

## La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad

### INTRODUCCIÓN

Resulta un lugar común la afirmación de que la Administración pública de la actualidad no es la misma, tanto cualitativa como cuantitativamente, que existía a principios del siglo XX, ni tampoco es igual a la del siglo XIX. Se trata de una realidad incontestable, una consecuencia obvia de la transformación del Estado liberal al Estado social de derecho que supone la asunción de nuevas y diferentes tareas que van mucho más allá de la mera vigilancia y control de la actividad particular y de la simple intervención de la Administración como regulador y sujeto económico dentro del mercado. Las administraciones públicas modernas, además de realizar esas dos actividades, contribuyen de manera eficaz al cumplimiento de los fines que supone la existencia de un Estado social de derecho, lo cual implica además de un crecimiento en las tareas por desempeñar, un aumento en el personal al servicio de las administraciones e indispensable para su funcionamiento.

Pues bien, si la Administración pública actual es diferente tanto de la del siglo XIX como de la de inicios del siglo XX, resulta lógico que sus relaciones con la legalidad no sean tampoco idénticas, que también se

hayan transformado. Uno de los aspectos de las relaciones Administración-legalidad que ha sufrido importantes transformaciones es la manera en que la Administración se encuentra vinculada al ordenamiento jurídico, esto es, la técnica de vinculación a la legalidad. Es precisamente este punto en el que pretendemos incursionar, mostrando qué cambios se han producido en la manera en que la Administración debe sujetarse a la legalidad, con la pretensión última de aportar algunas ideas en relación con las transformaciones de la Administración pública y del especial derecho que la regula.

Para efectos metodológicos presentaremos el presente escrito dividido en cuatro partes: en primer lugar, nos referiremos a la relación entre el concepto del Estado de derecho y el principio de legalidad (I); posteriormente, estudiaremos la forma en que las autoridades administrativas resultan vinculadas por la ley, es decir, la técnica de sujeción de la Administración a la legalidad (II); más adelante, veremos la manera en que la discrecionalidad administrativa se afecta con la manera en que se vincula la Administración al ordenamiento jurídico, como un ejemplo práctico de las transformaciones descritas (III); y finalmente formularemos algunas conclusiones (IV).

## I. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La existencia del Estado de derecho, tanto en la construcción dogmática de la tradición continental del *Rechtsstaat* nacida en Alemania<sup>1</sup>, como en la de la tradición anglosajona del *rule of law* que tiene origen en el Reino Unido<sup>2</sup>, implica fundamentalmente dos elementos: el primero referido a la sumisión del Estado y principalmente de la Administración al ordenamiento jurídico (incluyendo, por supuesto, a la Constitución) y el segundo relativo al reconocimiento y protección de los derechos de los ciudadanos, en especial de sus derechos fundamentales<sup>3</sup>.

El primero de los elementos o núcleos esenciales enunciados es lo que se denomina “principio de legalidad”, lo que implica que cuando se habla de este principio se está haciendo referencia a uno de los elementos propios del Estado de derecho, sin importar si estamos hablando de un Estado clásico del derecho o de un Estado constitucional de derecho, en la tradición del *Rechtsstaat*, o si estamos en la tradición del *rule of law*, pues el sometimiento de la Administración al ordenamiento, aunque con diferentes características, ha estado presente siempre como uno de los presupuestos necesarios para considerar la configuración de un Estado de derecho. La trascendencia del principio de legalidad en el Estado de derecho es tal, que la propia Corte Constitucional colombiana ha llegado a considerar como sinónimos los dos conceptos; en este sentido manifestó: “El Estado de derecho es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica. A la consecución de ese propósito están orientadas sus instituciones que, bajo esta perspectiva, resultan

ser meros instrumentos cuya aptitud y eficacia debe ser evaluada según cumplan o no, a cabalidad, la finalidad que constituye su razón de ser”<sup>4</sup>.

