

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO SUPUESTO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA\*

OSVALDO OELCKERS CAMUS

Universidad Católica de Valparaíso

Universidad de Chile (Valparaíso)

## I. LA SUMISION DE LA ADMINISTRACION AL DERECHO

El Derecho Administrativo comporta un postulado fundamental, el de la sumisión de la Administración al Derecho, lo cual constituye una formulación muy general del principio de la legalidad.

Este principio es susceptible de concepciones extremadamente diversas, debido fundamentalmente a que la exigencia esencial que traduce puede ser expresada con mayor o menor fuerza. En la base de este principio se encuentra el deseo de que por diferentes razones la Administración deba estar sometida al derecho, que su actividad no se desarrolle discrecionalmente, sino en el marco de reglas que garanticen su permanencia y objetividad. Sin embargo, la idea de la sumisión de la Administración al Derecho puede tener por sí sola muchas aplicaciones. No basta decir que la Administración debe estar sometida a una reglamentación jurídica, porque difícilmente puede ser de otra manera<sup>1</sup>.

Al existir instituciones administrativas diferenciadas, lo

---

\* Abreviaturas: RAP. = *Revista de Administración Pública* (Madrid); RDP. = *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*; REVL. = *Revista de Estudios de la Vida Local*.

<sup>1</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración*, en RAP. 34 (1960), p. 11 ss.

que es inherente a la naturaleza del mismo Estado, es inconcebible que aquéllas no respeten un mínimo del ordenamiento jurídico, tanto para definir sus estructuras como para establecer el principio y las modalidades de su subordinación al poder político. Una Administración Pública no sometida a derecho sería un contrasentido.

Esta primera interpretación del principio de legalidad no es incompatible con el llamado Estado-policía, e incluso constituye uno de sus elementos. En esta concepción existe un Derecho Administrativo que presenta un carácter dualista: por una parte, la reglamentación aplicable a los administrados, que establece para éstos ciertas sujeciones, y por otra, la reglamentación aplicable a la Administración, que determina su organización y las modalidades de su acción. La separación entre estas dos posibilidades supone el que la reglamentación aplicable a la Administración no afecte a los administrados. Los administrados no pueden exigir que esta norma de Derecho, en la medida que determina la acción administrativa, sea respetada; no tienen ningún derecho que hacer valer, ni acción que poder ejercer. Existe, pues, bajo esta perspectiva una legalidad administrativa, pero presenta un carácter puramente interno, en el sentido que no vincula a la Administración con el administrado. Esta legalidad aparece como una policía interior de la Administración. Sus sanciones son de tipo jerárquico y los administrados no pueden pedir su aplicación.

Por otra parte, esta legalidad puede ser denominada legalidad interna, en el sentido que gran parte de ella emana de la propia Administración y constituye una autolimitación de carácter disciplinario. Puede sí existir una legalidad extra y supraadministrativa, cuyo fundamento se situaría en la supremacía del poder político. Sin embargo, la dependencia de la Administración respecto del poder político se traduce en una reglamentación jurídica poco coherente; pensamos que esa supremacía se expresa más bien en un control de carácter particular<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> BONNARD, R., *Précis de Droit Administratif* (Paris 1940) 1, p. 91 ss.

Esta forma rudimentaria de legalidad se encuentra hoy superada. Históricamente, los aspectos modernos del principio de legalidad aparecen en un ambiente político que corresponde a una ideología liberal y democrática, y se expresan en la sumisión de la Administración a la ley, expresión de la voluntad de la colectividad. Sin embargo, este esquema político no es suficiente para englobar todas las posibles implicancias de este principio, el que en todo caso puede ser concebido de una manera más amplia. Así, el moderno sentido del principio de legalidad comporta dos elementos esenciales<sup>3</sup>.

— El primero de ellos consiste en una acentuación de la limitación jurídica de la Administración (que jamás ha estado ausente, pero su alcance era limitado). Se establece así un conjunto de reglas que se imponen a la Administración y que proceden de órganos superiores a ella. El Derecho de origen Administrativo, autolimitativo, subsiste, pero con un carácter subordinado y secundario.

— En segundo lugar, la ordenación del Derecho Administrativo anula el dualismo inherente a la concepción del Estado-policía. La sumisión de la Administración al Derecho no es relativa sino absoluta, en el sentido de que los administrados van a poder invocarla y reclamar su falta, incluso en el orden interno. Los administrados dispondrán de derecho frente a la Administración; para poder ejercerlos necesitarán medios de carácter administrativo o jurisdiccional, cuya puesta en práctica no necesita la aprobación de la Administración. En este momento, el Estado, en cuanto que está encarnado por la Administración, se encuentra atado por el Derecho y se puede hablar de "Estado de Derecho", reconociendo que esta noción excede en mucho a la simple referencia administrativa.

En esta perspectiva, la función del principio de la legalidad se amplía considerablemente. No consiste únicamente en el establecimiento de un orden interior de la Administración, sino que llega hasta ordenar el conjunto

---

<sup>3</sup> Ver AUBY, J. M., *Droit Administratif* (Paris 1957) 1, p. 57 ss.

de las relaciones administrativas en un cuadro jurídico único, del que son parte tanto la Administración como los administrados. Formulado así el principio de legalidad, comporta un aspecto político. Por la promoción que realiza en provecho del administrado, que de simple sujeto pasivo se convierte en participante activo del tráfico jurídico administrativo. Se responde así a una determinada concepción política de las relaciones entre el Estado y los particulares. Sin embargo, admitida esta concepción —que es normalmente la de todo Estado moderno— la adhesión al principio no es privilegio de un régimen político determinado.

Situado en la moderna acepción en la aplicación de la legalidad al tráfico administrativo, el principio no recibe una formulación única, sino que aparecen en su presentación numerosas tendencias. Estas variantes se refieren especialmente a la misma noción de legalidad administrativa.

Según una concepción, el principio evoca toda la limitación de la Administración por el Derecho, no solamente por reglas superiores a la Administración, que se le imponen de manera absoluta, sino también por reglas de origen administrativo y cuyo efecto es necesariamente parcial y relativo. El principio se traduce, pues, en una limitación jurídica que se expresa por la sumisión de la Administración al bloque de la legalidad, conjunto de reglas tanto administrativas como supraadministrativas. Este planteamiento se complementa con la idea de que el principio no es más que una limitación absoluta por normas que no emanan de la Administración, sino que se le imponen desde fuera a través de la Ley<sup>4</sup>.

El principio de legalidad, como acaba de ser expresado, postula la existencia de una jerarquía entre los elementos de la legalidad administrativa, y esto, cualquiera sea el número de grados que las diferentes concepciones asignen a las relaciones de legalidad. Esta ordenación de jerarquía (determinación del valor jurídico de las diferentes reglas), puede variar según los distintos sistemas jurídicos, porque

---

<sup>4</sup> GARRIDO FALLA, F., *La Administración y la Ley*, en *RAP*. 6 (1951), p. 125 ss.

su estructura no se encuentra ligada a valores absolutos. Así, el valor de la norma internacional y del derecho interno puede ser distinto, según la concepción adoptada sobre la relación del Derecho Internacional con el Derecho Nacional. La primacía de la norma constitucional sobre la ley ordinaria presupone la existencia de una constitución rígida. Dentro de las reglas de origen administrativo, la jerarquía varía con las diversas modalidades de estructuración de la Administración<sup>5</sup>.

Para atenuar esta relatividad de la jerarquía, una doctrina intentó demostrar la necesidad y la permanencia de ciertas relaciones jerárquicas. Se trata de la teoría de la legalidad material, que sobre la base de una determinada interpretación del principio de legalidad afirma la superioridad del acto jurídico general sobre el acto jurídico particular<sup>6</sup>.

Esta concepción distingue la ley del acto administrativo desde el punto de vista material, caracterizándose la ley por su generalidad y el acto administrativo por su contenido particular. La jerarquía se manifiesta por la superioridad de la ley por sobre el acto administrativo. Esta construcción resulta teórica: la limitación de la Administración por la norma particular es impracticable. Sin embargo, por aquella teoría se ha podido explicar la preeminencia del acto general y la obligación de la Administración de respetar los reglamentos (generales) en cada uno de sus actos particulares. Se podría decir también, y dando una explicación a esta preeminencia de la norma general, que ello es expresión de un principio jurídico: el de la igualdad ante la norma de derecho.

Parece, pues, imposible deducir los elementos necesarios de la jerarquía de las normas de derecho aplicables a la Administración. Cada sistema comporta una jerarquía según su propia concepción. Así, en Chile la jerarquía por debajo

---

<sup>5</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades en el Derecho Administrativo*, en RAP. 38 (1962), p. 159 ss.

<sup>6</sup> AUBY, J. M. (n. 3), p. 60 ss.

del elemento superior, la Constitución Política del Estado, comprendidas ramas distintas, una dominada por la ley y correspondiente al terreno reservado a ésta, y la otra denominada por el reglamento independiente. Esta jerarquía que comprende elementos orgánicos y formales, y en menor medida materiales, combina las tradiciones jurídico-políticas y las nuevas concepciones que tienden a debilitar el papel del Parlamento y de la Ley.

