

# OBSERVACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS (\*)

Por

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de la Universidad de Valladolid.

**SUMARIO:** I. SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL.—II. LAS DOCTRINAS JUSTIFICATIVAS: 1. *La tesis de los derechos adquiridos; «iura quaesita» y rescriptos «contra ius».* 2. *La atracción jurídica del poder ejecutivo.* 3. *La distinción cualitativa entre norma general y actuación singular.* 4. *La justificación política: La privación positiva del poder derogatorio singular. La privación del «dispensing power» del rey inglés.*—III. LA EXPLICACIÓN EN LA MECÁNICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 1. *La construcción jurídica del principio de legalidad de la Administración: vinculación negativa y vinculación positiva.* 2. *Técnica de la vinculación legal y posibilidad de reducción a un tipo unitario. El efecto habilitante de la norma y la atribución de potestad. Formas de la atribución de potestad.* 3. *Potestad reglamentaria como potestad de participar en la formación del ordenamiento y el fenómeno de autoatribución de potestades de actuación. La explicación del principio de inderogabilidad como falta de potestad.* 4. *Algunas conclusiones: el comportamiento de la Administración como persona regida por la legalidad frente a la no personificación del Parlamento.*

## I

La legislación española acaba de consagrar, en una serie de disposiciones de especial significación, la formulación de un principio ya impuesto antes por la jurisprudencia (1) y que es conocido en general por

\* Este trabajo se publicará inmediatamente en los *Studii in onore di Silvio Lessona*.

(1) El artículo 1.º de la antigua Ley de lo contencioso de 1888-1894-1952 sustituida hoy por la vigente de 27 de diciembre de 1956, daba pie al mismo principio al aceptar como materia de recurso las «resoluciones administrativas... que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo». La jurisprudencia producida bajo el imperio de esta Ley no tuvo por ello dificultad en sostener el criterio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, del que apenas llegó a hacerse cuestión. Como declaraciones más expresas, entre otras, las Sentencias de 31 de mayo de 1930, 4 de

todos los países de Derecho administrativo (2), el principio llamado de inderogabilidad singular de los Reglamentos (3), que expresa así la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (4) en su artículo 30:

«Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas.»

Por lo que hace a la Administración local, el mismo principio se ha definido por uno de los Reglamentos de la Ley de Régimen local, el de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 (5), artículo 11, párrafo 2.º:

«Sus disposiciones [de las Ordenanzas y Reglamentos locales] vincularán a los administrados y a la Corporación, sin que ésta pueda dispensar individualmente de la observancia.»

En fin, en la importante Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956 (6), el principio se reitera aplicándolo a la materia urbanística. El artículo 46 de esta Ley establece, en efecto, que

---

diciembre de 1933, 17 de febrero de 1936 y 12 de abril de 1943 en las que se opone claramente la facultad de dictar y derogar Reglamentos por vía general y la imposibilidad de exceptuar éstos en casos singulares.

(2) Francia: ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, págs. 262 y ss.; especialmente pág. 266. Italia: ZANOBINI, *Sul fondamento de l'inderogabilità dei Reglamenti*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1917, recogido ahora en sus *Scritti vari*, Milano, 1955, págs. 3 y ss. Alemania: FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 3.ª ed., München und Berlin, 1953, pág. 116 (hay que entender que se refiere únicamente a los «Rechtsverordnungen», no a los «Verwaltungsverordnungen»).

(3) La designación viene del artículo de ZANOBINI citado; el calificativo de «singular» («inderogabilidad singular») lo adoptamos nosotros para evitar equívocos, dada la indudable permanencia en la Administración del poder derogatorio general sobre los Reglamentos.

(4) Sobre esta Ley, ENTRENA CUESTA, en *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, 24, 1957, págs. 255 y ss., y PÉREZ SERRANO, en «Estudios homenaje al profesor BARCÍA TRELLES», 1958.

(5) Sobre este Reglamento, CLAVERO ARÉVALO, en *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, 19, 1956, págs. 287 y ss.

(6) Sobre esta Ley, mi estudio en el libro *Problemas actuales de Régimen local*, Sevilla, 1958, págs. 94 y ss.

«Serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren.»

MAYER, y sobre todo ZANOBINI (7), han destacado temáticamente este principio para contrastarlo con el principio opuesto, que rige en cuanto a las leyes formales. Si la Administración titular de la potestad reglamentaria no tiene poder para excepcionar en un caso singular un Reglamento que ella misma ha dictado, los órganos legislativos, sin embargo, tienen un poder indiscutido, y del cual hacen constante aplicación, para apartar cualquier caso particular del imperio de una Ley general. ¿Cómo justificar esta diferencia de régimen?

Porque, por otra parte, resulta que se produce aquí una clara excepción a un principio caro al pensar jurídico, el principio *a maiore ad minus*, o en concreto, de que quien puede lo más puede lo menos. La Administración puede, en efecto, derogar el Reglamento totalmente o cambiar sus preceptos, y no obstante esto se le niega la posibilidad de acordar una excepción singular al mismo en un caso concreto, tanto por vía de dispensa como por la de privilegio *stricto sensu* (8).

En fin, la cuestión trasciende incluso sobre el viejo principio *legem patere quam ipse fecisti*, pues ya no sólo se niega la posibilidad de derogación singular al órgano que dictó el Reglamento, sino incluso a órganos superiores al mismo. Así lo dice expresamente la formulación antes transcrita del artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: aunque la resolución singular proceda de autoridad que «tenga grado igual o superior» a la que dictó el Reglamento, y así lo recoge, en fin, la doctrina que se ha ocupado del tema (9).

(7) MAYER, *Le Droit administratif allemand*, I, París, 1903, págs. 114 y ss.; ZANOBINI, op. cit., págs. 6 y ss.

(8) FORSTHOFF, loc. cit., «Ganz verfehlt wäre es, durch einen Schluss a maiore ad minus folgern zu wollen, dass die Behörde, welche die Rechtsverordnung erlassen darf, deshalb auch für berechtigt gehalten werden müsse, im Einzelfalle abweichend zu verfahren». Análogamente ODENT, *Contentieux administratif*, «Les Cours de Droit», París, III, pág. 580.

(9) MAYER, op. cit., pág. 116; FORSTHOFF, op. cit., pág. 116. Parece, sin embargo, que la jurisprudencia francesa limita la extensión del principio al propio autor de las reglas y naturalmente a las autoridades inferiores; ALIBERT, op. cit., pág. 266; ODENT, op. cit., pág. 580; WALINE, *Droit administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., París, 1957, pág. 402; DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., 1958, pág. 203, cita, no obstante,

De este modo, la cuestión parece convertirse en misteriosa apenas volcamos sobre ella alguna reflexión (10).

## II

Puede ser oportuno, incitados por la actualidad que el tema ha cobrado en nuestro Derecho, replantear esta grave cuestión en cuanto a sus posibles fundamentos teóricos. Permanece todavía excepcionalmente reducido el panorama bibliográfico sobre la materia, que únicamente ha sido abordado en una sola ocasión, que a nosotros nos conste, en forma monográfica (11).

Hay en la cuestión implicados inmediatamente temas de primera importancia. Pero antes de pasar a estos temas últimos creemos necesario analizar los distintos elementos que el problema presenta en sus diversos aspectos al hilo de las distintas justificaciones que se han propuesto, intentando dilucidar su respectiva consistencia.

Un tanto esquemáticamente podemos exponer del modo siguiente las tesis en juego para explicar el fenómeno de la inderogabilidad singular de los Reglamentos.