Ahora bien, vale la pena preguntarse si cuando estamos frente a un Estado social de derecho, como Colombia, continúa siendo válida la afirmación de que el principio de legalidad es uno de sus elementos esenciales, o si por el contrario la variación del modelo de Estado se traduce en la desaparición de los elementos constitutivos del viejo Estado de derecho. La respuesta a este cuestionamiento es proporcionada por la misma Corte Constitucional, quien ha manifestado que la aparición del Estado social de derecho no implica la desaparición del Estado de derecho, sino simplemente su complementación en el sentido de añadir el ingrediente “social”, que se traduce, entre otras, en la asunción por parte del Estado, en especial por parte de la Administración pública, de nuevas obligaciones que tienen como propósito principal que los presupuestos materiales de la dignidad, la libertad y la igualdad material para todos estén efectivamente asegurados<sup>5</sup>. En consecuencia, podemos afirmar que no existe duda de que el Estado social de derecho también incluye entre sus elementos esenciales al principio de legalidad.

La Administración se encuentra, entonces, plenamente sometida a la legalidad, la cual, según la clásica fórmula de VEDEL, “es la cualidad de lo que es conforme a la ley. Pero en esta definición hay que entender el término de «ley» en su sentido más amplio, el de «derecho»”<sup>6</sup>, es decir, la legalidad es sinónimo de conformidad con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el principio de legalidad se puede definir como el fenómeno jurídico-político en virtud del cual surge para los órganos del poder público, en especial para la

Administración, la obligación de que su actuación se lleve a cabo de conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. La sumisión de la Administración a la legalidad es un reflejo de la obligación general que tiene el Estado respecto de su derecho; el Estado no es ilimitado en su capacidad de acción, la existencia de una relación jurídica entre el Estado y los individuos se traduce en la necesidad de que éste respete la normatividad que tiene origen en sí mismo<sup>8</sup>.

## II. LAS TÉCNICAS DE SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEGALIDAD

En este aparte, resolveremos el asunto de si la sujeción al bloque de legalidad es positiva o si, en cambio, es negativa, es decir, resolveremos la pregunta de cómo se somete la Administración al bloque de legalidad. En otras palabras, cuando hablamos de técnicas de sujeción nos referimos a la cuestión de si la Administración en su actuación deber estar completamente predeterminada por una norma legal, o si en cambio el bloque de legalidad simplemente delimita desde el exterior la acción de la Administración.

### A. *Las técnicas tradicionales: la vinculación negativa y positiva*

Según noticias de ZAGREBELSKY, en la construcción inicial del principio de legalidad formulada por la doctrina alemana, la técnica de ejecución de este principio determinaba que ante la ausencia de leyes que delimitasen las potestades de la Administración, se confería a ésta la posibilidad de perseguir sus propios fines<sup>9</sup>. Se trataba de una vinculación negativa de la Administración a la legalidad, en virtud de la cual

la Administración podía hacer “no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe”<sup>10</sup>. Entonces, la vinculación negativa de la Administración a la legalidad significa que ésta simplemente opera como un límite externo a la libertad de determinación de aquélla, quien puede aprovechar los espacios libres de derecho para realizar todas las actuaciones necesarias para conseguir los fines por los cuales existe. Además, según los defensores iniciales de esta tesis, propia del dualismo monárquico, el príncipe ostentaba un poder originario que le correspondía por derecho propio y no como atribución del derecho positivo, de tal forma que la sujeción al bloque de legalidad no era nada distinto que una autolimitación a ese poder originario, de tal forma que debía ser simplemente negativa<sup>11</sup>.

Esta concepción negativa de la sujeción a la legalidad nace de forma paralela a la cuestión de las potestades discrecionales, a partir de lo cual un sector de la doctrina entendió que la Administración podía hacer uso de su discrecionalidad en todos los espacios libres de ley, trayendo con esto como consecuencia, en su opinión, una completa exclusión del control judicial sobre los actos dictados en ejercicio de los poderes discrecionales, por no encontrarse éstos sujetos a la legalidad, y por existir una absoluta libertad de acción para la Administración<sup>12</sup>.

Esa particular manera de entender la técnica de vinculación de la Administración a la legalidad ha sido expuesta más recientemente por un cierto sector de la doctrina italiana, pero con un fundamento y unas consecuencias muy diferentes. En efecto, SANTI ROMANO toma esta posición oponiéndose a la aplicación del concepto de función ejecutiva a la Administración pública,

alegando para el efecto que ésta no se limita ni tiene por misión específica una simple ejecución de la ley, por el contrario, puede que sus actuaciones superen ampliamente este ámbito, pero tendrán siempre como limitación, en el Estado de derecho, que se realicen dentro de los límites de la legalidad, esto es, que no transgredan los postulados normativos. ROMANO concluye que si la Administración tiene como finalidad la satisfacción de los intereses públicos, ésta podría hacer uso de una iniciativa que rebasa el simple concepto de ejecución de la ley; no obstante, esta finalidad debe lograrse dentro de los límites de la legalidad, que operará, entonces, como una barrera externa a la actividad administrativa<sup>13</sup>. Se trata de una muestra evidente de la vinculación negativa a la legalidad ya no basada en razones políticas sustentadas en el poder originario del príncipe, sino en razones técnicas basadas en las características y finalidades propias de la Administración pública.