Así tenemos que el principio de legalidad pide que la Administración, tanto del punto absoluto como relativo, se encuentre sometida a la norma jurídica. Estas normas son coactivas y el órgano administrador debe respetar aquellas que le son aplicables a sus actos. Esto es válido no sólo para los actos jurídicos, sino que también para los actos puramente materiales; la norma de derecho puede determinar, y esto es frecuente, la manera que deben ser realizados los actos materiales de la Administración.

## 2. LAS FORMULACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se ha puesto de relieve por la doctrina las fórmulas de enjuiciar la actuación administrativa frente a la ley. Dos formulaciones que son contradictorias una de otra.

Una primera fórmula en que la ley actuaría como límite a la actuación libre de la Administración: ésta quedaría legitimada en su actuación con el solo hecho de comprobar que no existe un preceptor legal en su contra.

La segunda fórmula es aquella por la cual la Administración puede actuar sólo cuando la ley le ha atribuido una potestad y en la medida en que tal atribución legalice su actividad. Hay una presunción de prohibición, que sólo se quiebra cuando la ley permite la actividad administrativa. Existe aquí una exigencia de conformidad lógica y racional entre el acto administrativo y la norma jurídica preexistente <sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, en RAP. 41 (1963).

Es en este segundo sentido en el que generalmente se admite el principio de legalidad. La actuación administrativa debe ser, caso por caso, engarzada a la ley, la cual debe acompañar en todo caso el actuar de la Administración; el desenganche entre el acto administrativo y la ley produce la ilegalidad del acto, o sea, su falta de soporte legitimador.

Existen ciertos casos en que esta visión del principio parece verse oscurecida. Por ejemplo:

— Es el caso de los reglamentos autónomos, que no responden a esta concepción estricta del principio de legalidad. No son reglamentos de ejecución de ley, sino que normas autónomas.

En esa función de simple límite parece que se agota el principio de legalidad, adoptando, por lo tanto, el primer criterio que expusimos, o sea, que se entiende permitido lo que no está prohibido.

— Lo mismo ocurre con las circulares internas y las instrucciones, que no afectan a los particulares directamente, pero que son vinculantes para los funcionarios y cuya desobediencia trae consigo una sanción disciplinaria.

— La misma falta disciplinaria, que no responde al requisito de tipicidad de los actos punibles, como en Derecho Penal o en la potestad sancionaria respecto de los particulares.

Estas y otras posibles excepciones son, sin embargo, más aparentes que reales. La potestad organizativa de los servicios, la potestad disciplinaria, están también legitimadas por la ley. Lo que sucede es que en estos casos la ley que verifica la atribución de la potestad lo hace en términos globales, más amplios que en otros casos en que lo hace de una forma más explícita y terminante.

### 3. LA ACTUALIZACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La gran cantidad de dificultades para la explicación del principio de legalidad proviene de no distinguir las dos esferas o ámbitos a las que se aplica la potestad de la Administración: interna o doméstica y externa o relacional.

La Administración es una estructura organizativa que se manifiesta en un doble sentido: hacia adentro, en sus relaciones internas (potestad doméstica), y hacia afuera, en su potestad relacional con los administrados. A este doble aspecto de su actuación alude la distinta clase de sujeción del individuo frente a la Administración: sujeción general (administrado frente a la norma) o sujeción especial, que produce una calificación singular del administrado. Esto lleva a que la noción de potestad de la Administración traduzca en su aspecto activo esta dualidad, distinguiéndose la relación general de potestad (potestad relacional) y la relación especial (potestad doméstica). Se ha puesto de manifiesto la dualidad fundamental del orden jurídico "ad intra y ad extra"<sup>8</sup>, dualidad que parte de la doctrina soslayó al negar el carácter jurídico al acto interno, y que explica esta doble noción de potestad que hoy es aceptada. Esta distinción entre potestad doméstica y potestad relacional es importante en cuanto se quiera llegar a la conclusión de que la primera no está dominada por el principio de legalidad. Sin embargo, hoy se reconoce que no se trata de ámbitos, uno sujeto a la ley y el otro no, sino de aspectos sometidos al control derivado de la finalidad que persigue la Administración. Toda actuación administrativa se encuentra sometida a la ley y constituye el ejercicio de una potestad atribuida por la misma. Esta atribución podrá ser explícita (materias reservadas a la ley) o implícita, para aquellos aspectos que son asuntos corrientes de carácter público.

### 3.1. POTESTAD DOMESTICA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Podría considerarse que la potestad doméstica se rige por el principio "de que aquello que no se encuentra prohibido está permitido", sin perjuicio de la vinculación en todo caso a la finalidad de la potestad. De este modo, para actuar no se requiere de un apoderamiento legal expreso. Esto explica

---

<sup>8</sup> Ver RIVERO, J., *Droit Administratif* (Paris 1960), p. 185 ss.

el grado de autonomía de las normas internas de la Administración, así como la falta de tipicidad de las infracciones disciplinarias, que se configuran en razón del resultado de la actuación administrativa.

### 3.2. POTESTAD RELACIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La potestad relacional responde al principio contrario, "lo que no está permitido, está prohibido". El apoderamiento ha de ser expreso en la Ley, la actividad administrativa es más ejecución legal que propiamente decisión autónoma. La Administración no puede iniciar ninguna acción material que venga a limitar los derechos de los particulares sin que se encuentre respaldada por un fundamento jurídico expreso.

### 3.3. DIFERENCIA ENTRE AMBAS POTESTADES

La potestad doméstica alcanza a todos aquellos que se incorporan a la Administración, que pasan a formar parte de su estructura organizativa. El vínculo organizativo es jurídico (relación funcional) y dominada por el principio de la legalidad.

El problema consiste en determinar cuándo se está ante lo doméstico y cuándo ante lo relacional, puesto que la diferencia es más bien cuantitativa que cualitativa. Por ej.: las internas obligan a los funcionarios, por razón de obediencia jerárquica, pero en cuanto afecten a los criterios de estos funcionarios, en su actuación hacia afuera, importan a los administrados. Es más, pueden traducirse en mayor seguridad jurídica, en la concreción del principio de igualdad de trato a los administrados. Por ej.: Circulares interpretativas.

La distinción entre una y otra clase de potestad aparece en las técnicas para proclamar como públicas ciertas actividades o derechos. Este acto, constituido por una declaración legal de hacer públicas determinadas actividades o servicios, tiene por objeto introducir tales actividades en la potestad doméstica de la Administración. Así, esta declaración puede revestir las siguientes modalidades:

a) Declarar la integración de un organismo en la estructura orgánica de la Administración, encuadramiento que puede realizarse de diversas formas;

a. 1. Por engarce del Derecho Público y dentro de la jerarquía y unidad de la Administración Central. Por ej.: Creación de una Dirección General;

a. 2. Por engarce con el Derecho Público, pero fuera de la jerarquía y unidad de la Administración Central. Por ej.: Entes administrativos con personalidad jurídica propia;

a. 3. Por engarce de Derecho Público "a posteriori". No se trata de creación, sino de una declaración que una determinada actividad o servicio pasa a ser público. Por ej.: Las Nacionalizaciones.

a. 4. Por engarce interno de carácter público, aunque el ente sea de Derecho Privado. Por ej.: Empresas industriales del Estado afiliadas a CORFO.

b) La declaración de función pública es una serie de actividades y profesiones.

c) La declaración de servicio público de una actividad privada objetiva (Por ej.: agua, gas, etc.).

d) La declaración de monopolio de la Administración. Por ej.: Correos, que fueron actividades privadas y que actualmente son consideradas como inherentes a la soberanía.

Esta distinción entre ambas potestades y la técnica de declaración de publicidad sirvió para que el Ejecutivo incorporara nuevos ámbitos a la potestad doméstica, atentando contra el auténtico principio de legalidad. Pero además de la limitación en aquellas materias reservadas a la ley (art. 44 de la C.P.) se extendió este principio en las leyes formales, que establecen en muchos casos una autorreserva legal. Ej.: cuando se señala en una ley que otra ley vendrá a pronunciarse sobre una determinada materia, o cuando esa materia se regula por Ley. Se da así un progresivo aumento de lo que se considera como potestad relacional, en detrimento de lo que permanece como potestad doméstica<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Para un estudio del principio de legalidad: Además de lo señalado: Ver Gallego Anabitarte, *Las relaciones especiales de suje-*

### 3.4. LA COMPLEMENTACION NECESARIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Además de esta doble concepción del principio de legalidad (potestad doméstica y potestad relacional), existe también una interpretación que da al principio de legalidad un carácter más dinámico. Consiste en admitir que el principio de legalidad obliga a la Administración no sólo a respetar la legalidad, sino también a realizarla. Así, la legalidad puede imponer ciertas obligaciones a los administrados, los que pueden negarse consciente o inconscientemente a cumplirla. La Administración tendrá normalmente el derecho de reprimir directamente o indirectamente tales infracciones y de restablecer así el ordenamiento jurídico. ¿Puede estimarse este derecho como facultativo en cuanto a su ejercicio y que la Administración puede tolerar esa ilegalidad? En términos semejantes se plantea este problema para las ilegalidades de origen administrativo cuando la Administración tiene el derecho de poner fin a las ilegalidades. ¿No corresponde a este derecho una obligación? En otros casos, la Administración debe intervenir para garantizar la aplicación de una norma de Derecho; por ej.: para dictar los reglamentos necesarios en desarrollo y aplicación de la ley. ¿Es libre de apreciar la oportunidad de su intervención y puede ella paralizar el acto legislativo?

