

LECCIÓN 3

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 3.1. *Legalidad y Derecho.*
- 3.2. *Significado y alcance del principio de legalidad y su dimensión constitucional.*
- 3.3. *La relación de la Administración y de los particulares con la Ley y el Derecho.*
- 3.4. *Las garantías de la legalidad de la actuación administrativa.*
- 3.5. *Principio de legalidad y autotutela.*

3.1. LEGALIDAD Y DERECHO

§ 46. Antes de entrar en la exposición de uno de los principios centrales –una de las Instituciones Básicas– del Derecho Administrativo, como es el caso del principio de legalidad, conviene precisar, desde el inicio, el **concepto de legalidad**. El mismo es de uso muy habitual en el Derecho Administrativo y también en el lenguaje corriente sin que tal uso se haga siempre con el mismo significado.

Se emplea en ocasiones para indicar que alguien –la Administración o los particulares– actúan “de acuerdo con la legalidad vigente”; o bien se dice que una determinada actuación de la Administración comporta una infracción de la legalidad; o que una determinada actuación supone una ilegalidad. En todas esas expresiones –y en muchas otras que podrían citarse– el concepto de legalidad se utiliza **sin demasiada precisión**. No se aclara, por de pronto, si por observar o respetar la legalidad entendemos observar o respetar la Ley en un sentido formal (ya sea la Ley emanada de las Cortes o de los Parlamentos

¹ Actualizado en abril de 2017.

autonómicos, ya sean normas con rango de Ley –Decretos leyes o Decretos legislativos–), o si, por el contrario, dentro del concepto de legalidad incluimos también las normas con rango inferior a la Ley o incluso la norma superior a la misma (la Constitución), o si, por último, en el concepto incluimos también el respeto o la observancia del Derecho con todas sus fuentes (tratados internacionales, costumbre, principios generales del Derecho).

La realidad es que el concepto de legalidad o ilegalidad **admite muchos significados**, y ello es muy claro no sólo en el lenguaje vulgar, sino en el lenguaje de la doctrina (en sus trabajos académicos) o de los abogados que en sus escritos forenses (ante los Tribunales) califican de ilegalidad las más diversas infracciones ya sea de la Ley propiamente dicha, ya sea de las normas infralegales o del Derecho en términos más generales.

En todo caso la distinción entre **Ley en sentido formal** y **ley en sentido material** pone de manifiesto que si por ley se entiende una regulación de las conductas, la misma puede contenerse tanto en una norma emanada del Parlamento, como emanada de cualquier otra autoridad o, incluso convenida. Así, por ejemplo, del contrato se dice que es la ley entre las partes (“*contractus lex*”).

§ 47. El **concepto de legalidad en su sentido más literal** parece vinculado con la idea de Ley en su sentido formal –ya sea norma emanada de un Parlamento, ya sea norma con rango de Ley– y, por tanto, podría pretenderse hacer una interpretación estricta del término por referencia exclusiva a la Ley en sentido formal; así, la legalidad remitiría a la conformidad con la Ley en sentido formal.

Esa concepción estricta no se corresponde con el uso generalizado del término, pero convencionalmente puede admitirse con ese alcance aún cuando lo normal es que el término se emplee de una forma más general.

De hecho, como veremos en el apartado siguiente, en ocasiones puede tener sentido manejar un concepto estricto de legalidad e indagar acerca de si es la Ley formal la que ha regulado determinadas materias, como las reservadas a la Ley –la reserva de Ley–, o si, por el contrario, es un reglamento el que ha regulado una cuestión reservada a la Ley sin previa regulación de ésta; o si la Administración ha resuelto algo correspondiente a la reserva de Ley sin tener en cuenta esa reserva de Ley formal.

En tales casos, el principio de legalidad referido a la Administración o al Gobierno, puede entenderse circunscrito a la cuestión de si se han respetado las previsiones de la Ley formal o la reserva misma de Ley para indagar el alcance y fuerza de la Ley formal.

También tiene sentido limitarlo a la Ley formal si se habla en perspectiva histórica para recordar el paso del absolutismo al constitucionalismo con separación de poderes y un parlamento que expresa la voluntad general en sus leyes.

§ 48. Sin perjuicio de las últimas precisiones que acaban de hacerse, de lo dicho más arriba se desprende que, por lo general, el concepto de legalidad puede y suele ser utilizado en **un sentido más amplio** que el de la Ley formal. Es el caso del [artículo 103.1](#) de la Constitución que se refiere a la conformidad de la actuación administrativa con la Ley y con el Derecho al disponer que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales....con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

En este artículo se matiza con claridad que la Ley no agota el alcance del sometimiento de la Administración, sino que hay un concepto más amplio al que queda sometida ésta: el Derecho, que es un término que abarca más que la Ley formal; pues va más allá de la Ley para comprender, además de a ésta, a las demás fuentes del ordenamiento jurídico, los principios generales del Derecho, etc.

La Administración Pública no está, pues, como dice la Constitución, sólo sometida a la Ley, sino también al Derecho que es un concepto más amplio y omnicomprendido. En ese sentido la Administración no se ajusta al Derecho, aún cuando no infrinja directamente la Ley, pero, en cambio, sí viole, por ejemplo, un reglamento, un principio general del Derecho, o, en algunos supuestos, la costumbre o, a veces, sus propios actos. En tales casos, podremos calificar tal actuación de ilegal, aunque lo infringido no sea directamente la Ley formal.

Por otra parte, la propia Constitución en su [artículo 106](#), hace uso de ese alcance general cuando establece que los Tribunales controlan *“la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. En dicho artículo es evidente que se está queriendo emplear el término legalidad de una forma amplia, puesto que los Tribunales no sólo controlan que la actuación administrativa se sujete a la Ley formal, sino a los reglamentos y demás fuentes del ordenamiento jurídico, incluidos los principios generales del Derecho.

Todo esto da una idea del concepto amplio de legalidad de la actuación administrativa y del alcance del control de legalidad que de la misma pueden hacer los tribunales y que es el más frecuentemente empleado en la doctrina y en los tribunales.

3.2 SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

§ 49. Para comprender el **significado del principio de legalidad**, como veremos enseguida, no es inútil recordar que el sometimiento del Poder Ejecutivo y, dentro de él, de la Administración a la Ley formal, esto es, a la Ley emanada de la voluntad del pueblo, tiene sentido por sí mismo si se analiza

desde una **perspectiva histórica y constitucional**, con independencia de que, además, haya acabado la Administración por estar sometida al Derecho en su más amplio sentido.

En efecto, el sometimiento a la Ley –a la Ley en sentido formal– constituye el primer eslabón de un proceso de sometimiento del Ejecutivo y de la Administración, que concluye con el sometimiento pleno al Derecho. Pero, además de marcar el comienzo de un proceso de sometimiento pleno de la Administración al Derecho, cobra también un especial significado en la perspectiva constitucional de un Estado organizado en torno al principio de separación de poderes.

§ 50. En el **origen del Estado constitucional, el sometimiento del Poder Ejecutivo y de la Administración a la Ley formal**, esto es, a la Ley emanada de la representación del pueblo, marca el tránsito de un Estado organizado sobre la base del poder absoluto del Rey –monarca absoluto en cuanto “absuelto” o “desligado” de la Ley según el viejo precepto del Digesto (D. 1,3, 31) *princeps legibus solutus est*– a un Estado organizado en torno no sólo a la Ley que vincula al Poder Ejecutivo, sino, además, a una Ley que emana de la representación del pueblo en el que reside el poder soberano.

El primer constitucionalismo marca, por tanto, un hito en la historia del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular, por cuanto subraya el principio de separación de poderes en cuya virtud el Legislativo hace la Ley en sentido formal y el Ejecutivo debe respetarla y ejecutarla. La Ley en sentido formal marca el comienzo de una época en la que la voluntad del monarca absoluto deja de ser el referente de una forma de Estado y de Derecho, para pasar a un modelo en el que es el pueblo el titular de la soberanía y el que a través de sus representantes elabora las Leyes a las que todos los poderes deben someterse.

