrativo de conceptos genéricos, vagos, cláusulas generales, etc. Se trata, pues, de un tema directamente relacionado con el grado de determinación de las normas jurídicas. Pero, como se verá, la indeterminación no se pone en relación con las transformaciones experimentadas por el derecho en el Estado intervencionista.

La introducción de esta polémica en España se debió a un artículo de Eduardo García de Enterría publicado en 1962 y titulado «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos»¹². Hitos de esta polémica son los artículos de Clavero Arévalo¹³, Alejandro Nieto¹⁴, Martín González¹⁵, el libro de Fernando Sainz Moreno¹⁶ y más recientemente, el libro de Antonio Mozo Seoane¹⁷.

La categoría «conceptos jurídicos indeterminados» se refiere a expresiones vagas e inconcretas tales como «ofensas a la moral», «comportamiento poco honroso», «buenas costumbres», «buen padre de familia», etc. que en ocasiones aparecen en los enunciados de las normas jurídicas. Estas expresiones no son producto necesariamente de una incapacidad del lenguaje legal de ser más preciso. Esa vaguedad puede ser querida por el legislador. De acuerdo con Sainz Moreno, puede servir para introducir «elementos de acoplamiento a una realidad variable o poco conocida» (p. ej. «usos del tráfico»). Puede permitir «graduar las consecuencias de la calificación jurídica» («indemnización adecuada) o responder a la necesidad de «hacer refe-

11. En el manual del profesor GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*) se apunta el tema de las transformaciones que implica el intervencionismo estatal. Pero estas transformaciones se atribuyen genéricamente a «la mayor interdependencia social que caracteriza la vida de las modernas comunidades políticas» (p. 73). Inmediatamente después se considera como motor fundamental de este cambio el hecho de que «los ciudadanos comienzan a exigir al Estado determinados servicios públicos, es decir, determinadas prestaciones positivas que ayudan al desarrollo de la actividad individual» (p. 74). A partir de ahí, se saca la escueta conclusión de que «sólo la vinculación administrativa a los principios jurídicos materiales (...) puede legitimar que se pueda seguir admitiendo la vigencia del Estado de Derecho» (p. 75). No se extraen, sin embargo consecuencias de ello, ni se ponen de manifiesto las profundas modificaciones que implica.

12. Publicado en la *Revista de Administración Pública*, 38, 1962 y reeditado en Civitas, Madrid, 1974.

13. «Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa», *RAP*, 39, 1962.

14. «Reducción jurisdiccional en materia disciplinaria», *RAP*, 44, 1964.

15. «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP*, 54, 1967.

16. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

17. *La discrecionalidad de la administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.

rencia a tipos medios o tipos de frecuencia» («funcionario típico», «ordenado comerciante») (SAINZ MORENO, 1976, p. 194).

La doctrina de los «conceptos jurídicos indeterminados» desarrollada por los administrativistas pretende deslindar estos casos de indeterminación conceptual de los supuestos de atribución de facultades discrecionales. El componente discrecional de las competencias administrativas no es susceptible de fiscalización judicial. El uso por el legislador de expresiones vagas o imprecisas no significa, sin embargo, una atribución implícita de facultades discrecionales a los órganos administrativos. La aplicación de los conceptos indeterminados a los casos concretos es, por el contrario, un problema de interpretación. Cae plenamente dentro de la esfera de actividad del juez. Por consiguiente, esa interpretación y aplicación pueden ser revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa:

En este sentido, señala Sainz Moreno:

«Bajo la denominación *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados* se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones 'posibles' aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone de otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa». (SAINZ MORENO, 1976, p. 192).

La diferencia entre los dos preceptos siguientes puede servir para entender el sentido de esta doctrina.

Art. 28 de la ley de Contratos del Estado: «Los órganos de contratación *podrán* optar entre la subasta y el concurso-subasta, como formas de adjudicación, cuando se trate de proyectos de obras muy definidos y de ejecución sencilla, cuya cuantía sea inferior a veinticinco millones de pesetas».

Art. 1 punto 9 de la derogada O. de febrero de 1975: «Se admitirá el desnudo siempre que esté exigido por la unidad total del film, rechazándose cuando se presente con la intención de despertar pasiones en el *espectador normal* o incida en la pornografía».