1. Si comenzamos por nuestro propio derecho, aunque nunca, que sepamos, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han llegado a hacer cuestión sustantivamente del problema, parece claro que lo que alimenta la seguridad del principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos es la certidumbre en otro principio casi dogmático en nuestro sistema jurídico-administrativo, el principio del respeto a los derechos adquiridos. Esta conclusión la basamos en el análisis del artículo 1.º de la vieja Ley de lo Contencioso de 1888-1894-1952, que es donde la doctrina de la inderogabilidad singular adquirió carta de naturaleza entre nosotros, y donde se explica justamente dentro del concepto de «vulneración de de-

---

un caso en que el Conseil d'Etat aplicó el principio respecto del Reglamento de una autoridad inferior.

(10) Hasta que detenemos la reflexión sobre el principio éste, sin embargo, y así a los expositores comunes, parece «la aplicación inmediata evidentísima de un concepto general de común intuición» (ZANOBINI, op. cit., pág. 5).

(11) Aludimos al trabajo de ZANOBINI ya citado.

rechos» (12). Es cierto que para esta vieja Ley toda ilegalidad, y no sólo la producida por la vulneración de un Reglamento, era calificada, en virtud de su perspectiva subjetivista, de «vulneración de derechos», pero esto no hace sino subrayar lo que acabamos de decir sobre el valor genérico que al principio de mantenimiento de los derechos adquiridos se ha venido otorgando por nuestro Derecho administrativo. Hay algo, sin embargo, que, a mi juicio, confirma esta sospecha de que es concretamente el principio de respeto a los «derechos adquiridos» lo que sostiene la tesis de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, y es que es justamente tal principio el que con increíble facilidad ha venido sosteniendo hasta nuestros mismos días la negación absoluta de la facultad revocatoria de la Administración (y aun de la anulatoria, incluso en la hipótesis de vicios de legalidad provocados fraudulentamente por el beneficiario) de los actos administrativos «declaratorios de derechos» (13) (14), doctrina fácilmente extensible al caso por un argumento *minore ad maius*: si la Administración no puede privar de los derechos declarados a favor de particulares por un acto singular, tanto más, cabe concluir, si tales derechos están declarados no por un acto, sino por un Reglamento.

Históricamente, por otra parte, fué esta doctrina de los *iura quaesita* la que sostuvo la invalidez de los rescriptos *contra ius* (15) («cartas des-

(12) Vid. *supra* nota 1 el texto que interesa.

(13) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, pág. 261; GONZÁLEZ PÉREZ, *La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 1, pág. 151-2; GUAITA, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, pág. 24. Recogemos un texto de este último: Los particulares «no pueden quedar siempre a merced de las veleidades de la Administración que en un momento dado pudiera desconocer derechos reconocidos o creados con anterioridad por ella misma»; la doctrina, como se comprende, resulta inmediatamente extensible en idénticos términos al tema que ahora nos ocupa.

(14) Para una crítica al injustificable sistema español de revocación y anulación de los actos administrativos, vid. mis trabajos *La configuración del recurso de lesividad* y *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 15, págs. 109 y ss., y núm. 20, págs. 69 y ss. Creo que ha sido esta posición crítica, en cuya elementalidad sorprendentemente nadie había reparado, la que ha determinado la primera ruptura del bárbaro dogma de la irrevocabilidad absoluta de los actos declaratorios de derecho que han recogido, primero tímidamente la Ley de Régimen jurídico, y más ampliamente ahora la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, aunque sólo en lo referente a anulación de oficio, sin aceptar en ningún caso (!) la revocación por oportunidad.

(15) Vid. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (unveränderter photomechanischer Nachdruck, Graz, 1954), III, págs. 619 y ss.; NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, ristampa,

aforadas» en nuestro romance) (16), una de las primeras manifestaciones que el Occidente conoce de la sumisión del poder al derecho en un importante sector de las relaciones con los súbditos, y paralelo casi exacto al principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos (17), especialmente en su forma de *rescripto contra ius civile* (18). En un texto de BARTOLO encontramos expreso incluso el contraste entre inderogabilidad singular de las normas inferiores frente a la posibilidad de derogación singular de las normas superiores, correspondiente exacto del contraste

---

Milano, 1952, págs. 153 y ss.; COLORNI, *L'eguaglianza como limite della lege nel diritto intermedio e moderno*, Milano, 1946, págs. 39 y ss., todos con abundantes fuentes.

(16) Leyes 2 a 12 del título IV del libro III de la Novísima Recopilación. Un comentario autóctono en HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, ed. de GARRIGA, Madrid, 1797, págs. 103 y ss.; PÉREZ VALIENTE, *Apparatus iuris publici hispanici*, I, Madrid, 1751, pág. 131.

(17) La Ley 2.<sup>a</sup> del título IV del libro III de la Novísima establece que «no valgan ni se cumplan las Reales Cartas dadas contra Derecho, ley o fuero usado». Como aplicación de esta ineficacia de las «cartas desaforadas» tiene su origen la famosa fórmula «se obedece, pero no se cumple»; así en la Ley 4.<sup>a</sup> de los mismos título y libro se ordena: «establecemos que si en nuestras cartas mandáramos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley o fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida». Es ésta la famosa Ley de Bribiesca de 1385, que confirma otras anteriores, y que será reiterada posteriormente, siempre a petición de las Cortes, cuya energía se trasluce en la privación de efecto de las cláusulas cautelares o derogatorias («de plenitudo potestatis», «non obstante», «proprio motu») con que pretendían legitimarse la validez de los rescriptos *contra ius*; CARLYLE, *A history of medioeval political theory in the West*, Edimburgh, 1903 y ss., V, pág. 463, subraya esta peculiaridad hispana; sobre el valor de esas cláusulas derogatorias en general NICOLINI, op. cit., págs. 173 y ss. La diferencia entre este viejo principio y el actual viene concretamente de la perspectiva exclusivamente subjetiva de aquél, denominada por la doctrina de los *iura quaesita*: es el desapoderamiento de derechos subjetivos ya perfeccionados lo que se condena y no propiamente la infracción de un Reglamento; por eso es perfectamente posible el privilegio estrictamente tal. La exposición histórica que hace ZANOBINI pasa sobre este importante precedente (op. cit., págs. 8-9). No es exacto, por consiguiente, como dice este autor, al menos sin importantes reservas, que la época absolutista aceptase el dogma de la validez ilimitada de los rescriptos contra ley. Cfr., en el mismo sentido expuesto, OLIVIER MARTIN, *L'absolutisme français*, París, 1951, págs. 288 y ss.; GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung des naturrechtlichen Staatstheorien*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1902, págs. 291 y ss. En la propia doctrina cameralista, PUETTER, *Institutiones iuris publici germanici*, Goettingae, 1787, pág. 127.

(18) Los problemas de los rescriptos contra derecho natural y de gentes se desarrollan en otro orden de cuestiones. Es concretamente por aquí, y no por la «Fiskus-Lehre», como se ha deducido de las exposiciones alemanas, como se concreta en los países romanizados la vinculación del Príncipe al orden jurídico patrimonial de la propiedad y de los contratos, cuestión en la que ahora no podemos entrar y que analizamos en un próximo libro.

que ya conocemos entre el régimen actual del Reglamento y de la Ley formal: *la civitas* (inferior) «non potest auferre ius alterius... quod intellige verum singulariter praecipiendo uni homini vel quibusdam hominibus, sed generaliter faciendo statuta bene posset»; por el contrario, el *princeps* o autoridad superior, si puede privar singularmente de un derecho, aunque para ello deba legitimarse en la *publica utilitas*: «circa hoc un princeps possit mihi... auferre privilegium alteri concedendo... et veritur in hoc publica utilitas potest» (19). Esta distinción es recibida por la doctrina posterior (20).

