

LA VINCULACION DE LA ADMINISTRACION AL DERECHO

Por
MARGARITA BELADIEZ ROJO

SUMARIO: I. Vinculación positiva y vinculación negativa a la legalidad: dos viejas formas de explicar la relación de la Administración con el Derecho.—II. La doctrina de la vinculación positiva y su pretendida fundamentación en el principio de legalidad.—III. Vinculación positiva, principio de juridicidad y principio de legalidad.—IV. Vinculación positiva de la Administración a la Ley.—V. Supuestos en los que la actividad de la Administración debe fundamentarse en una regulación previa. Principios de los que deriva esta exigencia.—VI. Recapitulación.

I. VINCULACIÓN POSITIVA Y VINCULACIÓN NEGATIVA A LA LEGALIDAD: DOS VIEJAS FORMAS DE EXPLICAR LA RELACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON EL DERECHO

Para explicar la relación de la Administración con el Derecho existen dos teorías hoy ya clásicas: la teoría de la vinculación negativa y la de la vinculación positiva a la legalidad (1). Según la primera de ellas, la Administración podría hacer todo aquello que la ley no le prohíba; según la segunda, la Administración sólo podría realizar lo que la ley le permita.

La doctrina de la vinculación positiva encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados y del que se valieron los revolucionarios franceses para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era el que derivaba de la propia Ley; postulado que, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, tiene «un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece» (2). Esta idea llegó a encontrar

(1) Como señala SANTAMARÍA PASTOR (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 196), la terminología *negative Bindung* y *positive Bindung*, muy extendida en España, fue popularizada por el jurista austriaco Gunther WINKLER.

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, págs. 127 y 128.

un apoyo normativo en los textos de la época que, al configurar la actividad administrativa como mera ejecución de ley, establecieron (con rango constitucional) la exigencia de que toda actividad administrativa debe encontrar su fundamento en una previa habilitación legal y, con ello, lo que ahora se conoce como doctrina de la vinculación positiva (3).

Frente a esta concepción democrática del poder que se deriva de la Revolución francesa, se encuentra la tesis de la vinculación negativa. Con ella pretendía justificarse un margen de libertad del monarca ante la Ley que el liberalismo originario o radical le negaba. Según propugnaban los defensores de esta tesis, el poder originario era el del monarca, por lo que la Constitución no era más que una concesión de éste (Constitución otorgada) en virtud de la cual autolimitaba su poder. De ahí que, al no ser esta norma más que un límite negativo al poder del Rey, se consideraba que todo aquello que no se reservara a la Ley era de su única competencia (4). Por esta razón, siempre se ha entendido esta teoría como una expresión del «principio monárquico» (5).

La formulación de estas teorías tiene su origen, por tanto, en un momento histórico determinado y es en ese contexto donde las mismas encuentran su verdadera significación. De ahí que, hoy en día, no puedan explicarse las relaciones entre la Administración y el Derecho acudiendo sin más a estas viejas ideas, sino que es preciso comprobar si alguna de ellas encuentra cobertura en nuestro ordenamiento jurídico (6).

II. LA DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN POSITIVA Y SU PRETENDIDA FUNDAMENTACIÓN EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para la mayoría de los autores, del principio de legalidad deriva la exigencia de que la Administración no puede realizar ninguna ac-

(3) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía en su artículo 5 que «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena», y, especialmente, la Constitución de 1791, en el artículo 3 de la Sección 1.^a del Capítulo II, proclamó que «no hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia».

(4) Véase I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, 3.^a reimpresión, pág. 158.

(5) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9.^a ed., Madrid, 1999, Civitas, pág. 432.

(6) I. DE OTTO (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pág. 137) considera que los modelos de Estado que de ellas se deducen —monismo parlamentario o dualismo monárquico— no son los únicos posibles del Estado Constitucional y, por tanto, que nuestra Constitución no ha de interpretarse necesariamente como consagración de uno de ellos.

tividad si no existe una norma previa que específicamente la habilite para ello. Conviene advertir, no obstante, que no todos los autores que deducen del principio de legalidad la doctrina de la vinculación positiva de la Administración otorgan el mismo alcance a este postulado. Algunos de ellos sostienen que la norma habilitante ha de tener rango formal de Ley (7); y, en cambio, otros consideran que el concepto de legalidad debe entenderse en un sentido amplio, equivalente a norma jurídica o bloque de la legalidad, en la expresión ya clásica de HAURIOU (8).

En nuestra doctrina hay autores que han justificado esta necesidad de que toda actuación administrativa se encuentre fundamentada en una norma previa en los artículos 9.1, 9.3 y 103.1 de la Constitución (9). Para este sector doctrinal, la vinculación positiva

(7) Véanse G. ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Buenos Aires, 1954, págs. 41 a 45; R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, I, págs. 12, Bosch, Barcelona, 1970; D. JESCH, *Ley y Administración*, trad. M. HEREDERO, IEA, 1978, pág. 262; EINSENMANN, *Cours de Droit Administratif*, París, 1982, págs. 472 y 473; MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, 1980, pág. 223; M. BALLBE, voz «Derecho Administrativo», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Seix, 1975, T. I, pág. 64; J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en el núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, trabajo recogido también en los 34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario, selección, introducción general y presentación por A. NIETO, Colección de Estudios Administrativos, 1983, págs. 944 y ss.; M. SANCHEZ MORÓN, «Notas sobre la función administrativa en la Constitución», en *La Constitución Española de 1978*, dirigida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, Civitas, pág. 630; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1988, págs. 114 y 172.

(8) Véase HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.^o ed., París, 1967, pág. 473. Según este autor, «toda decisión administrativa particular sobre una materia dada debe haber sido precedida de una disposición general, ya sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, de modo tal que lo particular se someta a lo general». Esta última interpretación es la que resulta mayoritaria en nuestra doctrina. Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pág. 429; J. TORNOS MAS, *La relación entre la ley y el Reglamento. Reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, en los núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. I, pág. 474; DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., pág. 158. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pág. 506.

Esta parece ser también la opinión de REBOLLO *Juridicidad, legalidad, reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*, en el núm. 125 de esta REVISTA, mayo-agosto 1991, págs. 68 y ss.) al aceptar la existencia de un principio de juridicidad transformado, o principio de normatividad previa, que determina que en un Estado de Derecho «no basta cualquier norma de competencia, por general que sea, sino que son necesarias normas escritas con cierta especificación, con límites relativamente precisos y, sobre todo, con el necesario respeto de lo individual a la disposición general» (*ob. cit.*, pág. 69), y señalar, por otra parte, que en nuestro ordenamiento jurídico «la Ley deja de constituir la única fuente de potestades administrativas que pueden tener su origen bien en la Constitución, en el Reglamento, o en la configuración de la Administración como ordenamiento» (pág. 109). T. R. FERNÁNDEZ, voz «Principio de legalidad», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Civitas, 1995, pág. 5075.

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., págs. 433 y 434) considera que la Constitución española consagra la doctrina de la vinculación positiva. Según este autor, la Constitución, reiterando la idea ya expresada en el artículo 9.1 CE (el sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitu-

es una consecuencia necesaria del sometimiento de la Administración al Derecho y, por ello, entienden que el Derecho no puede constituir un simple límite negativo a la actividad de la Administración, sino que exige que toda acción administrativa encuentre su fundamento específico en una norma previa que le preste cobertura (10).

Para otros autores, en cambio, el principio de legalidad exige una vinculación positiva a la Ley —no a cualquier norma— por ser ésta una exigencia del principio democrático. Para este sector doctrinal, toda actuación de la Administración debe encontrar su fundamento en una Ley previa con el fin de garantizar la legitimidad democrática de todos sus actos (11).

ción y al resto del ordenamiento jurídico). establece en el artículo 103.1 que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», expresión que, en su opinión, es obvio que alude «a la necesidad de una conformidad total a las normas —y a los principios que las sostienen— y no a una mera libertad básica de acción con el solo límite externo de las mismas». Concepción que considera confirmada por la legislación ordinaria (arts. 53.2 y 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y art. 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Por último señala que en este sentido hay que entender la consagración como principio básico en el artículo 9.3 CE del «principio de legalidad». En el mismo sentido, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, 8.ª ed., 1997, pág. 318; J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, *La potestad reglamentaria...*, cit., pág. 944; M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2.ª ed., 2000, págs. 76 y ss.

(10) Es significativa a este respecto la opinión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, pág. 434), para quien el Derecho no es para la Administración «una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa».

(11) Para F. RUBIO LLORENTE («Principio de legalidad», en *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 345), la consagración constitucional del principio de legalidad significa que todos los poderes están sometidos al legislativo y, en concreto, considera que la relación jurídica de la Administración con los ciudadanos «sólo es posible en la medida en la que cabe referir a la Ley formal, a la norma con rango de Ley, la delimitación de los respectivos derechos y obligaciones, el alcance de la potestad ejercida y el correlativo deber». Según este autor (*ob. cit.*, pág. 346), la identificación del poder legislativo con la representación popular, «la exclusión de todo principio de legitimidad que no sea el democrático y, en consecuencia, la valoración del poder legislativo como poder supremo a cuyo imperio están sometidos los demás poderes del Estado hace ya imposible hablar de un dominio propio o reservado a la Ley, porque éste abarca toda la actividad del Estado: no hay reserva de Ley —sigue afirmando este autor— porque ninguna actuación del poder es legítima al margen de ella» (la cursiva es mía).

En el mismo sentido se ha pronunciado también M. SÁNCHEZ MORÓN («Notas sobre la función administrativa...», cit., pág. 630). Según este autor, la Constitución rechaza la doctrina de la vinculación negativa e impone la doctrina de la vinculación positiva. A su juicio, esta interpretación se fundamenta en el artículo 103.1 CE, en la sujeción a la ley de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), en el principio de jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), pero también en el principio democrático. En su opinión, este principio «impone la vinculación de todos los poderes públicos a las decisiones de los órganos superiores de representación política, primeros exponentes de la soberanía popular, que son las Cortes Generales y, en su caso, las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas».

A mi juicio, sin embargo, ninguno de estos argumentos permiten respaldar tal conclusión. En primer lugar debe señalarse que, en mi opinión, la mera enunciación del principio de legalidad en el artículo 9.3 CE no permite sostener que la doctrina de la vinculación positiva ha encontrado consagración constitucional (12). Tal consecuencia supondría entender que la vinculación positiva a la legalidad forma parte del contenido del principio de legalidad y, sin embargo, ello no tiene que ser necesariamente así.

Es verdad, como señalaron DE OTTO y posteriormente RUBIO, que cuando la Constitución formula principios que tienen algún contenido mínimo universal parece obligado pensar que ha incorporado cada principio con su respectivo contenido mínimo (13). Sin embargo, en este caso no puede afirmarse que la doctrina de la vinculación positiva forme parte del contenido universalmente aceptado de este principio de legalidad (14). Buena prueba de ello no es sólo que, como más adelante se pondrá de manifiesto, su aceptación no es una cuestión pacífica en la doctrina, sino que, como ya he señalado, ni siquiera los que defienden la vinculación positiva de la Administración a la legalidad están de acuerdo en si esta exigencia precisa una ley formal que habilite a la Administración para actuar o basta la existencia de una norma previa, cualquiera que sea su rango o carácter, en la que se fundamente su actuación.