El art. 28 de la L.C.E. es un claro ejemplo de norma que atribuye una facultad discrecional. Se autoriza al órgano administrativo a optar entre la subasta y el concurso-subasta cuando se dan ciertas circunstancias¹⁸. Da-

18. Estas circunstancias están descritas con un cierto grado de vaguedad, pero esa es una cuestión que puede ser dejada de lado ahora.

das estas circunstancias, la Administración no tiene que argumentar por qué se ha decidido por la subasta en lugar del concurso-subasta o viceversa. Si se admite que se dan los presupuestos (definición, ejecución sencilla, cuantía), el juez no podrá entrar a valorar la decisión a favor de una u otra forma de adjudicación del contrato. El ámbito de discrecionalidad queda sustraído al control judicial¹⁹.

En el segundo caso, la norma contiene expresiones notablemente imprecisas. En particular, la expresión «espectador normal» cae perfectamente dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. A la indeterminación de este concepto se suma la vaguedad de expresiones como «despertar pasiones» o «exigido por la unidad total del film». En una primera aproximación podría, pues, asimilarse a una norma que atribuyese al órgano censor en cuestión la facultad de decidir discrecionalmente la admisión o rechazo del desnudo en las películas.

Sin embargo, lo que afirma la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados es que la posición del órgano que decide es diferente en uno y otro caso. En el primer ejemplo, la Administración puede decidir libremente entre la subasta y el concurso subasta. No tiene por qué dar explicaciones. En el segundo caso, sí tiene que explicar por qué admite o rechaza un desnudo. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados sostiene que la Administración no puede limitarse a afirmar, por ejemplo: «se rechaza el desnudo en este film porque se introduce con la intención de despertar pasiones en el espectador normal». El censor tiene que argumentar por qué considera que en ese caso concreto el desnudo despierta pasiones en el espectador normal. Decidir si se admite o rechaza el desnudo no es, pues, una facultad discrecional. Al exigir una argumentación, ésta puede ser examinada y eventualmente rechazada por el juez.

Las discrepancias entre los defensores de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se dan sobre todo en relación con los llamados «casos límite». Se trata de supuestos extremos en los cuales parece necesario reconocer a la Administración un cierto margen de apreciación. Suelen citarse al respecto los ejemplos de calificación de exámenes o de la determinación de la idoneidad para el desempeño de un cargo o función. La polémica

19. Mozo Seoane intenta caracterizar la atribución de facultades discrecionales en términos de teoría general de las normas. Parte de un esquema de norma jurídica desarrollado por Larenz. Se trata de una variante del esquema clásico supuesto de hecho + consecuencia jurídica. Se considera aquí que los componentes de la proposición normativa son tres: supuesto de hecho, cópula normativa (debe, no debe, puede, etc.) y consecuencia jurídica. En base a este esquema, Mozo Seoane caracteriza las normas que atribuyen facultades discrecionales en virtud del tipo de cópula. Si la norma vincula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con una cópula del tipo «puede», entonces hay atribución de discrecionalidad. (V. MOZO SEOANE, Antonio: *La discrecionalidad de la administración pública en España*, pp. 335-370).

mica se refiere a la existencia, amplitud y posibilidades de fiscalización judicial de ese margen de apreciación²⁰.

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados se basa, sin embargo, en un presupuesto difícilmente demostrable. Se trata del principio que Sainz Moreno denomina de la «única solución justa». Es un principio asumido dogmáticamente: se presupone que al aplicar una norma que contenga un concepto jurídico indeterminado a un caso concreto, existe una única solución justa y es posible encontrarla. De acuerdo con este dogma es posible determinar siempre si nos encontramos ante un supuesto que cae dentro del ámbito de referencia del concepto jurídico indeterminado (ante un buen padre de familia, ante un espectáculo que atenta contra las buenas costumbres, ante un juez poco honroso, etc.). Aun cuando no sea posible determinar más el concepto en abstracto, siempre resultaría, pues, inequívoca su aplicación a los casos concretos²¹.

Sobre el dogma de la única solución justa se edifica la ficción que permite la fiscalización judicial de las decisiones administrativas. La ficción consiste en obligar al órgano administrativo a argumentar «como si» efectivamente existiera una única solución justa. De este modo, esa decisión puede ser examinada por el juez «como si» esa única solución justa efectivamente existiera. La ficción, obviamente, no se presenta como tal. Sólo mediante

20. A modo de ejemplo, la solución que propone Mozo Seoane apunta hacia una tripartición (V. *La discrecionalidad de la administración pública en España*, pp. 381-400). Por un lado están los conceptos jurídicos indeterminados. Estos pueden determinarse por referencia a criterios extrajurídicos (morales, técnicos, etc.). En el otro extremo se encuentran las normas que reconocen facultades discrecionales. En el medio están los casos-límite. Los casos-límite implican la realización de un juicio de valor por parte del intérprete. Pero esto por sí solo no sirve para caracterizarlos. Para Mozo Seoane, los casos-límite son supuestos de conceptos cuya aplicación a los casos concretos suponen la realización de un «juicio de valor subjetivo». O, dicho de otro modo, se otorga confianza al criterio subjetivo del aplicador de la norma. Se trata de un supuesto similar al de la atribución de facultades discrecionales (398). Aunque aquí la atribución de la discrecionalidad se desplaza desde la cópula hacia el supuesto de hecho, produciéndose una «quiebra del esquema lógico-formal conforme al que se manifiesta la discrecionalidad de la administración» (399). Este ámbito de libertad de apreciación no puede ser fiscalizado por los tribunales (396).