Ahora bien, en la situación jurídica actual esta doctrina de los derechos adquiridos no es aceptable en modo alguno para justificar el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos. Por de pronto no explica nada de la diferencia que separa a la Ley y al Reglamento: por qué a la Ley singular no es oponible el derecho adquirido y sí, sin embargo, lo es al supuesto Reglamento singular. Afirmar que se tiene un derecho y no ser privado singularmente de lo que por vía general se tiene atribuido y adquirido es una afirmación apodíctica, pero no, ciertamente, una explicación del fenómeno (21). Por último, supuesto el sistema actual de justicia administrativa, que permite reaccionar contra «cualquier infracción del ordenamiento jurídico» (art. 83 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, art. 48 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958) y no sólo contra las vulneraciones de derechos subjetivos, la doctrina de los derechos adquiridos deja sin explicar por qué serían ilegales, como indudablemente lo son, aquellas derogaciones singulares de Reglamentos que no impliquen estrictamente un *auferre ius alterius* (por ejemplo, una dispensa, que no sólo no supone una privación, sino un otorgamiento positivo); todavía hay que observar que las consecuencias de la invalidez de un acto no se limitan a la posibilidad de impugnar éste a través de los medios de la justicia administrativa, sino que se manifiestan en campos mucho más extensos (control jerárquico, control de tutela, control financiero, respon-

(19) *Apud* COLORNI, op. cit., págs. 40-41, y NICOLINI, op. cit., págs. 279 y ss.

(20) Referencias en COLORNI, op. cit., págs. 40 y ss.

(21) No es ocasión de referir ahora cuál es la base histórica de la doctrina arcaica de los *iura quaesita*, que remite a una concepción del derecho radicalmente distinta a la actual. La afirmación del texto se refiere, por supuesto, al derecho actual, dominado por el principio de la estatalidad.

sabilidad política, penal, civil, disciplinaria de los agentes, responsabilidad de la Administración, anulación de oficio, etc.) (22).

2. Hay luego tesis que se han dejado trascender del misterio del principio de la inderogabilidad singular para pretender su explicación con argumentos de un cierto tenor místico. Aludimos en concreto a justificaciones como las propuestas por Otto MAYER: «Es una cualidad jurídica del poder ejecutivo estar ligado por las reglas de derecho que él encuentra» (23), y por ende, por las suyas propias. No nos dejamos arrastrar fácilmente por esta simple descripción plástica del fenómeno, que no da razón ninguna de sus fundamentos. ¿De qué le viene, en efecto, a la Administración esta extraña cualidad atractiva, esa pegajosidad hacia cualquier norma con que se tope en sus múltiples caminos, dónde está la razón de ser y la estructura interna de esa suerte de campo magnético fatal y automático? Esta doctrina exacerba, no sólo no sacia, nuestra curiosidad por comprender el fenómeno.

3. Más fuerza tiene el intento que al hilo del principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos se ha realizado de distinguir materialmente en la actuación administrativa una actuación singular y una actuación normativa como cualitativamente diferentes, subordinada aquélla a ésta. El argumento está en FORSTHOFF (24) y WALINE (25), entre otros,

(22) Lo contrario podría derivarse de exposiciones como la de GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, págs. 195 y ss., que encuadra los vicios de legalidad del acto administrativo como «motivos de impugnación», lo cual por otra parte tampoco es cierto si nos colocamos—como hace el autor—en el plano de la impugnación en vía administrativa, donde caben con normalidad recursos fundamentados en motivos de mera oportunidad. Reduce también el principio de legalidad administrativa a la función de garantizar los derechos del administrado, y lo resuelve igualmente en la mera fundamentación de impugnaciones NEF, *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde*, en «Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins», Basel, 1950, págs. 158 y ss. y 297 y ss.

(23) Op. cit., pág. 113.

(24) Op. cit., pág. 116: «la libertad de establecer normas generales y la de una actuación singular no son cualitativamente lo mismo»; de esto deduce la falacia del posible argumento «a maiore ad minus» referido *supra* nota 8, que sólo sería válido si se tratase de modos de obrar cualitativamente idénticos. Argumento general en la doctrina alemana.

(25) Op. cit., pág. 403: el principio de inderogabilidad implica «una consecuencia importante desde el punto de vista teórico: que dos actos hechos por la misma autoridad y con las mismas formas pueden tener un valor jurídico diferente en razón a su objeto respectivo: el acto reglamentario es más fuerte que el acto individual o particular».



y de él pretende deducirse que no cabe una actuación singular que a la vez sea normativa; aunque no se dice tan explícitamente, la diferencia con el caso del poder legislativo estaría en que en éste todos los actos, generales o singulares, tienen virtud normativa intrínseca. Pero otra vez estamos ante afirmaciones, y no propiamente ante explicaciones. Por eso no sería difícil espigar entre la doctrina afirmaciones justamente contrarias, y que por cierto gozan de positiva autoridad: así, por una parte, la indistinción de naturaleza entre Reglamento y acto administrativo (26), o, por lo que hace al otro extremo, la doctrina de la generalidad de la Ley, que reconoce sólo virtud normativa estricta a la Ley general (27). Obsérvese que estas dos tesis de la naturaleza de acto administrativo del Reglamento y de la generalidad de la Ley no sólo contradicen las afirmaciones de que se parte para intentar justificar la inderogabilidad singular de los Reglamentos, sino que son entre ellas mismas contradictorias, al menos en un cierto grado. En efecto, la doctrina de la Ley material o de la generalidad de las leyes equipara Ley y Reglamento, mientras que, por otra parte, se pretende equiparar Reglamento y acto administrativo singular. Esta contradicción está mantenida en rigor en las tesis respectivamente opuestas que son la base del argumento que estamos examinando (distinción material entre Reglamento y acto, e indistinción material entre Ley formal y general y Ley formal singular), descubrimos ahora. Resulta así que la doctrina de la inderogabilidad singular de los Reglamentos no sólo no está explicada técnicamente, sino que ni siquiera coherentemente; más bien es ella punto firme sobre el que se pretende apoyar

---

(26) Categóricamente GARRIDO FALLA, op. cit., págs. 112 y 150 y ss., y *La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, 1951, págs. 223 y ss. si bien confundiendo totalmente los Reglamentos con los actos administrativos generales («allgemeine Verfügung», especialmente). También VEDEL, *Les bases constitutionnelles du Droit Administratif*, en «Conseil d'Etat. Etudes et documents», 1954, págs. 26 y ss. Esta identidad, por otra parte, es paradigmática para Kelsen y su escuela.

(27) Es, como es sabido, la concepción de ROUSSEAU, *Contrat social*, lib. II, caps. 4 y 5. Vid. también (con los textos sobre el *Manuscrit de Genève*) DERATHÉ, *Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, págs. 294 y ss. Es, por tanto, la concepción de la Revolución (art. 6.º de la Declaración de derechos de 1789: «La loi... doit être la même pour tous». Cfr. P. DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, París, 1932, págs. 180 y ss.) que domina todo el derecho público del siglo pasado hasta nuestros días. Vid. ahora BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlín, 1958.

la problematicidad de las afirmaciones llamadas a prestarla su base, y sobre todo su problemática compatibilidad.