De ahí que para poder considerar la doctrina de la vinculación positiva como una de las exigencias que impone el principio de legalidad no baste, a mi juicio, con señalar que la Constitución reconoce este principio, sino que será preciso demostrar que de este principio

(12) En este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, cit., pág. 506; F. RUBIO, ha sostenido que la mera enunciación de este principio en el artículo 9.3 CE no permite otorgarle un contenido propio. A su juicio, el principio de legalidad existe en la Constitución en virtud de las normas contenidas en los artículos 25, 103.1 y 117.1, no por ser proclamado en el artículo 9.3 CE [*Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Derecho, 1995, «Prólogo», pág. XIX].

(13) Véase DE OTTO, *Sistema de Fuentes*, cit., pág. 141; F. RUBIO, «Principio de legalidad», cit., pág. 345. No obstante debe también tenerse en cuenta que el contenido de las normas constitucionales no es inmutable y, por ello, puede cambiar a pesar de que su enunciado permanezca invariable. Sobre las mutaciones constitucionales, véase K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. CRUZ VILLALÓN, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, págs. 87 y ss.

(14) F. RUBIO parece considerar que el principio de legalidad tiene un contenido mínimo universalmente aceptado que sería que todos los restantes poderes del Estado están sometidos al legislativo («Principio de legalidad», pág. 345). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, como se ha señalado este autor niega que el principio de legalidad tenga, en sí mismo, un contenido propio, de forma que aquella referencia ha de entenderse en el contexto en el que se formula, que fue el artículo escrito en homenaje a I. DE OTTO (el citado artículo se recoge también en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio DE OTTO*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, págs. 101 y ss.), en el que polemiza con este autor sobre el principio de legalidad, rechazando su identificación con el principio de juridicidad (véase *Derechos fundamentales...*, cit. «Prólogo», pág. XIX, nota 22).

se deduce la necesidad de fundamentar toda actuación de la Administración en una norma previa.

En mi opinión, *sin embargo*, no es posible atribuir tal significado al principio de legalidad. Esta necesidad de norma previa que fundamenta toda actuación administrativa no puede deducirse, como sostiene buena parte de la doctrina, de los artículos 9.1 y 103.1 CE (15). En estos preceptos lo único que se establece es el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho o al ordenamiento en general, pero de ello no cabe deducir que esté positivamente vinculada a la legalidad y que, por tanto, solamente pueda actuar si existe previamente una norma, cualquiera que sea su rango o carácter; que la habilite específicamente para ello. Es claro que los ciudadanos estamos también sometidos a la ley y al Derecho (el art. 9.1 CE se refiere a los poderes públicos pero también a los ciudadanos) y, en cambio, no necesitamos una norma previa que nos autorice para actuar.

El sometimiento de los poderes públicos al Derecho es, ciertamente, uno de los contenidos del principio de legalidad, cuyo respaldo constitucional se encuentra no sólo en que esta significación del principio de legalidad esté pacíficamente aceptada y constituya desde su formulación uno de los contenidos que han integrado este principio (16), sino porque además esta concreta significación ha encontrado una consagración expresa en los arts. 9.1, 103.1 y 106.1 CE; preceptos que, a su vez, constituyen concreciones del más genérico principio del Estado de Derecho que reconoce el artículo 1.1 CE.

Resulta, por tanto, que si bien puede afirmarse que el principio de legalidad sí que exige que toda la actividad de la Administración se encuentre sometida al Derecho, esta sujeción al Derecho no conlleva que la Administración no pueda actuar si previamente no se encuentra específicamente habilitada por una norma, sino únicamente que debe actuar respetando las previsiones del ordenamiento jurídico.

(15) En los artículos 9.1 y 103.1 CE la fundamentan, además de, como se ha visto, GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso...*, cit., pág. 433), L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, 8.ª ed., 1997, pág. 318; J. L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER, *La potestad reglamentaria...*, cit., pág. 944; T. R. FERNÁNDEZ, voz «Principio de legalidad», cit., pág. 5075.

(16) No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad sólo adquirió este sentido con la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Como ha señalado A. NIETO (*Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, cit., pág. 155), hasta este momento las funciones que cumplía el principio de legalidad eran muy diferentes, pues por un lado constituía «el instrumento de canalización del poder político parlamentario; y por otro, cuando están reconocidos derechos individuales —y sólo entonces— es el instrumento de canalización del control jurisdiccional. De ahí —sigue afirmando este autor— que las leyes jurisdiccionales del siglo XIX declaren de forma expresa que el recurso contencioso-administrativo proceda exclusivamente en los casos en los que haya lesión de derechos administrativos, puesto que en otro supuesto la Administración, por simples razones de legalidad, no está sometida a los Tribunales».

Por otra parte, tampoco considero que la doctrina de la vinculación positiva forme parte del principio de legalidad por ser una exigencia de nuestro ordenamiento constitucional el que toda actuación del poder deba encontrar su legitimación democrática en una Ley previa. El principio democrático que consagra nuestra Constitución no exige, a mi juicio, que toda actuación administrativa tenga su fundamento inmediato en una norma con rango de Ley. Al corresponder la dirección de la Administración al Gobierno (art. 97.1 CE) y tener el Gobierno hoy en día una clara legitimidad democrática (17), los actos de la Administración no precisan una *habilitación legal* específica para que puedan considerarse salvaguardadas las exigencias del Estado democrático.

Por todo ello, entiendo que de la consagración constitucional del principio de legalidad no puede deducirse la exigencia de que toda actuación administrativa deba ir precedida de una norma previa que específicamente habilite a la Administración para actuar, ya que, a mi juicio no existe en nuestra Constitución precepto alguno del que pueda deducirse que la doctrina de la vinculación positiva forma parte del principio de legalidad que garantiza el artículo 9.3 CE. En mi opinión, esta doctrina, al menos formulada en los términos tan generales que se acaban de expresar, no encuentra apoyo en nuestro Derecho positivo (18) y si la misma se asocia con el principio de le-

(17) Véase M. ARAGÓN REYES, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 125 y 126.

(18) A esta misma conclusión han llegado también otros autores. F. GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo II*, Tecnos, 1987, pág. 130, en nota 37) considera que «en defecto de Ley expresa, la Administración está habilitada para actuar salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo». Según expone este autor, el referido principio se limita a imponer tres reglas: «1.º La sumisión de los actos (generales y singulares) de la Administración a la Ley formal; que deriva de la estructura política de la separación de poderes. 2.º Sumisión de los actos-regla de los órganos administrativos inferiores a los de los superiores, lo que deriva de la estructuración jerárquica de la Administración. 3.º Sumisión de los actos administrativos singulares (cualquiera que sea el órgano que los dicte) a los actos-regla generales, lo que deriva de la estructuración interna de unos y otros actos administrativos, pues la generalidad postula (cuando el reglamento se ha dictado por órgano competente para ello) la vinculatoriedad de cuantos actos comunes se dicten en materia de su ámbito».

Según M. BAENA DEL ALCÁZAR [«Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)», en *Libro Homenaje al Profesor José Luis VILLAR PALASÍ*, coordinado por R. GÓMEZ-FERRER, ed. Civitas, 1989, pág. 108] «para que la Administración actúe no es necesaria una habilitación expresa distinta del contexto del ordenamiento, no es necesario que exista una Ley que otorgue expresamente una potestad en el caso controvertido. Pero en todo caso debe actuar en ese contexto del ordenamiento y sin contravenir no sólo sus mandatos expresos y sus principios inquisidores, sino tampoco la normatividad que suponen las instituciones que el propio ordenamiento regula».

J. A. SANTAMARÍA (véase J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos...*, págs. 202 a 204), sostiene que la Administración sólo precisa de una habilitación legal para actuar cuando lleva a cabo actuaciones de eficacia ablativa, esto es, cuando incida en alguna situación jurídica de los sujetos (públicos o privados) de forma limitativa o extintiva. En los demás supuestos, a

gualidad es porque se ha convertido en uno más de nuestros mitos jurídicos (19), siendo esta mítica condición la que le ha proporcionado un valor imaginario (20) que hace que la fuerza de la tradición la arrastre, sin que, en la mayoría de los casos, se cuestione siquiera su propia veracidad.

III. VINCULACIÓN POSITIVA, PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De todo cuanto se ha expuesto no cabe deducir, sin embargo, que la Administración no se encuentre positivamente vinculada al Derecho. Como demostró A. MERKL, toda actividad administrativa tiene necesariamente que tener una conexión con el ordenamiento por ser ésta una exigencia de lo que este autor denominó principio de juridicidad y que alude a la necesidad de que «cada acción administrativa aislada est[é] condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admita semejante acción» (21).

Expresado de este modo, el principio de juridicidad que formuló

juicio de este autor: la regla general es la de la vinculación negativa; regla que considera hoy de puro sentido común. Aclara, no obstante, SANTAMARIA que todas las actividades cuya realización conlleve un desembolso de fondos públicos requieren la habilitación proveniente de la Ley de Presupuestos, y que existen medidas administrativas de doble efecto (como una subvención a una empresa que perjudica a los competidores) que requieren también habilitación legal.

También A. NIETO (*Estudios Históricos...*, cit., pág. 246) se ha pronunciado en contra de la doctrina de la vinculación positiva. En su opinión, la ley no regula todas y cada una de las conductas administrativas, sino que «la Administración se mueve entre dos coordenadas precisas: por un lado las prohibiciones y por otro las órdenes. Entre ambos extremos la Administración concreta libremente las operaciones de su quehacer cotidiano sin preocuparse de si están tipificadas o no expresamente por otra norma y sin otro criterio que el de la adecuación a un fin público genérico».

Particularmente crítico con esta concepción del principio de legalidad es J. M.^o BANO (*Límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, 1991, págs. 176 y 177). Para este autor, «pocas veces un tópico habrá hecho tanta fortuna como el de la vinculación positiva a la Ley». En su opinión, «lo que expresa la doctrina de la vinculación positiva es un puro *desideratum* y no un contenido dogmático. [...] La práctica administrativa en todos los países y en todas las circunstancias demuestra que este último entendimiento es absurdo». A su juicio, «no es posible justificar facultades discrecionales de la Administración en un sistema sometido a la vinculación positiva. Una autorización genérica de la Ley a la Administración no vincula en absoluto».

(19) La existencia de mitos jurídicos es una cuestión de sobra conocida, y a ellos me he referido en mi trabajo *La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación*, en el núm. 133 de esta REVISTA.

(20) Ni siquiera durante la Revolución Francesa se crec que la doctrina de la vinculación positiva tuviera vigencia en la realidad. Véase M. REBOLLO, *Juridicidad...*, cit., pág. 78, quien a su vez cita a G. DUPUIS y J. DUPUIS, refundido por NISENZWEG, *Acte administratif. Domaines respectifs de la loi et du decret autonome*, Jurisclasseur administratif, Fascículo 106, parágrafo 103.

(21) Véase A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, edición española, Editora Nacional, México, 1980, pág. 212.

MERKL parece ser lo mismo que la doctrina de la vinculación positiva a la legalidad antes expuesta. Sin embargo, conviene tener en cuenta que, según este autor, «el principio de juridicidad de la Administración no pretende prejuzgar en forma alguna la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa» (22), señalando más adelante que

«el principio de juridicidad se cumple, igualmente, en uno de esos casos extremos donde una única norma de competencia, por ejemplo la autorización para administrar a tono con los intereses del bienestar general, contiene el fundamento de todas las actuaciones administrativas, como en el caso contrario, que, a primera vista, se ofrece como la realización más completa del principio de juridicidad y en el que cada una de las acciones administrativas se halla determinada por una norma especial autorizadora y obligadora. Porque, sea cualquiera la forma en que esté constituida esta norma jurídica delegatoria, representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho» (23).