21. «Todo concepto jurídico tiene un significado concreto» Este es un principio esencial del derecho: todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa. Por tanto, planteada la cuestión de si un concepto jurídico hace referencia o no a un objeto, no hay más que una respuesta, llámese válida, verdadera o justa» (SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 172).

«No se trata, en efecto, de dar un tratamiento jurídico específico a los conceptos indeterminados; se trata, por el contrario, de exponer las razones por las que todo concepto incorporado a una norma jurídica —cualquiera que sea el grado de su determinación— puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución 'justa' que ese concepto, en cada caso y en su contexto legal y situacional, lleva implícita». (Id. pp. 212-13).

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, nos encontraríamos ante un supuesto en que es imposible precisar más el dictado de la norma general en la que se configura la competencia. Sin embargo, se presupone que en cada caso concreto sólo es posible que haya una única «solución justa». Por el contrario, en el caso de las facultades discrecionales diversas soluciones pueden ser igualmente justas (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, pp. 433-439).

indicios indirectos puede descubrirse el grado de conciencia que un jurista concreto pueda tener del componente retórico de la doctrina²².

Es fácil darse cuenta de que el problema de los conceptos jurídicos indeterminados resulta ser muy próximo al fenómeno de la «informalización» del derecho de que habla I. Maus. A pesar de esta proximidad, el tratamiento doctrinal español no vincula el problema de los conceptos jurídicos indeterminados con el tema más global de la predeterminación jurídica de la actuación administrativa. No se da una reflexión acerca de si el uso de los conceptos jurídicos indeterminados ha aumentado o tiende a disminuir. Tampoco si este tipo de conceptos se da más en un tipo de materias que en otras y si éstas varían históricamente. La polémica se inició en Austria a finales del siglo pasado y hoy se reproduce casi en los mismos términos. No se ha incorporado a la misma la reflexión acerca de las transformaciones que experimenta la relación entre el derecho y la Administración como consecuencia de la actividad interventora del Estado.

3. ¿DOS VERDADES ACERCA DE LA ADMINISTRACIÓN?

La visión que se nos ofrece de la Administración desde el Derecho Administrativo y desde las Ciencias Políticas o de la Administración es, como se ha visto, muy diferente. Ambas visiones discrepan especialmente en lo que respecta al grado de sumisión de la actuación administrativa al derecho. Esta discrepancia constituye en sí misma un problema. La solución de este problema tiene que ser una de las tres siguientes: o bien en un caso y en otro se está hablando de cosas distintas; o bien una de las dos visiones del funcionamiento de la Administración debe ser considerada falsa; o bien lo que es verdad para el derecho no tiene necesariamente que serlo fuera de él. La tesis de la «doble verdad», aunque poco defendible epistemológicamente, ha sido un recurso al que en ocasiones ha recurrido la doctrina jurídica.

En los manuales de Derecho Administrativo suele citarse la obra de Adolf Merkl en el contexto del análisis del principio de legalidad. Este autor elabora una «teoría general» en el ámbito de la Administración de características similares a la «teoría general» del Estado elaborada por Kelsen²³. La doctrina de Merkl proporciona algunas claves para resolver el problema.

Si se examina atentamente la *Teoría General de la Administración* de Merkl, se puede comprobar que no contradice los análisis materiales del funcionamiento de la Administración —a diferencia de lo que ocurre con el trata-

22. El elemento de ficción no significa que la doctrina carezca de sentido. Verdaderamente permite un grado mayor de control de las decisiones administrativas. También una mayor protección de los intereses de los particulares. En primer lugar porque obliga a la Administración a argumentar sus decisiones. En segundo lugar, porque permite un mayor grado de control judicial.

23. MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1935 (no consta traductor).

miento jurídico-administrativo del principio de legalidad—. Esta afirmación es también aplicable a la *Teoría General del Estado* del Kelsen.