4. En fin (28), la última justificación que conocemos se inclina resueltamente por una explicación puramente política del fenómeno. Es la conclusión a que, tras un fino análisis dogmático, se ve forzado ZANOBINI. No existe propiamente, afirma este autor, y su tesis va dirigida derechamente contra la posición que acabamos de exponer y desechar, una diferencia sustancial entre el acto que deroga singularmente o que dispensa la prescripción de una norma general, y esta norma general en sí misma, de donde se deduce que la derogación singular y la dispensa no son violaciones de la norma jurídica, sino normas jurídicas ellas mismas (29). De ello concluye que si la Administración dispone de la facultad de emanar normas jurídicas y, sin embargo, se le niega la posibilidad de producir derogaciones singulares y dispensas (de sus propias normas), es porque ésta es una facultad de que se le ha privado positivamente: entre las limitaciones que afectan a su potestad reglamentaria, que no es una potestad incondicionada y absoluta, es preciso incluir ésta de la inderogabilidad singular de sus Reglamentos; la derogación singular y la dispensa siguen siendo normas jurídicas y no violaciones de las normas, pero normas para cuya producción no es competente la autoridad administrativa. Esta privación de competencia se encontraría justificada en los principios generales de Derecho Constitucional y en particular en el principio de división de los poderes.

Es el principio de la división de los poderes el que ha separado el Estado en cuanto obra y el Estado en cuanto legifera, separación que es lo que únicamente hace posible la sumisión del Estado a sus propias leyes. Siendo esto así no es posible que se reconozca a la Administración la capacidad de formar actos legislativos singulares, lo cual «sarebbe quanto ripristinare, in forma più circoscritta, l'antico despotismo» (30). La explicación concluye aquí.

Esta tesis podría encontrar a su favor algún testimonio histórico de

(28) Una exposición más completa de otros posibles fundamentos, aunque más bien como hipótesis que como tesis efectivamente sostenidas, en ZANOBINI, op. cit., *passim*.

(29) Op. cit., pág. 15.

(30) *Ibidem*, pág. 16. Pues el despotismo, en efecto, es en gran parte «la degenerazione della funzione legislativa a scopi particolari di chi dispone del potere pubblico: e questa derogazione si manifesta specialmente nell'abuso delle disposizione eccezionali, delle dispense, dei privilegi, rivolti a scopi tutti diversi dai loro fini naturali».

gran significado. Me refiero en concreto al *Bill of rights* inglés de 1688, que es, como es sabido, una de las piezas maestras de la Constitución inglesa. Uno de los cargos que el Parlamento dirigió contra Jacobo II, en su pretendido intento de «to subvert and extirpate... the laws and liberties of this Kingdom», fué, según nos informa el preámbulo de este documento, asumir y ejercer «a power of dispensing with and suspending of laws, and the execution of laws, without consent of parliament» (31), práctica que es la primera que proclaman ilegal en su declaración en forma absolutamente explícita, y por cierto que en primer lugar: «1. That the pretended power of suspending with laws, or the execution of laws, by regal authority, without consent of parliament, is ilegal. 2. That the pretended power of dispensing with laws, or the execution of laws, by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is ilegal».

Hay que notar que se trata, en efecto, según la propia tesis de ZANOBINI, de una privación positiva de una facultad de que hasta entonces disponía el rey; era esta facultad de dispensar «una de las más claras prerrogativas de la Corona» (32); en plena lucha con Jacobo II, en el famoso «Hales's case», once de los doce jueces del King's Bench decidieron que se trataba de «an inseparable prerogative of the King», e incluso que «no act of Parliament could take away that power» (33); fué la Revolución de 1688, a través del *Bill of Rights*, según hemos visto, la que abrogó positivamente esta manifestación de la prerrogativa.

Un jurista inglés, por consiguiente, o incluso uno norteamericano, en virtud de la participación en el «common law», podría disponer de un apoyo inmediato para razonar como lo ha hecho ZANOBINI, aunque con-

---

(31) Sobre el abuso por los Estuardos del «dispensing power», al utilizarlo fuera de su marco propio, hay una clara alusión en LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, libro II, cap. 14, cuando después de justificar en abstracto este contenido de la prerrogativa «to mitigate the severity of the law» (§ 159) explica la limitación de la misma «when mistake or flattery prevailed with weak princes, to make use of this power for private ends of their own and not for the public good» (§ 162). Una apreciación real de tal abuso en GNEIST, *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlín, 1882, págs. 612 y ss. Vid. también con la distinción entre «suspending power»—general respecto de una ley—y «dispensing power»—caso por caso—MAITLAND, *The constitutional History of England*, 12 imp., Cambridge, 1955, págs. 302 y ss.

(32) R. POUND, *The development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, 1957, pág. 52. También MAITLAND afirma que «in that [seventeenth] century no lawyer, so far as I am aware, doubted its existence» incluyendo a COKE (op. cit., página 304).

(33) *Apud* POUND, loc. cit.

viene notar que el *Bill of rights* está contemplando como hipótesis normal la dispensa de las normas del Parlamento (tal fué el caso de sir Edward Hales, católico a quien Jacobo II dispensó de la Ley que reservaba todos los oficios públicos a los anglicanos para designarle coronel de un Regimiento) (34), y, en general, si se quiere, de los preceptos del «common law» (35), pero no la de las normas reglamentarias —valga la expresión— originarias del propio rey, que aunque en un ámbito sumamente reducido, han continuado existiendo como válido (36) con independencia de la «delegated legislation», hoy habitual. Es decir, se trata, en rigor, de la afirmación de que el rey no puede contradecir las leyes emanadas del Parlamento por medio de dispensas singulares, lo cual es un postulado derivado de la supremacía legislativa del Parlamento y de la eliminación en su ámbito de la prerrogativa regia, fenómeno que podemos seguir también en otros países (37).

Ahora bien, en el Continente una afirmación como la de ZANOBINI

---

(34) «Dispensing power. The power claimed by the Tudors and Stuarts to give exemption in individual cases from the operation of *Acts of Parliament*»: OSBORN, *The concise law Dictionary*, 4.ª ed., London, 1954 (subrayado mío).

(35) DICEY incluye en su exposición clásica del «Rule of law» como un elemento de éste «the absence of any dispensing power on the part either of the Crown or its servants», remitiendo al *Bill of Rights (Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.ª ed., por WADE, London, 1952, pág. 193, nota 1).

(36) Se trata de las Orders in Council, Letters Patent, Proclamations u otros documentos autorizados con el «Great Seal». Vid. ANSON, *The Law and custom of the Constitution*, II, 1, 4.ª ed., por KEITH, Oxford, 1935, págs. 62 y ss. Para la distinción entre «Prerogative Orders in Council» y «Statutory Orders in Council» (éstas en virtud de delegaciones legislativas del Parlamento), ALLEN, *Law and Orders*, 2.ª ed., London, 1956, págs. 109-110.