Por ello considera que «este principio es, en realidad, una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable», pues, en su opinión, sólo podrá considerarse una acción como administrativa si cumple esta regla: «si una acción que pretende presentarse como una acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado» (24).

Como puede observarse, según MERKL, este *principio de juridicidad no es más que una regla lógica* (25). Para comprender su alcance conviene tener presente que este autor parte de la concepción del De-

(22) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 212.

(23) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 214; la cursiva es mía.

(24) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 213.

(25) Para MERKL (*Teoría...*, cit., pág. 212), «este principio de juridicidad de la Administración no constituye un postulado *jurídico-político*, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el Derecho o que descansen en él; semejante interpretación de este principio significa que esa supuesta libertad completa, *a priori*, de la Administración deberá y podrá ser sustituida *a posteriori*, mediante la sujeción a vínculos jurídicos. También sería una falsa interpretación de este principio entenderlo como expresión de la exigencia de que la Administración debe atenerse, en la medida de lo posible, al Derecho vigente y que no debe violarlo. Este principio —afirma este autor— es una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable».

recho y del Estado de su maestro KELSEN, en la que el Derecho se identifica con el Estado (26); por ello, desde esta concepción, la Administración sólo puede ser considerada una función estatal si es el propio Derecho el que le atribuye esta condición, y de ahí la necesidad *lógica* de que cada acción de la Administración esté fundamentada en el Derecho. «El Derecho —afirma MERKL— es la regla de producción de la función estatal correspondiente regulada por él, y el Derecho Administrativo, en particular, la regla de producción de la Administración o, inversamente, la Administración es aplicación del Derecho Administrativo» (27).

Al ser una regla lógica, este principio de juridicidad siempre ha existido (28); incluso antes de la aparición del Estado de Derecho propiamente dicho, pues, como ha señalado MERKL, también el monarca absoluto actuaba apoyándose en una norma atributiva de competencias: *regis voluntas suprema lex est* (29). Por otra parte, debe señalarse que este principio no determina la forma concreta en la que ha de producirse la vinculación, pues, como este autor sostuvo, el principio de juridicidad no prejuzga ni la clase ni la medida de la vinculación de la Administración al Derecho, ya que su alcance y contenido depende de las circunstancias de tiempo y lugar. De ahí que MERKL considere —tal y como ya se ha puesto de manifiesto— que el principio de juridicidad se cumple tanto en los casos en los que existe una norma que genéricamente atribuye competencias a la Administración para actuar, como en aquellos otros en los que cada acción administrativa está previamente definida de manera específica y concreta por una norma. Para MERKL, lo importante no es el grado de vinculación que la norma atributiva de competencias imponga, sino la constatación de que esta norma siempre existe, ya que es la que «representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho» (30).

De este modo, toda acción administrativa, para que pueda ser considerada como tal, debe fundamentarse en una norma previa que permita atribuir dicha acción a la Administración; *si no existe esa norma atributiva de competencia, esa acción concreta no podrá considerarse como administrativa*.

Por esta razón para poder atribuir una acción a la Administración

(26) Véase H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. VERNENGO, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pág. 291.

(27) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 212.

(28) Por ello, según MERKL, «la existencia de la juridicidad de la Administración precede a toda y a todas las Administraciones» (*Teoría...*, cit., pág. 215).

(29) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 214.

(30) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 214.

es preciso, por una parte, que la misma haya sido realizada por un sujeto jurídico a quien el ordenamiento le reconoce capacidad para actuar como un órgano administrativo y que ese sujeto haya pretendido realizar esa actuación en ejercicio de esa capacidad; y, por otra, que exista un precepto jurídico que haya atribuido a la Administración competencia material para actuar. Como se ha señalado, esta norma atributiva de competencias en su vertiente material existe tanto cuando la norma define agotadoramente la actuación de la Administración (lo que MERKL consideró la realización más completa del principio de juridicidad por una «norma especial autorizadora y obligadora») como cuando simplemente la autoriza para actuar en beneficio del interés general, regla esta última que, en un Estado de Derecho, necesariamente ha de ser la regla mínima de atribución de competencias ya que, por definición, en aquél, la existencia de la Administración como poder público —en términos kelsenianos, función estatal— no puede tener otro objeto que la satisfacción del interés general.

De ahí que en los casos en los que una acción no pueda ser imputada a la Administración, dicha acción se atribuirá al sujeto que la ha realizado pero no podrá considerarse como una acción del Estado (31).

Resulta, por tanto, que el principio de juridicidad en la formulación de MERKL se limita a enunciar la existencia de esta regla lógica de la que se deriva la necesidad de que toda acción administrativa se encuentre fundamentada en algún precepto jurídico que permita atribuir dicha acción a la Administración (32). Por ello, de este principio no cabe deducir la exigencia de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma que expresa y específicamente autorice cada una de sus actuaciones.

Como señaló MERKL, el principio de juridicidad no expresa la conveniencia de que cada una de las acciones administrativas deba atenerse al Derecho vigente y, en consecuencia, no deba violarlo ni tampoco que haya de ser comprendida por el Derecho o descansar en él (33). Este principio enuncia, como el propio MERKL sostuvo, citando a KELSEN, una regla de atribución jurídica que nos permite significar un obrar humano como acción estatal, lo que en la formulación kelseniana determina que dicho acto sea a su vez Derecho (según esta concepción del Derecho, toda actuación de la Administración es, por definición, ejecución del Derecho). Por ello afirma MERKL que «la Administración no puede ser entendida sino como

(31) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., págs. 212 y 213.

(32) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 211.

(33) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 212.

función jurídica, esto es, como aplicación del Derecho y, en especial, como aplicación del Derecho Administrativo» (34).

Distinto del principio de juridicidad es el principio de legalidad (35). Como puso de relieve MERKL, el principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. El principio de legalidad presupone el de juridicidad, pero el principio de juridicidad no condiciona en modo alguno el de legalidad. Como explicó este autor, el principio de juridicidad es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas; por ello, considera que la «existencia de la juridicidad precede a toda y a todas las Administraciones» (36). Por el contrario, el principio de legalidad, cualquiera que sea el significado que al mismo se le atribuya (37), es un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva.

Con independencia de la significación que el principio de legalidad haya podido tener en otros momentos históricos o incluso en otros ordenamientos jurídicos, la cuestión que ahora se plantea es determinar cuál es el contenido de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. Ya se ha visto cómo la mera enunciación del principio de legalidad en el artículo 9.3 CE no es a estos efectos de mucha ayuda, pues, como señaló RUBIO (38), la proclamación verbal de este principio no tiene en sí misma contenido propio independiente del que se deriva de otras normas. El problema es que a este principio se le atribuyen distintas significaciones y, por ello, existen al respecto posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diversas. No obstante, todas ellas coinciden en entender que uno de los contenidos que actualmente tiene el principio de legalidad es someter la actividad de todos los poderes públicos al Derecho (lo que se fundamenta esencialmente en los artículos 9.1, 97.1, 103.1 y 117.1 CE).

Este sometimiento al Derecho es el contenido mínimo y universalmente aceptado del principio de legalidad. Es más, a mi juicio, es

(34) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 211.

(35) Como el propio MERKL (*cit.*, pág. 212) sostuvo, «es menester no confundir este principio [el de juridicidad] con el principio emparentado de legalidad».

(36) Véase A. MERKL, *Teoría...*, cit., pág. 215.

(37) El propio MERKL pone de relieve que el principio de legalidad suele ser interpretado de las más diversas maneras (*op. cit.*, pág. 215). En su opinión, este principio conlleva la exigencia de un fundamento legal previo para cada una de las actuaciones administrativas cualquiera que sea su contenido. Ahora bien, este autor otorga este sentido al principio de legalidad porque en el artículo 18 de la Constitución Federal se establecía expresamente esta exigencia. Por ello, entiende que en el Derecho austríaco toda actividad administrativa presupone necesariamente una Ley formal que la autorice (*op. cit.*, pág. 223).

(38) Véase F. RUBIO, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Derecho, 1995, «Prólogo», pág. XIX y nota núm. 12.

el único que hoy día, en nuestro ordenamiento, ha de atribuirse a este principio. En mi opinión, las otras significaciones que se han otorgado a este principio, o bien no me parece que puedan mantenerse en nuestro actual ordenamiento constitucional —como ocurre con aquella interpretación del principio de legalidad que deduce de este principio la vinculación positiva de la Administración a la Ley o a la legalidad, tal y como ya he señalado (39)— o, simplemente, no creo necesario acudir directamente al principio de legalidad para explicar por qué en determinadas materias (las que se encuentran reservadas a la Ley y, en general, todas las que incidan en la libertad) la Administración no puede actuar si no existe una norma previa que la habilite para ello, tal y como enseguida explicaré.

Una vez precisado el concepto de principio de legalidad del que se parte, debe señalarse que, aun otorgándole esta significación a este principio, del mismo se deduce también una vinculación de la Administración al Derecho. Es más, la exigencia de que todos los actos de la Administración se encuentren sometidos al ordenamiento jurídico podría conllevar incluso que esta vinculación supusiera que la Administración no pudiera actuar si no existiera una norma que expresa y específicamente la habilitara para realizar una determinada actuación, tal y como proclama la doctrina clásica de la vinculación positiva a la legalidad. Ahora bien, para que ello fuera así sería preciso que el ordenamiento jurídico contuviera alguna regla de la que pudiera deducirse este grado de vinculación positiva, ya que en tal caso el sometimiento al Derecho que deriva del principio de legalidad obligaría a respetar esa regla. De ahí que si la doctrina de la vinculación positiva a la legalidad encontrara apoyo en nuestro ordenamiento por existir una regla jurídica que específicamente estableciera que la Administración no puede llevar a cabo ninguna actuación si previamente la ley no la ha habilitado para ello, habría que llegar a la conclusión de que, efectivamente, en nuestro ordenamiento, el principio de legalidad exige que toda actuación administrativa deba fundamentarse en una norma previa que habilite específicamente a la Administración para realizar esa concreta actuación. Sin embargo, como ya he señalado, no creo que esta doctrina encuentre respaldo en nuestro Derecho positivo y, por tanto, tampoco creo que esta exigencia de norma previa que habilite cada actuación de la Administración pueda fundamentarse en el principio de legalidad.

No obstante, aunque este principio de legalidad no exige que la Administración sólo pueda actuar si existe una norma que expresa y específicamente la autorice para ello, del mismo sí que se deduce

(39) Véase epígrafe II.

que todos los actos de la Administración deben tener una conexión con el Derecho o una mínima vinculación positiva con el ordenamiento. En todo Estado de Derecho la consagración del principio de legalidad, que es inherente a aquél, determina que sea una exigencia jurídica el que cualquier acto de la Administración deba tener como finalidad servir los intereses generales, al ser ésta la función que justifica la propia existencia de la Administración y, en consecuencia, la que determina que se le reconozca capacidad de obrar (40). Esta es, por otra parte, la regla *mínima* que el principio de juridicidad que MERKL formuló exige respetar, ya que si no existe esa conexión con el interés general esa actuación, en la concepción de MERKL, no podrá considerarse como un acto de la Administración, pues faltará el vínculo jurídico que permita imputar esa acción a la Administración (41).