En oposición a esa construcción dogmática alemana inicial, el derecho francés, inspirado en los postulados filosóficos de la Ilustración, entendió la técnica de ejecución del principio de legalidad como la imposibilidad de actuación de la Administración sin la existencia de una ley previa que le atribuyese potestades<sup>14</sup>. CARRÉ DE MALBERG, refiriéndose a la Constitución francesa de 1875, expone esta manera particular de vinculación a la legalidad señalando que “la autoridad administrativa carece de potestad general que le permita, en un orden determinado de materias, actuar o estatuir por su propia iniciativa por vía de reglamentos generales o de medidas particulares”, de manera tal que “la administración, si bien es cierto no posee materia propia, tiene por lo menos, en otro sentido, un campo de acción ilimitado. Con la única condición de fundarse en un texto

legislativo que a ello la habilite, puede la autoridad administrativa tomar cualquier clase de medidas respecto de cualquier clase de objetos”<sup>15</sup>.

Se trata de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad, con fundamento en la cual la Administración sólo puede actuar en la medida en que la ley la habilite, es decir, el principio de legalidad se entiende en el sentido de que la sumisión de la Administración al ordenamiento jurídico implica que ésta sólo puede hacer lo que la ley expresamente la autorice de manera previa. En otras palabras, la vinculación positiva se refiere a que el derecho positivo condiciona de forma anterior la acción administrativa, la cual no será válida si no responde a una atribución legal previa de potestades.

Esta particular manera de entender la forma en que la Administración se vincula a la legalidad encuentra su fundamento en el monismo parlamentario como modelo del Estado francés revolucionario y en la consecuente idea de la ley como expresión de la voluntad general, con una posición de absoluta superioridad en el ordenamiento<sup>16</sup>, que obligaba a que toda forma de acción administrativa, como forma de ejecución de la ley, debía estar previamente prevista o autorizada en una ley del parlamento soberano; se trata pues, de una consecuencia de la concepción de la Administración como simple ejecutora de la ley<sup>17</sup>.

Modernamente, es relativamente pacífica en la doctrina la aceptación de esta vinculación positiva a la legalidad por considerar que mediante ella se logra una verdadera sumisión de la Administración a la legalidad y por ende, un mejor control de la misma<sup>18</sup>. Sin embargo, esta aceptación moderna no puede ser bienvenida tan fácilmente, pues, como lo ha reconocido la doctrina, “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<sup>19</sup>, de tal forma que no pueden ser aplicables a la realidad actual del principio de legalidad. En este sentido, LUCIANO PAREJO señala que la aceptación pacífica de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad tiene como problema fundamental que desconoce y riñe con la realidad, “que desde siempre y también ahora se ajusta con toda normalidad al modelo de vinculación negativa”<sup>20</sup>.

En cuanto al derecho colombiano, en principio<sup>21</sup>, debemos aceptar la tesis de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad. Lo anterior surge de diversas normas constitucionales, entre ellas, el artículo 6.º que señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, así como el 122, según el cual, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. Pero quizá el artículo de donde más claro surge el amparo constitucional de esta doctrina de vinculación positiva de la Administración a la legalidad es el artículo 121, que señala: “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, de cuya redacción aparece diáfano que en el sistema constitucional colombiano toda acción de la Administración debe estar precedida por una habilitación legal, cerrando con esto, aparentemente, la posibilidad de entender que en el derecho colombiano la Administración pueda valerse de espacios libres de derecho para actuar.

La doctrina nacional ha entendido la técnica de ejecución del principio de legali-

dad desde un punto de vista positivo; así, por ejemplo, LIBARDO RODRÍGUEZ manifiesta que “el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permita la ley”<sup>22</sup>. En igual sentido se ha manifestado la jurisprudencia al decir que “el principio de legalidad constituye entonces el límite impuesto por la Constitución Política a la actividad de la Administración en la medida en que ésta sólo puede hacer lo que le permite la ley”<sup>23</sup>.