(37) El mismo problema se planteó, en efecto, en idénticos términos, en la Monarquía alemana (sobre el dualismo en el Estado alemán del XIX entre el principio monárquico y el parlamentario, ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, München, 1954, págs. 65 y ss. y *passim*): la supervivencia del viejo «Dispensationsgewalt» del Rey en el moderno Estado de Derecho, pero referido específicamente a las leyes formales y a las costumbres, y la solución virtualmente unánime de la doctrina, que en definitiva prevaleció, fué la solución negativa, salvo «auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung»: MEYER-ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, 6.ª ed., Leipzig, 1905, págs. 651-3, con rica bibliografía. Aunque sin polémica propiamente tal, fué ésta también la solución que prevaleció en el derecho español, como se infiere tanto del texto de las Constituciones, como de disposiciones específicas, tal la llamada «Ley de gracias al sacar» de 14 de abril de 1838, desarrollada en cuanto al procedimiento por Real Orden de 19 de abril del mismo año, y más tarde por el título VIII de la I.ª parte del libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil («De las informaciones para dispensa de ley»), hoy ya no aplicable.

parece bastante más difícil de justificar *in concreto*. Por una parte, no existe ninguna tradición sobre el particular en las Constituciones, al menos que nosotros conozcamos (38), y por de pronto es imposible incluir el principio en ninguno de nuestros derechos positivos, como ZANOBINI parece que pretende, entre las «materias reservadas a la Ley», al nivel del impuesto, de las penas o de las intervenciones en la libertad y en la propiedad de los súbditos (39). En segundo lugar, la doctrina de la inderogabilidad singular de los Reglamentos no se ha forjado en el Continente al hilo de la idea política de la restricción de los poderes arbitrarios, al modo de la abrogación del «dispensing power» del rey británico, sino que ha sido un fruto indeliberado, y casi diríamos que silencioso, producido por las respectivas jurisprudencias nacionales en medio de una falta absoluta de estrépito político e incluso sin existir un estado de opinión en la propia doctrina (es el propio trabajo de ZANOBINI el primero que para mientes temáticamente en el fenómeno); no deja de sorprender, por otra par-

---

(38) La eliminación del viejo poder regio de dispensa en cuanto a las Leyes del Parlamento, y mucho más de la facultad regia de otorgar positivas «leges in privos», aparece como una consecuencia bastante obvia del principio de predominio de la ley, dentro del «Gesetzgebungsstaat» surgido de la Revolución (Cfr. en general, Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 263 y ss., y en concreto para este argumento, HATSCHKEK, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 5.<sup>a</sup>-6.<sup>a</sup> ed., por KURTZIG, Leipzig, 1927, pág. 4), de modo que no precisa una justificación concreta. Sólo en Alemania, por la singular fortaleza con que en ella persiste el «monarchisches Prinzip» hasta la Revolución de 1918 pudo plantearse la cuestión, aunque el relieve de aquellos postulados, sobre todo del primero de ellos, llevó a la misma conclusión (vid. nota anterior). Pero ya sabemos que no es éste el problema a que alude la cuestión de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, y, por tanto, la afirmación del texto no parece dudosa.

(39) ZANOBINI no afirma en realidad claramente que la posibilidad de una derogación singular o de una dispensa sea una «materia reservada a la Ley» en sentido formal, pero por una parte al exponer los límites a la potestad reglamentaria derivados de esas materias reservadas, afirma que la inderogabilidad «debe considerarse colocada en el mismo plano» (pág. 15), así como que la posibilidad de derogaciones singulares en los casos excepcionales que proceda se realizarán por el legislador (pág. 16). A la misma doctrina parece aludir SANTI ROMANO cuando afirma: «I regolamenti non possono contenere norme che non abbiano il carattere della generalità: la facoltà di costituire diritto oggettivo singolare non spetta se non a chi ha la pienezza del potere legislativo», *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, pág. 347 (pasaje que cita ZANOBINI, op. cit., pág. 17). Vid. sobre la doctrina de las materias reservadas a la Ley el trabajo clásico de THOMA, *Das Vorbehalt des Gesetzes in preussischen Verfassungsrecht*, en el *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, págs. 165 y ss., y, en general, mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 81 y ss., con más referencias.

te, que la generalidad de las jurisprudencias nacionales del Continente hayan venido a coincidir en una doctrina de tanta significación práctica sin ningún acuerdo entre sus respectivas doctrinas, y ni siquiera con conciencia clara por parte de ninguna de ellas.

La jurisprudencia ha obrado aquí por vía de la declaración y explicación de internos principios del ordenamiento, de los que se ha hecho intérprete más intuitiva que reflexivamente, pero en modo alguno ha podido estar en su intención esa privación positiva de una facultad que hubiese correspondido naturalmente al Ejecutivo como un correlato de su poder reglamentario, según pretende ZANOBINI. Por último, la tesis final de este autor, en su desnuda enunciación política, llevaría pura y simplemente a la negación de todo poder reglamentario del Ejecutivo, a la concentración del poder de hacer normas (generales y singulares) en el Legislativo, pero difícilmente se comprende por qué habría de pararse en la mitad, precisamente, de esta consecuencia; la experiencia del constitucionalismo inglés corrobora esta conclusión.

### III

A mi juicio, la vía apropiada para comprender la razón de este principio de la inderogabilidad singular de Reglamentos es la de profundizar sobre el principio general de legalidad de la Administración. No hay, por tanto, que acudir a argumentos infraestructurales, sino a intentar desvelar el funcionamiento de la propia estructura del sistema, a argumentos técnicos, por consiguiente.

1. El principio de legalidad de la Administración, no obstante su esencialidad, está falto aún de una elaboración técnica cuidada (40). Surgida la doctrina del Derecho Administrativo sobre el esquema de la división de los poderes, se aceptó con naturalidad que la Administración, en cuanto incorporada al llamado Poder ejecutivo, «ejecutaba», en efecto, la Ley. Pero esta tesis simplista se reveló pronto insatisfactoria. Desde STAHL se observó el diferente tipo de vinculación por la Ley que afectaba

---

(40) Resumen aquí la comunicación presentada al Congreso de las Bodas de oro de la Asociación para el Progreso de las Ciencias, Madrid, noviembre 1958, aún inédita, y cuyo título es *Sobre la construcción jurídica del principio de legalidad de la Administración*. Siento no haber podido manejar el trabajo de IMBODEN, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, Basel, 1954.

a la Administración de una parte y a los Tribunales de otra; así como éstos, efectivamente, tenían en la ejecución —o particularización— de la Ley su principal fin, la Administración, por el contrario, realizaba sus propios fines materiales múltiples simplemente dentro del límite legal (41). Está aquí el origen de la doctrina llamada de la «negative Bindung», vinculación negativa, de la Administración por la Ley (42), que, por el afán de separar el supuesto del caso tópico de la Justicia, tiende a identificar el régimen de la Administración y de los particulares por lo que hace a la vinculación por el ordenamiento jurídico. «La Administración —dirán, por ejemplo, MEYER-ANSCHÜTZ en su clásica obra (43)— no es una mera aplicación de la Ley, sino una actividad dentro de los límites legales... La Ley no es presupuesto (Voraussetzung), sino límite para la actividad administrativa. La Administración puede hacer no meramente aquello para lo que la Ley expresamente habilite, sino todo aquello que la Ley no prohíbe.» Esta doctrina domina hasta nuestros mismos días (44), y se manifiesta a propósito del tema clave de la potestad discrecional, que se configura como el poder libre de que la Administración dispone allí donde la Ley no ha entrado, «gesetzesfrei Raum» (45).

Esta tesis ha sido hoy desechada, tanto por la doctrina —y aquí es fuerza citar el nombre de ZANOBINI (46), así como el de KELSEN y su escuela (47)—, como por las propias normas constitucionales, que han

(41) *Philosophie des Rechts*, 5.<sup>a</sup> ed., 1878, II, 2, págs. 607 y ss. (cit. por FORSTHOFF, op. cit., pág. 3).

(42) WINKLER, *Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt*, Wien, 1956, pág. 36.

(43) *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, cit., pág. 649; los subrayados del texto proceden del original.

(44) Vid. en general las referencias de WINKLER, loc. cit.