Estos diferentes problemas se plantean con bastante frecuencia; de ahí que es conveniente completar el principio de legalidad, incluyendo en él una obligación cierta para la Administración de garantizar la aplicación positiva de la legalidad.

---

*ción y el principio de legalidad de la administración*, en *RAP*. 34 (1960); García de Enterría, E., *La revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, en *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano* (Madrid 1959) 2; Vedel, G., *La soumission de l'Administration a la loi* (Curso de Doctorado 1950-1951, Facultad de Derecho de El Cairo, El Cairo 1952); *Le principe de la légalité* (Informe sobre los trabajos del Congreso Internacional de Juristas, Ginebra 1959).

## 4. EL EFECTO HABILITANTE DE LA LEY EN ESPECIAL Y LA ATRIBUCION DE POTESTAD

Como ya hemos señalado en el párrafo anterior, la ley no es tan sólo un medio de delimitación negativa de lo que la propia Administración puede hacer, sino que, por el contrario, la función de la ley es también habilitar a la Administración para que actúe, atribuirle de alguna manera positivas potestades que vengan a realizar la legalidad. La Administración se encuentra delimitada en su actuación por la ley, no sólo desde un punto de vista negativo, sino que también positivamente mediante la atribución de potestades de actuación. Este es el efecto típico habilitante de la ley respecto de la Administración. Debemos señalar que la referencia a la ley que a lo largo de este párrafo hagamos no van referidas a la ley en su sentido formal, sino como norma jurídica, en el amplio sentido de "bloque de legalidad".

### 4.1. LA ATRIBUCION DE POTESTAD

El problema que se debe resolver es la determinación del mecanismo de atribución de potestades, que dicho efecto habilitante supone. Como solución a este problema han surgido una serie de teorías que aquí sólo nos limitamos a esbozar.

4.1.1. La tesis más antigua es la de la representación: todos los órganos que tienen poder público lo tienen porque este poder es representado; tienen tal poder por traslación de la comunidad a quien representan.

Técnicamente esta teoría es inexacta. No hay poder representativo en esta situación, puesto que la Administración no es representante de la Comunidad; la representación política se localiza en órganos distintos y son los órganos soberanos, condición que la Administración no posee. Luego la Administración, al no ser una representación del pueblo, sus poderes no se derivan de la Comunidad.

4.1.2. Los administrativistas anglosajones no utilizan el concepto de representación: se refieren con más precisión al fenómeno desde el punto de vista de una figura clave de

su derecho; el "trust", cuyo concepto hay que delimitarlo en el sentido de negocio fiduciario, en el cual una persona maneja intereses de un tercero que es el verdadero titular de estos intereses, pero esta gestión de intereses se hace en nombre propio, no por representación.

Esta figura del "trust" se utiliza para explicar la función del Rey como "trustee": su poder no es propio, es del pueblo, pero actúa en nombre propio. Así, se habla de la Armada Real, la Justicia del Rey, etc. El Rey es, pues, un gerente fiduciario de los intereses del pueblo.

4.1.3. Los administrativistas alemanes han intentado resolver el problema creando una nueva figura técnica, la "ermachtigung", que consiste en una autorización o negocio autorizativo, en la terminología de los especialistas de Derecho Privado. "Habilitación" sería quizás una traducción más correcta del término alemán.

Estas dos últimas figuras técnicas resuelven mejor el problema que la noción de representación, que estimamos debe ser rechazada. La Administración no es una entidad soberana, sino por el contrario, está dedicada al servicio de la Comunidad y por ello sometida integralmente al derecho y habilitada sólo para gestionar los intereses de la Comunidad en función de la cual la ley le atribuye poderes.

El fenómeno de la habilitación no implica un fenómeno de prohibición: supone más bien una atribución inicial de poder. Esta teoría es la típica del Estado de Derecho, y se proyecta en el principio de legalidad. El principio de legalidad, mirado de este punto de vista, consiste en que la ley le atribuye poderes a la Administración, de una manera concreta y tasada; no existen poderes que sean atribuidos indeterminadamente: es lo que se ha llamado "principio de mensurabilidad". Los órganos administrativos para actuar necesitan ser competentes, y esta competencia, en sentido amplio, no la tienen previamente, sino que ha de ser atribuida específicamente. Así, se establece como función el siguiente: Todo poder que la Administración ejerce debe ser atribuido por la ley y debe ser, además, un poder tasado.

La administración necesita una norma previa para

actuar (principio de la norma previa); incluso cuando la norma emana de la propia Administración, es necesaria la previa existencia de la norma para poder actuar en el caso concreto. La inderogabilidad singular de los reglamentos se basa precisamente en esta idea, ya que la Administración tiene poder para interpretar los reglamentos y no para vulnerarlos.

## 4.2. CONCEPTO DE POTESTAD

La potestad es un término íntimamente ligado al principio de legalidad y todas sus consecuencias. La potestad, se podría decir, es aquello que otorga al actuar de la Administración un grado de validez.

### 4.2.1. LA FORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE POTESTAD

El concepto de potestad, figura de reciente aplicación en el Derecho Administrativo y cuya precisión aclara el fenómeno del principio de legalidad, ha sido elaborado por la escuela italiana de Derecho Administrativo y especialmente por Santi Romano <sup>10</sup>.

Ahora bien, el concepto de potestad se puede deducir en todos aquellos supuestos en que aparece una disociación entre disposición legal y administración, y por ello es de general aplicación en todos los sectores del ordenamiento jurídico, si bien en Derecho Administrativo se constituye como un concepto fundamental y básico para su construcción. Su formulación es reciente, pues el constitucionalismo prácticamente prescinde de dicho concepto ante la presencia de teoría de los derechos subjetivos en Derecho Público <sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver SANTI ROMANO s. v. *poderes y potestades*, en *Fragments de un diccionario jurídico* (trad. Santiago Santís J.-Marino Ayerrar, Buenos Aires 1964), p. 297.

<sup>11</sup> La instauración del principio de legalidad supone la concreción de poderes del Estado. Luego, se puede decir que existen poderes concretos en favor del Estado que se encuentran delimitados por la ley. De aquí surgió la idea de formular la doctrina de la aplicación de los derechos subjetivos al Derecho Público. Los

El concepto de potestad se encuentra en íntima relación con otras nociones jurídicas, tales como derecho subjetivo, capacidad, relación jurídica, facultad, deber y obligación, etc.; de ahí que un análisis del concepto de potestad debe hacerse tomando en cuenta estas y otras nociones y no en forma aislada que podría conducir a errores e imprecisiones.

#### 4.2.1.1. *Delimitación entre Potestad y Derecho subjetivo en Derecho Administrativo*

La principal diferenciación entre conceptos es la delimitación entre la Potestad y el Derecho subjetivo. Para ello analizaremos las notas comunes y las notas diferenciales:

##### a) *Notas comunes*

Ambos son poderes jurídicos, facultades de querer o de obrar, conferidas por el ordenamiento. Así, se puede considerar que la potestad y el derecho subjetivo entrarían en la idea común de los poderes atribuidos por el ordenamiento jurídico en relación a bienes o intereses, y serían ambos

---

derechos de superioridad y soberanía del Estado se concibieron jurídicamente como verdaderos derechos subjetivos. Así es cómo se introduce el concepto de derecho subjetivo en el campo jurídico-administrativo y durante todo el constitucionalismo será la noción básica para construir la situación de superioridad en que la administración se encuentra. Sin embargo, un examen de estos derechos subjetivos de la administración demuestra que los derechos de supremacía, las prerrogativas de la administración que se incluyen entre ellos, no son auténticos derechos subjetivos, ya que carecen de la estructura típica de los mismos. Ello hace entrar en crisis la noción de derecho subjetivo para dar nacimiento a un nuevo concepto que es la potestad. Es natural que si la administración puede dictar un reglamento, sancionar a un culpable, etc. . . ., no puede considerarse que tiene un derecho subjetivo a ello. Estos casos, y otros, no son casos en que se ejercen derechos subjetivos, sino que lo que se ejerce son potestades. Aparece así el concepto de potestad que no excluye la existencia de verdaderos derechos subjetivos en favor de la administración.

manifestación de la competencia, desde el punto de vista jurídico administrativo.

b) *Notas diferenciales*

b. 1. En el Derecho subjetivo la nota esencial es la especificidad del objeto dominado. El poder ínsito del Derecho subjetivo recae en un objeto determinado, sobre el cual se ejercita el señorío, puesto que no es concebible el Derecho subjetivo sin su objeto.