#### *B. Una visión moderna: la vinculación mixta*

El contenido del principio de legalidad ha evolucionado al punto de que hoy en día no es posible razonar partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico: en primer lugar, no se puede afirmar tajantemente que las actividades privadas siempre son lícitas a menos que se encuentren expresamente prohibidas en la ley, ni que la acción de la Administración siempre debe estar predeterminada por la ley, esto como consecuencia de la realización de tareas de gestión por parte de la Administración, así como producto de su intervención en la economía en materias de importante connotación social en los modernos Estados sociales de derecho, como el caso colombiano.

En efecto, en cuanto al punto que nos interesa ahora, debido a la importante carga de tareas que supone para la Administración la aparición del modelo del Estado social de derecho, Administración que ocupa sin duda un lugar preponderante, como la verdadera protagonista de la acción del Estado para dar vigencia a las finalidades propias de esta forma de Estado, es nece-

sario aligerar las cargas para obtener una actuación eficaz de ella, es decir, resulta indispensable reducir la rigidez de la vinculación a la legalidad para permitir una mayor eficacia en la solución de los problemas que el Estado social de derecho confía al aparato estatal encabezado por la Administración.

En otras palabras y para lo que nos interesa, la vinculación de la Administración no puede ser tan positiva como la presentan los textos constitucionales y la doctrina, pues ambos chocan contra lo que la realidad demuestra. En efecto, como lo ha dicho la doctrina del derecho público económico, “los planteamientos doctrinales no suelen coincidir, desde luego, con la práctica diaria de las Administraciones, ya que, si la generalidad de los autores defiende un criterio de «vinculación positiva», lo cierto es que la «vinculación negativa» se advierte en multitud de campos sectoriales del actuar administrativo”; según el mismo autor, esta conclusión es de sentido común porque “sería muy poco realista tratar de encontrar una expresa habilitación legal previa en los innumerables supuestos de actividad prestacional o de fomento que los Estados realizan. No hay Parlamento capaz de producir el ingente número de leyes que serían necesarias a tal fin; ni parece que tenga sentido constreñir de modo tan riguroso la actividad de la Administración”<sup>24</sup>.

No obstante, consideramos que tampoco puede aceptarse de manera absoluta la vinculación negativa de la Administración a la legalidad que plantea GASPAR ARIÑO, por dos razones constitucionales: la primera de ellas se refiere a la necesidad de autorización legal (en sentido estricto) que existe respecto de los actos que limitan la esfera jurídica de los administrados, es decir, para que la Administración puede realizar una

acción con eficacia ablatoria es necesario que el legislador la autorice previamente, pues puede decirse que existe una cierta reserva de ley en cuanto a los actos desfavorables al administrado<sup>25</sup>. Esta prohibición de expedición de actos con eficacia ablatoria sin una previa autorización legal es consecuencia de una posición tradicional que desde siempre ha sostenido la reserva de ley para los actos de intervención, basada específicamente en la necesidad de respeto a la libertad y la propiedad<sup>26</sup>, posición que se mantiene vigente en la actualidad en buena parte de los países europeos<sup>27</sup>.

Una segunda razón contra la absoluta vinculación negativa de la Administración a la legalidad se refiere a que la Carta Política ordena expresamente que toda la actuación de la Administración debe dirigirse a la satisfacción del interés general, de tal forma que ésta puede realizar toda suerte de actos siempre y cuando los mismos busquen la satisfacción del interés general; además el acto no puede estar prohibido por el ordenamiento superior que debe respetar la Administración, pues en caso contrario, el acto de Administración es inconstitucional (art. 209)<sup>28</sup>.

Adicionalmente, también entra en crisis el principio de legalidad: con la constatación de la existencia de leyes de reducida generalidad o bajo nivel de abstracción fruto de la necesidad de igualdad material en el Estado constitucional, se desvirtúan los tradicionales caracteres de generalidad y abstracción de las leyes. Además, como resultado de la pluralidad de las sociedades modernas, la ley pierde su característica de homogénea para expresar una heterogeneidad de valores e intereses<sup>29</sup>.