(45) Es el concepto tradicional y el de nuestra vieja ley de lo contencioso, artículo 2.º, a contrario: «se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un Reglamento o de otro precepto administrativo». Para esta posición teórica, vid., por todos, A. HAUBIQU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, en *Mélanges Carré de Malberg*, París, 1933, págs. 231 y ss. La expresión «gesetzesfrei Raum», que procede de MAYER, en WINKLER, loc. cit., y ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, pág. 103.

(46) *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, recogido ahora en *Scritti vari*, cit., págs. 203 y ss.

(47) KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad., México, 1950, págs. 128 y ss.; MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, trad., Madrid, 1935, págs. 25 y ss.

visto ahí con acierto una de las quiebras técnicas del Estado de Derecho (48). Las Constituciones austriaca y alemana de Bonn (49), especialmente (50), han formulado con absoluta determinación el principio de la «positive Bindung» de la Administración a la Ley, que es hoy dogmático y ya virtualmente indiscutible.

2. Ahora bien: ¿cuál es la técnica concreta de esa vinculación positiva? Esta grave cuestión se diversifica en distintos aspectos, que podemos esquematizar ahora en los siguientes: si, por de pronto, cabe reducir esa vinculación a un tipo único o es fuerza la distinción de supuestos; cuáles es, caso de darse, la naturaleza jurídica de ese supuesto tipo único de vinculación y si cabe en su interna dialéctica toda la multiplicidad de situaciones que la realidad legal y administrativa presenta; y, en fin, distinción de tal vinculación con la que es propia de la Justicia, que otra vez vuelven a aparecer confundidas en posiciones como la que hemos visto formulada por la *Grundgesetz* de Bonn.

Hay una fuerte tendencia que se inclina a negar la existencia de un tipo único de vinculación legal de la Administración. Así, por ejemplo, DAHM (51), FORSTHOFF (52) y EISENMANN (53), que tipifican una serie de grados de vinculación no reductibles a unidad, previendo incluso una posibilidad de actuación administrativa al margen de la Ley, por donde vuelve a aparecer la doctrina de la vinculación negativa (54). Creemos, sin embargo, que a esta conclusión mueven ciertos equívocos que pueden despejarse, y por de pronto el de referir el problema del principio de legalidad únicamente a la vinculación con la Ley formal, y no con todo el «bloque de la legalidad», en la feliz expresión de HAURIUO, que comprende a la vez leyes, reglamentos, costumbres, y, por supuesto, los prin-

(48) Categóricamente afirma FORSTHOFF que aquella concepción conduce al resultado de «eine substantielle Ausklammerung der Verwaltung aus dem Recht» (op. cit., pág. 3).

(49) Const. austriaca, art. 18, párrafo 1: «Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden». Ley fundamental de Bonn, art. 20, párrafo 3: «...die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden».

(50) El art. 97 de la Constitución italiana no formula el principio tan claramente.

(51) *Deutsches Recht*, Stuttgart und Köln, 1951, págs. 383 y ss.

(52) *Lehrbuch*, cit., págs. 10 y ss.

(53) *Le droit administratif et le principe de légalité*, en «Conseil d'Etat. Etudes et Documents», fasc. 11, 1957, págs. 25 y ss.

(54) Así expresamente EISENMANN, op. cit., pág. 40; FORSTHOFF, op. cit., pág. 12.



cipios alumbrados y sostenidos por la jurisprudencia (55), en otros términos al ordenamiento jurídico como unidad en el sentido de Santi ROMANO (56); un problema distinto es el de discriminar la estructura interna de este ordenamiento según el derecho positivo aplicable. En fin, esta posición no resuelve tampoco el problema de si esa variedad de posiciones de la Administración respecto de la Ley, que es evidente, y cuya más obvia y conocida expresión es la de la distinción entre poderes reglados y discrecionales, expresa una multiplicidad sustancial o puede más bien comprenderse como variaciones técnicas en el seno de un tipo unitario, cuestión que aunque implícitamente se resuelve negativamente no es, sin embargo, planteada en forma clara.

Por de pronto, y frente a lo que es propio, en general, de los sujetos privados, parece que puede establecerse que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento expresamente lo autorice. No se juzgue de este postulado, que estimamos esencial, sin que previamente se conozcan las precisiones que más abajo establecemos. «[Keine Handlung ohne] Gesetz», expresa WINKLER con acierto (57), y entre nosotros BALLBÉ contrapone expresivamente en dos fórmulas latinas convencionales los dos regímenes cuya contraposición hemos apuntado: frente al principio «*permissum videtur in omne quod non prohibitum*», que domina, en general, la vida civil, el que se manifiesta en el apotegma «*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*», que sería propio del régimen de la Administración (58). El primer paso de la construcción es establecer tal principio, al menos como hipótesis para intentar precisarlo seguidamente.

Y lo siguiente es que el efecto propio de la Ley —del ordenamiento— sobre la Administración sería, según eso, un efecto habilitante. Es ya conocida la distinción entre el efecto habilitante o de apoderamiento de las normas y el efecto obligante o limitador de las mismas (59). Lo carac-

(55) Por ejemplo, puede fácilmente superarse desde esta perspectiva la objeción de EISENMANN de contraponer a los «poderes legales» los «poderes jurisprudenciales» como supuesto argumento contra la validez general del principio de legalidad. Y vid., en general, *infra* lo que se dice sobre el problema de los «poderes inherentes».

(56) *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed., rist. Firenze, 1951.

(57) *Der Bescheid*, cit., pág. 36.

(58) *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, Barcelona, 1950, pág. 63.

(59) Por todos, NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2.ª ed., Zürich, 1948, págs. 105 y ss. (*Verpflichtende und ermächtigende Rechtsnormen*).

terístico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuídos de un modo positivo por el ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento (60).

El paso siguiente puede ser constatar que la figura jurídica que explica esa especial relación entre el ordenamiento y la Administración es la figura técnica de la potestad: la Ley atribuye potestades a la Administración (61), precisamente. Por potestad entendemos el tipo dogmático elaborado bajo tal nombre por la escuela italiana, especialmente por Santi ROMANO (62), sin que podamos ahora detenernos en mayores precisiones. En fin, lo que resta es concretar luego que esa atribución de potestad, que ha de ser determinada positivamente por el ordenamiento, puede serlo en forma expresa o en forma implícita; lo segundo plantea el problema de los «poderes inherentes» o en silencio de la Ley, que la doctrina institucional del ordenamiento resuelve sin obstáculos (63). En segundo

(60) Sobre esta diferencia esencial entre falta de ley y discrecionalidad, junto con el supuesto distinto de laguna de la ley, vid. CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7, 1952, págs. 88 y ss.

(61) Cfr. ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, págs. 150 y ss.; GASPARRI identifica la Administración justamente con el ejercicio de potestades y específicamente de las potestades-función, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1953, págs. 61 y ss.

(62) S. ROMANO, voz «Poteri, potestà», en *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, págs. 172 y ss. Sobre toda la labor de depuración posterior del concepto, vid. CASSARINO, *Le situazione giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, págs. 215 y ss.