Las potestades no tienen objeto específico dominado. Son una simple posibilidad de determinación, posibilidad de producir efectos jurídicos. La potestad se desenvuelve en una dirección o aspecto genérico, es un poder jurídico general y abstracto que no tiene objeto singularmente determinado, ni sujetos especialmente obligados. Ejs. de potestad pueden ser: el poder disciplinario, el poder expropiatorio, etc., cuyo amplio contenido salta a la vista.

b. 2. En el Derecho subjetivo existen sujetos pasivos obligados. No hay Derecho subjetivo sin obligación contrapuesta.

En la potestad no existe un sujeto pasivo obligado; el concepto opuesto a potestad no es el de obligación. Lo que existe es una "sujeción" o sometimiento a soportar los efectos del ejercicio de la potestad. Incluso se ha observado a este respecto que más que sujeción hay una "situación pasiva de inercia", que puede no afectar a todos los administrados y que puede resultar ventajosa, o que puede ser desventajosa. Sólo se podría hablar de sujeción en esta última situación<sup>12</sup>. Creemos que hablar de sujeción, no obstante la observación anterior, es más conveniente debido a la diferenciación entre potestad y ejercicio de la potestad. En todo caso, debemos insistir que el concepto de potestad no forma parte de una determinada y concreta relación jurídica, a diferencia del Derecho subjetivo que es siempre elemento de una relación. El poder no se desenvuelve en

---

<sup>12</sup> Ver GIANNINI, *Corso di Diritto Amministrativo* (Milán 1965), p. 100 ss.

una determinada relación jurídica, aunque puede generarla dando nacimiento a los derechos subjetivos y obligaciones consiguientes. La potestad será así el antecedente de la relación jurídica, o si se quiere, su fuente y título. Por ej.: ¿En virtud de qué relación jurídica concreta y singular la Administración puede dictar un reglamento? Aquí no hay una relación jurídica; sin embargo, una vez que se haya dictado el reglamento, puede constituirse dicha relación.

b. 3. El Derecho subjetivo se resuelve siempre en pretensiones materiales frente al obligado.

La potestad no se resuelve en una pretensión, porque frente a ella sólo existe sujeción. La pretensión aparece cuando la potestad se ha ejercitado. Por ej.: en la potestad expropiatoria podemos distinguir su consideración como tal potestad, a la cual todos los administrados están potencialmente sujetos, y el ejercicio de tal potestad que sólo afectará a ciertos administrados al manifestarse sobre un objeto determinado. Aparece en ese momento una relación que era sólo jurídica concreta.

b. 4. Los Derechos subjetivos pueden surgir por convenciones negociales, a diferencia de la potestad que deriva siempre de un "status" legal. Es decir, son creadas directamente por el ordenamiento jurídico.

La distinción a la que hemos hecho referencia tiene un especial interés, puesto que la Administración no es titular de verdaderos Derechos subjetivos que no deben ser confundidos con las potestades. Para saber en qué casos se está en presencia de potestades o de Derechos subjetivos, la diferenciación debe estructurarse conforme a los antecedentes y elementos anteriormente señalados. Concretamente, la existencia de un objeto concreto y la existencia de una relación jurídica específica nos estarán indicando la presencia de un Derecho subjetivo propiamente tal y no de una potestad.

#### 4.2.1.2. *Delimitación conceptual entre potestad y capacidad-competencia*

Es necesario diferenciar la potestad de la capacidad. Se

puede considerar que la capacidad, medida en la esfera de la personalidad, es un presupuesto de toda potestad, pero no la potestad misma. La capacidad constituye el aspecto más genérico de la personalidad y tiene el carácter de antecedente de todo poder.

En relación con la Administración Pública, la diferencia debe precisarse entre potestad y competencia (concepto que sustituye a la capacidad en las personas jurídicas-públicas).

La competencia es el antecedente de la potestad, por lo cual en el ejercicio del poder en abstracto se pueden distinguir tres fases constituidas por: la competencia, la potestad y, por último, la relación jurídica concreta a que dé nacimiento el ejercicio de la potestad, con el contenido de derechos y obligaciones propios de esa relación en concreto.

#### 4.2.1.3. *Delimitación entre potestad y facultad*

La diferencia ya señalada entre potestad y Derechos subjetivos permite señalar la diferencia que existe entre potestad y facultad, construido este último concepto a partir de la distinción entre lícito jurídico y posible jurídico. La facultad se conecta directamente con el lícito jurídico y forma parte del Derecho subjetivo en cuanto que es un fragmento del mismo o parte integrante de los derechos. Por ello, los conceptos de potestad y facultad no deben ser confundidos.

### 4.3. CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD

Técnicamente, esta figura se perfila a través de las siguientes características:

A. Todas las potestades tienen su origen directo en el ordenamiento jurídico y no en negocios jurídicos. Las potestades son siempre derivaciones del "status" legal, por ello es inevitable la existencia de una norma previa que atribuya la referida potestad.

B. La potestad, por el carácter de poder genérico, no es enajenable y como consecuencia es imprescriptible. El titular de la potestad podrá ejercitarla o no, su ejercicio es

voluntario, pero en ningún caso podrá transmitirla o renunciar a ella. Sólo en ciertos casos cabe la renuncia, ya que ciertos "status" legales lo permiten. Es por ej.: el caso del funcionario público o el concesionario que pueden renunciar a detentar tal calidad y por ende a la potestad que dicha calidad otorga. Respecto a la imprescriptibilidad, diremos que la potestad jamás se ganará por prescripción; sí puede estar sometido su ejercicio a un plazo de caducidad.

C. Según las clases de potestades es necesario distinguir entre aquellas que se ejercen en interés ajeno o por un interés objetivo. Estas últimas reciben en doctrina la denominación de potestad - función. Las atribuidas a la Administración Pública son de esta última especie.

D. Muchas veces las potestades son expresión de un deber en sentido no sólo de obligación de ejercitar esa potestad, sino también en cuanto que el sujeto titular de una potestad aparece, en ocasiones, como sujeto pasivo u obligado en la relación jurídica a que da nacimiento el ejercicio de esa potestad.

#### 4.4. CLASES DE POTESTADES

La clasificación de las potestades puede hacerse en virtud de diversos criterios. Destacaremos los siguientes:

A. Potestades innovativas o de conformación son las que encierran una posibilidad de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Se pueden dividir en:

a. 1. Potestades normativas, que son aquellas en que el efecto innovador se realiza mediante la creación de normas (Potestad reglamentaria).

a. 2. Potestades no normativas, que son aquellas en las que el efecto de conformación se realiza a través de actos jurídicos, no mediante normas, sino que a través de actos. Como por ej.: potestad de policía, potestad expropiatoria.

B. Potestades no innovativas o de conservación, que son las que conservan, realizan o tutelan situaciones jurídicas preexistentes, sin innovarlas. Por ej.: Potestad de tutela, potestad de resolución de recursos, poder certificante.

C. Poderes de supremacía general y de supremacía especial. Esta distinción a diferencia de la anterior, es exclusiva de Derecho Público.

c. 1. Son poderes de supremacía general los que tiene la Administración en cuanto poder público, respecto a los súbditos, al margen de cualquier título jurídico concreto.

c. 2. Son poderes de supremacía especial aquellos en cuya virtud la Administración ostenta también una situación de supremacía, pero derivada de un título jurídico concreto.

Esta distinción se recoge en la doctrina alemana bajo las respectivas denominaciones de "relación general de poder" y "relación especial de poder".

La potestad reglamentaria, la potestad expropiatoria, son potestades de supremacía general. También el poder jerárquico puede citarse como ejemplo de potestad de supremacía especial.

Sobre esta base teórica está montada la distinción entre reglamentos y simples instrucciones o circulares, distinción cuya trascendencia deriva de que mientras los reglamentos son normas jurídicas, las instrucciones o circulares no tienen este rango normativo, por no emanar de una situación de supremacía general. Es importante, para la mejor comprensión de esta clasificación, atender al origen de la potestad considerada y no exclusivamente a su contenido. Así, frente al poder expropiatorio, que es de supremacía general, existen en la Administración otros poderes de sacrificio; por ej.: el "ius variandi", en los contratos administrativos, que por derivarse de supuestos de supremacía especial, dado su origen contractual, no son técnicamente de supremacía general. También el poder de policía, supuesto de supremacía general, puede originar sanciones que en todo caso habrá que diferenciar de otras posibilidades de sanción derivadas de potestad de supremacía especial, como por ej., el poder disciplinario<sup>13</sup>.

Ahora bien, otro problema es verificar si estas potestades, que el ordenamiento atribuye a la Administración, pue-

---

<sup>13</sup> Ver GALLEGO ANABITARTE (n. 1), p. 160.

den ser reducidas a un tipo característico del Derecho Público. Existen intentos doctrinales de valor relativo que han intentado solucionar afirmativamente este problema. Se habla de potestad de imperio, prerrogativas, superioridad de grado, etc., pero todos los intentos tienen un valor meramente aproximativo, ya que la Administración Pública es en efecto, un poder público, pero no en todos sus actos existe una manifestación de este poder. La Administración ejerce asimismo un poder servicial, sin prerrogativa, que aún no dejando de ser público, no puede encajarse en las calificaciones doctrinales expuestas<sup>14</sup>.