Por otra parte, la otra evolución del principio de legalidad que también lo flexibiliza e impide comprenderlo en el sentido decimonónico se da en el sentido de que el con-

tenido de la legalidad no está dado exclusivamente por el soberano o sus representantes (el parlamento), sino que la misma Administración es quien participa en la elaboración del ordenamiento jurídico al cual está sujeta<sup>30</sup>, pudiendo inclusive encontrarse la autorización legal (en el sentido de bloque de legalidad) en una norma administrativa. Como contrapartida a esta manifestación de la flexibilización de la legalidad, el administrado tiene la seguridad de que en el ejercicio del poder reglamentario y aun en el desarrollo de leyes marco o regulaciones de autoridades administrativas independientes, si bien la Administración tiene un amplio margen de discrecionalidad, en todo caso se debe sujetar a las normas generales expedidas por el legislador representante del soberano o, al menos, a la Constitución que con su fuerza vinculante somete a sus disposiciones a todas estas manifestaciones de la construcción del contenido de la legalidad por parte de la Administración. En efecto, la acción de la Administración no siempre requiere estar conforme a la ley, entendida ésta en sentido estricto, pues en todo caso y aun en ocasiones donde no haya ley aplicable, la vinculación será directa con la Constitución<sup>31</sup>.

La respuesta a esta situación de crisis del principio de legalidad está en la función unificadora de la Constitución, de ahí la importancia de la transformación del imperio de la ley al imperio de la Constitución, pues “las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”<sup>32</sup>. Así, el paso al Estado constitucional hace de la Constitución el centro de gravedad del principio de legalidad<sup>33</sup>, evitando con esto que el pluralismo degenerare en una anarquía normativa.

En suma, podemos afirmar que de acuerdo con las competencias y funciones de las administraciones públicas modernas y con su regulación constitucional, así como con las transformaciones que han operado sobre el principio de legalidad, la técnica de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico no puede concebirse ni como positiva, ni tampoco como negativa, sino que respecto de determinadas situaciones jurídicas, la vinculación debe ser absolutamente positiva, en tanto que en otras no será indispensable la habilitación legal previa, de tal manera que la Administración se encontrará limitada únicamente por el deber de satisfacer el interés general como finalidad última de su actuación.

Lo anterior es así porque aceptar absolutamente la primera técnica implicaría desconocer las necesidades de acción de la Administración que impone la realidad, que impone el Estado social de derecho, haciéndola excesivamente rígida en la medida en que la solución de los problemas sociales que enfrenta el Estado comúnmente siempre requeriría de la intervención legislativa; además esta intervención debía ser extremadamente precisa, lo cual riñe con las características modernas de la ley, que más bien se ocupa de formular estrategias de acción que debe ejecutar la Administración.

De otra parte, la aceptación categórica de la técnica negativa de vinculación a la legalidad supondría otorgar una libertad absoluta a la Administración para que realice toda clase de actos sin importar siquiera si éstos pretenden satisfacer intereses egoístas, que no necesariamente coinciden con el interés general, con lo cual se desconocerían flagrantemente los postulados constitucionales que obligan a la Administración a satisfacer el interés general, postulados que en últimas dan coherencia a todo el ejercicio de la función administrativa.

### III. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y SUS ACTUACIONES DISCRECIONALES

En el acápite anterior concluimos que, si bien en principio de los textos constitucionales y su interpretación doctrinal y jurisprudencial pareciera que la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico es positiva, una verificación de la realidad de un Estado interventor y realizador de actividades prestacionales, como el colombiano, permite concluir que la vinculación es estrictamente positiva únicamente en las actuaciones con eficacia ablatoria o limitativas de los derechos y libertades de las personas; en las demás actuaciones, simplemente se exige a la Administración que ellas sean dirigidas a la satisfacción del interés general y que no violen ninguna otra norma del ordenamiento que deben respetar incluso las mismas normas administrativas de contenido general, pero no se exige que exista una habilitación expresa y específica previamente establecida en la ley.