(63) Este es uno de los extremos claves para comprender el sistema de la legalidad administrativa y uno de los escollos donde la exposición doctrinal (por ejemplo, la de EISENMANN) ha venido tropezando tradicionalmente. Correctamente ANTONIOLLI observa: «Die Verwaltung soll gesetzmässig sein. Doch muss nur jene Verwaltung gesetzmässig sein, für die es ihre Rechtsordnung positiv vorschreibt. Es ist allerdings nicht nötig, dass der Grundsatz in der Rechtsordnung ausdrücklich ausgesprochen ist, was im übrigen selten der Fall ist. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung kann sich ebenso aus der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit ergeben» (op. cit., págs. 102-103; sólo el subrayado de la última frase es mío). También MEYER-ANSCHÜTZ: «Die Befugnis zum Handeln kann auch in der allgemeinen Rechtsstellung der Verwaltung begründet sein»

lugar, cabe que la atribución de potestad se realice específica o genéricamente, forma la última que plantea la delicada cuestión de las «cláusulas generales» de habilitación, que ha sido otro de los obstáculos tradicionales en que se ha enredado la explicación dogmática del principio de la legalidad administrativa, especialmente en la tradición doctrinal alemana a propósito de la «cláusula general» de orden público o de la policía general (64). Por último, la atribución de potestad puede hacerla el ordenamiento con determinación o con indeterminación de las condiciones de ejercicio, distinción de la que resulta el par de conceptos clásicos potestad reglada-potestad discrecional; esta última supone, en efecto, una potestad atribuida positivamente por el ordenamiento, pero sin especificar todas o algunas de las condiciones de su ejercicio y remitiendo la apreciación de estas condiciones determinantes al juicio de la Administración.

La combinación del concepto de potestad con estas distintas modalidades de su atribución legal (65) es capaz, nos parece, de resolver en

(op. cit., pág. 649, nota; subrayado del original). Como ha notado FORSTHOFF es justamente esta peculiaridad de régimen de la Administración una de las notas esenciales del Derecho administrativo, lo que le hace a la vez «institucional» (sic) y dominado, en mayor medida que cualquier otra rama jurídica, por los principios generales del Derecho (*Lehrbuch*, cit., págs. 141 y ss.). Sobre lo cual son bien conocidas las últimas posiciones de la doctrina francesa en el mismo sentido (RIVERO, JANNEAUX, LATOURNEUR). El derecho anglosajón conoce también la doctrina de los «implied powers», «inherent powers», que tienen especial relieve en los Estados Unidos frente al principio formal de la Constitución escrita, y aún frente al principio de la limitación de las competencias federales. Vid. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, I, 2.<sup>a</sup> ed., 1929, págs. 90 y ss.; MUNRO, *The Government of the U. S.*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, 1954, págs. 355 y ss. He aquí, como ejemplo, la doctrina categórica del famoso caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 U. S. 304 (1936): «It results that the investment of the federal government with the powers of external sovereignty did not depend upon the affirmative grants of the Constitution. The powers to declare and wage war, to conclude peace, to make treaties, to maintain diplomatic relations with other sovereignties, if they had never been mentioned in the Constitution, would have vested in the federal government as necessary concomitants of nationality» (cit. por PATTERSON, *Presidential Government in the U. S.*, Chapel Hill, 1947, pág. 60).

(64) La base es la afirmación de que el poder de policía no es una «begrenzte Summe bestimmter Befugnisse» (MEYER-ANSCHÜTZ, cit., pág. 649). Vid. en sentido crítico, con más referencias, DÜRIG, *Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalemächtigung zu allgemein polizeilichen Massnahmen*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 79, 1953, págs. 57 y ss., y la obra, ya clásica de HEDEMANN, *Die Flucht in die General Klauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, pág. 42. Para una valoración general del problema de las cláusulas generales, además de la obra que acaba de citarse, vid. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, págs. 118 y ss.

(65) Una clasificación semejante de las formas de atribución legal de potestad se encuentra en ALESSI, *Sistema*, cit., págs. 150 y ss.

unidad el complejo fenómeno del principio de legalidad de la Administración, aunque en este momento no podamos concretar todas las precisiones necesarias para justificar esta afirmación.

3. Toda la exposición anterior nos conduce derechamente a una conclusión que es menester resaltar sistemáticamente. Por una parte, tenemos que la Administración no puede actuar sin una habilitación positiva por parte del ordenamiento, pero, por otra, resulta que la propia Administración puede participar en la formación del ordenamiento en cuanto es titular de la potestad reglamentaria. Esta potestad, como cualquiera otra, ha debido ser atribuida por el ordenamiento (66), pero su singularidad radica en que, una vez atribuida, efectivamente, de su ejercicio dimana auténtico derecho objetivo, y por ende es, a su vez, fuente, aunque sea parcial, del ordenamiento. De donde resulta que si los poderes de ejercicio de la Administración han de ser conferidos por el ordenamiento, ella misma puede autoatribuirse los mediante la potestad reglamentaria, siempre que ésta se mueva, naturalmente, dentro de su ámbito propio. Esta posibilidad de autoatribución de potestades por la Administración es importante; pero no es menos importante la precisión de que ha de ser hecha, precisamente, a través de la creación de derecho objetivo, es decir, mediante un Reglamento, sin que quepa el sistema de apropiación casuística y ocasional de potestades. La negación del «quod Principe placuit legem habet vigorem» en cuanto al régimen de la Administración actual se articula en esta dimensión profunda del principio de legalidad y no desnudamente en la pura valoración política; o, si se quiere, esta valoración política se expresa *a través* de la técnica general de la legalidad que estamos exponiendo, pero no hay por qué hacerla irrumper, según la exposición de ZANOBINI, como una singularidad en un punto concreto dentro del sistema general.

Es, en efecto, conocido que la Administración, cuando intenta actuar en un campo determinado y de la legalidad anterior no tiene potestades que se lo permitan, comienza por dictar un Reglamento previo, naturalmente si la potestad reglamentaria puede entrar válidamente en el campo de que se trate. Esta técnica de actuación, que alguna vez se ha llamado

(66) Cfr. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), ahora en *Scritti vari*, cit., págs. 145 y ss., y la obra colectiva *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, por KLEIN, SCHEUNER et al., Frankfurt a. M., 1952.

en Francia el principio del «*Réglement préalable*» (67), no responde sino a la exigencia primaria del principio de legalidad sobre la necesidad de una previa atribución de potestades por el ordenamiento para que la Administración pueda actuar, puesta en conexión con la circunstancia de que la propia Administración puede ser a la vez fuente del ordenamiento.

Y, en fin, de todo este mecanismo estructural —y con esto llegamos al término de nuestra investigación— no es sino una aplicación más el principio llamado de la inderogabilidad singular de los Reglamentos. La Administración puede derogar o modificar un Reglamento por vía general en virtud de su potestad reglamentaria, que es una potestad formal, pero no puede decidir en casos concretos en contra de la prescripción general de un Reglamento porque no tiene potestad para ello, porque la potestad de actuar en la materia de que se trate se la ha atribuido el propio Reglamento en los términos estrictos que de sus preceptos se derivan, y el ir en contra de estos límites implicaría claramente una actuación ilegal.

Todo el supuesto misterio del principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos como contrapuesto a su libre derogabilidad general, está en la diferencia de planos en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento —la potestad reglamentaria—, que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir, en un caso concreto, en contra de un Reglamento general, la Administración no tiene potestad, porque es el propio Reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio Reglamento. El mismo argumento de la falta de potestad sirve para explicar por qué una autoridad superior no puede ir singularmente contra el Reglamento dictado por autoridad inferior (68).

(67) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12 ed., París, 1933, págs. 377-378; FENET, *Le règlement préalable à la décision individuelle*, París, 1937.