En el principio de legalidad subyace de forma bastante explícita una concepción nueva de la titularidad del Poder Legislativo y de la relación de dicho poder con el Poder Ejecutivo. Una concepción que otorga prevalencia al Poder Legislativo y a las Leyes que de él emanan sobre el ejecutivo, puesto que éste último queda sometido a lo dispuesto por aquel.

El principio de legalidad de la actuación administrativa expresó, así, históricamente el sometimiento de la actividad del Ejecutivo y de la Administración a las Leyes del Poder Legislativo. Y lo expresó al relacionar dicho Poder Legislativo con el titular de la soberanía –el pueblo– a quien representaba el Parlamento, que hace las Leyes en sentido formal.

En esa perspectiva histórica y constitucional, el principio de legalidad se refiere inicialmente a la prevalencia del Legislativo –y de la Ley que es producto suyo– sobre el Ejecutivo y su sometimiento a aquella. Posteriormente, el principio de legalidad comprende también el sometimiento de la Administración al Derecho en general.

Hay pues dos perspectivas en el principio de legalidad: una referida a la emergencia histórica del Estado constitucional y a la consagración del principio de separación de poderes con la preeminencia del Poder Legislativo y de la Ley formal; y otra, la propia de nuestra Constitución y de las Constituciones del siglo XX, especialmente de las posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que subraya el sometimiento de la Administración no sólo a la Ley sino también al Derecho.

§ 51. Esas dos perspectivas no sólo son propias de la reflexión de la doctrina del Derecho Público, sino que también tuvieron consecuencias en la realidad práctica del constitucionalismo. En efecto, en el primer constitucionalismo, especialmente en el del siglo XIX, en muchos países (Alemania era un buen ejemplo), por influencia del llamado “**principio monárquico**”, se consideraba que el Poder Ejecutivo, encabezado por el Rey,

estaba ciertamente sometido a la Ley, pero sólo en las materias que eran competencia del Parlamento, es decir, sólo en las materias que tuvieran que ver con la propiedad y con la libertad. La concepción de la que se partía, en trance de remozar la vieja monarquía absoluta y de aceptar algún papel del pueblo, consistía en suponer que el rey tenía una legitimidad propia, hija de la historia, de la tradición o de la voluntad de Dios, pero eso no era incompatible con reconocer que había algunas materias –propiedad y libertad– en las que el Rey no podía nada salvo lo que la representación del pueblo acordase. Había pues dos legitimidades: la del Rey y la del pueblo; ésta última circunscrita a todo lo que tuviera que ver con la libertad y la propiedad.

Fuera de esas dos materias se consideraba que el Poder Ejecutivo tenía una legitimidad propia –la que emanaba la historia o la leyenda, de la costumbre, de Dios o de las mas antiguas tradiciones del rey– que, por lo tanto, no precisaba de la cobertura o autorización de la Ley. En toda materia que no tuviera que ver con la propiedad o la libertad, el ejecutivo podía hacer lo que quisiera sin someterse a la Ley ni necesitar de ella. El Ejecutivo era, pues, libre para hacer y regular lo que tuviera por conveniente mientras no tropezase con cuestiones que tuvieran que ver con la propiedad o la libertad –por ejemplo el uso y disfrute de los bienes de dominio público o la organización de la propia Administración o de la burocracia–.

El principio monárquico no dominó, sin embargo, en toda Europa. En Francia, por ejemplo, el principio del que se partía era el de un Poder Ejecutivo sin legitimidad propia o distinta de la que emanara de la Constitución y cuya misión consistía en ejecutar la Ley y actuar de acuerdo con la misma.

3.3 LA RELACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS PARTICULARES CON LA LEY Y EL DERECHO

§ 52. En los apartados anteriores hemos visto el significado del término legalidad y la posibilidad de emplearlo, convencionalmente, con algún significado algo más limitado. En el presente apartado lo que se trata de examinar es la forma peculiar como **las Administraciones Públicas se relacionan con la Ley y con el Derecho**. A esos efectos puede ser útil subrayar la diferencia que existen entre la forma como nos relacionamos los ciudadanos con el Derecho y la forma en que lo hace la Administración.

§ 53. **Los ciudadanos**, como los poderes públicos, están sujetos a la Ley y al Derecho de acuerdo con el [artículo 9.1](#) de la Constitución. Sin embargo, no es la misma la forma en que los ciudadanos quedan sujetos a la Ley y al Derecho que la forma en que queda la Administración.

En efecto, en relación con el ciudadano, en cuanto persona, se parte del reconocimiento de su dignidad en el [artículo 10](#) de la CE y de los derechos fundamentales que le son inherentes. Entre ellos, uno de los más importantes es el de su **libertad**. Las personas son libres y, por tanto, pueden hacer lo que quieran, sin más límites que los que ponga la Ley o los que se deriven del respeto a los derechos de los demás.

Pero fuera de esos límites, el ciudadano como persona humana es libre para hacer lo que quiera. Se parte, pues, de la libertad como principio, como norma, y, en consecuencia, de la **autonomía** que preside la posición del ciudadano: es él mismo el que decide qué hacer con su libertad y la Ley no es sino un límite externo a su libertad y autonomía. Las restricciones que puedan venir de la Ley o de los derechos de los demás son limitaciones que comprimen y disminuyen –siquiera sea legítimamente– un espacio que inicialmente es de libertad.

La máxima “**está permitido todo lo que no está prohibido**” (“*Permissum videtur in omne, quod non prohibitum*”) constituye una buena síntesis de la posición del ciudadano ante el ordenamiento jurídico, dado que subraya la idea

inicial y general de libertad –“*está permitido todo*”– y el carácter de excepción o de previsión expresa –“*salvo lo que está prohibido*”– que se exige para limitar ese espacio inicial de libertad.

Su significado se enfatiza más si se contrapone con su contrario: “*lo que no está permitido, está prohibido*”. Aquí, por el contrario la libertad no es la regla, sino que la regla es la prohibición. Prohibición que sólo se salva merced a un acto de autorización; pero, mientras no se autorice a realizar algo, todo está prohibido. Esta máxima no es la que se aplica a las personas, puesto que el ciudadano tendría que pedir autorización para hacer todo, y mientras no obtuviese tal autorización debería considerar que todo lo tiene prohibido. Una idea tal no podría ser más contraria a la concepción de la persona humana que inspira nuestra Constitución.

A este principio de libertad de la persona, salvo en aquello en que se choque con una prohibición legal, se le ha denominado **principio de vinculación negativa** frente a la Ley y el Derecho. Negativa en cuanto que la Ley viene a restringir –a negar al menos en parte– un espacio de libertad inicial. La sujeción del ciudadano a la Ley lo es en términos de vinculación negativa. El ciudadano o la persona en general lo puede todo, en principio, y la Ley puede restringir o negar tal libertad, en puntos concretos en relación con actuaciones concretas, por razones que justifiquen tales restricciones a la libertad.

§ 54. Muy distinta es la **posición de la Administración Pública** a ese respecto. Ésta no es libre de hacer todo lo que quiera salvo que la Ley se lo prohíba, que es el principio que inspira la sujeción a Derecho de los ciudadanos, sino que, por el contrario, la Administración sólo puede hacer lo que la Ley y el Derecho le permitan: la forma en que queda la Administración sujeta a Derecho responde a la máxima “*está prohibido lo que no está permitido*” (“*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*”).

La razón de esta distinta posición es explicable a partir de la existencia de la **separación de poderes** que coloca al Parlamento y a la Ley, que es su producto, en directa relación con el titular de la soberanía y, en consecuencia, somete la Administración al imperio de la Ley². La Administración existe en virtud de la Constitución y en su actuación está sometida al imperio de la Ley y no al margen de la Ley. Es decir que sólo puede hacer lo que la Constitución y la Ley le permitan.