Por todo ello considero que esta conexión con el interés general constituye la *vinculación mínima y necesaria* que todo acto de la Administración debe tener con el Derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respetar así la exigencia que deriva del principio de legalidad y, en última instancia, del principio de juridicidad. En nuestro Derecho la norma que establece que la Administración actúa en beneficio del interés general — norma que tiene incluso una consagración constitucional en el art. 103.1 CE— constituye el vínculo positivo que la Administración nunca podrá desconocer, ya que en tal caso habría vulnerado no sólo el principio de legalidad —no ha respetado la norma jurídica que establece que sólo podrá actuar en beneficio del interés general—, sino que, además, habría desconocido el principio de juridicidad al haber

(40) En nuestro Derecho, la exigencia de que los actos administrativos sean acordes a los fines que los justifican tiene un respaldo expreso tanto constitucional como legal. El artículo 103.1 CE dispone que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales», y el artículo 106.1 CE establece que los Tribunales controlan «la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». La misma exigencia se contenía ya en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que en su artículo 83.2 disponía que «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder», y en el apartado siguiente establecía que «constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico». De igual modo, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 consideraba anulables los actos de la Administración que incurrieran en desviación de poder (art. 48.1), y el artículo 40.2 de esta misma norma disponía que el contenido de los actos «se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos». Las mismas reglas establecen la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (art. 70) y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 63.1 y 53.2).

(41) Sobre el concepto de los intereses generales y su significación en la actuación de la Administración véase A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, págs. 2185 a 2253.

actuado sin que exista la norma atributiva de competencia. Como se ha dicho, al ser la actividad de la Administración, por definición, una actividad jurídica, todo acto de la Administración debe fundamentarse en el Derecho y, por ello, si no existe una norma (incluyendo dentro de este concepto los principios jurídicos) en la que ese acto encuentre tal fundamento —aunque tenga un contenido tan amplio como la que la autoriza para actuar en beneficio del interés general—, la Administración no podrá actuar (42).

(42) En nuestra doctrina, la concepción de MERKL sobre el principio de juridicidad fue introducida por M. BALLBÉ (voz «Derecho Administrativo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. I, Barcelona, págs. 55 y ss.). Este autor explica la conexión de la Administración con el Derecho que se deduce de este principio siguiendo la formulación de MERKL. No obstante, en mi opinión, las conclusiones a las que llega BALLBÉ no son las mismas que a las que llegó MERKL. Según BALLBÉ, «si un acto que pretende presentarse como administrativo no puede ser legitimado en un precepto jurídico que lo prevea y admita no puede ser aceptado como lícito acto administrativo», y por ello considera que «para contrastar la validez de un acto de tal índole no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario —continúa afirmando este autor— hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo, para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición» (*ob. cit.*, pág. 64; la cursiva es mía). A mi juicio, sin embargo, de la formulación del principio de juridicidad que hizo MERKL no puede deducirse ninguna regla de validez: no enuncia una regla de la que se deriven cómo deben ser los actos de la Administración, sino que es una regla que permite determinar cuándo un acto es imputable a la Administración. Quizás sea esta forma de entender el principio de juridicidad lo que llevó a BALLBÉ a discrepar de MERKL en lo referente a la relación existente entre el principio de juridicidad y el principio de legalidad. Para BALLBÉ, el principio de juridicidad entraña como consecuencia implícita el de legalidad y considera, por ello, que este último principio no requiere para su existencia de una explícita proclamación legislativa (pág. 64, en nota 37). A mi juicio, sin embargo, tal conclusión no puede derivarse del principio de juridicidad que formuló MERKL, ya que dada la naturaleza jurídico-teórica, o simplemente lógica, de este principio, no es susceptible de poder derivarse del mismo postulados que expresan reglas de deber ser, que es precisamente lo que expresa en la concepción de MERKL el principio de legalidad.

También I. DE OTTO afirma que el principio de legalidad del artículo 9.3 CE «supone el reconocimiento del principio de juridicidad», principio que entiende «como sumisión al bloque de legalidad», y considera que esta sumisión conlleva una vinculación positiva a la legalidad (*op. cit.*, págs. 158 y 159). Por ello sostiene que «el principio de juridicidad no significa que la Administración sólo pueda hacer lo que no está prohibido, sino que significa que sólo puede hacer lo que está permitido». Ahora bien, DE OTTO no parece partir de la concepción del principio de juridicidad que MERKL formuló, ya que para este autor el principio de juridicidad «no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendido el término limitación en sentido amplio». A su juicio, «se trata de una concreción del principio de Estado de Derecho que exige la limitación jurídica del poder del Estado, exigencia llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución». Por esta razón este autor entiende que el principio de juridicidad impone «la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten al Derecho».

Asimismo REBOLLO (véase *Juridicidad...*, cit., pág. 69) sostiene que en la actualidad son equiparables estos principios. Según este autor, el principio de juridicidad sufre una transformación en el Estado de Derecho y se convierte en el principio de legalidad. «Se trata —como él mismo explica— de que ya no basta cualquier norma de competencia, por general que sea, sino que son necesarias normas escritas con cierta especificación, con límites relativamente precisos y sobre todo con el necesario respeto de lo individual a la disposición general». De ahí que considere que «quizás esté aquí la explicación de por qué, en

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no se limita a exigir que los actos de la Administración tengan como finalidad satisfacer el interés general, sino que además puede establecer muchas otras determinaciones sobre la actividad que pretenda realizar la Administración. Pues bien, estas otras determinaciones, por exigencias del principio de legalidad, también deben ser respetadas por la Administración y, por ello, la Administración también se encontrará vinculada a las mismas.

De todo lo expuesto se puede concluir que *la Administración puede actuar aunque no exista una norma que expresa y específicamente la habilite para ello si su actuación persigue una finalidad de interés general y no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que le prohíba realizar esa actividad.*

Esto constituye, por lo demás, el modo de actuar habitual de la Administración. Es evidente que si la Administración quiere realizar una campaña antitabaco, o una campaña para fomentar la lectura o para prevenir incendios, no necesitará la existencia de una norma previa que la autorice para realizar este tipo de actividad. Bastará con que la actuación que pretenda realizar tenga su causa en un fin de interés general y que la lleve a cabo respetando lo dispuesto en el propio ordenamiento. Todo ello sin perjuicio de que, como veremos posteriormente, cabe la posibilidad de que en determinadas circunstancias el propio ordenamiento haga preciso que tales actuaciones de la Administración se lleven a cabo conforme a lo establecido en una previa regulación.

ocasiones, se hable también con semejante significado del "principio de normatividad previa". En este mismo sentido se ha pronunciado también M. LÓPEZ BENITEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994, págs. 379 y 380. A mi juicio, en cambio, no resulta correcta esta transformación a la que alude REBOLLO. El principio de juridicidad, al menos en los términos en que MERKL lo formuló, no puede convertirse en el principio de normatividad que exige la atribución de competencias mediante normas escritas, por la sencilla razón de que no son principios de la misma naturaleza. El principio de juridicidad, tal y como más atrás ha quedado expuesto, es una categoría lógica, «una ley jurídico-teórica», en palabras de MERKL. Por el contrario, una vez transformado el principio de juridicidad en principio de normatividad, tendría un contenido «político-jurídico». La regla que de él se derivaría ya no sería una regla lógica, ni necesaria; y, por ello mismo, no expresaría algo que es, sino que debe ser: de ahí que, a mi juicio, sean categorías o principios radicalmente diferentes. El principio de juridicidad transformado o principio de normatividad tendría la misma naturaleza que el principio de legalidad, ya que éste, al igual que aquél, expresa un principio jurídico-político. Es más, en mi opinión, *no deja de ser una de las muchas interpretaciones que se han dado del principio de legalidad*. Entre nosotros, mantiene también esta diferenciación entre principio de legalidad y principio de juridicidad F. RUBIO LLORENTE, «principio de legalidad», cit., pág. 336.

IV. VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY

Como ya he adelantado, el partir de la consideración de que el principio de legalidad no exige con carácter general que toda actuación de la Administración se encuentre fundamentada en una norma previa (sin perjuicio de la indispensable conexión con el interés general) no significa que no existan ámbitos en los que la Administración sí se encuentra vinculada positivamente al Derecho y, más en particular, a la Ley; vinculaciones que se derivan precisamente del principio de legalidad.

En todas aquellas materias reservadas constitucionalmente a la Ley, la Administración está positivamente vinculada a esta norma jurídica, pues la reserva determina que ese ámbito material haya quedado excluido de toda acción administrativa previa al margen de la Ley (43). Por esta razón, cuando existe una reserva de ley sobre una determinada materia el margen de actuación de la Administración queda reducido a lo que la Ley que regula esa materia disponga (44); Ley que para que sea acorde con la reserva constitucionalmente garantizada deberá contener la regulación de fondo de esa materia.

(43) Debe señalarse que sólo existe reserva de ley en sentido estricto cuando la exigencia de la regulación por Ley vincula tanto al Reglamento como a la Ley. De ahí que lo que se conoce como reserva formal de ley no es propiamente tal, y si aquel efecto se produce es por la superioridad jerárquica de la Ley respecto de las normas reglamentarias (véanse SANTAMARIA, *Fundamentos...*, págs. 777 y 778; A. GARROENA MORALES, voz «Reserva de Ley», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, III, págs. 5860 y ss., en particular 5864). Conviene señalar también que la reserva formal de ley no sólo excluye el Reglamento que no encuentre apoyo en aquella, sino también toda actuación de la Administración que no encuentre su fundamento en la Ley, por lo que en este ámbito el necesario respeto a la Ley o, lo que es lo mismo, el principio de legalidad determina también una vinculación positiva a la ley. Por lo demás, debe tenerse también presente que aun cuando no exista en nuestra Constitución una «reserva reglamentaria» (por todas, STC 248/2000, FJ5) es posible (aunque quizá no probable) que una Ley o un Reglamento establezcan expresamente que la Administración sólo podrá actuar cuando una norma reglamentaria la habilite para ello, de manera que en tal caso podría hablarse de una vinculación positiva al Reglamento, derivada también del principio de legalidad.

(44) Nuestro ordenamiento jurídico parece que asumió pronto esta concepción del Derecho que se deriva de la Ilustración y la Revolución Francesa. Así se deduce, al menos, del Derecho positivo del siglo XIX y de las escasas opiniones doctrinales del momento. No obstante, como ha señalado J. M.^o BAÑO (*Los límites constitucionales...*, cit., págs. 76 y ss.), como falta por hacer un estudio sobre la vigencia de la institución de la reserva de ley en esta época histórica, no se puede llegar a averiguar si cumplió realmente su función de garantía frente al poder ejecutivo. Y lo mismo puede decirse de la Constitución republicana. Por lo que se refiere a la época franquista, no parece que esta institución haya tenido arraigo. No obstante, según cuenta L. MARTÍN-RETORTILLO, en este momento existían algunas referencias a la reserva de ley en el Derecho positivo que, aunque pocas, eran claras y significativas, por lo que este autor considera que en este momento la institución de la reserva de ley aparecía ya «flotando en las aguas de nuestro Ordenamiento jurídico» [*La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 39 de esta REVISTA (1969) pág. 289].