La anterior concepción de la técnica de vinculación de la Administración al ordenamiento tiene una importante consecuencia sobre las actuaciones discrecionales de la Administración. En efecto, en relación con sus actuaciones de eficacia ablatoria, esto es, que limitan la esfera jurídica de los administrados de cualquier manera, el margen de decisión de la Administración es limitado pues sólo puede actuar en los casos previamente establecidos en la ley (en sentido estricto como acto del parlamento soberano), y únicamente puede hacer lo que expresamente la ley (de nuevo, en sentido estricto) le permite hacer, es decir, el contenido de las actuaciones de eficacia ablatoria de la Administración le viene dado de forma prácticamente íntegra por parte

de la ley y le autoriza un margen de actuación discrecional muy limitado.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las actuaciones de la Administración diferentes a aquellas limitativas de derechos y libertades, ella goza de un margen muy amplio, pues podrá realizar toda suerte de actos, aunque los mismos no se encuentren previstos en la ley, o aun en el reglamento, siempre y cuando esos actos tengan como finalidad directa la satisfacción del interés general, que es la finalidad constitucional de la actuación de la Administración; que no se encuentren prohibidos por alguna norma superior que debe ser respetada por la respectiva actuación administrativa, y que se respeten los mínimos elementos reglados que tiene todo acto administrativo (competencia, motivos y fin)<sup>34</sup>. Además, tales actos deben estar motivados, y esa motivación debe basarse en hechos reales y demostrables<sup>35</sup>.

Una consecuencia práctica de la vinculación mixta de la Administración a la legalidad que proponemos supone un crecimiento importante de las potestades discrecionales, que no absolutamente discrecionales y mucho menos arbitrarias, en la medida en que podrá actuar sin necesidad de habilitación legal expresa en muchos campos en los cuales se encontraba vedada su intervención.

No obstante, no puede aceptarse la conclusión de que el crecimiento de las potestades discrecionales se traduce en una exclusión del control del juez administrativo de tales actuaciones. Por el contrario, el juez puede efectivamente entrar a controlar la legalidad de esas actuaciones: el control judicial de los actos discrecionales deberá verificar que la actuación discrecional efectivamente se dirija a satisfacer el interés general, que no se viole ninguna norma de superior jerarquía que se deba



respetar, que se respeten los mínimos elementos reglados que tiene todo acto administrativo, y que el acto se encuentre motivado y la motivación se base en hechos reales y demostrables.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El Estado de derecho, en cualquiera de sus construcciones teóricas y en cualquiera de sus vertientes históricas, tiene como nota fundamental el principio de legalidad de la Administración, esto es, el deber de que las actuaciones desplegadas por ésta se encuentren plenamente sometidas a la legalidad.

2. Ahora bien, no existe una uniformidad en la manera de entender la forma en que la Administración debe someterse a esa legalidad. En efecto, para algunos ésta constituye un límite externo a la actividad administrativa, en tanto que para otros se trata de un título habilitante de toda la actividad, sin cuya existencia sería ilegal.

3. No obstante, una atenta observación de los hechos y de las tareas de la Administración en el Estado social de derecho, así como un estudio de la regulación constitucional de la actividad administrativa, nos obliga a concluir que ha operado una transformación en la manera en que debe entenderse el principio de legalidad: ahora existe una vinculación mixta, en el sentido de que la legalidad se constituye en un título habilitante exclusivamente para las actuaciones administrativas de eficacia ablativa, en tanto que en todas las demás actuaciones opera como una barrera exterior que no puede ser trasgredida por la Administración, siempre y cuando ésta actúe con miras a la satisfacción del interés general.

4. Finalmente, una consecuencia práctica de esta particular forma de entender la técnica de vinculación que proponemos es un aumento importante de las potestades discrecionales, lo que no puede significar que estos actos no puedan ser controlados por el juez administrativo, pues el control de legalidad es también un elemento indispensable en un Estado de derecho.

JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ  
Abogado  
Universidad Externado de Colombia

1. Como ejemplo de la construcción continental, que nace fundamentalmente en Alemania, podemos citar a ERNST BENDA, quien señala que el Estado de derecho nace a partir de la necesidad de limitar y controlar el ejercicio del poder y se caracterizó en sus orígenes por el imperio de la Ley como expresión de voluntad general, la división o separación de poderes del Estado, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la Administración y el reconocimiento y tutela de un número determinado de derechos (ERNST BENDA. “El estado social de derecho”, en KONRAD HESSE et al. *Manual de derecho constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 488). En igual sentido, OTTO MAYER caracterizaba la idea de *Rechtsstaat* como un Estado liberal de derecho, donde la ley es un acto deliberado de un parlamento representativo, existe supremacía de la ley sobre la Administración, los derechos de los ciudadanos se encuentran subordinados exclusivamente a la ley y existen tribunales independientes que dirimen conflictos entre ciudadanos y entre éstos y la Administración aplicando únicamente la ley (OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, t. 1, HEREDIA y KROTOSCHIN (trad.). Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 72 y ss.).