Por último, debemos señalar que no es fácil reducir a lista las potestades administrativas, ni tal intento tiene interés, ya que lo importante es que en base al principio de legalidad se afirme la tasa de potestades, y así lo que interesa es estudiar en concreto cada potestad para ver si se ajusta a una ley informadora.

#### 4.5. LA POTESTAD COMO ATRIBUCION DE LA LEY

La potestad, como poder jurídico, ha de estar conferida por el Derecho objetivo. El sentido que el principio de legalidad presenta para la Administración, la relación entre ordenamiento jurídico y Administración Pública, lleva a sostener que toda potestad administrativa debe estar conferida por el ordenamiento jurídico y tener su base en él. Ahora bien, esta atribución de potestad a la Administración debe ser expresa, o sea, debe existir un otorgamiento derivado del ordenamiento jurídico; es lo que se ha denominado principio de la cobertura legal o de la norma previa. Así, en toda actuación administrativa existen los siguientes grados:

- Norma previa
- Potestad
- Acto concreto, como resultado inmediato del ejercicio de la potestad.

---

<sup>14</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid 1974) 1, p. 253 ss.

En base a este esquema resulta que toda actuación singular de la Administración debe estar legitimada por una norma previa del ordenamiento jurídico; sin norma no existe potestad y sin potestad no existe acto.

Para que la Administración tenga potestad reglamentaria es preciso que así lo reconozca el ordenamiento jurídico. Cuando existe tal posibilidad la Administración puede dictar reglamentos, e incluso dictar actos de aplicación de los mismos. Así también con esta técnica seguida en la inderogabilidad singular de los reglamentos la Administración puede modificarlos; lo que no puede hacer es dictar un acto singular contrario al reglamento porque a tal acto le faltaría la cobertura legal.

Pues bien, del concepto de potestad y de la necesidad de que en todo momento las potestades de la Administración vengan conferidas por el ordenamiento jurídico, como consecuencia del sentido que el principio de legalidad adquiere para los sujetos de derecho público, se pueden deducir los presupuestos del ejercicio de la potestad y que son los siguientes:

- En primer lugar, la creación del ente u órgano administrativo, con la consiguiente atribución de competencia, entendida según las finalidades a conseguir por el órgano administrativo.
- En segundo lugar, la determinación específica de competencias que supondrá la atribución de potestad.
- Por último, la determinación y concreción de la titularidad del ejercicio de esas competencias y, por consiguiente, de la potestad.

#### 4.5.1. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE POTESTAD

Como se señaló, la atribución de potestad debe ser expresa, pero a su vez puede presentarse de diversas formas:

- Apoderamiento explícito o implícito (poderes inherentes).
- Apoderamiento específico o genérico (cláusulas generales de habilitación).
- Apoderamiento con determinación de las condiciones de

ejercicio o con indeterminación de las mismas (potestad discrecional).

#### 4.5.1.1. *Apoderamiento explícito o implícito*

a) La atribución explícita de potestad es la fórmula ordinaria, a través de la cual se hace una expresa atribución de potestad. La norma realiza una explícita atribución. Por ej.: otorga poder expropiatorio al Estado.

b) Pero también existen atribuciones implícitas de potestad, justificadas por una razón muy simple: el ordenamiento no se acaba en la ley escrita, lo que justifica la existencia de poderes inherentes. Existen normas no escritas, costumbres, principios generales de Derecho, que pueden ser fuente de potestades, no derivadas, por consiguiente, de la ley, encontrándonos en esos casos con apoderamiento implícitos, otorgados por el ordenamiento, pero no por la ley. Así sucede, por ej.: en la declaración tácita como manifestación de voluntad que se equipara a la voluntad expresa.

El problema de los poderes inherentes hay que precisarlo en el sentido de que se refiere a potestades no atribuidas expresamente por la ley, sino derivadas implícitamente del ordenamiento, sin que exista confusión con la posible indeterminación del poder. Existe un poder determinado, pero esta determinación es implícita.

Esta técnica de los poderes inherentes se estudia sobre todo en el Derecho norteamericano, como una exigencia de la aplicación de la Constitución, puesto que según el principio federal de organización el Estado sólo tiene competencia expresa en lo que la propia Constitución le atribuye. En materias donde no existe esta atribución de competencia, son competentes los Estados federados, a cuyo favor juega la presunción de competencia. En una interpretación rígida de este principio se llega a consecuencias absurdas. Por ejemplo, la declaración de guerra que no está atribuida expresamente al Estado Federal, sería materia de competencia de los Estados federados, y es, precisamente, para salvar estas consecuencias absurdas, por lo que surge la técnica de los poderes inherentes, poderes

implícitos a la posición que la Constitución asigna al ente en cuestión, o poderes filiales de otros poderes expresamente atribuidos.

Se debe señalar la cautela con que esta técnica debe ser aplicada, para que con su aplicación no se infrinja el sentido auténtico del principio de legalidad, que sólo justifica los poderes atribuidos por una norma; el nexo de concomitancia en que se basa este sistema debe ser claro, no basta la mera presunción, ya que se trata de poderes realmente atribuidos por el ordenamiento jurídico; la habilitación existe, lo que falta es la atribución expresa. La labor interpretativa se centrará fundamentalmente en la búsqueda de este nexo, justificativo de la vigencia del poder inherente.

Por la técnica de los poderes inherentes se pueden justificar distintos supuestos. Así, por ejemplo:

— La llamada supremacía especial, que se explica no como excepción al principio de legalidad, sino que a través de la técnica de los poderes inherentes.

— El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, por el cual la Administración puede imponer el cumplimiento inmediato de sus actos, sin esperar que el juez los declare ejecutorios, no se encuentra definido por ninguna norma general y, sin embargo, existe a través de una atribución implícita derivada del principio de separación entre Administración y Justicia.

— Igualmente el contenido del poder jerárquico. Los órganos superiores pueden controlar la actuación de los órganos inferiores. Pero no existe ninguna norma que regule el contenido de ese poder jerárquico; existe sí, una posición de jerarquía, desde la cual es lícito inferir una serie de poderes inherentes.

El poder implícito es sólo una excepción a la atribución expresa; la atribución ha de derivarse siempre del ordenamiento jurídico, pero éste no agota su contenido en la norma legal, sino que se encuentra en las restantes normas admitidas: principios generales, costumbres, etc.

Complementando todo nuestro análisis anterior se podría decir que la doctrina administrativa también ha in-

terpretado la teoría de la potestad inherente en un sentido finalista. Así, y en términos esquemáticos, podría enunciarse el principio de la siguiente manera. Si la ley atribuye expresa y literalmente la potestad A' que sólo alcanza a servir congruentemente al fin A, debe entenderse que también otorgó las potestades B' y C', congruentes con el fin B y C, que la Administración debe inexorablemente cumplir por propio imperativo de la ley. Este supuesto de aplicación implícita de los poderes inherentes se encuentra frecuentemente en el campo de la intervención administrativa de la Economía.

Dentro de la teoría de las potestades inherentes se conjuga un aspecto concreto de interpretación de la ley en su sede administrativa. La interpretación es un momento espiritual independiente, de modo que todo acto de interpretación debe fundamentarse para la Administración en una consideración de las circunstancias políticas, económicas y sociales en que la ley nace, para ajustar, dentro de estas circunstancias, el verdadero fin de la norma y, por ende, el alcance de la potestad administrativa<sup>15</sup>. Bajo esta perspectiva conviven dos principios interpretativos aparentemente antagónicos. El principio de la interpretación única (la ley sólo puede tener un sentido verdadero) y el principio de la posible mutabilidad de interpretación cuando hay mutación de circunstancias. Siempre será de la esencia de la norma administrativa la relación de medio a fin.

El fenómeno contrario, de restricción de la potestad en razón del fin público perseguido, es el denominado abuso del poder. Aquí la finalidad continúa imperando por sobre la potestad, pero la consecuencia no es la ampliación, sino que la negación del poder jurídico para servir fines que no fueron previstos por la ley. El principio de congruencia entre fines y medios (potestades) concluye de este modo en un doble efecto: de ampliación en un caso (teoría de las

---

<sup>15</sup> Ver FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* (Trad. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958) p. 143.

potestades inherentes), y de restricción en otro (teoría del abuso del poder).