Debe tenerse en cuenta que, como ha señalado GARRORENA, en nuestro ordenamiento constitucional la reserva de ley no es sólo una limitación al Ejecutivo, sino también una limitación al Legislativo, ya que la reserva de ley contiene un mandato dirigido al propio Parlamento que le obliga a ejercer por sí mismo sus potestades normativas y le impide deslegalizar las materias que la Constitución le ha reservado (45).

Por ello, como ha declarado el Tribunal Constitucional, si bien la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, sí que impide que esas remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución al legislador [STC 83/1984, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 99/1987, FJ 3.A), y 225/1993, FJ 6] (46).

De este modo, en el ámbito reservado a la ley la Administración no puede llevar a cabo actuación alguna que no esté prevista en ella, salvo que la propia ley le haya reconocido un margen de discrecionalidad para actuar en determinadas situaciones o para conseguir determinados objetivos. Por esta razón, en este ámbito, toda actuación de la Administración debe encontrar su fundamento en una Ley previa. Como regla general, será la Ley la que al efectuar la regulación de fondo de la materia, defina el alcance y contenido de la intervención administrativa. No obstante, también es posible, tal y como se acaba de apuntar, que la propia Ley otorgue a la Administración un margen de discrecionalidad; margen que será acorde con la Constitución siempre que, por una parte, no suponga una vulneración de la reserva de ley constitucionalmente establecida, y, por otra, que no suponga una habilitación a la Administración para adoptar medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, pues, como enseguida expondré, este tipo de actuaciones sólo serán conformes con la Constitución si es la propia Ley la que regula su contenido y alcance.

Ahora bien, las materias reservadas a la ley no constituyen el único ámbito en el que la Administración no puede actuar si no existe

(45) A. GARRORENA MORALES, voz «Reserva de Ley», cit., pág. 5862; en el mismo sentido, J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 46.

(46) Por esta razón, es doctrina constitucional que en las materias reservadas a la ley la intervención del reglamento debe limitarse a constituir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, y siempre que con esta remisión el legislador no llegue a una total abdicación de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos o fines que la reglamentación ha de perseguir [STC 83/1984, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 99/1987, FJ 3.A); 127/94, FJ 5; 235/2000, FJ 5].

previamente una ley que la habilite para ello (47). La ley se ha convertido en nuestro sistema jurídico en una garantía de la libertad individual al existir en nuestro ordenamiento un principio general de libertad en virtud del cual todos los ciudadanos pueden realizar todas las actividades que la ley no prohíba, lo que supone que toda restricción de la libertad tiene necesariamente que encontrar su fundamento en una ley previa (48).

La existencia de este principio general de libertad, y la consiguiente necesidad de que toda injerencia en este ámbito se encuentre fundamentada en una ley previa, han sido reconocidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional. SANTAMARÍA considera que la exigencia de un previo apoderamiento legal para las actuaciones de eficacia ablativa «no puede ofrecer duda razonable». En opinión de este autor, en un sistema político que se califica a sí mismo como Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos —cualquier situación jurídica concreta, no sólo los derechos fundamentales— no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada por una ley (49). Esta conclusión la deduce del propio texto de la Constitución, y en concreto del derecho al «libre desarrollo de la personalidad» que consagra el artículo 10.1 CE (50). Interpretación que, a su juicio, se ve avalada también por

(47) Todo ello sin perjuicio de las exigencias que se derivan del principio de legalidad presupuestaria.

(48) En este sentido, M. REBOLLO, *Juridicidad...*, cit., pág. 97.

(49) Véase J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos...*, pág. 202.

(50) Según SANTAMARÍA (*Fundamentos...*, pág. 781), el libre desarrollo de la personalidad es un «derecho fundamental comprensivo de todas las situaciones personales no enumeradas específicamente en el Título I CE, las cuales, por lo tanto, caen bajo la reserva general del artículo 53.1 CE». El propio SANTAMARÍA considera que a esta tesis pueden hacerse varias objeciones: primera, que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho fundamental; segunda, que esta reserva general convertiría en redundantes e innecesarias las sucesivas reservas que se expresan a lo largo del Título I; y tercera, que esta reserva general constituye una hipótesis revolucionaria en el sistema político español, que nunca ha funcionado con dicho criterio. No obstante, en su opinión, ninguna de estas objeciones puede desvirtuar su tesis. A su juicio, «el libre desarrollo de la personalidad» no es en puridad un derecho subjetivo, sino una fórmula sintética de cierre que engloba todas las fórmulas de la personalidad humana no mencionadas expresamente en la Constitución, y considera que «derechos fundamentales son todas y cada una de las manifestaciones de la personalidad englobadas en la fórmula, más que la fórmula misma, que no es otra cosa que el núcleo genético de potenciales derechos»; por otra parte, afirma que tampoco es de recibo la objeción por la que se considera que dicha fórmula es redundante, ya que entiende que esta misma crítica podría hacerse a la reserva contenida en el artículo 53.1 CE respecto a las específicas reservas que se contienen en los anteriores Capítulos del propio Título; y por lo que se refiere a la tercera objeción (que una reserva general en materia de libertad constituye una hipótesis revolucionaria en nuestro sistema político), considera que «una tradición tan impresentable, no es, desde luego, argumento válido para oponerse a una innovación tan elemental» (pág. 782).

En mi opinión, sin embargo, el artículo 10.1 CE no consagra ningún derecho fundamental. En sentido amplio, tales derechos son los reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, y en sentido restringido —que es el sentido en el que ha interpretado

los precedentes del propio precepto constitucional: la fórmula «libre desarrollo de la personalidad» proviene del artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, y en el ordenamiento jurídico alemán constituye el fundamento constitucional de la reserva de ley sobre las materias que afecten a la libertad de los ciudadanos.

Para REBOLLO (51), la vinculación positiva de la Administración a la ley cuando incide en la libertad (52) encuentra su fundamento en los artículos 1.1 y 10.1 CE. En el primero, al propugnar como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad; y el segundo, al establecer que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (53).

También J. JIMÉNEZ CAMPO (54) considera que la Constitución incorpora en sus artículos 1.1 y 10.1 un principio general de libertad. Y a la misma conclusión llega F. RUBIO, quien lo fundamenta además en el artículo 25.1 CE (55).

este concepto el Tribunal Constitucional -- los regulados en la Sección 1.ª de ese Capítulo II (sobre el concepto de derecho fundamental pueden verse P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales» y «Derechos fundamentales y legislación», trabajos recogidos en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 24 y ss. y 235 y ss.; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1996, págs. XIII y XIV). Y tampoco, a mi juicio, establece una reserva de ley. No obstante, considero que este precepto constitucional, interpretado en relación con el artículo 1.1 CE, permite deducir un principio general de libertad que determina que toda injerencia en ella deba estar autorizada por la Ley, tal y como se expone en el texto.

(51) Véase M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad...*, cit., págs. 96 y ss.

(52) Para M. REBOLLO PUIG (*Juridicidad...*, cit., págs. 96 y ss.), el reconocimiento en los artículos 15 y ss. CE de los derechos fundamentales no supone negar ese concepto básico de libertad esencial al Estado de Derecho. A su juicio, el artículo 1.1 CE propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad, sin adjetivarla ni limitarla a aspectos determinados.

(53) Según este autor, «tanto en lo que se refiere a señalar como límites los mismos derechos de las otras personas y la obediencia a la Ley, como en la consagración de una libertad genérica, el artículo [se refiere al art. 10.1 CE] responde a la más pura tradición del Estado de Derecho y se entronca con la misma Declaración de derechos revolucionaria de 1789». Véase M. REBOLLO, *Juridicidad...*, cit., pág. 96.

(54) Véase J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 35, 46 y 47. A su juicio, este «principio general de libertad», «aun sin rango de derecho fundamental, impide o limita, cuando menos, que en los derechos de ese carácter se realicen restricciones singulares al margen de la Ley, por previstas que estén tales intervenciones en la propia Constitución» (págs. 46 y 47). En su opinión, en el principio de legalidad (art. 9.3 CE) «se cifra todavía, para el individuo, la definición segura del propio ámbito de libertad», añadiendo que «lo que el constitucionalismo es, desde su origen, no se entenderá jamás si se pretende que las reglas y principios de la Constitución valgan, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad; tanto para reconocer y dar curso al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE) como para habilitar directamente al poder público, sin mediaciones, a entrar en aquel ámbito de autodeterminación del sujeto».

(55) F. RUBIO LLORENTE («Principio de legalidad», en *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 pág. 353) añade, en efecto, el artículo 25.1 CE. En su opinión, como este precepto constitucional «exige que sea una norma de rango legal la que

Esta es también la conclusión a la que llega J. M.^a BAÑO (56), aunque sin fundamentarla en el artículo 10.1 CE. Este autor entiende que la Constitución establece una reserva general de ley como garantía procedimental de la libertad. A su juicio, la libertad es un principio estructural de nuestro ordenamiento y, por ello, considera inadmisibles que la Administración incida directamente en la esfera de los particulares sin que una Ley lo haya previsto. En su opinión, «una Constitución tiene siempre expresa o tácitamente una cláusula general de defensa de la libertad frente a los poderes públicos» y, por ello, sostiene que cualquier interpretación literalista de la Constitución en este punto es empobrecedora. Por otra parte, señala que la declaración del artículo 1.1 CE, que consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, alumbra en esta misma dirección.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de este principio general de libertad. Según se afirmó en la STC 83/1984 (FJ 3), «el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra *autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas*». Doctrina que se ha reiterado en la STC 93/1992 (en la que este principio se fundamenta, además de en el art. 1.1, en el art. 10.1 CE), así como en la STC 196/1997.

De esta manera, es claro que nuestra Constitución garantiza, por una parte, este principio general de libertad y, por otra, atribuye a la Ley ese papel de garante de libertad que conlleva que toda limitación de la misma deba encontrarse en una Ley previa (57).

determine, al menos en lo esencial, cuáles son las conductas administrativas punibles y qué sanciones puede aplicar la Administración, es evidente, creo, que una habilitación general a ésta que diera lugar a un reglamento en el que se impusieran obligaciones o cargas, en ningún caso permitiría que el reglamento mismo tipificase como conducta punible la de quienes no cumplen con las unas o las otras, y menos aún previese su sanción». A mi juicio, en cambio, de este precepto constitucional no se deduciría la obligación de que toda restricción ha de llevarse a cabo por Ley en cuanto que no a todo incumplimiento de una obligación ha de atribuírsele como consecuencia jurídica una sanción, en el sentido más técnico de esta expresión. La reacción que el Derecho puede establecer frente a estos incumplimientos puede situarse fuera del ámbito administrativo sancionador, sin que a estas consecuencias que no tienen carácter punitivo les resulten constitucionalmente exigibles las garantías constitucionales establecidas para los actos que sí tienen esta naturaleza (SSTC 73/1982, FJ 3; 69/1983, FJ 4; 96/1988 FJ 3; 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 3; 276/2000, FJ 3; ATC 323/1996, FJ 3).

(56) Véase J. M.^a BAÑO, *Límites constitucionales...*, cit., págs. 199 y ss.