(68) Y esta justificación sirve también para explicar los límites de este principio de la sumisión del superior al Reglamento del inferior a propósito de las meras instrucciones de servicio; con independencia de que éstas no constituyen verdadero derecho objetivo, aun cuando adoptasen forma reglamentaria estricta, la instrucción de servicio de un superior a sus subordinados no desapodera de la potestad directiva jerárquica del superior, por lo cual éste sigue siendo titular de potestad por encima de las regulaciones de tal instrucción. Es este caso límite, a mi juicio, lo que ha

Es equívoco afirmar, como vimos que hacía ZANOBINI, que el acto derogatorio singular es también un acto normativo. Es aceptable, en efecto, que la generalidad no es un atributo necesario del concepto de norma, y por tanto que son posibles normas con contenido singular (69); pero de aquí lo que se sigue es que son posibles Reglamentos con normas singulares (característica perfectamente ordinaria en los Reglamentos de organización, como es sabido, circunstancia que, por cierto, también es un argumento contra la tesis central de ZANOBINI), pero no que sea posible una actuación singular contra un Reglamento general vigente. Es decir, que cabe modificar un Reglamento sustituyendo sus normas generales por normas singulares para supuestos casuísticos, o definiendo una potestad discrecional de la Administración para salvar supuestos concretos de la regulación tipo (técnica de las autorizaciones y de las órdenes y también de las dispensas permitidas por el ordenamiento), y esto es válido siempre que se trate de auténticas definiciones de derecho objetivo y se ejercite dentro de los límites formales de la potestad reglamentaria; pero otra cosa distinta es el resolver singularmente contra un Reglamento cuyos preceptos generales continúan vigentes, porque entonces no se ejercita la potestad reglamentaria, sino potestades de resolución material y, por ende, concretadas en los propios términos que tal Reglamento ha definido, y cuyo extravasé, mucho más la franca contradicción, implica una ilegalidad notoria.

4. La perspectiva que el principio de legalidad proporciona, y mucho más en su aspecto dinámico, que la regla de la inderogabilidad singular de los Reglamentos ilustra decisivamente, permite, a mi juicio, obtener conclusiones importantes en cuanto a los temas primeros de nuestra disciplina. Si es siempre cierto que un estudio profundo de cualquier institución redescubre necesariamente en su interior los datos primarios del ordenamiento, que en cuanto tales son universalmente operantes como textura de la realidad y no se reducen a meras abstracciones artificiosas, esto en el Derecho administrativo se cumple especialmente a propósito

---

prestado su equívoco especial al problema de la sumisión del superior al Reglamento del inferior en la doctrina de la inderogabilidad singular (vid. *supra* nota 9), así como la salvedad que de la misma hace la escuela alemana a favor de los «*Verwaltungsverordnungen*» o reglamentos organizatorios (*supra*, nota 2).

(69) Por todos, además de lo indicado más atrás, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, págs. 355 y ss.

de ciertas instituciones que, como la que nos ocupa, permiten contemplar unitariamente el comportamiento de la Administración.

Y, en efecto, del principio de legalidad cabe con toda naturalidad inferir, y la conclusión es de primer orden, que la Administración se comporta ante el Derecho al modo de un sujeto, de una persona jurídica, y no propiamente, según se ha pretendido tradicionalmente, como si fuese precisamente un tipo objetivamente determinable de función estatal (70). El ordenamiento afecta a la Administración considerando a ésta primariamente como un sujeto, y de ninguna manera como una función; es inequívoco, en efecto, que la técnica de vinculación que hemos estudiado presupone esencialmente ese carácter subjetivo y no objetivo.

La consideración del Parlamento o la de los Tribunales no requiere, sin embargo, la idea de la personificación del Estado; es más, esta idea es, en el tópicó sentido peyorativo, pura metafísica (71) para explicar la legislación y la justicia, y metafísica, por cierto, del peor estilo. El Parlamento y los Tribunales, o, si se prefiere, la creación del Derecho básico objetivo y la jurisdicción, son esencialmente funciones de la sociedad y no del Estado, lo que es fácil demostrar históricamente, y aún hoy en países como los anglosajones, que ni han perdido la tradición realista sobre la concepción instrumental de la organización política, ni han aceptado nunca la conclusión extrema del positivismo legalista del Continente de la plena estatalización del Derecho (72); incluso cuando el Estado mono-

(70) No es esta la ocasión de precisar esta importante cuestión, pero sí me interesa subrayar que la posición que aquí se apunta supera el planteamiento que hoy predomina en nuestra disciplina de caracterizar a la Administración con criterios puramente orgánicos («poder ejecutivo»), que como tales son esencialmente relativos y no tocan a una realidad sustancial. No unos ciertos órganos ocasionales, sino verdaderos sujetos son las Administraciones públicas y el Derecho administrativo el Derecho propio de esta clase especial de sujetos.

(71) Aunque en un planteamiento convencional, desde los supuestos nazis, puede verse HÖHN, *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson*, Berlín, 1935. Otras referencias, en general, en BATTAGLIA, *Il domma della personalità giuridica dello Stato*, en *Nuovi scritti di teoria dello Stato*, Milano, 1955, págs. 71 y ss., aunque este autor concluya postulando, desde sus supuestos idealistas, la tesis de la personalidad. Es, en efecto, el idealismo, y en particular el organicismo, que se alimenta de las mismas fuentes románticas, lo que conduce a la tesis de la personalidad especialmente desde la perspectiva de la voluntad del Estado. No es este el momento de indicar porque no aceptamos que el Derecho objetivo, incluso en su expresión puramente legal, ni las sentencias, sean manifestaciones de la voluntad de un místico ente personal.

(72) Sobre el contraste entre la tesis mística de la personalidad del Estado y la concepción inglesa de la unidad política, construída preferentemente sobre la concep-

poliza —o mejor, pretende monopolizar— la Justicia y la producción normativa, la posición de los órganos respectivos ilumina claramente su carácter de titulares de funciones sociales (independencia del juez como aplicador del Derecho y definición de éste exorbitando siempre explícitamente o *de facto* la ley estatal, carácter representativo de la sociedad que se expresa en la constitución de los órganos legislativos), aunque orgánicamente insertos o sostenidos en el Estado. Por el contrario, la articulación entre Administración y Derecho revela que la primera se comporta como un verdadero sujeto y no como una abstracta función social.

Por este lado podemos volver a retomar nuestro tema de la inderogabilidad singular de los Reglamentos como opuesto a la plena derogabilidad singular de las leyes formales, para observar simplemente la correspondencia exacta de ese contraste con el que aquí meramente podemos apuntar —y hemos de concluir cuando queda abierto un amplio y tentador panorama—, según el cual la Administración a quien afecta aquella primera regla es, en efecto, una persona, y en cambio el Parlamento, titular de la potestad de hacer leyes, no lo es.

---

ción del «*cestui que trust*» son fundamentales los estudios de MAITLAND, no obstante, su influencia gierkista, que se recogen en los *Selected Essays*, ed. por MAZELTINE, LAPSLEY y WINFIELD, Cambridge, 1936, especialmente «*The Crown as Corporation*», págs. 104 y ss., así como su conocido prólogo a la traducción inglesa de GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1900. Vid. también HATSCHK, *Englisches Staatsrecht*, I, *Die Verfassung*, Tübingen, 1905, págs. 77 y ss. En relación con la afirmación del texto LEIBHOLZ observa justamente que el «*englische politische Denken... primär Gesellschaftsdenken und nicht Staatsdenken ist*» (en *Festschrift für Thoma*, 1950, pág. 113). No será preciso fundamentar demasiado la tesis de la no estatalización del Derecho en la concepción anglosajona, que es el punto básico del *Common Law*; vid., por todos, RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 3.ª ed., Göttingen, 1956. Para la justicia, en concreto, COHN, *Richter, Staat und Gesellschaft in England*, Karlsruhe, 1958.



# JURISPRUDENCIA