Eso no significa que la Ley, deba agotar exhaustiva y agotadoramente en sus detalles la determinación de lo que pueden hacer o no el Ejecutivo y la Administración, sin posibilidad de remisión al reglamento, pero sí significa que, **al margen de la Ley y la Constitución** (al margen no quiere decir necesariamente contra la Ley), la Administración no estaría legitimada para actuar.

La cuestión que acaba de exponerse se ha hecho en unos términos que permiten bastantes matices y precisamente porque los admiten éste ha sido un campo que ha dado lugar a polémicas doctrinales sobre el alcance del principio de legalidad para la Administración Pública. Sin perjuicio de volver más abajo sobre esos matices, sí conviene retener en todo caso que la Administración no es una persona humana, como los ciudadanos, que se inspire en el principio de libertad derivada de su dignidad natural, sino que es un instrumento organizativo del Poder Ejecutivo para perseguir determinadas finalidades. La

² Sin embargo en sistemas políticos que en su día estuvieron inspirados en el llamado principio monárquico (esencialmente los Estados alemanes), que hemos examinado, la forma de entender el sometimiento del Ejecutivo o de la Administración a la Ley era distinto al que acabamos de ver en el párrafo anterior; era semejante al de los particulares. En efecto, dado que se partía de que el Rey y el ejecutivo tenían una legitimidad propia –que descansaba en la voluntad de Dios, en la tradición o en un pacto inicial e irrevocable de sometimiento del pueblo al Rey– la consecuencia era que el rey y el ejecutivo podían hacer todo, salvo lo que la Ley –en materias de propiedad y libertad– le prohibiera. El fundamento de la legitimidad del ejecutivo no era la Ley, sino los derechos tradicionales o divinos del rey. La Ley era sólo el límite externo a sus derechos.

Pero ese principio monárquico no inspira ya ningún Estado europeo y prácticamente de ningún país del mundo. En todos los Estados Europeos es la Constitución y la Ley el fundamento del poder del Ejecutivo.

Administración Pública se legitima por **lo que tiene que hacer** y la persona humana, en cambio, sólo por el hecho de serlo; su mera existencia y la consiguiente dignidad que le es inherente ([artículo 10.2 CE](#)) le hacen merecedora de libertad.

Es desde esa perspectiva desde la que puede comprenderse que si la Administración se legitima por las tareas y funciones que tiene encomendadas haya que estar a dichas encomiendas para comprobar si existen realmente y, por tanto, si al actuar **cuenta con la cobertura y legitimación necesaria**.

Debe advertirse, no obstante, que hemos hablado dentro de este párrafo de Ley sin más precisiones y ello resultaba oportuno para captar las razones históricas y políticas que explican el proceso de sometimiento del Ejecutivo a la Constitución y a la Ley emanada de las Asambleas legislativas. Ahora bien, el principio de legalidad **no se limita sólo a la Ley**, como más arriba se ha visto, ni la relación de la Administración con el ordenamiento jurídico puede entenderse contraída a su relación con la Ley.

Podríamos hablar del principio de “juridicidad” para subrayar cómo no es la Ley la única fuente que vincula a la Administración, si no fuera porque ya hemos señalado antes que el concepto de legalidad se puede emplear con un sentido omnicomprendivo como hace el [artículo 106.1 CE](#). Por esa razón, cuanto hasta aquí se ha dicho dentro de este apartado, puede entenderse referido no sólo a la vinculación de la Administración a la Ley, sino más ampliamente a su vinculación al Derecho. De esta forma, puede entenderse que la relación de la Administración con el Derecho se inspira en el principio de vinculación positiva. Es decir el Derecho no es un límite de la autonomía y libertad del sujeto Administración para hacer lo que quiera, sino que es el fundamento mismo del actuar.

En resumen, la forma en que se sujeta a Derecho la Administración pública es **muy diferente** a la forma en que lo hacen los ciudadanos, pues la Ley

o, en general, el Derecho son el fundamento del actuar de la Administración. El Derecho es el fundamento de su legitimidad.

El Derecho no es, así, un límite externo que restrinja un ámbito de libertad original, en principio exenta de restricciones, sino que el Derecho, para la Administración, es el **fundamento interno y profundo** de la legitimidad de su actuación; es un dato previo con el que hay que contar para actuar legítimamente. De este modo, la vinculación de la Administración al Derecho es bien distinta de la que preside la vinculación del ciudadano al Derecho. En este último, la vinculación es negativa, como se dijo más arriba, porque el Derecho aparece como un límite externo que niega en puntos concretos un espacio inicial de libertad originaria del ciudadano.

Por el contrario, en el caso de la Administración la vinculación de la misma con el Derecho es positiva porque el Derecho no es algo externo a la Administración que restrinja o niegue un ámbito inicial de supuesta libertad de la Administración, sino que el Derecho es el fundamento previo de su actuación; el Derecho es el que da apoyo, desde el principio, al actuar administrativo. Actúa legítimamente en la medida que el Derecho se lo permite; si el Derecho no lo permite deberemos entender que la actuación de la Administración no es legítima porque carece de cobertura o del apoyo previo que siempre debe encontrar en el Derecho.

§ 55. Conviene señalar, no obstante lo expuesto en el párrafo precedente, que existe **un debate doctrinal** ya que una parte de la doctrina no está conforme completamente con esa generalización de la vinculación positiva que hace la doctrina mayoritaria. La discrepancia se produce, por ejemplo, en relación con el ejercicio por el Gobierno o la Administración de la potestad reglamentaria en aquellos supuestos en que la Ley formal no remite expresamente al reglamento.

A ese respecto, no es inútil recordar que la Ley formal es la que en la mayor parte de los casos –y, en todo caso, en las materias reservadas a la Ley–, atribuye, directa o indirectamente, a la Administración potestades y competencias. Desde esta perspectiva tiene sentido examinar si las distintas potestades y competencias –y, entre ellas, la potestad misma de aprobar reglamentos– han sido atribuidas por normas con rango de Ley, así como si sólo la Ley o con base en ella (en una remisión de la Ley al reglamento), es posible la actuación legítima de la Administración.

Es aquí donde la doctrina ha centrado en los últimos años el debate entre quienes sostenían que sólo la Ley o las normas reglamentarias a la que aquella remita, pueden legitimar a la Administración para actuar mediante la atribución de competencias y el señalamiento de criterios materiales de actuación, y quienes sostienen que no siempre es necesaria la presencia de la Ley como fundamento de la potestad reglamentaria y de la legítima actuación administrativa. Lo que está en discusión es el alcance de la Ley como instrumento del Derecho para la atribución de potestades y la fijación de reglas sustantivas de actuación.

En todo caso, los defensores de una mayor flexibilidad en la exigencia de Ley, sostienen que es la propia Constitución –al fin y al cabo la Ley suprema o la Ley fundamental– la que directamente atribuye al Gobierno (artículo 97 CE) el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Por tanto, los reglamentos emanados del Gobierno podrían, en algunos supuestos y con exclusión en todo caso de las materias reservadas a la Ley, establecer reglas y reconocer competencias, aunque no hubiera Ley previa interpuesta entre la Constitución y el reglamento en cuestión. En la lección correspondiente al reglamento se profundizará en esta cuestión. Baste ahora con señalar que, en todo caso, todos están de acuerdo en que en las materias reservadas a la Ley no cabe un reglamento sin Ley previa. Como también todos están de acuerdo en que en materias que tengan que ver con la libertad y la

propiedad, o que pretendan regular los derechos fundamentales, tampoco cabe un reglamento sin Ley previa.

§ 56. Expuesta la cuestión en sus términos generales con un breve apunte sobre el debate doctrinal deben ahora introducirse algunas **consideraciones adicionales** que, sin poner en duda cuanto se ha dicho, muestran algunos problemas que han suscitado debates en la doctrina sobre el alcance del principio de legalidad.