(57) I. DE OTTO (*Derecho Constitucional*, cit., págs. 155 y ss.) considera que de la Constitución no puede deducirse una reserva de ley en lo que afecte a la libertad. No obstante, debe tenerse en cuenta que este autor plantea esta cuestión desde el punto de vista de la reserva de ley, cuestión que es distinta de lo que aquí se sostiene. En efecto; se parte de un concepto de la reserva de ley como referido a aquellas materias que deben ser reguladas por el legislador, lo que, ciertamente, no tiene por qué suceder en las materias que inciden genéricamente sobre la libertad, ya que en estos casos la Ley no tiene necesariamente que regular dicha materia, sino que se puede limitar simplemente a habilitar a la

La consagración constitucional de este principio general de libertad y de la garantía de que sólo por Ley se pueda restringir la libertad conlleva que la Ley sea el medio a través del cual se atribuyen a las Administraciones públicas potestades exorbitantes de las del Derecho común (58) para que puedan conseguir mejor los fines que justifican su propia existencia (59). Y, por ello, en nuestro Derecho la Ley es el instrumento que permite a la Administración realizar actuaciones que incidan desfavorablemente en la libertad de los administrados.

La trascendencia que tiene la existencia de este principio a efectos de explicar la vinculación de la Administración al Derecho es clara, pues de él se deriva que en nuestro ordenamiento jurídico las potestades exorbitantes de la Administración que le permiten interferir en el ámbito de libertad de los administrados no pueden justificarse sin más en su función constitucional (art. 103.1 CE). El Derecho ha arbitrado un mecanismo en virtud del cual la *potestas* no es una cualidad innata del poder ejecutivo ni, por tanto, de la organización a su servicio, sino que pertenece al Estado en su conjunto y no a uno sólo de sus poderes; o, lo que es lo mismo, pertenece al Derecho. De ahí que sólo en la medida en que el ordenamiento le haya atribuido esa *potestas* y con el alcance que éste le haya otorgado a esa prerrogativa, la Administración podrá limitar ese principio general de libertad (60).

Administración para actuar (sin perjuicio de que, como después expondré, pueda resultar necesaria una regulación reglamentaria). De ahí que RUBIO («Principio de legalidad», cit., pág. 352) sostenga que en estos supuestos le parece mejor acudir al principio de legalidad que a la idea de reserva.

(58) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso...*, I, pág. 46) ha dado esta gráfica denominación a las potestades de las que no disfrutaban los sujetos privados

(59) Este tipo de potestades son las que se denominan potestades función, al tratarse de potestades que «deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 439). Para L. DIEZ PICAZO y A. GUILÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, pág. 440), estas potestades función son las que únicamente consideran auténticas potestades, pues, en su opinión, «potestades son los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que realice mediante ellas sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejecución y su defensa no son libres y arbitrarias, sino que vienen impuestas en atención de los intereses a cuyo servicio se encuentran dadas».

(60) Mayores problemas plantea esta necesidad de que toda restricción de la libertad individual deba establecerse mediante una norma de rango legal en las relaciones especiales de sujeción. Dado el carácter de este tipo de relaciones, es frecuente que se adopten este tipo de medidas sobre aquellos que se encuentran inmersos en ellas sin que en muchos casos exista una Ley que habilite a la Administración para su imposición. Exigir en estas relaciones de especial sujeción que toda medida restrictiva de libertad deba encontrarse prevista en una norma de rango legal podría impedir el normal funcionamiento de la institución. No obstante, tal consideración no permite llegar a la conclusión de que dentro de este tipo de relaciones la Administración pueda establecer las medidas limitativas que estime oportunas, pues una cosa es que dentro de ellas la vinculación a la Ley no tenga el mismo alcance que el que tiene en las relaciones de supremacía general, y otra muy distinta es que no tenga ninguna vinculación. Para resolver esta cuestión, M. LÓPEZ BENÍTEZ (*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*,

V. SUPUESTOS EN LOS QUE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
DEBE FUNDAMENTARSE EN UNA REGULACIÓN PREVIA.
PRINCIPIOS DE LOS QUE DERIVA ESTA EXIGENCIA

Todo acto administrativo debe tener su causa en la consecución de un fin de interés general, ya que, como se ha indicado, esta conexión con el interés general constituye en nuestro ordenamiento la vinculación *mínima y necesaria* que todo acto de la Administración debe tener con el Derecho. Esta exigencia de que los actos administrativos sean acordes con el interés general viene impuesta por el principio de legalidad —como se ha señalado anteriormente, en todo Estado de Derecho la causa de los actos de la Administración no puede ser otra que servir el interés general—, pero también es en nuestro ordenamiento la norma *mínima* de atribución de competencias que exige esa regla lógica que es el principio de juridicidad.

También se ha puesto de relieve que existen ámbitos en los que la Administración sí se encuentra vinculada positivamente a la Ley (los que están reservados a la Ley y los que restringen o limitan la libertad) y, por ello, en dichas materias la Administración no puede realizar ninguna actividad si no existe una Ley que previamente la habilite para ello. En todos estos casos esa vinculación positiva de la Administración al Derecho es consecuencia del principio de legalidad, pero no —como también he señalado— porque de este principio se derive con carácter general la exigencia de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma que específicamente la habilite al efecto, sino porque de la Constitución se deduce que en esos supuestos (los reservados a la Ley y los limitativos de la libertad) la Administración no puede actuar al margen de la Ley. De ahí que en estos casos, al estar sometida la Administración al Derecho —principio de legalidad— e inferirse de la Constitución esta vinculación positiva a la Ley, toda su actuación en este ámbito material deberá fundamentarse en una Ley previa.

Civitas, 1994, págs. 342 y ss.) ha propuesto dos criterios: el fin típico de las relaciones especiales de sujeción y el círculo razonable de extensión de éstas. Según este autor, «si las medidas que tratan de imponerse se atemperan y adecúan al fin de la relación y limitan su eficacia al estricto ámbito de ésta, no será necesario ninguna autorización legal para que se impongan tales restricciones. La Administración se mueve, en estos casos, dentro de su propio ámbito doméstico, y en él encuentra título necesario para imponer tales limitaciones. Por el contrario —afirma este autor—, entendemos necesaria la habilitación legal cuando pretendan imponerse conductas que friccionan con el fin típico de la relación o que, aun mostrando cierta concordancia con él, desbordan el marco de la relación, bien porque impongan conductas observables más allá del perímetro de la escuela, de la oficina pública o del cuartel, bien porque desborden el círculo razonable de funciones que justifican la medida» (*ob. cit.*, pág. 343).

Debe señalarse, por otra parte, que en el caso de las materias reservadas esta vinculación positiva a la Ley conlleva que sea la propia Ley la que efectúe la regulación de fondo, pues, como se ha dicho anteriormente, la reserva de ley impide al legislador deslegalizar esa materia que la Constitución le ha atribuido para su regulación. Como señaló la STC 49/1999 (FJ 4), la reserva de ley no es una mera forma y por ello implica exigencias respecto al contenido de esta norma. Ahora bien, como también se afirma en la STC 49/1999, estas exigencias respecto del contenido de la norma son distintas dependiendo del ámbito material de que se trate. Por esta razón, si bien es cierto que cualquier reserva de Ley exige que una norma de este rango efectúe, en mayor o menor medida, la regulación de fondo de la materia afectada por la reserva (la densidad prescriptiva exigible dependerá de las específicas circunstancias afectantes a cada reserva), también es verdad que *la exigencia de que toda concreta acción de la Administración en materia reservada deba ser precisamente regulada (y no sólo habilitada, lo que siempre es necesario) por la Ley, sólo resulta siempre y en todo caso de aplicación, como luego expondré, en una específica materia: la relativa a los derechos fundamentales* (61).

También puede suceder que exista una reserva de regulación de actuación administrativa, bien porque una Ley remita a otra Ley la regulación de una materia, bien porque la Ley remita al Reglamento la regulación de algunos aspectos de la misma como condición previa para que la Administración pueda actuar en esa materia, o bien porque sea el propio Reglamento el que establezca esta necesidad de regulación previa, remitiendo a otra norma la regulación de determinados aspectos. En estos casos, el respeto a la norma que establece esa reserva de regulación —tanto si es la Ley como si es un Reglamento— impedirá a la Administración llevar a cabo ninguna actuación sin la previa regulación de esa concreta actuación. Por ejemplo, una Ley puede establecer que la Administración convoque anual-

(61) M. REBOLLO, «La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, tomo I, págs. 1365 y ss. [este trabajo se encuentra también publicado en la «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 54 (1999), págs. 247 a 282], considera que en nuestro ordenamiento existe un deber general y previo de no perturbar el orden público que conlleva que, en este ámbito, y sólo con el fin de dirigirse contra el perturbador y evitar de este modo la alteración del orden público o que pueda poner en riesgo los valores que se incluyen en el orden público, exista una forma distinta de adecuación al principio de legalidad (sobre la concepción que este autor tiene del principio de legalidad, véanse las notas 8 y 42 de este trabajo) y una relativización de las reservas constitucionales de Ley, de modo que las Leyes, en lugar de contener una verdadera regulación de la materia, se limiten a establecer una genérica atribución de potestades en favor de la Administración (págs. 1393 y ss.).

mente premios en materia de investigación y disponer que los criterios que se tendrán en cuenta para su concesión serán determinados reglamentariamente. En tal supuesto, el sometimiento a la Ley (en definitiva, las exigencias del principio de legalidad) determina que deba dictarse el Reglamento que contenga esa regulación antes de convocarse el premio. De igual manera, cabría la posibilidad de que fuera un reglamento el que realizara esa remisión normativa a otro Reglamento (un Real Decreto remite a una Orden Ministerial). Pero también es perfectamente posible que ni la Ley ni el Reglamento contengan remisión normativa alguna. En este caso, en principio, y sin perjuicio de lo que posteriormente se sostendrá, la Administración podría convocar el premio y el jurado podría valorar en cada caso los méritos que considerase más oportunos sin necesidad de norma previa.

De este modo, el principio de legalidad, salvo en los supuestos indicados de materias reservadas a la Ley que afecten a derechos fundamentales y en los casos en los que la Ley o el Reglamento dispongan esta necesidad de norma previa al remitir a una norma parte de la regulación de una materia, no exige, en principio, que toda actuación administrativa se encuentre previamente regulada. La vinculación al Derecho que se deduce de este principio no impone inexorablemente esa exigencia de regulación previa, sino simplemente que se actúe respetando las determinaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

No obstante, esta exigencia de norma previa que regule la actuación de la Administración puede encontrar su fundamento en otros principios jurídicos y será entonces cuando el principio de legalidad, en cuanto principio que enuncia el sometimiento de los poderes públicos al Derecho, determinará también la obligación de que no se lleve a cabo ninguna actuación que pueda afectar a aquellos principios jurídicos si no existe esa previa regulación normativa.

Entre estos principios jurídicos que pueden exigir que en determinados supuestos la Administración no actúe si no existe una norma que regule su actuación se encuentran el principio de seguridad jurídica, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de igualdad.

El principio de seguridad jurídica, entendido en su sentido más amplio como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (SSTC 36/1991, FJ 5; 49/1999, FJ 4), puede suponer que la Administración no pueda llevar a cabo determinadas actuaciones —aunque cuente, en su caso, con la preceptiva habilitación legal— si no existe una regulación previa que permita al interesado al menos prever la

posibilidad de que esta actuación puede producirse, así como el alcance de la misma (62).