2. Como ejemplo de la construcción anglosajona, podemos citar a WILLIAM WADE, quien manifiesta que “el Estado de derecho [*rule of law*] posee una variedad de significados y corolarios. Su significado primario es que todas las actuaciones deben ser realizadas de acuerdo con la ley. Aplicado a los poderes del gobierno, éste ordena que cada una de las autoridades gubernamentales que realice un acto que de otra forma sería ilegal (tal como tomar las tierras de un hombre) o que infrinja la libertad de un hombre (como el rechazo de un permiso de construcción), debe es-

tar en la capacidad de justificar su acción en una autorización de la ley, y casi en cada caso esto significará una autorización directa o indirecta por un acto del Parlamento” (WILLIAM WADE y CHRISTOPHER FORSYTH. *Administrative Law*, 9.<sup>th</sup> ed. London, Oxford University Press, 2004, p. 20).

3. ENTRENA CUESTA define el Estado de derecho como “aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración a la ley”, aclarando que se trata de una reducción a sus rasgos esenciales del instituto jurídico definido (RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, 13.<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos, 1999, pp. 45 y ss.). En igual sentido, SCHWARZE señala que “el principio de legalidad de la Administración es considerado como el pilar esencial del Estado de derecho y, con la separación estructural del poder estatal en tres, debe garantizar la libertad del ciudadano contra la intervención ilimitada del ejecutivo” (JÜRGEN SCHWARZE. *Droit administratif européen*. Bruxelles, Bruylant et Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1994, p. 219).

4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

5. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-449 de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, y C-1064 de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. La doctrina ha llegado a idéntica conclusión: Cfr. ERNST BENDA. “El estado social de derecho”, cit., pp. 501 y ss.

6. GEORGES VEDEL. *Derecho administrativo*, trad. de la 6.<sup>a</sup> ed. francesa, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 219.

7. Valgan por todas, las definiciones de IGNACIO DE OTTO, para quien el principio de legalidad es la exigencia de que “la actuación de los órganos del Estado, en concreto de la Administración mediante actos administrativos y la de los Tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico” (IGNACIO DE OTTO. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, Ariel, 1991, p. 157) y de LIBARDO RODRÍGUEZ, quien señala que “el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores” (LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo. General y colombiano*, 14.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Temis, 2005, p. 262).

8. Cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 346 y ss.

9. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, MARINA GASCÓN (trad.). Madrid, Trotta, 1995, p. 27.

10. MEYER-ANSCHÜTZ, citado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, 9.<sup>a</sup> ed. Madrid, Civitas, 1999, p. 431.

11. Cfr. DIETRICH JESCH. *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 100 y 101. En este sentido también, IGNACIO DE OTTO. *Derecho constitucional*. cit., pp. 133-135.

12. Esta posición es asumida, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 429 y ss.

13. SANTI ROMANO. *Principi di diritto amministrativo*, 1912, cap. I. En sentido similar, VITTA. *Diritto amministrativo*, t. I, 1948, p. 14, autores citados por FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Parte general, 12.<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos, 1994, p. 179. En la doctrina francesa, aunque de manera aislada a la doctrina dominante, esta posición es asumida por PAUL DUEZ y GUY DEBEYRE. *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1955, pp. 117 y 118.

14. DEBBASCH señala que el principio de legalidad entendido de esta manera es uno de los pilares básicos de la doctrina liberal clásica. En efecto, “en un Estado liberal, la Administración debe respetar las reglas jurídicas aplicables: está sometida a la ley y no fuera de la ley. Y allí hay una garantía importante para los ciudadanos, la acción administrativa debe ser desarrollada según una regla de referencia preestablecida y no de modo arbitrario” (CHARLES DEBBASCH. *Droit administratif*, 6.<sup>a</sup> ed. Paris, Economica, 2002, p. 121). En igual sentido, ANDRÉ DE LAUBADÈRE y YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, 16.<sup>ème</sup> ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, pp. 530 y 531.

15. RAYMOND CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del Estado*, 2.<sup>a</sup> ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 439 y 442. En igual sentido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 127 y 128.

16. A este respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta que “el sistema de Derecho Público del Antiguo

Régimen reposaba entero sobre la superioridad de la posición del Rey [...] la Revolución ha destruido enteramente esa construcción y en su lugar ha situado la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás” (GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., p. 125).