Se trata básicamente de supuestos en los que, o bien el **Gobierno ejerce la potestad reglamentaria**, la potestad de dictar normas con rango inferior al de la Ley, o bien el Gobierno o la Administración ejercen **potestades discrecionales** en los que el Derecho les deja un amplio margen para tomar decisiones diferentes –todas ellas posibles dentro de la discrecionalidad que les da la norma–, y variadas.

En el primer caso, a su vez, pueden darse varios supuestos, como que la Ley no haya habilitado de forma expresa al Gobierno para hacer el desarrollo reglamentario que éste pretende hacer, o que la Ley haya habilitado al Gobierno, pero sin la suficiente precisión, o lo haya hecho para desarrollar cuestiones distintas de las que luego son objeto de desarrollo reglamentario.

En el caso de las normas se plantea la cuestión de que la potestad reglamentaria está individualizada en la Constitución Española como algo distinto del ejercicio de la potestad de dirección de la Administración y parece pertenecer más bien a la órbita del Gobierno como órgano político.

Todas las cuestiones señaladas obligan a profundizar en los términos relativos al principio de legalidad en lo que hace al modo en que el Gobierno o la Administración, según los casos, están sujetos a la Ley.

§ 57. Comenzaremos con la segunda cuestión, para lo que debe advertirse que las Leyes, en la mayor parte de los casos, atribuyen por sí

mismas y directamente competencias y potestades a las Administraciones públicas, pero que, con frecuencia, se trata de competencias y potestades que dejan a la Administración un margen amplio para actuar –para poner el sí o el no de una actuación o para hacerlo en uno u otro sentido–, y es en relación con estas **potestades, llamadas discrecionales**, con las que se suscitan debates doctrinales sobre la vinculación positiva o negativa de la Administración. En efecto, hay quien puede considerar que si la Administración tiene la posibilidad de actuar o no (o bien de hacerlo de una manera u otra), entonces, su posición se acercaría –en estos supuestos y sólo en estos supuestos de potestades discrecionales– más a la idea de vinculación negativa propia de los particulares.

Sobre la potestad discrecional, sobre su significado y control se volverá en una lección posterior. La referencia que aquí se hace a la misma es a los meros efectos de verificar el tipo de sujeción de la Administración al Derecho bajo la idea de vinculación positiva o negativa³.

En realidad, el hecho de que el ordenamiento atribuya una potestad discrecional, no impide considerar que la Administración, aunque tenga potestad de elección entre varias soluciones todas ellas legítimas, la tiene siempre sometida al “*servicio con objetividad a los intereses generales*” ([artículo 103.1 CE](#)), y, en ningún caso, la tiene en virtud de una libertad natural que haya de serle reconocida en obsequio de su dignidad y autonomía, como es el caso de la persona, que le puede llevar a adoptar como individuo decisiones

³ Según el DRAE de lo discrecional (segunda acepción) «*se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas*». En términos jurídicos la potestad discrecional no implica que la norma impone una decisión predeterminada cuando concurren determinadas circunstancias como ocurre con las potestades regladas (por ejemplo, las becas se otorgan conforme a un baremo objetivo por lo que la Administración sólo tiene que valorar los méritos y adjudicarlas), sino que reconoce a la Administración la posibilidad de optar por diversas soluciones posibles todas las cuales son todas válidas y entre las que debe elegir de forma fundamentada (que no arbitraria) la mejor de las soluciones para el interés general (por ejemplo, cuando se concreta en un plan de ordenación urbana por parte de un Ayuntamiento si la ciudad va a crecer de una u otra manera o cuando o la decisión de prorrogar la autorización de una central nuclear).

caprichosas o absurdas, pero que nadie puede prohibir⁴. Desde ambas perspectivas –el hecho de servir con objetividad los intereses generales y el hecho de que la discrecionalidad en la elección de decisiones no se le otorga en obsequio u homenaje a la libertad que merece una supuesta dignidad propia de la Administración como tal que pretendiese ser similar a la que tiene la persona humana por sí misma–, puede concluirse que la vinculación positiva de la Administración al Derecho no queda desmentida por la existencia de potestades discrecionales, pues la libertad que tiene no es para que haga lo que le de la gana, sino para que haga lo que debe hacer, por más que en ocasiones no sea fácil determinar qué es lo que debe hacerse como mejor solución.

Así, en el ámbito del Derecho Privado, un padre tiene libertad para mejorar a alguno de sus hijos en la herencia y lo puede hacer como quiera, siendo injusto, incluso, y caprichoso en la determinación del hijo al que mejora en la herencia; el Derecho lo permite, pues, por encima de todo coloca el respeto a la autonomía de la voluntad.

En cambio, en el ámbito del Derecho Administrativo, un Ayuntamiento al que le piden permiso los dueños de un bar para instalar en la vía pública –en la acera– una terraza (unos veladores y unas sillas), puede otorgar el permiso o denegarlo atendiendo al interés público del uso principal de la vía, pero no lo puede hacer a su libre capricho, de forma que, a algunos titulares de bares o cafeterías les otorgue el permiso y a otros no sin razón alguna para esta diferencia.

La Administración pública no puede actuar de espaldas al [artículo 103.1 CE](#); dicho artículo es evidente que establece un criterio material de actuación al disponer que *“la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización,*

⁴Dejando a un lado supuestos de demencia, senilidad, incapacidad o prodigalidad en que se puede limitar la capacidad. Desde luego la excentricidad, el capricho o el absurdo no está en principio prohibido.

desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Tal criterio está presente también –y, muy especialmente– cuando se ejercen potestades discrecionales. También el principio de igualdad conforme al cual deben ser tratadas las personas a tenor del artículo 14 de la Constitución condiciona las potestades de la Administración a la hora de tratar de forma discriminatoria a unos u otros⁵.

Ese **servicio con objetividad a los intereses generales y el principio de igualdad** establecen, así, una gran diferencia en la relación de la Administración con el Derecho y la que tienen los particulares. En efecto, éstos últimos no tienen por qué actuar con objetividad ni hacen del interés general el motivo de su acción, sino que, más bien, actuaran en su propio interés, lo cual está amparado por el Derecho. Por el contrario, es la propia Constitución la que marca la gran diferencia en el modo de entender la vinculación de la Administración con el Derecho, puesto que es la Carta Magna de nuestro ordenamiento la que le fija a la Administración una regla de conducta –servir con objetividad los intereses generales–, que subraya la posición servicial de la Administración (no sirve su propio interés, sino el interés general), y con ella excluye toda idea de libertad inicial que pudiera pretenderse que hubiera de tener reconocida la Administración en su propio interés y que determinara que el Derecho, para ella, operará como límite externo o en forma de vinculación negativa. Por otra parte, la exigencia de objetividad subraya todavía más la exclusión de todo interés o prejuicio particular en la forma como se sirve al interés general: ha de hacerse con objetividad.

Finalmente, ha de actuar, en todo caso, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Esa plenitud de sometimiento expresa también una concepción

⁵ En el caso de los particulares no están sometidos al principio de igualdad. No sólo en el caso de la mejora testamentaria que se ha visto, sino que en la vida diaria podemos ser arbitrarios en nuestras preferencias con las personas con las que nos relacionamos. Ello no obstante también entre particulares pueden tener efectos los derechos fundamentales (vid. QUADRA-SALCEDO, Tomas: «El recurso de amparo y los Derechos fundamentales y las relaciones entre particulares», Civitas).

del Derecho que no es límite externo de una libertad previa de la Administración, sino una asunción del Derecho y sus razones a la hora de actuar. Por si fuera poco el [artículo 106](#) de la Constitución, al establecer el alcance del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, precisa que el control judicial comprende *“el sometimiento de ésta (de la actuación administrativa) a los fines que la justifican”*. No basta, pues, con el cumplimiento más o menos formal de la legalidad, sino que es preciso que en su actuar la Administración se someta al Derecho y a los fines que justifican la actuación administrativa.