4.5.1.2. *Existen, como señalábamos, potestades genéricas y potestades específicas*

Nota: (reglas que vienen a delimitar el ámbito de la potestad)

La regla general a este respecto se establece en el principio de mensurabilidad de la competencia, esencial en el Estado de Derecho. Por la técnica de las cláusulas generales de apoderamiento, que no atribuyen competencia específica, se viene a delimitar un ámbito de actuación, dentro del cual puede actuar el ente. La potestad no se atribuye para un supuesto concreto y específico, sino que de forma general para una serie de supuestos. Ahora bien, ¿esta atribución genérica se puede considerar como ilimitada? La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados puede ayudar a solucionar este problema, ya que la concreción de esta indeterminación es materia de interpretación y no de discrecionalidad. Señalaremos como ejemplo el siguiente. Entendemos como actos contrarios al orden público los que de cualquier modo alteran la paz pública o la convivencia social. Constituye esta una definición general del concepto "orden público", en la cual se expresa una indeterminación de su contenido<sup>16</sup>. Pero esta definición no

---

\* (16 bis) Para un estudio de la potestad reglada, además de la jurídicos indeterminados, que éstos suponen una indeterminación del ámbito de actuación y que aplicada al concepto de orden público permite la interpretación del mismo, sin que sea posible admitir una atribución genérica de potestad a la Administración Pública.

(16 bis) Para un estudio de la potestad reglada, además de la bibliografía que se cita, véase: Kornprobst, B., *La compétence liée*, en RDP. (1961), p. 935.

Respecto del poder discrecional, ver: Waline, M., *La pouvoir discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le controle juridictionnel*, en RDP. (1930), p. 197; Venezia, J. C., *Le pouvoir discretionnaire* (Paris 1959); Ferraris, C., *Il potere discre-*

puede ser una cláusula general, no implica una atribución de poderes indeterminados, sino que marca un ámbito lícito de actuación. Por ello no puede afirmarse que los poderes de policía sean indeterminados. No podría aceptarse una trasposición de conceptos inaceptables, ya que implicaría convertir una indeterminación del concepto de orden público en una indeterminación de los poderes concedidos a la policía. Además la indeterminación de los poderes de policía es totalmente incompatible con el sistema de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado. Asimismo, los principios de proporcionalidad y adecuación de los medios a los fines son argumentos en contra de la pretendida ilimitación de los poderes de la policía.

Pensamos que las posibles cláusulas generales de habilitación de competencia en que existe una aparente indeterminación, y por lo tanto una excepción al principio de legalidad entendido siempre como un determinador de las potestades, debería estar limitada por la *regla de la proporcionalidad*; sólo es legítimo lo que sea idóneo para resolver la situación de que se trata, regla que juega como limitadora de poderes. Además, que cuando tales poderes atribuidos de forma general se hagan efectivos deben ser eminentemente *transitorios*, ya que la vigencia de los mismos sólo subsiste mientras dura la situación excepcional que los originó.

#### 4.5.1.3. *Los aspectos reglados y discrecionales de la Potestad* (16 bis) °

Una de las modalidades de atribución de potestades a la Administración Pública es aquella que se otorga bien con determinación o bien con indeterminación de las condiciones

---

*zionale della Pubblica Amministrazione*. (Milano 1939); F. Lucas Gil, *La discrecionalidad de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en REVL. 53, p. 665; López Rodó, L., *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho Español*, en REVL. (1947), p. 493.

de ejercicio. O sea, en ciertas ocasiones se determinan los más mínimos detalles de esa potestad y cómo debe aplicarse la potestad concedida. Otras veces queda indeterminado el desarrollo de la forma de actuar remitiéndose la ley al propio juicio de la Administración. Estos conceptos de potestad reglada y potestad discrecional constituyen conceptos fundamentales para la aplicación práctica del Derecho Administrativo.

Este tema es uno de los más debatidos por la doctrina jurídico-administrativa, hasta el punto de considerarse a la potestad discrecional como uno de los aspectos esenciales de Derecho Administrativo en un Estado de Derecho.

En ciertas ocasiones, la ley determina íntegramente con detalles cuáles son las condiciones de ejercicio de una determinada potestad. En estos casos, la Administración se limita a constatar cuáles son los datos normativos para adaptar a ellos automáticamente su actuación. Se dice entonces que estamos ante una potestad reglada. Por ejemplo, cuando las normas señalan que una determinada categoría de funcionarios debe jubilar a los 65 años de edad, la Administración para actuar esta potestad no hace sino que constatar si tal funcionario ha cumplido esa edad, teniéndole que jubilar a la fuerza. Esta regulación significa que la Administración no tiene libertad para conformar, según su juicio, el ejercicio de la potestad en cuestión. En cambio, en ciertas ocasiones, a la Administración se le otorga un margen para tomar sus decisiones. Así, por ejemplo, en el caso de ascenso de funcionarios por elección la Administración no tiene predeterminadas todas sus actuaciones y elige a uno u a otro. En este supuesto, se dice que la Administración actúa con potestades discrecionales.

El problema de las potestades regladas y discrecionales es, como decíamos, uno de los problemas básicos del Derecho Administrativo. Es un problema importante, porque es de esencia que la Administración tenga un acervo de potestades cuyo ejercicio no puede ser reglamentado en todos sus detalles. Considerada la actuación administrativa en su conjunto hay siempre un margen encomendado a la discrecionalidad administrativa. En una época se pensó que la

discrecionalidad de la Administración era un reducto de la legalidad del antiguo régimen que pervivía en el Estado contemporáneo. Tal posición es una falsa creencia. La Administración no puede limitarse al cumplimiento automático de normas, debido a que éstas no pueden frenar todas las condiciones de ejercicio de las potestades administrativas. Un Estado dirigido en todos sus aspectos por normas preexistentes es un mito irrealizable. Entre la norma y la aplicación de la potestad, es preciso que la Administración interponga un elemento de arbitrio propio. De ahí que la Administración necesite de extensos poderes discrecionales. Ahora bien, el problema se traslada al de conseguir que esta discrecionalidad de la Administración no se transforme en pura arbitrariedad<sup>17</sup>.

#### 4.5.1.3.1. *La potestad reglada*

Se entiende por potestad reglada aquella que es atribuida por el ordenamiento jurídico con la determinación de la totalidad de sus elementos. Es decir, predeterminado el momento, situación, procedimiento, etc. En estos casos la Administración se limita a aplicar la ley automáticamente. Es un proceso de subsunción o de aplicación al caso concreto de lo que está ya regulado por las normas. La Administración no debe hacer más que una tarea de constatación, es decir, de ver si se dan las circunstancias previstas para actuar de acuerdo con las modalidades también previstas. Es la actividad de fijación o comprobación de los presupuestos y condiciones previstas por las normas<sup>18</sup>.

Pero es normal que las potestades absolutamente regladas no sean corrientes. Es normal que se deje siempre algún vacío y que la Administración al actuar tenga que encargarse de completar algún aspecto. De ahí que el con-

---

<sup>17</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, en *RAP*. 38 (1962), p. 163.

<sup>18</sup> Es lo que la doctrina italiana llama actividad de "acertamento". Ver: Giannini, *Corso di Diritto Amministrativo* (Milán 1965) 1, p. 193.

cepto de potestad discrecional no es radicalmente opuesto al de potestad reglada. Es decir, no se trata de conceptos opuestos y separables sino que conviven en la mayoría de las ocasiones. La discrecionalidad no puede operar sobre todos los elementos de un acto administrativo, sino que es posible que en un mismo acto administrativo existan elementos reglados y discrecionales; es decir, que una parte del acto administrativo esté predeterminada por la norma mientras otra debe ser suplida por la propia Administración.

Así, cualquier acto administrativo, aunque existan en él elementos discrecionales, hay siempre elementos reglados. Respecto de estos últimos, siempre se encuentran los siguientes:

a) La existencia misma de la potestad. O sea, la potestad debe haber sido atribuida por la norma. Se trata de algo reglado y que no surge por puro capricho administrativo. No aparecen potestades por generación espontánea.

b) Es siempre reglada la extensión que ha de darse a esa potestad.

c) La competencia será siempre un elemento reglado. Es decir, cada potestad se atribuye a órganos determinados y concretos.

d) Y, por último, cada potestad se atribuye para alcanzar un fin determinado. Esta particularidad es un hallazgo tardío que se conecta con la figura de la desviación de poder.

Es posible y frecuente que junto a los anteriores, que son elementos necesariamente reglados, existan también otros elementos reglados como el contenido del acto, las formas y procedimientos que deben ser utilizados para el ejercicio de una potestad, etc.

#### 4.5.1.3.2. *La potestad discrecional*

Por otra parte, al analizar la actividad administrativa, además de elementos reglados, encontramos otros elementos que se dejan a la libre decisión de la Administración. Se trata de un margen de decisión libre, de unos espacios en

blanco que la Administración debe rellenar en base a determinaciones singulares, específicas y analíticas.

La doctrina entendió que existe potestad discrecional allí donde la ley no ha entrado, o sea, en casos que por falta de defecto de normas jurídicas no rige el principio de legalidad. Tal significado de la discrecionalidad no puede admitirse. La Administración no tiene potestad discrecional allí donde no hay ley, sino que, al contrario, para que la Administración detente cualquiera potestad, sea o no discrecional, es necesario que haya norma que la haya atribuido. La discrecionalidad no significa ausencia de Derecho para ejercitar la potestad<sup>19</sup>. Por ello, no es posible dar a la discrecionalidad el mismo relieve que la autonomía de la voluntad tiene en las relaciones jurídico-privadas, ya que el significado del principio de legalidad es distinto en personas jurídico-privada que en personas jurídico-públicas. La discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la Administración, sino la integración de la norma impresa, según los valores immanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. En un sentido amplio, la ley contempla la justicia en el caso general y abstracto, la discrecionalidad opera lo justo en el caso concreto. Por ello la discrecionalidad no entraña la aplicación al Derecho Administrativo de la idea civil de la autonomía de la voluntad, ya que la discrecionalidad está enquistada en la potestad, con los mismos límites de ella.