Hay una primera discrepancia —que es clave— entre los planteamientos de Merkl y el tratamiento habitual del principio de legalidad. Del mismo modo que Kelsen establece una relación esencial entre derecho y Estado, Merkl la establece entre derecho y Administración. La relación entre Administración y derecho no es histórica, sino esencial²⁴. Por el contrario en los análisis del principio de legalidad la juridificación de la Administración se presenta como un proceso histórico relativamente reciente. En concreto, aparece como un fenómeno ligado a la aparición y afianzamiento del Estado de Derecho.

Según Merkl no puede existir Administración sin derecho, porque sin derecho no podría atribuirse al Estado la actuación de la Administración.

«Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado nos permite poner en relación, referir al Estado determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico». (MERKL, 1935, p. 211).

«Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado». (MERKL, 1935, p. 213).

El «principio de juridicidad» de la Administración consiste, para Merkl, en esa relación necesaria entre Administración y derecho (MERKL, 1935, p. 212). Este principio de juridicidad no prejuzga, sin embargo, la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa (MERKL, 1935, p. 213). Es, simplemente, el contrapunto de aquella relación esencial entre Administración y derecho. Se trata de una idea central de la doctrina de Merkl —que comparte con la teoría de Kelsen²⁵—, a la que no se suele conceder la debida atención: según Merkl, sería suficiente la existencia de una sola norma que autorizase administrar en función del interés general para satisfacer el principio de juridicidad (MERKL, 1935, p. 214).

La relación esencial entre Administración y derecho es una tesis que tiene, sin embargo, puntos débiles. Es más débil la versión de Merkl que la de Kelsen. En concreto, según Merkl para que una persona pueda actuar como órgano del Estado tiene que existir una norma que le atribuya tal competencia. Si no existe tal norma o esa persona se extralimita en sus competencias, no estaría actuando en calidad de órgano del Estado (MERKL, 1935, p. 211).

24. De acuerdo con Merkl la existencia de la Administración no es necesaria, pero si existe no podrá hacerlo sin derecho administrativo. (MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 211).

25. KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, (1925), trad. cast. de Luis LEGAZ LACAMBRA: *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, por donde se cita, Cfr. p. ej. p. 318 donde Kelsen señala que el grado de determinación de las normas «inferiores» por parte de las «superiores» puede ser mayor o menor, pero nunca completo.

De acuerdo con este planteamiento, no sería posible hablar en ningún caso de una actuación ilegal del Estado. Y esa es una consecuencia, cuando menos, chocante. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las decisiones de las personas dotadas de autoridad jurídica se presuponen válidas en principio. Sólo después de ser examinadas por un órgano de control pueden ser declaradas ilegales. Por tanto, durante un cierto lapso de tiempo tales decisiones ilegales son imputadas al Estado. Pueden incluso serle imputadas con carácter definitivo —cuando no son recurridas, p. ej.—. Esta imputación al Estado de actos ilegales resulta imposible de explicar desde los planteamientos de Merkl.

Aquí no interesa tanto hacer hincapié en estas críticas, cuanto recordar que el principio de juridicidad no dice nada acerca del grado de vinculación jurídico-administrativa. El principio de juridicidad forma parte de la Teoría General de la Administración en el sentido de Merkl o de la Teoría General del Estado en el sentido de Kelsen. Aquí se sostiene que el principio de legalidad es presentado por la doctrina jurídico-administrativa como un principio general de la Teoría General de la Administración. Cuando menos, como un principio general de la Teoría General de la Administración del Estado de Derecho.

En su monografía sobre la discrecionalidad de la Administración Mozo Seoane descompone el principio de legalidad en dos subprincipios: a) la ley es jerárquicamente superior a los reglamentos y decisiones administrativas (jerarquía normativa); b) determinadas materias deben ser reguladas por ley y no pueden ser reguladas administrativamente en ausencia de ley (reserva de ley) (MOZO SEOANE, 1985, pp. 204-205).

Hoy en día no puede afirmarse sin embargo que el principio de legalidad así entendido sea una característica de todo Estado de Derecho. El caso francés sirve de contraejemplo al subprincipio a). Nadie niega el carácter de Estado de Derecho del régimen francés. Sin embargo, no existe relación de jerarquía normativa entre la ley y el reglamento. La relación entre ley y reglamento viene establecida por el criterio de distribución de competencias. La Constitución señala las materias que deben ser reguladas por ley y establece también mecanismos para impedir que la ley extienda su regulación a otras materias.

«Hay que tener en cuenta que el art. 37 (de la Constitución francesa de 1958) establece que las materias que no son competencia de la ley tienen un carácter reglamentario y asimismo el artículo 41 otorga al Gobierno los medios para evitar las posibles intervenciones del legislador en el marco reglamentario». (GARCIA MACHO, 1988, p. 105, n. 114)²⁶.