17. Cfr. DE OTTO. *Derecho constitucional*, cit., pp. 135 a 137, y DEBBASCH. *Droit administratif*, cit., p. 121.

18. Véase, por todos, a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 432 y ss.

19. MARGARITA BELADIEZ ROJO. “La vinculación de la Administración al derecho”, *Revista de Administración Pública* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), n.º 153, septiembre-diciembre 2000, p. 316.

20. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*. Madrid, Ariel, 2003, p. 116.

21. Digo en principio, pues no deben perderse de vista los cambios que ha sufrido modernamente el principio de legalidad, que impiden entender esta vinculación positiva a la legalidad como una situación absoluta, debiendo ser entendida simplemente como una regla general, más aún si se tiene en cuenta que actuamos dentro de un Estado social de derecho donde se está en presencia de una Administración no sólo interventora sino también prestacional.

22. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo. General y colombiano*, cit., p. 262. En igual sentido, SANTOFIMIO GAMBOA ha dicho que el principio de legalidad “señala que la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento [...] contraria a la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado” (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 42). Sosteniendo una posición similar, también se ha dicho que “el Estado de Derecho implica la limitación del poder del Estado por el derecho, lo que se traduce en la clásica fórmula según la cual el gobernante sólo puede hacer lo que de modo expreso le está autorizado; por ello, debe saber de antemano qué puede hacer. Este diseño es el que permite controlar los abusos de poder. Si se admite que el detentador del poder se autoatribuya

competencias, ya sea por analogías, por inferencias o extensiones, el Estado de Derecho no sería una garantía eficaz de las libertades públicas. Sólo le bastaría al gobernante inferir, deducir o extender competencias, para actuar conforme a su nuda voluntad de poder” (Salvamento de voto del magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306 de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL).

23. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 25 de octubre de 1996, expediente n.º 7827, C. P.: CONSUELO SARRIA OLCOS. En sentido similar, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 24 de junio de 1994, expediente n.º 5432, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE.

24. GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 89 y 90.

25. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR sostiene que “respecto de las actuaciones de eficacia ablatoria, en efecto, la exigencia de un previo apoderamiento legal no puede ofrecer duda razonable: en un sistema político que se califica a sí mismo como un 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 la ley (JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Principios de derecho administrativo*, t. I, 2.ª ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Arcés, 1990, p. 54).

26. Sobre la evolución de este principio: JESCH. *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, cit., pp. 131 y ss., y FRITZ FLEINER. *Instituciones de derecho administrativo*, trad. de la 8.ª ed. alemana, Madrid, Labor, 1933, pp. 107 y ss.

27. Cfr. SCHWARZE. *Droit administratif européen*, cit., pp. 244 y 245.

28. En este sentido, MARGARITA BELADIEZ ROJO manifiesta 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 jurídica que le prohíba realizar esa actividad” (BELADIEZ ROJO. “La vinculación de la Administración al derecho”, cit., p. 330). En sentido similar, RENATO ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, trad. de la 3.ª ed. italiana, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, p. 183.

29. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, cit., pp. 34 y

ss. Sobre la crisis del concepto de ley, puede verse también a LUIS PRIETO SANCHÍS et al. *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 295 y ss.

30. JEAN RIVERO. “La administración y el derecho”, en *Páginas de derecho administrativo*. Bogotá, Temis y Universidad del Rosario, 2002, p. 193.

31. Al respecto, PAREJO ALFONSO señala que “importa precisar que el principio de legalidad de la Administración no supone absoluta necesidad de la intercalación de la Ley ordinaria entre la acción de aquélla y la Constitución, pues nada se opone a que existan huecos en la cadena o desarrollo piramidal del proceso de producción normativa. La realidad misma revela que no todos los ámbitos en que se hace presente la Administración se encuentran cubiertos por la Ley ordinaria o parlamentaria [...]

De ahí que el complejo orgánico y funcional Gobierno-Administración pública se ordena a la Constitución, tanto indirectamente (por medio de la ley y en virtud de la superioridad y la expresada «vinculación más fuerte» del texto fundamental), como incluso directamente”. (PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 67).

32. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, cit., p. 39.

33. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 339.

34. Cfr. VEDEL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 264 y 265.

35. Cfr. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid, Civitas, 1994, pp. 81 y ss.