§ 58. En el segundo supuesto que se indicaba anteriormente, las Leyes remiten, en ocasiones, **a los reglamentos la determinación material de una regulación que comporta la atribución de potestades y competencias a la Administración**; la cuestión en ese caso puede plantearse en relación con la idoneidad del reglamento –que tiene el amparo de dicha remisión de la Ley, aparte del genérico reconocimiento de la potestad reglamentaria del Gobierno ex [artículo 97](#) de la Constitución– para cubrir las exigencias del principio de legalidad, cuando la Ley formal remitente no ha dado indicaciones precisas acerca del contenido material del reglamento. En tal caso se suscitaría la cuestión acerca de si el Gobierno –y, en su caso, la Administración– están vinculados positiva o negativamente cuando desarrollan una materia por reglamento sin que la Ley haya dado indicaciones suficientes sobre el contenido de tal desarrollo. A diferencia del supuesto anterior en que se trataba del ejercicio por la Administración de potestades discrecionales para adoptar resoluciones de carácter singular, ahora de lo que se trata es del ejercicio de potestades normativas, de la potestad de hacer reglamentos.

En el supuesto que consideramos, si se supone que el Gobierno es completamente libre para dar al reglamento el contenido que tenga por conveniente, aunque dentro del respeto a la Ley habilitante, a la Constitución y

a las demás Leyes, se podía pensar que la vinculación, en tal caso, no sería positiva, sino negativa: el Gobierno puede dar al reglamento distintas orientaciones, las que quiera, siempre que no tropiecen con la Ley o el Derecho. Sin embargo, deben tenerse en cuenta varias cuestiones.

Por un lado, hay una Ley que remite al reglamento, aunque no contenga indicaciones muy precisas, pero, al fin y al cabo, la potestad reglamentaria se ejerce bajo el amparo de la Ley y, sin perjuicio del margen, más o menos amplio, que la misma le deje. La Ley sigue siendo así el fundamento de la potestad reglamentaria, aunque revista cierta imprecisión en los términos de su remisión al reglamento.

Por otra parte, aunque pueda dudarse inicialmente de si el artículo [103 CE](#) –que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales y no sus propios intereses– se aplica también al Gobierno en trance de hacer un reglamento, lo cierto es que los tribunales controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con el [artículo 106 CE](#).

Y para controlar dicha potestad reglamentaria, los Tribunales han de considerar si la regulación que se hace en el reglamento de las potestades de la Administración es conforme al Derecho. No lo sería si permite que la Administración no sirva con objetividad los intereses generales. De esta forma, el Gobierno no puede hacer en el reglamento la regulación material que se le ocurra, sino que tendrá que respetar la previsión del [artículo 103](#). Es decir, que el Gobierno (distinto de la Administración) debe introducir al ejercer su potestad reglamentaria las prescripciones materiales del [artículo 103](#) por lo que el ejercicio de tal potestad está sometido a una prescripción material que dista de ajustarse, sin más, a la idea de un espacio a normar completamente libre en que el Gobierno pueda reglamentar lo que quiera, sin tener en cuenta que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, además de ajustarse a Derecho y, especialmente, respetar los demás principios constitucionales (igualdad por ejemplo). El reglamento tiene que hacer posible

ese servicio con objetividad a los intereses generales de la Administración. En esas condiciones, el Gobierno está vinculado positivamente al Derecho en cuanto no puede hacer lo que quiera, aunque tenga un margen para dar distintas orientaciones al reglamento.

§ 59. En tercer lugar, podría ocurrir que **no haya siquiera una norma previa con rango legal** que remita a un reglamento, sino que éste se dicte directamente por el Gobierno sin la existencia de tal Ley. En esos casos de “*reglamentos independientes*”, que se estudiarán en las lecciones siguientes, se suscita la cuestión, en primer término, de su legitimidad en ausencia de Ley y, en el caso de que cuenten con ella –lo que también se verá en la lección correspondiente–, la cuestión consiste en determinar si tales reglamentos y el Gobierno que los aprueba están vinculados positiva o negativamente a Derecho al dictarlos.

Sin entrar ahora en la posibilidad misma de los llamados reglamentos independientes o autónomos (que en todo caso se puede adelantar que existen), y en la cuestión de las materias en que pueden existir –que se verá en la lección correspondiente–, lo que se trata de saber es si, ante una regulación reglamentaria para la que no existe remisión desde una Ley formal previa, el Gobierno que ejerce tal potestad reglamentaria lo hace vinculado positiva o negativamente según el sentido que hemos visto que tienen esos términos.

La tentación podría ser la de creer que, ante la falta de norma legal previa, el Gobierno es libre de darle al reglamento la orientación y el contenido que crea. Sin embargo, debe recordarse que en esos supuestos el [artículo 97](#) de la Constitución es el que directamente reconoce desde la norma suprema la potestad reglamentaria del Gobierno⁶ de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

⁶ La potestad reglamentaria del Gobierno, a tenor del [artículo 97](#) CE, la tiene atribuida éste que la ejerce “de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. En dicho artículo no queda claro

Formalmente hay, pues, una cobertura legal en dicho artículo –que no sirve en los casos de reserva absoluta de Ley⁷ en una materia determinada–, pero lo que no hay es una cobertura material en el 97 de la CE; esto es, dicha norma no nos dice cuál ha de ser el contenido del reglamento. Sin embargo, ello no significa que pudiera pretenderse que en esas materias el Gobierno fuese libre, al modo como lo son los individuos, para hacer la regulación que quiera⁸.

En efecto, también en esos supuestos la regulación que se hiciese, en cuanto referida a la Administración, es obligado que tenga en cuenta la obligación de esta última de servir con objetividad los intereses generales. De esa manera, una cosa es que el Gobierno contase con un margen de discrecionalidad a la hora de determinar la orientación que va a tener el reglamento, y otra muy distinta, que ese margen pueda ser equiparado al que tiene un particular cuando decide comprar o no comprar una vivienda, resolver o no un contrato, reclamar o no una deuda, mejorar o no a un hijo en la herencia, etc.

el concepto en el que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria, aunque parece que no lo hace en cuanto Administración, por ser también cabeza de la Administración, sino en cuanto Gobierno.

⁷ Cuando la Constitución expresamente dice que “sólo por Ley” podrá regularse una materia, entonces no es posible invocar la potestad genérica reglamentaria del Gobierno del [artículo 97](#), pues es evidente que es la propia norma suprema la que quiere que sea el legislador el que regule la materia. Hay otras reservas que no son tan rotundas, así, cuando en el [artículo 102.2](#) se dice que “los órganos de la Administración son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley”, es evidente que la Ley no se pretende que agote la regulación sino que se permite la colaboración del reglamento.

⁸ Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 2012, desestima un recurso de casación «toda vez que las resoluciones del Consejo de Ministros no están condicionadas por las “órdenes” que dé el Presidente del Gobierno, de tal manera que los vicios de esas supuestas “órdenes” lastren la eficacia de unos acuerdos que solamente serían válidos si se adoptasen a su amparo. No hay ningún impedimento para que la organización básica de los museos y su sede se establezcan mediante una norma con rango de Real Decreto. Y ninguna norma con rango superior -rango de ley- reserva el Salón de Reinos del Palacio del Buen Retiro, ni ningún otro lugar concreto, al Museo del Ejército. Se trata de una potestad discrecional del Gobierno al regular la estructura orgánica del museo en cuestión establecer su sede, en el sentido de que puede optar por varias alternativas, todas ellas igualmente válidas y lícitas, siempres, claro está, que no incurra en arbitrariedad o desviación de poder.

El particular es libre para hacer lo que quiera mientras no tropiece con la Ley; la Administración, y también el Gobierno en trance de hacer un reglamento, no pueden dejar de tener presentes los intereses generales y la objetividad con la que debe servirlos la Administración.