Lo genuino de la discrecionalidad administrativa es la posibilidad de arbitrio que debe ser resuelta acudiendo a diversas posibilidades alternativas, todas ellas igualmente justas para el derecho. Este margen de discrecionalidad no es controlable, en principio, por ciertos criterios jurídicos, porque caben varias soluciones, todas ellas igualmente justas ante el derecho. La única forma de controlar esa discrecionalidad sería que alguien se sustituyese en la toma de decisión. Ahora bien, esta decisión sólo puede tomarla la

---

<sup>19</sup> Ver CLAVERO ARÉVALO, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en RAP. 30 (1959).

Administración que es quien se encuentra capacitada técnicamente para ello y pensando siempre en la mejor realización del interés general.

Como ya decíamos, es impensable una actuación administrativa según normas totalmente preestablecidas. Es necesario otorgar un margen de discrecionalidad, pero éste no debe ser más que un margen reducido.

En todo caso, la potestad discrecional implica una adecuación al principio de legalidad a través de:

- Ajuste a la ley, en el sentido que no puede contradecirla.
- Ajuste a la finalidad de la potestad.
- Ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley.
- Ajuste a los principios generales.

A. *Potestad discrecional y seguridad jurídica.* El carácter discrecional de la potestad parece que va contra de la seguridad jurídica. Esto es sólo aparente.

La seguridad jurídica entiende que la decisión definitiva puede ser prevista, calculable "a priori", y ello, en principio, es posible en la actuación discrecional. En los supuestos de la llamada discrecionalidad técnica ello es así: cuando la norma jurídica establece que el Ministerio de Obras Públicas puede aprobar la ejecución total e íntegra de la obra o su ejecución por destajo, sólo una de estas decisiones será la correcta y en este sentido podrá preverse, aunque para ello se requieran conocimientos especiales.

En estos supuestos de discrecionalidad técnica el optar por una u otra fórmula no es jurídicamente irrelevante. Aparte de la posibilidad de impugnación, por no ajustarse el ejercicio de la potestad a su fin, si la Administración elige la solución técnica no apropiada, la responsabilidad penal y administrativa aparecen.

En el ámbito discrecional rige el principio de la mensurabilidad de la potestad: la extensión de ésta no puede ser ilimitada ni extendible, sino que, por el contrario, debe ser medible. No caben potestades discrecionales otorgadas

como cheque en blanco a rellenar arbitrariamente por la Administración.

La discrecionalidad es además creación de la ley, expresión de la renuncia de ésta a regular ciertos aspectos de la potestad, como consecuencia del sentido que el principio de legalidad adquiere para la Administración. De ahí que pensamos que la seguridad jurídica no se opone a la noción de potestad discrecional.

B. *El control de la discrecionalidad.* Históricamente, la discrecionalidad tenía un ámbito extremadamente amplio. Durante todo el s. XIX la actividad discrecional no era controlable, puesto que no se distinguía la posibilidad de separar unos elementos reglados en medio de un modo de actuar discrecional. Fruto de esta posición era que la Administración ejercía incontrolablemente —aparte de los controles de tipo político que pudieran existir— una serie de facultades muy amplias. Pues bien, la eficiencia y elasticidad del Consejo de Estado francés y de otros tribunales que siguieron sus huellas, iniciaron una amplia evolución para reducir ese concepto tan amplio de discrecionalidad.

La discrecionalidad, como hemos señalado, no supone libertad absoluta en el actuar de la Administración, sino que presenta una serie de límites, en función de los cuales es posible ejercer un control sobre el acto discrecional, lo cual resulta imprescindible para garantizar adecuadamente los derechos e intereses de los particulares frente a la actividad de la Administración.

B.1. *El Control de los elementos reglados. La desviación de poder*<sup>20</sup>. Siempre en medio de una actividad discrecional existen determinados elementos reglados. Así, los tribunales tendrán que controlar los fines de los actos admi-

---

<sup>20</sup> Ver MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La desviación de poder en Derecho Español*, en RAP. 22 (1957), p. 129 ss.; MARTINES Usero, *Desviación de poder en Anales de la Universidad de Murcia* (1955-1956); Ferrero, *Lo sviamente di potere della Pubblica Amnistrazione* (Università di Perugia 1929), p. 294; LAGRANCE, M., *Le détournement de pouvoir en Droit Comparé*, en RDP. (1955), p. 81.

nistrativos. Toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un determinado fin señalado, expresa o tácitamente, por el ordenamiento jurídico. Pues bien, una potestad administrativa no puede ser utilizada para conseguir un fin distinto del señalado por el ordenamiento. Es así como aparece la figura de la desviación de poder. Ej.: los intendentes tienen una serie de potestades en defensa del orden público. Pues bien, estas potestades otorgadas para defender el orden público no pueden utilizarse para defender fines privados o sectarios. Hay desviación de poder cuando se ejercen potestades administrativas para conseguir fines distintos a los señalados por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para que haya desviación de poder no es necesario que se persiga un fin privado, basta con que se trate de conseguir un fin distinto al previsto por el ordenamiento, aunque se trate de fin público. La desviación de poder es un control jurídico de la legalidad. Se controla el cumplimiento de un fin señalado, de acuerdo con criterios jurídicos, no se trata en ningún caso de un control moral.

Es necesario señalar que la desviación de poder no puede confundirse con el abuso de poder. Con el primero se obtiene una finalidad distinta a la buscada por la norma, en el segundo se hace uso indebido del poder que le es atribuido por la norma a un funcionario, independientemente del fin logrado.

La actividad administrativa en el **Estado de Derecho** se encuentra condicionada por la ley a la obtención de ciertos y determinados resultados; por ello no puede la Administración Pública procurar resultados diferentes a los perseguidos por la norma, aun cuando ellos respondan a la más estricta moralidad, pues lo que se persigue es el logro de un determinado fin que no puede ser desviado por ningún motivo. Si la autoridad administrativa se sirve de un determinado poder atribuido para una especial finalidad, usándolo para lograr otro fin del previsto, se configura un vicio en tal acto administrativo y que es el llamado vicio por desviación de poder.

De la noción de desviación de poder obtenemos que

pueden existir dos tipos característicos: uno general y otro particular. Estamos ante una desviación de poder general cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin general que caracteriza a la función administrativa: la finalidad de servicio público. Por otra parte, se está frente a una desviación de poder de carácter particular cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin determinado y concreto para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y posibilidad de desarrollar esa acción.

B. 2. *Control de los hechos determinantes.* Otra posibilidad de control es la que se denomina control de los hechos determinantes. Para que se produzca un acto se requieren determinados presupuestos de hecho. Por ejemplo, para imponer una multa a un automóvil mal estacionado se requiere que, en efecto, el automóvil se encuentre estacionado en un lugar indebido. Pues bien, los tribunales pueden verificar la realidad de los hechos determinantes de un acto. La Administración, así, no puede interpretar a su antojo los presupuestos de hecho que condicionan la existencia de un acto. En el ejemplo anterior, si un automóvil se encuentra estacionado en un lugar permitido, la Administración no puede falsear la interpretación de la realidad diciendo que lo estaba en un lugar prohibido. Lo importante es que el tribunal del asunto examine y compruebe cuál fue el alcance real de los hechos. En España y en Francia los tribunales contenciosos entran en el examen de estos hechos determinantes de un acto. En Alemania, además, se ha desarrollado la técnica de calificación jurídica de los hechos por medio de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados.

B. 3. *El control de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.* Los conceptos jurídicos indeterminados hay que distinguirlos de los supuestos de discrecionalidad. Tradicionalmente discrecionalidad se confundía con la noción de concepto jurídico indeterminado.

La discrecionalidad, como señalábamos, se caracteriza por la existencia de una libertad de opciones de la Administración. En cambio, en otros casos, la Administración no

es libre para elegir, lo único que sucede es que no es fácil saber, a simple vista, cuál debe ser la actuación administrativa. Cuando se dice que la Administración pagará el justo precio por una expropiación no quiere decir que la Administración pagará el precio que ella libremente fije, sino que será aquel que resulte de aplicar los criterios establecidos por la legislación de expropiación. Ahora bien, el concepto de justo precio es un concepto jurídico indeterminado, puesto que se manifiesta con una cierta indeterminación que es preciso resolver para llegar a la solución justa.

El concepto jurídico indeterminado no es exclusivo del Derecho Administrativo, sino que se encuentra en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Estos conceptos jurídicos indeterminados están contenidos en las llamadas normas flexibles, que son aquellas que dejan un ámbito libre a rellenar en cada caso, pues la medida concreta para la aplicación de los mismos no la administra con exactitud la ley que los contiene. Ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados los tenemos en las expresiones buena fe, buenas costumbres, buen padre de familia, orden público, precio justo, urgencia, interés público, etc.