26. V. t. pp. 91-99 y GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 182-186.

Hay diversas posibles relaciones entre la ley y el reglamento. Todas ellas se han dado en Estados indiscutiblemente de Derecho. Y resulta imposible reconducirlas a una fórmula única como la que propone Mozo Seoane, p. ej. Puede darse, como en el caso francés, que la ley regule más materias y el reglamento otras, es posible, también que exista una reserva de ley, pero no una «reserva de reglamento». En ese caso, determinadas materias sólo podrán ser reguladas por ley. En cuanto al resto de materias, pueden ser reguladas originariamente por reglamentos. No obstante, eso no limita la capacidad expansiva de la ley. La ley puede legalizar materias no incluidas constitucionalmente en la reserva de la ley, simplemente regulándolas. El reglamento no puede poner coto a la ley. En ese caso sí existe jerarquía normativa. Rige, pues, el principio de que si un reglamento contradice la ley es inválido, aunque se admite la existencia de reglamentos independientes. En otros sistemas, por último, no se admite siquiera la existencia de reglamentos independientes. Un reglamento sólo puede dictarse en desarrollo de una ley previa. En este sentido, podría decirse que todas las materias están sometidas a reserva de ley.

La relación entre ley y reglamento en los Estados de Derecho no es, pues, una cuestión de teoría general, sino de derecho positivo. Cada ordenamiento es el que determina esa relación. No se puede encontrar una fórmula que englobe todas las relaciones que efectivamente se han dado. Por consiguiente, si el principio de legalidad hace referencia a la relación entre ley y reglamento ni siquiera podría decirse hoy en día que tal principio sea una característica del Estado de Derecho. Pues no es posible encontrar una formulación del mismo aplicable a todos los Estados de Derecho existentes actualmente²⁷.

El principio de legalidad es, en realidad, —como diría Kelsen— un principio político. Este principio exige que la actuación administrativa quede sometida a la voluntad popular por mediación del derecho para que pueda ser considerada legítima. Sin embargo, los tratamientos habituales del tema son confusos y se acaba presentando el principio de legalidad como si se tratara del de juridicidad. La discrepancia entre la visión jurídico-administrativa y material de la Administración radica precisamente en esta confusión.

Así, p. ej., Mozo Seoane distingue entre el principio de legalidad y el de juridicidad. Remite a Kelsen y Merkl en relación con este último. De acuerdo

27. Podría limitarse el principio de legalidad a la idea de reserva de ley. Es cierto que en todos los Estados de derecho determinadas materias sólo pueden ser reguladas por ley. Es cierto también que entre esas materias se encuentran siempre aspectos relativos a los derechos fundamentales. Pero no puede precisarse más con carácter general. A partir de aquí se complica el problema por la confluencia de otras cuestiones: la mayor o menor amplitud de la delegación legislativa; la posibilidad o no de deslegalizar determinadas materias; el ámbito de una misma materia que se reserva a la ley y el ámbito que se deja al desarrollo reglamentario... Todo ello configura una causística enormemente compleja y no susceptible de ser reconducida a formulaciones generales. Como no sea la vaga fórmula que se propuso más arriba: que en todo Estado de Derecho hay materias que sólo pueden ser reguladas por ley y que entre esas materias se encuentran siempre aspectos relativos a los derechos fundamentales.

con Mozo Seoane el principio de juricidad parte de la consideración de que la Administración es aplicación del derecho. La actuación administrativa precisa, pues, de un precepto jurídico previo para poder ser considerada como tal. En eso consiste el principio de juricidad, diferente del de legalidad (MOZO SEOANE, 1985, p. 208).

La formulación es literalmente correcta. Mozo Seoane señala incluso que la relación entre Administración y derecho es esencial. Sin embargo, muestra no haber entendido correctamente el significado de este principio cuando afirma: «El principio de juricidad es, antes y mucho más que el principio de legalidad, el verdadero trasunto del Estado de Derecho». (MOZO SEOANE, 1985, p. 209).

En las circunstancias presentes, tener en cuenta que el principio de juricidad no presupone el grado y clase de la vinculación jurídico-administrativa resulta especialmente relevante. Es cierto que ha tenido lugar un proceso de «juridificación» en el sentido en que Habermas utiliza ese término. Es decir, se ha verificado un incremento de las materias reguladas jurídicamente y un desmenuzamiento de las ya anteriormente reguladas²⁸. Pero también es cierto, como señala Ingeborg Maus, que esa juridificación ha ido acompañada de una pérdida de determinación del Derecho²⁹. El incremento de la juridificación no significa, pues, una intensificación del sometimiento de la Administración al derecho.

4. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

El problema que aquí se analiza plantea serios interrogantes en relación con la legitimidad de la actuación administrativa. En la visión que ofrece el Derecho Administrativo, la cuestión de la legitimidad queda resuelta porque la legalidad actúa como correa de transmisión de la legitimidad propia de los órganos representativos. Pero en realidad se dan determinadas deci-

28. HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 1981 (trad. Cast. de Manuel JIMÉNEZ REDONDO: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987), por donde se cita, p. 504.

29. MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 278. En particular esa pérdida de determinación ha tenido lugar por la aparición de normas que se limitan a prescribir a la administración la consecución de determinados fines. La importancia del cambio que supone dicho tipo de normas queda puesta de manifiesto en la siguiente cita de Luhmann:

«Dos de las dificultades y controversias conceptuales más importantes de la 'parte general' del derecho administrativo, a saber: la cuestión de la extensión del principio de legalidad de la administración y la de la delimitación de la 'discrecionalidad' con relación al 'concepto jurídico indeterminado', hacen referencia en el fondo a este problema de la contraposición de programas teleológicos y programas condicionales, siendo por ello de un significado tan crítico para la imagen profesional que el administrativista se forja de sí mismo». (LUHMANN, N.: *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968, trad. cast. de Nicolás MUÑIZ: *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983, por donde se cita, pp. 96-97).

siones que tienen carácter político y que quedan ocultas en el seno de la Administración arropadas bajo el manto de la legalidad.

Para analizar correctamente esta cuestión, hay que remontarse de nuevo al problema del incremento de la intervención del Estado en ámbitos anteriormente considerados únicamente sociales. Esa creciente actividad interventora lleva al Estado a la necesidad de adoptar continuamente decisiones que resuelvan conflictos de intereses o de orientaciones en cada uno de esos ámbitos.

El Estado tiene, pues, que llevar a cabo una conciliación de intereses en el seno de una gran cantidad de ámbitos diversos. Tiene, además, que procurar que las decisiones que adopta en cada uno de esos ámbitos sean compatibles con las que adopta en los otros. Ha de diseñar una globalidad coherente.

Este es uno de los topes con que se ha encontrado el Estado intervencionista. Diversos autores han señalado que el llamado «Estado del bienestar» tiene unos límites intrínsecos que viene dados por la propia limitación material de su capacidad de decisión y control. El Estado no puede decidirlo todo y tampoco puede controlarlo todo. Sin embargo, la propia dinámica del Estado del bienestar parece exigirle que cada vez decida más cosas y, por consiguiente, que cada vez instrumente un mayor número de mecanismos de control para garantizar que dichas decisiones se cumplan.

Ante el problema que plantea esta situación de creciente responsabilización estatal, hay quienes abogan por la solución de la *desregulación*. Se trata de la retirada del Estado y la delegación de la responsabilidad de adoptar decisiones y ponerlas en práctica a los sectores interesados dentro de cada uno de los ámbitos. En realidad es una propuesta que no pretende sino *formalizar* y potenciar el componente corporativista que ya tienen los procesos reales de toma de decisiones³⁰.

30. Hay otras propuestas desreguladoras más sofisticadas. En concreto Teubner defiende un modelo de «derecho reflexivo» que contiene un componente de *desregulación* por lo que respecta al derecho material y un componente de nueva regulación en sentido procedimental y organizativo (TEUBNER, Gunther: «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59).

De acuerdo con Teubner, el derecho reflexivo renuncia a la regulación exhaustiva de los procesos sociales. Su labor es facilitadora. Regula procedimientos, formas de organización y participación que hagan posible la autorregulación. Se diferencia del derecho material en que no impone la obtención de determinados resultados. No regula todos los ámbitos y procesos sociales. Se diferencia de las teorías neoliberales de reformalización del derecho en que no se desentienden de esos procesos sociales. El derecho asume una responsabilidad correctiva y compensatoria. Aunque lo hace de manera indirecta: regulando los mecanismos de toma de decisiones. Es en este sentido en el que se habla de una «procedimentalización» del derecho (v. p. 23 y 25).