En esas condiciones puede comprenderse que, sea cual sea el margen con que cuente el Gobierno, su relación con el Derecho nunca será la misma que la que tiene un particular. Es cierto que el Gobierno es la expresión del pluralismo político y, por ello, ha de poder dar a la dirección de la política interior y exterior y a la dirección de la Administración civil y militar, la orientación que mejor se acomode a los fines y objetivos de su programa político. Hay ahí un margen de libertad insoslayable, que viene exigido por el valor superior del pluralismo político ([artículo 1 CE](#))⁹. En ese momento, el Gobierno, en su tarea de dirección política, en su papel netamente político, no está vinculado al Derecho del mismo modo que la Administración, sino que cuenta con una margen de libertad muy importante que le acerca, aparentemente, algo a la posición de los particulares frente al Derecho.

No obstante, no parece posible identificar, sin más, la posición del Gobierno como órgano constitucional y netamente político, con la posición del ciudadano. El Gobierno siempre estará vinculado por previsiones constitucionales con las que no cuenta el ciudadano y que no son meros límites a su actuación, sino líneas programáticas de la misma. Ese es el caso de la previsión del [artículo 9.2](#) que establece que *“a los poderes públicos corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten*

⁹ El margen de libertad del Gobierno no se basa en la dignidad de la persona que el [artículo 10](#) de la CE solo reconoce a la persona humana, sino en el pluralismo como valor superior. Pluralismo que no sólo se expresa en las Leyes, sino también en la dirección de la política interior y exterior, en la dirección de la Administración civil y militar y en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

De los particulares no puede decirse que exista norma alguna que les imponga esa orientación en su actuación privada. Su libertad y su autonomía están por encima de todo, mientras no tropiecen con la Ley.

Lo mismo sucede con los principios reconocidos en el [capítulo III del título I de la Constitución](#) (de los Derechos y los deberes fundamentales) relativos a los principios rectores de la política social y económica, puesto que el [artículo 53.3](#) de la Constitución establece que los mismos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. El hecho de que hayan de informar la actuación de los poderes públicos y la práctica judicial –por más que no puedan ser alegados ante los tribunales más que de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen– no impide que determinen una forma muy distinta de ser del Gobierno –y por supuesto de la Administración–, en su relación con el Derecho respecto a la que es propia de los ciudadanos ante el Derecho. En efecto, tales previsiones de nuestra norma fundamental se introducen en lo más profundo de los poderes públicos para imponerles comportamientos muy distintos los que corresponden a los ciudadanos como consecuencia del reconocimiento de su libertad y autonomía propias del ciudadano. La libertad que el Gobierno pueda tener como órgano político no deriva del respeto a la dignidad personal del [artículo 10](#) de la Constitución que sólo se reconoce a las personas físicas, sino del pluralismo como valor superior del ordenamiento. Pero ese pluralismo se ejerce dentro de la observancia de las misiones y principios que la Constitución impone a todos los poderes públicos.

Por consiguiente, el margen de libertad con el que cuenta el Gobierno nada tiene que ver ni en su fundamento ni en su alcance, con la libertad y autonomía que se reconoce a los ciudadanos. En consecuencia, la vinculación con el Derecho nunca puede ser tampoco la misma.

Otra cosa es que algunas actuaciones del Gobierno pueden ser controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa teniendo en cuenta los elementos del Derecho que permiten ejercer ese control, y en cambio otras no estén sujetas a dicho control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la que pueda realizar el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio también del control no jurídico, sino político, que ejerzan los ciudadanos en las sucesivas elecciones.

3.4 LAS GARANTÍAS DE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

§ 60. La proclamación del principio de legalidad no es un *flatus vocis*, una palabra vacía, cuyo fin consistía en describir una Administración idílica de la que se hubiera excluido por la mera y simple proclamación del principio de legalidad cualquier forma de exceso, abuso o desviación, en absoluto. El principio de legalidad se proclama en la Constitución en su [artículo 9.1](#) y en sus [artículos 103 y 106](#) y se ponen los medios, en esos y en otros artículos de la Constitución, para que sea una realidad garantizada.

Esos **medios son muy diversos**; el más evidente e inmediato es el control de la actividad administrativa por el Poder Judicial, y sobre él centraremos nuestra reflexión, pero no es el único medio de garantizar el principio de legalidad, aunque sea el más importante. Entre los demás medios, podría distinguirse, por una parte, la puesta en pie de órganos con atribuciones capaces de contribuir al respeto al principio de legalidad y, por otra, la puesta en pie de mecanismos y técnicas que aseguren el respeto a la legalidad.

Entre los órganos que contribuyen al respeto al principio de legalidad podemos señalar el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado o el Tribunal de Cuentas, que serán objeto de estudio en otro lugar, pero que, en todo caso, tienen

encomendadas funciones que sirven a la prevención o al control de la observancia, entre otras cosas, del principio de legalidad.

§ 61. Entre los **mecanismos y técnicas que coadyuvan al respeto a la legalidad** puede señalarse los siguientes:

- Un procedimiento conforme al cual, se produzcan los actos administrativos. Éstos no pueden ser el fruto de una decisión impremeditada o repentina del órgano con competencias para tomar una decisión. Por el contrario, ha de garantizarse la observancia de una reglas, de un procedimiento, que lleven, después de oír a los interesados (la audiencia de los interesados está prevista en el propio [artículo 105 c\) CE](#)) y conocer los informes que sean precisos, a que la decisión se adopte con todas las garantías de respeto a la legalidad y del acierto y oportunidad de la misma ([artículo 105 a\), b\) y c\) CE](#)).
- Una organización de la Administración pública que asegure una distribución de funciones y tareas mediante las cuales el órgano que ha de resolver está situado en una estructura con unas competencias predeterminadas con arreglo a los principios de desconcentración y descentralización ([artículos 103.2 CE](#)).
- Una función pública que asegure la imparcialidad de los funcionarios y su incompatibilidad ([artículo 103.3 CE](#)).
- Un sistema de recursos administrativos que permita que los órganos superiores puedan revisar, en su caso, la actuación de los inferiores.
- La posibilidad de revisar de oficio por la propia Administración determinados actos administrativos, especialmente, los que incurran en las infracciones más graves del principio de legalidad incurriendo en nulidad de pleno derecho.

§ 62. El papel central en la garantía del respeto al principio de legalidad corresponde **al Poder Judicial** pues, como dice el [artículo 106 CE](#), los Tribunales “controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”.

La [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa](#) es la que concreta esa forma de control, que no es sino una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el [artículo 24](#) de la Constitución.

Una peculiaridad de dicha jurisdicción contencioso-administrativa radica en que presupone la existencia de una actuación previa de la Administración. A partir de esa actuación previa se produce el “control” como dice la Constitución. La cuestión tiene su importancia, pues el término “control” presupone la existencia previa de la actuación administrativa, cuyo ajuste al principio de legalidad es el que va a ser verificado por los Tribunales.

Puede ocurrir que, a veces, esa actuación consista en una omisión, en un no actuar, pero esa omisión de la actuación debida –esa omisión– se considera ya en sí misma, en determinados supuestos, una actuación (siquiera sea por omisión).

Ese dato de la actuación previa de la Administración dota a esta jurisdicción contencioso-administrativa de una de sus peculiaridades, pues aunque ejerza con plenitud sus facultades de control, no deja de tener en cuenta –especialmente cuando la Administración ha hecho uso de sus potestades discrecionales–, que es la Administración la apoderada por el ordenamiento para ejercerlas. Eso significa que el Tribunal no trata de sustituir a la Administración, sino de controlarla. Y ello puede ser difícil cuando la misma ha ejercido facultades discrecionales en las que parece que la Administración puede actuar de varias maneras, todas ellas legítimas. Sin embargo, hay técnicas, como la desviación de poder, los hechos determinantes o los fines que justifican la actuación administrativa, que permiten a los Tribunales entrar plenamente en el control de la actuación administrativa hasta donde se lo permita el Derecho.