Ahora bien, el concepto jurídico indeterminado presenta un primer punto de contacto con la discrecionalidad, y es que en ambas nociones existe un ámbito no determinado por la ley, que es necesario completar. La utilización del concepto jurídico indeterminado en el campo administrativo da pie para dejar de considerar como discrecional el amplio sector de lo que es sólo indeterminado. Cuando la Administración debe actuar conforme a un concepto jurídico indeterminado no se encuentra habilitada para determinar libremente su conducta, porque los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen una opción de posibilidades, sino que tienen una única solución justa. Hay buena fe o no hay buena fe. En la expropiación no existe más que un precio justo. Aquí no existe aplicación de una potestad discrecional, sino que es una técnica de aplicación de la ley. Se trata de una labor interpretativa de la ley. Para resolver la indeterminación de estos conceptos hay que realizar una interpretación del ordenamiento, similar a la que

se debe realizar cuando se aplican ordinariamente las normas.

Es cierto que rellenar estos conceptos jurídicos indeterminados resulta difícil, de ahí que se deba recurrir a una valoración querida y dependiente de la ley que nos lleva a realizar una interpretación de la norma. Por lo tanto, el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado no puede ser un proceso discrecional, sino un proceso de juicio, de estimación o de comprobación, que ha de atenerse a las circunstancias reales del caso concreto y en el sentido jurídico que la ley le ha asignado, llegando forzosamente a la única solución justa, por lo que se puede considerar que el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados presenta un carácter reglado<sup>21</sup>. Exteriormente estos conceptos jurídicos indeterminados son similares a la discrecionalidad, en cuanto suponen una conducta no determinada por la ley, pero en los primeros existe tan sólo una expresión indeterminada que se debe completar por la interpretación de la norma, y en los segundos una opción libre de la Administración.

El concepto jurídico indeterminado puede complementarse con ciertos criterios extrajurídicos, o sea, utilizando técnicas no amparadas por el Derecho, como son la sociología, la economía, etc.

Así, los conceptos jurídicos indeterminados han demostrado que mucho de lo que anteriormente se consideraba como discrecional no es tal. La consecuencia es que en estos supuestos desaparece la libertad de decisión de la Administración, limitándose tan sólo a la tarea de determinar y aplicar lo que es indeterminado a simple vista. Ej.: lo que ha sucedido con el concepto de orden público. Tradicionalmente se decía o que era materia política o materia discrecional, con la consecuencia de negar toda posibilidad de control jurisdiccional. Hoy esta situación ha cambiado y es así como se reconoce que el concepto de orden público no es más que un concepto jurídico indeterminado. La Ad-

---

<sup>21</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-Fernández, T. R. (n. 14), p. 274.

ministración no es libre para determinar si una situación concreta altera o no el orden público, no puede determinarlo a su antojo, sino que tiene que limitarse a determinar y comprobar lo que sólo es indeterminado a simple vista. Lo mismo puede decirse del estado de necesidad o de situaciones de emergencia, catástrofe, calamidades, etc., que atribuyen poderes suplementarios a las autoridades administrativas. Las autoridades de policía no pueden inventarse libremente una situación de emergencia para acrecentar así sus poderes, sino que deben limitarse a constatar y a determinar lo que tiene que existir, aunque en su inicio sea indeterminado. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados entra en una gran pluralidad de supuestos. Así, cuando se le imputa una falta a un funcionario y se inicia un expediente disciplinario (investigación sumaria o sumario administrativo), es evidente que la Administración no puede disponer libremente si existe o no la falta, sino que tiene que ceñirse a determinar lo que no está claro aparentemente. O cuando se declara una casa en estado de ruina, es también lógico que la Administración no puede disponer libremente si una casa está o no en ruina: deberá determinarlo en ese caso concreto.

El concepto jurídico indeterminado presenta un doble ámbito:

- a) Su ámbito interno, que representa su núcleo que es invariable, indubitado y que se constituye su centro conceptual.
- b) Su ámbito periférico, que es la zona de variabilidad, de estimación, de ambigüedad, de necesaria interpretación y sujeta a la incertidumbre.

La periferia del concepto jurídico indeterminado puede ser muy grande y ser progresivamente disminuido por la jurisprudencia. El papel de esta última consiste en interpretar esta zona precisada de interpretación dándole un sentido jurídico a las técnicas extrajurídicas (moral, sociología, economía, etc.). Estas técnicas extrajurídicas adquieren rango jurídico en la aplicación interpretativa al concepto jurídico indeterminado por un proceso de vinculación jurídica, que puede incluso llegar a deformar en su origen

las técnicas extrajurídicas. Los conceptos no jurídicos al juridizarse adquieren sentido en el Derecho a través de la interpretación y pueden conservar o perder su sentido originario extrajurídico.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se debe completar con la noción de margen de apreciación. Señalábamos que los conceptos jurídicos indeterminados se resuelven en una única solución. Ahora bien, se debe reconocer que no siempre es fácil llegar a esta única solución justa. En la expropiación sólo hay un precio que responda idealmente a la noción de justo precio, pero se comprende sin dificultad que no es fácil en ocasiones determinar cuál es el alcance de ese justo precio. A suplir esta dificultad viene la noción de "margen de apreciación", propugnándose que hay que reconocer a la autoridad que está calificando o resolviendo un asunto, un determinado margen de apreciación, pero debe entenderse que tal margen de apreciación no constituye en ningún caso margen de discrecionalidad. Lo único que implica es el reconocimiento de la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa. A propósito del margen de apreciación, se habla del "halo" del concepto indeterminado, dando a entender su dificultad de concreción. Es evidente que esta noción del margen de apreciación no entra en juego en todos aquellos casos en los que sea fácil llegar a la solución justa. En cambio, será útil en los casos límites o ambiguos. Sólo entonces cabe conceder a la Administración el beneficio y sólo ante la duda, recordando que en todo caso el reconocimiento de un margen de apreciación no implica la posibilidad de utilización discrecional de la voluntad.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados abre una importante brecha en la antigua discrecionalidad, aunque no con ellos se puede pensar que todo lo discrecional vaya poder ser controlado por el tribunal, vía concepto jurídico indeterminado.

**B. 4. *El control por los principios generales del Derecho.*** Otra posibilidad de control de la discrecionalidad nos la ofrecen los principios generales del derecho. Pues bien, estos principios que son expresiones del mundo de los valores

y de la experiencia jurídica, son normas del ordenamiento jurídico que tienen que ser respetadas por la Administración Pública. Aunque la Administración tenga discrecionalidad para actuar en un supuesto determinado, no por eso puede desconocer los principios generales del derecho. De ahí que estos principios actúan como una técnica más de control de la discrecionalidad. Nos proporcionan además un nuevo criterio que deberá ser tenido en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. No puede, por lo tanto, invocarse la discrecionalidad administrativa para atender contra los principios de igualdad, de buena fe, de proporcionalidad, de la naturaleza de las cosas de servicio público, etc.

B.5. *El control por la iniquidad manifiesta.* Esta técnica es una variante de los criterios principales. Así, si en una actuación administrativa no puede observarse ninguna conducta que suponga desviación de poder, o falsa valoración de los hechos, imposibilidad de aplicar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o la de los principios generales del derecho, y aun con todo esto se llegara a un resultado manifiestamente inicuo, habría que deducir también la ilegalidad del uso que se le da a la discrecionalidad. Se trata, por lo tanto, de una técnica de control que se aplica sobre el resultado de la actuación administrativa.

Por último, se debe señalar que siempre queda un reducto de la discrecionalidad que no es controlable, con criterios jurídicos, sino que se refiere al ámbito estricto de la actuación política o de gobierno en la que la Administración opera con absoluta libertad.

## 5. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad presenta la siguiente eficacia: la norma atribuye potestades a la Administración Pública; del ejercicio de las potestades surgen los actos que se resuelven luego en ejecuciones. No cabe posibilidad de ejecución si no hay un acto previo. De ahí que se hable del principio de la decisión previa que debe anteceder cualquier acto administrativo. Pues bien, la legalidad se va a centrar en

ese acto o decisión. De ahí la importancia en Derecho Administrativo de la noción de acto administrativo. Es este acto administrativo el que se va a tomar como elemento de examen para verificar si se dan o no los requisitos de legalidad. Es por eso que la justicia administrativa se estructura siempre como un proceso al acto.

## 6. SANCIONES

La sanción de nulidad que trae consigo el desconocer la dinámica del principio de legalidad se produce en dos hipótesis:

- Cuando la administración actúa sin que se le haya atribuido potestad, que es la situación de la “vía de hecho”.
- Y aun cuando exista atribución de potestad, si posteriormente no se cumplen los requisitos señalados por la norma.

Ambas situaciones quedan aquí señaladas, de su estudio nos preocuparemos en otra oportunidad, pues creemos que escapan a lo que ha sido el objeto central de este trabajo y que no ha sido otro que mostrar una panorámica moderna del principio de la legalidad administrativa.