Por otro lado, el derecho reflexivo es un proyecto que pretende resolver los problemas de integración de sociedades altamente diferenciadas. No se trata de una integración «centralizada», sino «descentralizada». Esta idea se traduce en una forma de corporativismo políticamente responsable. Se trata de delegar las facultades de decisión a organizaciones privadas o semipúblicas, pero responsables políticamente. El derecho regularía los mecanismos de toma de decisiones, participación, criterios de organización, etc. Estos mecanismos y procedimientos autorreguladores deberían generar conciencia social (global). Deberían conseguir que esas organizaciones parciales sean sensibles a las consecuencias sociales de sus actuaciones y decisiones. La democratización de los procesos de decisión p. ej. cumple esa función. Aunque Teubner se encarga de subrayar que no propugna esa democratización en base a principios de carácter ético-político. Los resultados podrían ser objeto de un control político ulterior en determinados casos (pp. 27-28, 46-48 y 55).

Las propuestas desreguladoras sitúan la discusión en el terreno de la adecuación o no del tratamiento burocrático administrativo de determinados problemas. En este sentido, Habermas afirma que dicho tratamiento puede resultar inadecuado en determinados ámbitos. Por ejemplo, por lo que respecta a los conflictos familiares³¹. Sin embargo, situar el problema en la capacidad o no de la Administración para gestionar determinados asuntos deja de lado el problema más fundamental de la legitimidad.

Ingeborg Maus hace una propuesta que combina el control de la Administración desde fuera por la vía de la legalidad con el control desde dentro por la vía de la participación. La necesidad de incrementar la precisión de las normas legales que regulan la actividad de la Administración deriva de la consideración de que con todas las reservas —que son muchas—, el proceso de toma de decisiones parlamentario es más transparente que los acuerdos suscritos en despachos ministeriales a los que muy pocos tienen acceso.

Por otro lado, este control más intenso de la legalidad deber ir acompañado, según la autora alemana, de un incremento de las posibilidades de participación y control en la toma de decisiones y actuación de la Administración. En este sentido, puede decirse que I. Maus también aboga en parte por la *desregulación*, pero con una importante salvedad: el déficit de normas jurídicas materiales debe ser compensado por una regulación precisa del procedimiento de participación. Esta regulación debe responder a las cuestiones de quién puede participar, cómo y acerca de qué materias. Este incremento de la precisión del aspecto procesal de la participación debería suponer también un correctivo que compensase las desigualdades de poder realmente existentes en el seno de la sociedad. Además, la autora alemana adopta explícitamente un punto de vista democrático:

«La legitimación democrática de la legislación política *central* es sólo posible para aquellas materias que realmente rijan «para todos» y para la regulación de los procedimientos de normación social que han de formular las condiciones de la igualdad de los discursos. Pero para muchas materias jurídicas es necesaria una forma de regulación descentralizada por parte de los mismos afectados, que haga posible de nuevo un control legitimador de las normas (...). Pero la renuncia a la regulación estatal material no es posible (...) sin la compensación de un derecho procesal formalmente riguroso que regule el procedimiento de normación social».³²

31. HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II*, pp. 520-526. Habermas señala asimismo que el tratamiento jurídico-burocrático de los problemas exige que estos sean objeto de una violenta abstracción. En el caso de las prestaciones asistenciales el sujeto tiene que ser tratado bajo la ficción de que ha sufrido unos perjuicios que deben ser indemnizados. Así, en el subsidio de desempleo esas indemnizaciones adquieren la forma de sumas de dinero que no compensan todo lo que supone la pérdida del trabajo (pp. 512-513).

32. MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 322.

Seguir la línea de trabajo de Ingeborg Maus dejaría de lado, sin embargo, una cuestión que precisa ser contemplada en primer plano. Se trata de la existencia de unos límites estructurales a las posibilidades de democratización de los procesos de decisión en sociedades antagónicas como las capitalistas.

Ha habido autores, como Hermann Heller, que han afirmado que los mecanismos del Estado representativo son capaces de conciliar los intereses antagónicos que se generan en el seno de la sociedad. Más convincente resulta la tesis de Offe acerca de la existencia de determinados filtros estructurales³³. La acción de estos filtros determina que sólo ciertos intereses y no otros sean tomados en consideración por las instancias políticas.

Offe sitúa estos «filtros» en diferentes ámbitos. En la propia delimitación del ámbito de actuación del Estado; en la ideología; en los procedimientos de toma de decisiones y en la acción de los mecanismos represivos³⁴. Uno de los filtros que cabría encuadrar dentro del apartado de los procedimientos de toma de decisiones ya fue puesto de manifiesto por Carl Schmitt. Se trata de que determinadas decisiones conflictivas sean sustraídas a las instancias representativas y, por consiguiente, situadas fuera del campo de visión de la opinión pública.