En todo caso, es la propia Constitución en el [artículo 106.1](#) la que marca el fin –la finalidad– de la actuación administrativa como un criterio de verificación del sometimiento a Derecho de la actuación administrativa a través de la comprobación del previo sometimiento de tal actuación a los fines que la justifican.

§ 63. El **alcance del control judicial** es total en lo que se refiere a la actuación de la Administración pública, si bien habría que distinguir la Administración en general y el Gobierno que la encabeza, pues en relación con éste, una redacción no muy afortunada del [artículo 2.1 de la LJCA](#) somete a control sus actos, respecto de sus elementos reglados, además de en relación con la protección de los derechos fundamentales, y las indemnizaciones que fueran procedentes, cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos. Esa limitación del control a los elementos reglados de los actos del Gobierno (o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas), sólo tiene sentido respecto de los actos políticos que se mencionan indirectamente sin querer nombrarlos (*“cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos”*), pero no la tiene respecto de los actos del Gobierno que no sean actos políticos, sino actos administrativos.

Finalmente, el control judicial de las actuaciones administrativas comprende también la tutela cautelar, esto es, la adopción de medidas, en tanto se tramita el correspondiente recurso judicial, para evitar que la demora en resolverlo haga que el recurso mismo pueda haber perdido su finalidad cuando al final se dicte sentencia.

3.5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y AUTOTUTELA

§ 64. Hasta ahora, hemos examinado una de las «instituciones básicas del Derecho administrativo», como es el principio de legalidad, que puede

El alcance del control judicial: Actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y tutela cautelar

Sometimiento a la legalidad y poderes exorbitantes de la Administración

haber dado la impresión de una Administración, de una persona tan sometida y aherrojada por el Derecho, que pareciera que tiene menos libertad y menos poder que los ciudadanos. Lo cierto es que el sometimiento de la Administración al principio de legalidad no quiere decir que la misma no esté dotada de **formidables poderes** que la distinguen del ciudadano y permiten configurarla y entenderla como una «*potentior persona*», como una persona más poderosa de lo que lo son los ciudadanos.

Una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más justa de la posición real de la Administración y de sus poderes es la de la autotutela. A través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración sea capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo que si éstos nunca pueden tomarse la justicia por su mano, aún cuando tenga la razón de fondo, la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.

En tanto que los ciudadanos han de acudir a un tercero (heterotutela) – como es el caso de los Jueces y Tribunales–, para tutelar y hacer valer – reconocer o ejecutar– sus derechos, la Administración puede, por sí misma (autotutela) establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero –a los Jueces y Tribunales–. Todo ello lo hace por sí misma.

La institución de la autotutela nos muestra, así, una dimensión distinta a la que nos ofrecía la institución del principio de legalidad. Nos muestra la cara poderosa y exorbitante de la Administración.

§ 65. No debe pensarse, sin embargo, que se trata de principios o instituciones contrapuestas y, menos aún, que **la autotutela** sea una especie de negación del principio de legalidad.

En realidad los privilegios que la autotutela comporta para la Administración están todos ellos basados en la Ley que los consagra. En ese sentido, la autotutela se **funda también en la legalidad**, como no podía ser de otra manera. Lo que ocurre es que nos muestra la Administración desde una perspectiva nueva y, definitivamente, nos muestra la imagen de una persona poderosa. Por qué ello es así y por qué lo quiere el ordenamiento es lo que ha de verse en el apartado siguiente. Baste ahora con retener que el principio de legalidad y el “principio” de autotutela –o la institución de la autotutela– no son principios contrapuestos, sino principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes: el primero lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos.

Por otra parte, como luego se verá, el hecho de que la Administración se beneficie de la autotutela no significa que su actuación no esté sujeta, en último término, al **control de los Tribunales**. Significa sólo que las normas y actos administrativos se presumen legítimos y, por tanto, son, por eso mismo, ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa. Ahora bien, ello no excluye que a la postre haya de ser el Poder Judicial quien tenga la última palabra sobre si, en efecto, la actuación administrativa se ajusta a Derecho.

La Administración tiene así una **ventaja posicional** –y en cierto modo provisional-, en el sentido de que coloca a los ciudadanos en la posición de ser los recurrentes ante los Tribunales contra sus decisiones y normas que se presumen legítimas. Como es evidente la posición de demandado es siempre más cómoda, aparte de otorgarle la ventaja de que, si no hay impugnación ante los Tribunales, sus actos devienen firmes y, en principio, inatacables. Pero debe notarse que esa ventaja no es definitiva. Al final serán los jueces y Tribunales que determinaran si la actuación administrativa es ajustada a Derecho. Ocurre

que mientras tanto la Administración se beneficia de que su actuación se presume legítima y pueden ser ejecutados sus actos¹⁰.

§ 66. **Autotutela y heterotutela** designan dos modos distintos de relacionarse una persona con los Jueces y Tribunales. El concepto de **autotutela** expresa que es la persona misma, la Administración correspondiente, quien provee a la declaración, defensa, conservación y ejecución de sus derechos, actos, declaraciones o actuaciones en general. Para ello se empieza por dotar la Ley a los actos de la Administración de la presunción de legitimidad; desde ahí, desde tal presunción, se hace recaer sobre el particular la obligación de acudir a los tribunales si quiere evitar que tales actos sean ejecutados directamente por la Administración.

Por su parte, el concepto de **heterotutela** expresa que la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos de cada uno no le quedan encomendados a su propio titular, sino que debe acudir a un tercero, a un órgano del Estado y más concretamente del Poder Judicial, para solicitar que el mismo declare sus derechos, adopte medidas para su protección o los haga ejecutar o realizar.

En un caso (autotutela), no se acude a nadie ajeno a la misma persona de cuyos derechos, acciones o potestades se trata¹¹, y en otro (heterotutela), por el contrario, es preciso acudir necesariamente a un tercero –al Poder Judicial– para impetrar su auxilio para la declaración, defensa, conservación, aseguramiento o realización del derecho del que demanda tal auxilio.

En un Estado de Derecho nadie tiene derecho a tomarse la justicia por su mano, sino que ha de acudir al Estado que sólo el se reserva también el uso de

¹⁰ Ello no obstante la tutela cautelar otorgable por los Tribunales matiza algo incluso ese privilegio posicional.

¹¹ Si bien no debe olvidarse que dichos derechos y potestades que se reconocen a las Administraciones Públicas no los tiene en interés propio de la Administración o del aparato administrativo, sino para la satisfacción de los intereses generales.

la fuerza. Esa es una característica de un Estado moderno. Solo en contadas excepciones (legítima defensa, retención de la prenda, etc.) pueden los particulares hacer determinadas cosas sin contar con la previa aprobación judicial. Sin perjuicio de esas excepciones la regla general es la de que nadie puede tomarse la justicia por su mano, ni realizar el propio derecho, sino que debe acudir a los Jueces y Tribunales para defenderlos y hacerlos efectivos. En primer lugar, para que declaren su derecho y en segundo lugar, para que lo hagan ejecutar.

§ 67. Pues bien, frente a esa norma general que responde a la esencia misma del Estado, nos encontramos con que la Administración Pública no actúa sujeta a tal regla general. La Administración puede declarar unilateralmente lo que es derecho e imponer obligaciones y reconocer derechos con fuerza ejecutiva y sin esperar a que un Tribunal decida si la decisión administrativa es correcta y ajustada a Derecho. La Administración puede además ejecutar físicamente sus propias decisiones sin necesidad de acudir al juez. Todo ello lo hace de forma provisional y a reserva de lo que digan los tribunales si los afectados acuden a ellos.

La Administración no tiene así que solicitar de un Tribunal que deniegue una licencia de construcción a un individuo que pretende construir en terrenos de su propiedad y que considera, por eso mismo, que tiene derecho a hacerlo. Incluso si el propietario inicia la construcción, porque cree que en su propiedad puede hacer lo que quiera sin lesionar a nadie, se encuentra con que la fuerza pública enviada por el Ayuntamiento puede pararle la obra iniciada. Y todo ello puede suceder sin que un solo juez haya intervenido. Es la propia Administración la que decide si tiene derecho a construir y la que paraliza la obra sin acudir al juez.