Como ya apunté anteriormente, una materia en la que el principio de seguridad jurídica tiene especial relevancia es la de los derechos fundamentales. En este ámbito, como ha afirmado la citada STC 49/1999, la reserva de ley no sólo asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes, sino que además constituye «el único modo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Como ha sostenido JIMÉNEZ CAMPO (63), «los derechos fundamentales son conculcados siempre que la actuación pública de privación o limitación singular se hace imprevisible para el titular; esto es, siempre que la misma se hace al margen de toda predeterminación normativa». Por ello considera este autor que la seguridad jurídica «es condición de existencia del derecho y esa seguridad es uno de los bienes al servicio de los que está, en este ámbito de los derechos fundamentales, la reserva de ley», citando en su apoyo la STC 49/1999.

De este modo, en virtud de las exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica, cualquier actuación de la Administración que limite derechos fundamentales debe encontrarse expresamente prevista y regulada en la Ley y, por ello, no será posible realizar ninguna actuación restrictiva de estos derechos si la medida limitativa no se encuentra previamente definida en la Ley.

Ahora bien, si en el ámbito de los derechos fundamentales la seguridad jurídica exige esta previa regulación es precisamente porque en esos casos la restricción de la libertad afecta a libertades que la Constitución califica como derechos fundamentales. Por ello, esta exigencia de norma previa que se deriva del principio de seguridad jurídica no resulta aplicable en los casos en los que la medida restrictiva afecte a otros ámbitos de la libertad que no tengan este carácter. No obstante, con ello no se quiere afirmar que estas actuaciones limitativas de la libertad sean siempre posibles sin necesidad de regulación previa. Pueden existir supuestos en los que, por las cir-

(62) Como ha señalado E. GARCÍA DE ENTERRÍA [«La democracia y el lugar de la Ley», en *La vinculación del Juez a la Ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), págs. 90 y 91], «los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el Derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aun protegida, o porque deban entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad».

(63) J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, cit., pág. 48.

cunstancias del caso concreto, la simple habilitación que contiene la Ley (indispensable en todos estos casos, como ya expuse) no satisfaga las exigencias de seguridad jurídica y por ello sea necesaria una previa regulación de la actuación.

Debe tenerse presente que, al tratarse de actuaciones restrictivas o limitativas de la libertad, el principio de seguridad jurídica va a actuar con particular intensidad. Y aunque es cierto, como señaló la STC 49/1999, que en este ámbito las exigencias de certeza no son las mismas que cuando la limitación de la libertad afecta a derechos fundamentales —por ello, a diferencia de lo que ocurre en este último supuesto, no resulta siempre exigible la previa regulación—, también es verdad que sólo podrá prescindirse de esta regulación en los casos en los que la misma suponga restar eficacia al fin que pretende cumplirse mediante esta medida restrictiva de la libertad y dicho fin merezca mayor protección que la expectativa del ciudadano en conocer cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho; expectativa que en estos casos en los que la acción del poder puede limitar su libertad debe estar particularmente garantizada. Pensemos, por ejemplo, en las limitaciones a la libertad que pueden imponerse en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor. Habrá casos en los que los agentes de tráfico podrán limitar la libertad de los ciudadanos obligándoles, por ejemplo, a exhibir el permiso de conducir, sin que exista más regulación que la previa habilitación legal para realizar esta actuación restrictiva (64). Por el contrario, habrá supuestos en los que, dada la intensidad de la medida limitativa, razones de seguridad jurídica —sin perjuicio de que también puedan incidir otros principios jurídicos— exijan una regulación de la medida restrictiva. Por ejemplo, los casos en los que los agentes de tráfico pueden inmovilizar un vehículo. En este supuesto no bastaría la mera habilitación a la Administración para llevar a cabo esta actuación limitativa, sino que *será precisa una regulación en la que se prevean los casos concretos en los que los agentes de tráfico pueden llevar a cabo esta medida restrictiva de la libertad* (65).

(64) Esta limitación de la libertad se encuentra prevista en el artículo 59.3 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo; en el artículo 1.4 del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo; y en el artículo 26 del Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. No obstante, dados los términos en los que se encuentra regulada esta limitación de libertad en la Ley (inciso final del citado art. 59.3), hubiera sido posible que el Reglamento, aun no exigiéndolo ningún principio jurídico, hubiera limitado las posibilidades de actuación de la Administración en estos casos.

(65) Esta regulación se encuentra establecida, entre otros preceptos, en el artículo 70 del citado Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

De igual manera puede haber casos en los que el principio de seguridad jurídica impida a la Administración, sin una previa regulación, no ya efectuar actuaciones limitativas de la libertad, sino en general incidir desfavorablemente en la esfera jurídica de los ciudadanos. Por ejemplo, la Administración, por exigencias del principio de seguridad jurídica, no podrá revocar una ayuda al estudio que haya concedido, incluso aunque la convocatoria de estas ayudas prevea expresamente esta posibilidad, si no existe una regulación en la que se establezcan los motivos por los que pueda adoptarse esa decisión (66).

Incluso no cabe descartar que, por razones de seguridad jurídica —sin perjuicio de que también en este caso esta regulación pudiera venir exigida por otros principios jurídicos—, actos que ni siquiera tienen propiamente la consideración de desfavorables no puedan ser adoptados si no existe una previa regulación de los mismos. Piénsese, por ejemplo, en la realización de grandes infraestructuras públicas. En estos casos, la repercusión que la obra pública produzca en el espacio físico sobre el que se proyecta y la incidencia socioeconómica que dicha obra tenga en ese ámbito pueden determinar que su realización haya de encontrarse expresamente prevista en los correspondientes instrumentos de planificación.

Del mismo modo, el principio jurídico de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio jurídico de igualdad pueden exigir que la Administración no realice ciertas actuaciones si previamente no existe una norma que regule su actividad. Esta exigencia de norma previa que puede derivarse de estos principios cabe que afecte a todo tipo de actos: a los limitativos de la libertad o a los desfavorables en general, a actos que, sin que puedan ser considerados desfavorables en sentido propio, puedan incidir negativamente en la situación jurídica de otros ciudadanos distintos de los favorecidos por ellos (por ejemplo, la concesión de una ayuda a un competidor deportivo), o incluso a actos que siendo favorables para un ciudadano, por su contenido, podrían tener un cualificado interés para otros ciudadanos a los que no se les ha otorgado el derecho que dicho acto concede. Un ejemplo de este último supuesto podría ser la concesión de una ayuda de investigación a un determinado proyecto; acto que si bien declara un derecho a favor del titular de ese proyecto, no puede considerarse desfavorable respecto de los demás interesados en recibir esa ayuda. Pues bien, en este caso el principio de in-

(66) Como ha puesto de relieve G. FERNÁNDEZ FARRERES («Régimen Jurídico de las Ayudas Públicas a las actividades económicas», en la *Intervención Administrativa en la Economía*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 148 y 149), el tradicional criterio del carácter precario del acto de otorgamiento de las ayudas públicas, en el que se pretendía fundamentar su libre revocabilidad, no puede admitirse en nuestro actual ordenamiento jurídico.

terdicción de la arbitrariedad y, esencialmente, el principio de igualdad exigen, a mi juicio, que la Administración no pueda otorgar esa ayuda si no se encuentra regulada esta posibilidad.

No obstante, también pueden existir casos en los que ni de estos principios ni de ningún otro se derive la exigencia de esta previa regulación. Por ejemplo, para que la Administración pueda otorgar un premio de investigación no es preciso que se encuentren regulados previamente los criterios que debe valorar el jurado para su concesión. En estos supuestos el principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad no exigen esa previa fijación de los criterios (aunque puedan exigir la publicidad de la convocatoria y la libre formulación de solicitudes), porque ello supondría privar al órgano al que corresponde valorar la investigación de un margen de decisión que, por las características del tipo de acto de que se trata, sólo a él le corresponde (67) (lo mismo ocurriría, por ejemplo, respecto de reconocimientos puramente honoríficos).

De ahí que en estos supuestos no sea posible formular reglas generales, siendo la valoración de las circunstancias del caso concreto y la ponderación de los distintos bienes jurídicos en conflicto las que determinarán en qué casos será preciso esta norma previa y cuándo, por el contrario, la Administración podrá actuar a pesar de que no exista esta regulación.

Por otra parte, debe señalarse que en los casos en los que la regulación resulte ser una exigencia del principio de igualdad, al consagrar este principio un derecho susceptible de amparo constitucional, los actos que se hayan dictado sin existir esta regulación tendrán la posibilidad de ser impugnados, en última instancia, a través de este recurso ante el Tribunal Constitucional (68).

De todo lo expuesto resulta que la determinación de los supuestos en los que los principios jurídicos señalados de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad, u otros principios jurídicos, puedan exigir que la Administración no actúe si no existe una regulación previa en la que se fundamente, es una cuestión que en la mayoría de los casos no puede resolverse de acuerdo con las reglas generales. Sólo en el ámbito de los derechos fundamentales, en virtud de las exigencias de certeza que deben presidir

(67) Como ejemplo puede citarse la Resolución de 17 de noviembre de 2000, del Centro de Estudios Constitucionales, por la que se convoca el premio «Nicolás Pérez Serrano» para tesis doctorales en Derecho Constitucional y Ciencia Política (BOE de 1 de diciembre de 2000).

(68) No obstante, el carácter esencialmente subjetivo de este proceso constitucional exigirá para el otorgamiento del amparo que se haya causado una lesión concreta y efectiva del derecho a la igualdad del recurrente (véase, por todas, STC 83/2000).

cualquier injerencia en esta materia, es necesario que cualquier medida limitativa de estos derechos que puedan adoptar los poderes públicos se encuentre previamente definida por una norma —en concreto por una ley, pues esta materia está constitucionalmente reservada a esta norma—. Fuera de estos supuestos, en los demás casos no cabe establecer ninguna regla general que determine cuándo es necesario que la Administración actúe de acuerdo con lo dispuesto en una previa regulación, pues sólo atendiendo a las circunstancias que concurran en ese caso concreto podrá apreciarse si algún principio jurídico exige que exista una norma que regule el alcance y el contenido de esa actuación o si, por el contrario, a pesar de que no exista ninguna previsión normativa al respecto, la Administración puede realizar esa actuación que considera de interés general. Como ejemplo de este último supuesto puede citarse una campaña antitabaco o una campaña por la que se recomiende el consumo de medicamentos genéricos. En estos casos, al existir un interés general [que además en estos supuestos es especialmente cualificado y se encuentra específicamente reconocido por el ordenamiento jurídico —el derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y la defensa de los consumidores (art. 51.1 CE)—] y no existir ningún principio jurídico del que pueda deducirse esta exigencia de previa regulación normativa (69), la Administración podrá llevar a cabo estas actuaciones aunque no exista ninguna norma que específicamente las prevea (70).

Una vez puesto de relieve que existen supuestos en los que diferentes principios jurídicos pueden determinar que la Administración no pueda actuar si no existe una norma previa que regule su actuación, queda por precisar el rango que esta norma debe tener. Para resolver esta cuestión deberá atenderse a la materia sobre la que incida la actuación de la Administración. Si afecta a materias reservadas a la ley es claro que deberá regularla una norma con este rango (sin perjuicio, claro está, de la eventual colaboración reglamentaria) (71).