En ese sentido, no es extraño observar un fenómeno de *transmigración de la política* de unas instancias estatales a otras, cuando los órganos políticos se muestran incapaces de «mediar» los conflictos. Este tipo de actividad ha encontrado, sin embargo, un refugio relativamente estable en el seno de las altas instancias administrativas. Se trata de un fenómeno lo suficientemente generalizado como para poder pensar que obedece a causas permanentes, no coyunturales.

El sedimento en las altas instancias administrativas de la facultad de adoptar decisiones conflictivas puede explicarse por diversas razones. En primer lugar, permite dotar a las decisiones de una cobertura jurídica por un lado y tecnocrática por otro que sirve para ocultar su carácter político y conferirles una cierta legitimación. En segundo lugar, porque es necesaria una competencia técnica para adoptar este tipo de decisiones. En tercer lugar, está el hecho de que la actividad de este tipo de instancias es muy discreta. Y las tareas de «filtro» son más fáciles de llevar a cabo si se realizan discretamente³⁵.

33. OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Institutionen», en ID.: *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972, pp. 65-104. V. esp. pp. 74-75.

34. OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System...», pp. 79-81.

35. Esta es una manifestación concreta de un fenómeno más general en el Estado del capitalismo tardío. Se trata de la contradicción entre —por utilizar los términos de Habermas— la racionalidad y la legitimación del sistema político. Para que el sistema político cumpla las funciones que le impone el sistema económico tiene que autonomizarse. Es decir, restringir la participación, fomentar la despolitización, justificarse por medio de teorías elitistas o tecnocráticas. Pero con ello entra en una crisis de legitimación (HABERMAS, J.: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, (1973), trad. cast. de José Luis ETCHEVERRY: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975, pp. 53-54 y 80-81.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- CAPELLA, Juan Ramón: «El lobo que viene (o sobre la fascistización silenciosa)», en ID.: *Entre sueños. Ensayos de Filosofía Política*, Barcelona, Icaria, 1985.
- COLEMAN, William y GRANT, Wyn: «The organizational cohesion and political access of business: a study of comprehensive associations», en *European Journal of Political Research*, 16, 1988, pp. 467-487.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 9.^a ed. 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 4.^a ed., 1988.
- GARCÍA MACHO, Ricardo: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, Ariel, 1988.
- GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 10.^a ed., 1987.
- GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- GATI, Jacqueline y GLEIZAL, Jean Jacques: «La enseñanza del Derecho y formación de las capas dirigentes en Francia» (versión castellana de Mariano MARESCA), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 20-21, 1980-81, pp. 159-180.
- HABERMAS, J.: *Legitimationsprobleme im Spät-kapitalismus* (1973), trad. cast. de José Luis ETCHEVERRY: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.
- HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 1981 (trad. Cast. de Manuel JIMENEZ REDONDO: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987).
- HEINZE, Rolf G.: «Neokorporatistische Strategien in Politikarenen un die Herausforderung durch neue Konfliktpotentiale», en VON ALEMANN, Ulrich (Hg.): *Neokorporatismus*, pp. 137-158.
- HETZNER, Candace: «Social democracy and Bureaucracy. The labour Party and Higher Civil Service Recruitment», en *Administration & Society*, 17, 1, mayo 1985, pp. 97-128.
- KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, (1925), trad. cast. de Luis LEGAZ LACAMBRA: *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.
- LUHMANN, N.: *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968, trad. cast. de Nicolás MUÑIZ: *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983.
- MANDEL, Ernest: *Der Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1979, (trad. cast. de Manuel AGUILAR MORA y Carlos MAROTO, rev. por José Luis GONZALEZ: *El capitalismo tardío*, Mexico, Era, 1979).
- MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1986.
- MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung un der Funktionswandel von Insitutionen», en ID.: *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1986, pp. 277-331.
- MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1935 (no consta traductor).
- MOZO SEOANE, Antonio: *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.
- OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Institutionen», en ID.: *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972.
- OFFE, Claus: «Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-

- administrativo» (1974), ahora en ID.: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, pp. 7-25.
- OFFE, Claus: *Partido políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. cast. de Juan GUTIERREZ, Madrid, Sistema, 1988.
- SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- TEUBNER, Gunther: «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59.
- THERBORN, G.: *What does the ruling class do when it rules?*, London, New Left, 1978 (trad. cast. de Jesús FOMPEROSA: *¿Cómo domina la clase dominante?*, México, s. XXI, 1987, 3.^a ed.).
- VON ALEMANN, Ulrich (Hg.): *Neokorporatismus*, Frankfurt, Campus, 1981.
- WOLFE, A.: *The limits of legitimacy*, Free Press, 1977, (trad. cast. de Teresita Eugenia CARBO PEREZ: *Los límites de la legitimidad*, México, 5, XXI).