Son varios los preceptos legales que configuran y dan respaldo a la autotutela. Los más evidentes y los que, por otra parte, tienen tradición en nuestro Derecho son los artículos [38](#), [57](#), [97](#), [98](#) y [99](#)¹². Clave a esos efectos es el [artículo 39 de la LPACA](#), en cuanto que, a la vez que reconoce la eficacia directa de los actos administrativos, expresa la causa de la misma: « *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.* ».

¹² El contenido de estos artículos de la LPACA es el siguiente:

Artículo 38. Ejecutividad.

Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 39. Efectos.

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

(...)

Artículo 97. Título.

1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Artículo 98. Ejecutoriedad.

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.

b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.

c) Una disposición establezca lo contrario.

d) Se necesite aprobación o autorización superior.

(...)

Artículo 99. Ejecución forzosa.

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial.

En el mismo sentido debe destacarse el [artículo 99](#) de la LPACA cuando dispone que *«Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial.»*.

En definitiva, son preceptos positivos vigentes –que reproducen, por otra parte, otros anteriores de nuestro Derecho tradicional– los que determinan la posición singular de la Administración Pública que la doctrina ha venido a englobar bajo el rótulo de autotutela.

Debe observarse, para terminar de perfilar la Institución, que esa cualidad de las actuaciones de las Administraciones públicas se predica exclusivamente de las que están sujetas al Derecho Administrativo, como se preocupan de precisar los [artículos 39](#) y [99](#) de la LPACA. Fuera, por tanto, de dicho ámbito, las actuaciones de las Administraciones públicas no sujetas a Derecho Administrativo no se benefician de este régimen especial de ejecutividad y de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Debe por otra parte recordarse el [artículo 106](#) de la Constitución que define el alcance de la función de los Tribunales como la de controlar *«la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»*. Esa expresión presupone una intervención de los Tribunales posterior para controlar algo que ya se ha producido antes –la actuación administrativa– pues de no ser así se hablaría en otros términos.

§ 68. Clases de autotutela. Aunque hasta ahora hemos venido hablando de la autotutela de forma general, hemos también ido adelantando distintos tipos o formas de autotutela. A los efectos de tener de antemano una visión completa de las distintas manifestaciones de la autotutela, podemos distinguir entre la autotutela declarativa, la autotutela ejecutiva y la autotutela reduplicativa.

§ 69. Por **autotutela declarativa** se conoce aquella manifestación de la autotutela que consiste en que la propia Administración es capaz de declarar lo que es derecho en un caso concreto –sin perjuicio del posterior control judicial– con eficacia frente a todos y, desde luego, frente a los destinatarios del acto, que quedan obligados por la declaración de la Administración que se presume legítima. La autotutela declarativa no sólo entraña una declaración acerca de algún derecho u obligación preexistente y que la Administración se limita a reconocer o declarar, sino que puede entrañar algo más que una constatación, es decir, que puede suponer la constitución, supresión o modificación de un derecho. El concepto de declarativa se emplea aquí, aunque tenga efectos constitutivos, para diferenciar este tipo de autotutela de la autotutela ejecutiva que luego veremos.

Entra en el ámbito de la tutela declarativa el acto en virtud del cual se le deniega a alguien la licencia de construcción de unos apartamentos en terrenos de su propiedad o se declara la obligación de cerrar un establecimiento público nocturno que no cuenta con los requisitos de seguridad, higiene y protección contra ruidos que exige la Ordenanza municipal correspondiente o bien, por último el acto administrativo por el que a un ocupante del dominio público, en virtud de concesión por ejemplo, se le ordena dejar libre y expedito dicho dominio por las razones que fueren (extinción de la concesión, incumplimiento de las condiciones de uso impuestas, etc.), teniendo esa decisión efectos semejantes, provisionalmente a una sentencia declarativa civil.

§ 70. Ahora bien una cosa es que el acto administrativo se presuma legítimo y sea susceptible de ser ejecutado –sea ejecutivo en cuanto se presume que legítimamente declara el derecho de las partes–, y otra su efectiva **ejecución material**. La Administración Pública puede ella misma proceder también a la ejecución material de sus propios actos; a la ejecución incluso por

la fuerza es decir alterando físicamente el statu quo existente. Los actos administrativos previos se presumen legítimos y son ejecutivos, pero para ejecutarlos la Administración no necesita acudir a juez alguno, como en cambio precisan los particulares (heterotutela ejecutiva) si quiere hacer cumplir una sentencia previa que reconoce sus derechos; por más que los reconozca el particular no puede expulsar a un inquilino de la casa que le ha alquilado, pese a que en una sentencia previa se haya declarado resuelto el contrato por impago de la renta por ejemplo.

La Administración, por el contrario, puede realizar los actos materiales de ejecución de sus propios actos. Hablamos por ello de autotutela ejecutiva porque de nuevo se le reconoce a la Administración la potestad de proceder ella misma a desarrollar los actos materiales de ejecución que sean necesarios para la real efectividad de lo acordado en los actos administrativos previos.

§ 71. Hay algunas manifestaciones de la autotutela que la doctrina ha incardinado en la llamada **autotutela reduplicativa** porque refuerzan o duplican las manifestaciones normales de la autotutela. Entre ellas suelen citarse la necesidad de interponer recursos previos antes de acudir a los tribunales, el «*solve et repete*» (hoy declarado inconstitucional) o, en el caso de la autotutela ejecutiva, las multas coercitivas.

En el caso de los recursos administrativos es la propia Administración la que ve reconocida una nueva oportunidad de resolver sobre lo ya resuelto por ella misma con presunción de legitimidad. Se comprende que para el particular pueda ser visto ese recurso obligatorio como una carga, al tener que pasar de nuevo por la obligación de volver a esperar lo que tiene que decir la misma Administración.

El «*solve et repete*», o la obligación de pagar las deudas impuestas como condición para recurrir, ha sido considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en los casos que se le han presentado, pero ha sido durante

algún tiempo otra forma de proteger lo declarado por la Administración. Debe notarse que, en efecto, al condicionar al pago de la deuda la posibilidad misma de recurrir –lo que es algo distinto de ejecutar forzosamente la deuda por la propia Administración– lo que se estaba haciendo es privar al particular del derecho de acudir sin más a la tutela judicial de forma definitiva, puesto que no se tenía derecho a ella, si no se pagaba previamente, de lo que resultaba que si la deuda declarada fuera, en realidad, improcedente, se impedía la posibilidad de obtener una sentencia judicial de fondo que declarase tal improcedencia.

Con ese principio del *solve et repete* la Administración tenía en su mano un arma formidable para ejecutar lo acordado: si no se pagaba no se tenía derecho de acceso a los Tribunales.

Finalmente, las multas coercitivas del [artículo 103](#) de la LPACA –la imposición de multas sucesivas cada ciertos periodos de tiempo (una semana, un mes, etc.)– si no se ejecuta lo acordado por la Administración, implican no sólo que la obligación principal a ejecutar (arreglar una fachada de una casa por ejemplo) subsistiera, sino que aparecieran nuevas obligaciones de pago consistentes en el importe de las multas sucesivas; estas últimas dirigidas a obtener el cumplimiento de dicha obligación principal, mediante la coerción que supone la acumulación de dichas multas sucesivas.

Con esas multas la Administración que ya podría proceder a la ejecución del acto, busca que a través del temor a la cascada sucesiva de multas, lo particulares acaben ejecutando por sí mismos el acto previo al que se adiciona el pago de esas multas. De ahí el nombre de autotutela reduplicativa.

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- [Constitución Española.](#)
- [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.](#)

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, Lección 2 o bien;
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Derecho Administrativo*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2009, apartados 3 y 5, o bien;
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *Leyes Administrativas*, 22ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.