(69) En mi opinión, las industrias tabaqueras o farmacéuticas no tienen derecho a conocer con antelación en qué términos se pueden realizar campañas en contra de sus intereses —y por tanto no creo que pudieran alegar en estos casos un supuesto derecho a la seguridad jurídica—, porque dichas campañas, al realizarse en beneficio de intereses superiores, se pueden hacer siempre y del modo más efectivo para la salvaguardia de los intereses generales; sin perjuicio, claro está, de que las referidas campañas deberán realizarse respetando las previsiones del ordenamiento jurídico.

(70) En efecto, a mi juicio, en estos casos no sólo es que no sea necesaria la regulación previa, sino que no tratándose de medidas restrictivas o limitativas de la libertad, aun cuando pueden afectar a la misma, y no existiendo una exigencia constitucional al respecto, es perfectamente posible que la Administración actúe sin previa habilitación.

(71) Esta colaboración reglamentaria es también posible en materia de derechos fundamentales (SSTC 77/1985, FJ 14; 101/1991, FJ 3 y 4; 105/2000, FJ 6).

Distinto es el caso en el que la Administración lleve a cabo una actuación restrictiva de la libertad pero la libertad en la que incida no sea de las que el artículo 53.1 CE u otros preceptos constitucionales reservan su regulación a la ley. En estos casos, tal y como he señalado, en principio sólo es necesario que una ley habilite a la Administración para que lleve a cabo esa actuación restrictiva de la libertad, por lo que una vez habilitada la Administración para incidir en la libertad, si esa injerencia precisa una previa regulación, la regla general será que la misma se pueda llevar a cabo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria.

No obstante, puede haber supuestos en los que por las circunstancias del caso concreto (materia sobre la que incida la Administración, especial intensidad de la intervención limitadora), de los artículos 1.1 y 10.1 CE se derive la necesidad de que sea la Ley, en su función de garante de la libertad, la que lleve a cabo la regulación de los aspectos esenciales de esa limitación de la libertad. De ahí que en estos supuestos esta regulación mínima deberá contenerse en una norma de rango legal, sin perjuicio de que si así lo exige algún principio jurídico será preciso que el Reglamento complete la regulación de otros aspectos.

En los demás casos en los que, por exigencia del algún principio jurídico, sea necesaria una previa regulación de la actuación de la Administración, esta regulación podrá tener rango reglamentario.

Por último, conviene señalar que aun cuando hasta ahora, para facilitar la exposición y su claridad, me he referido a la posible, exigencia de una norma previa que regule la actuación de la Administración, habrá supuestos en los que no será preciso que esta necesaria regulación previa se efectúe siempre y en todo caso en un texto normativo, ya que puede haber casos en los que esta exigencia quedará cubierta si se dicta un acto administrativo general que contenga materialmente esa regulación. Volviendo al ejemplo de la concesión de ayudas al estudio, la regulación de las mismas no tiene por qué efectuarse a través de un reglamento, sino que puede realizarse en la propia convocatoria.

VI. RECAPITULACIÓN

De todo cuanto se ha expuesto se puede concluir que la vinculación de la Administración al Derecho es una exigencia del principio de juridicidad (en cuanto regla lógica de la que se deriva la necesaria conexión de la Administración con el Derecho por ser la función administrativa una función jurídica que sólo en el Derecho puede en-

contrar su fundamento), pero también, en nuestro sistema, del principio de legalidad.

No obstante, con ello no se quiere afirmar que la Administración precise una norma previa que la habilite específicamente para cada una de sus actuaciones, sino simplemente que en nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad exige como *mínimo* un requisito para considerar conforme a Derecho una actuación de la Administración: que la causa de todos sus actos sea actuar en beneficio del interés general (72). Todo acto que no responda a esta finalidad es contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, al no haberse sometido al Derecho, infringe el principio de legalidad (73).

Ahora bien, este requisito —que es inherente a la existencia misma de la Administración en cualquier Estado de Derecho— es sólo el *mínimo* que todo acto de la Administración debe cumplir. Nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, ha atribuido al Derecho un papel mucho más activo en la configuración de la actuación de la Administración: en primer lugar, exigiendo que, en aquellos supuestos en los que la materia se encuentra reservada a la Ley, la Administración sólo puede actuar en los términos previstos por la Ley que regula esa materia (sin perjuicio de que el Reglamento, respetando las exigencias constitucionales que se derivan de la reserva de ley, pueda colaborar con la Ley en esta tarea). De ahí que en estos casos no le quede más libertad de actuación que la que la Ley, dentro de los márgenes constitucionalmente establecidos, le reconozca.

En segundo lugar, garantizando una esfera de libertad general de los ciudadanos que sólo puede ser restringida por la Ley (arts. 1.1 y 10.1 CE). Por esta razón, la Administración no puede realizar ninguna actividad restrictiva de esta libertad individual si no hay una previa habilitación legal. Por ello, en las actuaciones que incidan en la esfera general de libertad, la Administración sí que se encontraría positivamente vinculada a la Ley.

Esta función de garante de la libertad que en nuestro ordenamiento constitucional corresponde a la ley conlleva también que la ley sea el medio a través del cual puedan atribuirse a la Administra-

(72) Esta exigencia es aplicable también a los reglamentos. Véase C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Civitas, 2.^a ed. 1999, págs. 90 y ss.

(73) El problema que en estos casos se presenta es demostrar esta falta de adecuación al interés general, ya que al encontrarnos ante actos que carecen de una previa regulación normativa, este extremo sólo podrá controlarse a través de la motivación del acto. De ahí la importancia que en estos supuestos tiene la motivación como medio de control de la actividad de la Administración. La obligación de motivar los actos administrativos discrecionales —y estos actos pertenecen a tal categoría— está expresamente prevista en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

ción, con el fin de que pueda ejercer la función constitucional que le corresponde, potestades exorbitantes de las que carecen los demás sujetos de Derecho: potestad expropiatoria, potestad sancionadora, potestad de ejecución forzosa, potestad de deslinde de sus bienes, etc. El Derecho es, por tanto, el que otorga a la Administración el poder público; pero además también es el instrumento necesario que legitima su ejercicio. En él encuentra definido el margen de poder que le es lícito ejercer y el modo en el que ha de hacerlo. Por ello, cuando actúa en ejercicio de estas potestades, la Administración sí se encuentra positivamente vinculada al Derecho (esencialmente, como he afirmado, a la Ley cuya presencia es aquí necesaria como directora de las exigencias para la intervención administrativa) y sólo puede actuar en los casos previstos por la norma atributiva de potestad y del modo previsto por ella.

Junto a estos supuestos (a los que cabría añadir los de reservas formales de Ley) (74) se encuentran aquellos en los que, aunque no están reservados a la ley ni es constitucionalmente exigible que la actuación de la Administración se encuentre habilitada por una ley, la Administración no puede actuar al margen de lo dispuesto en una norma previa. En materias no reservadas constitucionalmente a la Ley, esta necesidad de previa definición normativa de la actuación administrativa puede derivarse tanto de una ley como de un reglamento que regule esa materia, o incluso de la existencia de algún principio jurídico que exija esta regulación previa como requisito necesario para que la Administración pueda actuar.

En estos casos en los que del ordenamiento jurídico se deduce la necesidad de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma previa en la que fundamentar su actuación, la mayor o menor densidad prescriptiva que deba tener esta norma es una cuestión que depende de la materia a la que se refiera y de la incidencia que sobre la misma puedan tener distintos principios jurídicos. Existen supuestos en los que la exigencia de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma previa, no ya que prevea esa actuación, sino que además la regule, es consecuencia directa del principio de legalidad. Así ocurre en las materias reservadas a la Ley y en los casos en los que la propia Ley o el Reglamento remiten a otra norma la regulación de algún aspecto concreto de una materia. En estos supuestos, el respeto del precepto constitucional que establece la reserva [unido a las específicas características de los derechos fundamentales y a su relevante posición en nuestro sistema (SSTC 53/1985, FJ 4; 129/1989, FJ 3; en

(74) Véase nota 43.

otras muchas]) o de la disposición legal o reglamentaria que efectúa la remisión normativa (en definitiva, el necesario sometimiento de la Administración al Derecho o, lo que es lo mismo, el principio de legalidad), exige que se dicte la correspondiente regulación antes de que la Administración pueda actuar en ese ámbito material.

No obstante, esta exigencia de norma previa puede encontrar también su fundamento en otros principios jurídicos, fundamentalmente en el principio de seguridad jurídica, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y en el principio de igualdad. En determinadas ocasiones, estos u otros principios determinan que la Administración no pueda actuar si no existe una norma que regule el contenido de esa actuación. En tales casos, la exigencia de norma previa sería consecuencia directa del principio que imponga esta exigencia pero indirectamente también del principio de legalidad, pues la falta de regulación previa en esos casos conllevaría que la Administración no actuase sometida al Derecho y, en consecuencia, que vulnerase este principio.

La determinación de los supuestos en los que la Administración no puede actuar si no existe una norma que regule su actuación es una cuestión que depende de las circunstancias del caso concreto, por lo que, en principio, no puede determinarse *a priori* en qué casos será preciso que exista esta previa regulación para que pueda actuar. No obstante, existe, como hemos visto, una excepción a esta regla: las actuaciones que sean limitativas de derechos fundamentales. En esta materia, dada la relevancia constitucional de los derechos a los que afecta, el principio de seguridad jurídica exige que toda medida que pueda ser limitativa de los mismos se encuentre previamente definida en la Ley y, por ello, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales cumple también una función de seguridad jurídica (STC 49/1999) al garantizar que esas medidas limitativas sólo puedan ser aplicadas en los casos previstos en la ley y del modo establecido en esta norma.

De este modo, excepto en materia de derechos fundamentales, en los demás casos no es posible establecer reglas generales que nos permitan conocer *a priori* en qué supuestos es preciso que la actuación de la Administración se encuentre previamente regulada por una norma y cuándo puede actuar sin que exista esta norma previa. Sólo atendiendo a las circunstancias del caso concreto podrá apreciarse si existe algún principio jurídico del que se derive el deber de regular previamente la actividad de la Administración antes de que lleve a cabo actuaciones concretas o si, por el contrario, la Administración puede actuar sin que exista norma previa que específicamente regule su actividad. En este último caso, y siempre, claro está, que

no exista ninguna norma que le prohíba realizar esa actuación, la Administración podrá actuar con la única exigencia de que sus actos persigan un fin de interés general. De ahí que en estos supuestos en los que la Administración actúa sin norma previa que específicamente regule su actuación, *la causa del acto se convierte en el vínculo jurídico que une su actuación con el ordenamiento* (75). Todo acto que no responda a esta finalidad es contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, *infringe el principio de legalidad*. Por el contrario, si tiene su causa en servir el interés general y no existe ninguna norma que prohíba a la Administración realizar esa actuación, el acto será conforme a Derecho y, por tanto, respetará el principio de legalidad.

(75) Esta posibilidad fue ya advertida por A. NIETO (*Estudios históricos...*, cit., pág. 247). Según este autor, «es de reprochar a la teoría de la vinculación positiva su literalismo en el sentido de que exige una habilitación legal expresa en una norma determinada, sin percatarse de que, aunque pueda faltar esa habilitación expresa y concreta, contemplando el ordenamiento en su conjunto —especialmente en el capítulo de los fines— ofrece un repertorio infinito de posibilidades».

